

ACUMULACION DE PRETENSIONES - Contractuales. Reparación directa

El artículo 145 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 7° de la Ley 446 de 1998, establece que en todos los procesos contencioso administrativos procederá la acumulación de pretensiones en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil; para la época de presentación de la demanda, 29 de marzo de 1995, esta disposición no existía, no obstante lo cual, en virtud de la remisión general que hace el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo a las normas procesales civiles, era aplicable el artículo 82 del C.P.C., conforme al cual, el demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos: que el juez sea competente para conocer de todas las pretensiones, que éstas no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias, y que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento. Y en el presente caso, se advierte que el demandante propuso unas pretensiones, las anulatorias del acto administrativo que declaró desierta la licitación, como principales; mientras que las relativas a la supuesta falla del servicio, en las que pidió declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños que le ocasionó, fueron propuestas como subsidiarias, siendo unas y otras competencia de esta jurisdicción en primera instancia y susceptibles de tramitarse por el mismo procedimiento ordinario, razón por la cual era perfectamente posible plantearlas en la misma demanda, en la forma en que se hizo.

SILENCIO ADMINISTRATIVO PROCESAL - Concepto / SILENCIO ADMINISTRATIVO ADJETIVO - Concepto / SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO - Concepto / ACTO ADMINISTRATIVO FICTO - Derecho de acción

Conforme a lo dispuesto por el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo que regula el silencio administrativo procesal o adjetivo, transcurrido un plazo de 2 meses, contado a partir de la interposición del recurso de reposición o de apelación en contra del acto administrativo, sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa. En el presente caso, la sociedad Iskra Stevci representada por Importadora Saga Ltda., presentó la demanda el día 29 de marzo de 1995, fecha para la cual, habían transcurrido más de dos meses desde la interposición del recurso de reposición sin que conste que se le hubiera notificado decisión alguna a la actora, tal y como lo manifestó en su demanda. Por otra parte, si bien la entidad decidió el recurso de reposición interpuesto por la firma Iskra Stevci representada por Importadora Saga Ltda. mediante Resolución No. 002121, ésta fue proferida el 7 de abril de 1995, esto es, cuando ya se había presentado la demanda y además, no consta que le hubiera sido notificada a la demandante. Significa lo anterior, que efectivamente, cuando se presentó la demanda, había transcurrido el plazo contemplado en la ley para que operara el silencio administrativo negativo, en virtud del cual surge la ficción de que la Administración resolvió el recurso de reposición interpuesto, en forma adversa a los intereses del recurrente, es decir, confirmando su decisión inicial; por ello, la parte actora contaba con el derecho de acción, que ejerció en los términos señalados, en que lo hizo, demandando el acto administrativo mediante el cual se declaró desierta la licitación pública así como el acto administrativo ficto fruto del silencio administrativo negativo, y no le era oponible la Resolución No. 002121 del 7 de abril de 1995, respecto de la cual, como ya se dijo, no consta su notificación a la demandante, requisito sine qua non de oponibilidad y eficacia de los actos administrativos.

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Pliego de condiciones. Elaboración / PLIEGO DE CONDICIONES - Inmodificable / PLIEGO DE CONDICIONES - Intangible / PLIEGO DE CONDICIONES - Corrección. Oportunidad / SELECCION OBJETIVA - Intangibilidad del

pliego de condiciones

Para la Sala, estas circunstancias, evidentemente impedían la selección objetiva en esta licitación, puesto que, para lograr una escogencia de esta naturaleza, el procedimiento debe estar regido por los distintos principios que informan el régimen de contratación de las entidades estatales, y entre ellos, en primer lugar, el de transparencia, el cual implica, entre otras cosas, y conforme a lo indicado en el numeral 5° del artículo 24, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 25, num. 12 y el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que el pliego de condiciones debe ser elaborado y estar completo, listo para su entrega a los interesados, antes de abrir la licitación; y además, que es inmodificable e intangible luego de tal apertura, salvo en los casos expresamente autorizados por el Estatuto Contractual. Conforme a lo indicado en el numeral 4° del artículo 30 de la mencionada ley, dentro de los 3 días hábiles siguientes a la apertura de la licitación, que es el mismo "...inicio del plazo para la presentación de propuestas..." al que se refiere la norma, y a solicitud de cualquiera de los participantes en el proceso de selección, "...se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance ..." del pliego de condiciones, serán oídos los proponentes que asistan y se levantará un acta de la reunión; como consecuencia de lo allí debatido, y cuando sea necesario o conveniente, como dice la norma, "...el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos ...", y si se requiere, prorrogará el término de la licitación o concurso, hasta por 6 días hábiles. Es decir que se da la oportunidad a la Administración, una vez abierta la licitación, de corregir el pliego de condiciones, en el evento en que el mismo contenga disposiciones confusas, ambiguas, poco claras, etc., cuando así lo hayan advertido y solicitado los mismos participantes, debiendo la entidad hacer tales correcciones o aclaraciones, mediante la expedición de adendos, que no son más que actos suscritos por el funcionario competente, que deben ser entregados a todos los participantes en el proceso de selección, para que se enteren de esas correcciones o aclaraciones; esto significa que la modificación del pliego de condiciones en esa etapa del proceso de selección, no puede producirse de cualquier manera, sino mediante el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley, y para los efectos en ella contemplados. Además de reiterar lo dicho en aquella ocasión(...), en la cual se hizo énfasis, sobre todo, en la imposibilidad de variar, luego de cerrada la licitación -es decir en la etapa de evaluación de las ofertas-, los factores de calificación y ponderación contemplados en el pliego de condiciones, agrega la Sala en esta oportunidad, que la intangibilidad del pliego de condiciones surge una vez abierta la licitación, es decir, cuando empieza a correr el término para que los interesados, que ya han adquirido el pliego de condiciones, puedan presentar sus ofertas, sólo que excepcionalmente, en esta etapa la ley permite la expedición de adendos, en la forma en que se explicó atrás, para efectos de aclarar el pliego de condiciones. Nota de Relatoría: Ver Sentencia del 26 de abril de 2006, Expediente 16041

PLIEGO DE CONDICIONES - Ley del contrato / TERMINOS DE REFERENCIA - Ley del contrato / PROCESO DE SELECCION - Pliego de condiciones / PLIEGO DE CONDICIONES - Naturaleza / PLIEGO DE CONDICIONES - Obligatoriedad

Ha sido constante la jurisprudencia de la Sala al reconocer la importancia y obligatoriedad que reviste el pliego de condiciones o términos de referencia dentro de una licitación o concurso, documento que viene a ser la hoja de ruta que regirá el proceso de selección, estableciendo las diferentes etapas que lo conforman y la forma de tramitarlas y agotarlas; y constituye, así mismo, ese pliego, la ley del contrato al que la licitación o concurso dará lugar, por cuanto las estipulaciones del negocio jurídico que se celebre, deben coincidir con los términos anunciados previamente en el documento rector del proceso de selección del contratista. El pliego de

condiciones, regula todas las etapas de la licitación, desde su apertura hasta su terminación; establece los requisitos de participación que deben cumplir los interesados, identifica de manera precisa y concreta el objeto del futuro contrato, determina los criterios de valoración y factores de calificación de las ofertas, así como los sistemas de ponderación de los mismos; en fin, indica la forma en que se debe producir la adjudicación del respectivo contrato y los términos y condiciones en que éste deberá celebrarse y ejecutarse. Es pues evidente, que el pliego de condiciones, elaborado por la Administración unilateralmente, contiene una serie de disposiciones que, una vez abierta la licitación y entregado el pliego a los participantes en la misma, se tornan obligatorias e inmodificables, salvo las expresas excepciones permitidas por la ley, y tal obligatoriedad se pregona no sólo frente a los proponentes, sino también, y con mayor razón, de cara a la misma entidad que lo elaboró; cuando se dice que el pliego de condiciones es ley del proceso de selección y del futuro contrato, debe entenderse que lo es, para todos los intervinientes en el primero, y para las partes del segundo; luego dicho documento, es ley también para la entidad licitante, que, en consecuencia, está sujeta a sus términos. Nota de Relatoría: Ver Sentencia del 26 de abril de 2006. Expediente 16.041

PRINCIPIO DE ECONOMIA - Pliego de condiciones / PLIEGO DE CONDICIONES - Principio de economía / PROCEDIMIENTO DE SELECCION - Etapas / PROCEDIMIENTO DE SELECCION - Plazos. Perentorios. Preclusivos / PLIEGO DE CONDICIONES - Plazo

Cabe advertir que uno de los principios consagrados en el estatuto contractual del Estado y que también informa el contenido del pliego de condiciones, es el principio de economía, en virtud del cual, conforme lo establece el numeral 1º del artículo 25, “En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones”. Y el ya mencionado artículo 30 del Estatuto, que regula la estructura de los procedimientos de selección, alude concretamente a los plazos de las distintas etapas que se surten en los mismos, como son: 1. El término que debe mediar entre la publicación de los avisos de apertura de la licitación o concurso, y la apertura misma del procedimiento de selección (num. 3); 2. El término para realizar la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones o términos de referencia (num. 4º); 3. El plazo máximo -hasta por 6 días hábiles- por el que se puede prorrogar el término de la licitación como resultado de esta revisión del pliego y de las modificaciones que sea necesario introducirle (num. 4); 4. El término durante el cual deben estar los informes de evaluación de las propuestas a disposición de los oferentes en la Secretaría de la entidad -5 días hábiles- para que éstos presenten las observaciones que consideren pertinentes (num. 8). 5. Y así mismo, dicha norma estableció la obligación de señalar en el pliego de condiciones: 5.1. El plazo de la licitación o concurso, “...entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre”, así como la posibilidad de prorrogarlo, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado (num. 5); 5.2. El plazo razonable dentro del cual la entidad deberá realizar la evaluación de las ofertas y podrá solicitar a los proponentes aclaraciones y explicaciones que sean indispensables (num. 7); y, finalmente, 5.3. Los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía (num. 9), estableciendo la norma que “El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan”, y de otra parte, que “Dentro del mismo término de adjudicación, podrá declararse desierta la licitación o

concurso conforme a lo previsto en este estatuto

PROCESO DE SELECCION - Plazos perentorios. Preclusivos / PLAZO PERENTORIO - Concepto / TERMINO PERENTORIO - Concepto / PLAZO PRECLUSIVO - Concepto / TERMINO PRECLUSIVO - Concepto / ADJUDICACION DE LA LICITACION - Plazo. Pliego de condiciones / DECLARATORIA DE DESIERTA DE LA LICITACION - Plazo. Pliego de condiciones

Estos plazos, que corresponden a las distintas etapas del proceso de selección, son, como lo consagra el numeral 1° del artículo 25 del Estatuto Contractual, perentorios y preclusivos. Perentorio, significa “Decisivo o concluyente”; según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Y el “término perentorio”, significa “El improrrogable, cuyo transcurso extingue o cancela la facultad o el derecho que durante él no se ejercitó”. Por su parte, preclusivo significa, según el mismo diccionario, “Que causa o determina preclusión”; y a su vez, preclusión, es definido como “Carácter del proceso, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales clausura la anterior sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella”. De acuerdo con las definiciones anotadas, para la Sala no queda duda alguna de que el legislador, al establecer que los términos o plazos de los procesos de selección de contratistas en materia de contratación estatal son perentorios y preclusivos, quiso imprimirles obligatoriedad, de tal manera que, el funcionario encargado de decidir si adjudica la licitación o concurso o los declara desiertos, debe actuar, expidiendo el respectivo acto administrativo, dentro del plazo expresamente establecido en el pliego de condiciones, o legalmente prorrogado, en los términos que la ley autoriza hacerlo, so pena de tomar una decisión viciada, por ilegal. Se advierte que la entidad está en el deber de fijar en el pliego de condiciones el plazo para la adjudicación de la licitación o concurso, que, conforme a lo dispuesto por el numeral 9° del artículo 30 de la Ley 80/93, es el mismo para declararlos desiertos; en esta forma, les brinda certeza a los participantes, sobre la fecha límite en la cual ella debe tomar la decisión que defina dicho proceso, bien sea mediante la adjudicación del contrato, o porque declare desierta la licitación, quedando únicamente la posibilidad legal, como ya se vio, de prorrogar dicho plazo antes de su vencimiento, y por un término no mayor a la mitad del inicialmente fijado. Observa la Sala que se trata de la inclusión de un principio de organización en el trámite de estos procedimientos administrativos de selección de los contratistas del Estado, tendiente a brindarles a los interesados participantes en los mismos, seguridad y certeza sobre los términos de dicho trámite, en el cual, por otra parte, las entidades no pueden obrar arbitrariamente, y al contrario, deben cumplir estrictamente las distintas etapas en que tales procedimientos se dividen. Nota de Relatoría: Ver Sentencia del 29 de enero de 1998. Expediente 10.405; Sentencia del 21 de abril de 2004, Expediente 12.960

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO - Contratación administrativa /
CONTRATACION ADMINISTRATIVA - Silencio administrativo negativo

Finalmente, anota así mismo la Sala, que si bien, como lo sostiene la apelante, el Código Contencioso Administrativo establece la figura del silencio administrativo como remedio frente a la omisión de la Administración en el cumplimiento de su deber de resolver dentro del término legalmente estipulado para ello (arts. 40 y 60), y que la ocurrencia del silencio administrativo negativo no exime a la autoridad de su deber de decidir, es decir que conserva su competencia mientras el interesado no haya interpuesto recursos contra el acto administrativo o presentado demanda en su contra que haya sido debidamente notificada al demandado, según el caso, estas disposiciones se refieren a la decisión que debe producirse frente al ejercicio del derecho de

petición, mediante el cual el administrado pretende, bien sea un pronunciamiento inicial de la entidad, o la resolución de un recurso interpuesto en vía gubernativa contra éste; y además, son normas que corresponden al procedimiento administrativo general, aplicable a las actuaciones administrativas, en defecto de un procedimiento especial. Pero resulta que, en materia de contratación estatal, como ya se dijo, existe un procedimiento especial para la selección de los contratistas, denominado licitación o concurso, que cuenta con sus propias reglas y requisitos; y lo cierto es que, en este procedimiento, los plazos contemplados para su trámite y decisión, por expresa disposición legal, y contrario a lo dispuesto en las normas generales del Código Contencioso Administrativo -que permiten decidir aún después de vencidos los mismos-, son perentorios y preclusivos.

PRIVACION DEL DERECHO A PARTICIPAR EN EL PROCESO DE SELECCION -
Diferente a la privación del derecho de ser adjudicatario / **PRIVACION DEL DERECHO DE SER ADJUDICATARIO -** Diferente a la privación del derecho a participar en el proceso de selección / **SELECCION OBJETIVA -** Privación del derecho a participar en el proceso / **DAÑO ANTIJURIDICO -** Privación del derecho a participar en proceso de selección / **COSTO DE OPORTUNIDAD -** Daño antijurídico

Sin embargo, los hechos probados en el proceso demuestran que las circunstancias que se presentaron en el trámite licitatorio, entre ellas, la ausencia de un único pliego de condiciones que lo rigiera, impidieron que se efectuara una evaluación válida de las distintas ofertas presentadas en la licitación, y ese fue, precisamente, el daño sufrido por la demandante: La privación del derecho a participar en un proceso de selección legal, transparente y eficaz, que condujera a una adjudicación válida del respectivo contrato; no fue, por lo tanto, la falta de adjudicación a su favor, por haber presentado la mejor oferta, el daño configurado en el presente caso, y en tales condiciones, sólo hay lugar a reconocer los gastos en que incurrió el demandante para participar en la Licitación Pública Internacional No. SCM-01-94 que aparezcan debidamente acreditados. En efecto, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala, cuando se adelanta un proceso de selección viciado, irregular, ilegal, de él no puede derivarse una adjudicación legal y válida para ninguno de los participantes. Como lo reconoció de tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala, cualquier adjudicación estaría viciada de nulidad, de modo que, si bien los participantes en ese proceso de selección pueden demandar el acto administrativo que lo concluyó, por ser ilegal, así aleguen haber presentado la mejor oferta, no podrán obtener, de la declaratoria de nulidad del mismo y como restablecimiento del derecho, una condena al reconocimiento de las utilidades que hubieran derivado de la adjudicación y ejecución del contrato en cuestión, por cuanto en ese evento específico no habrían podido obtener una adjudicación válida y legal. Sin embargo, considera la Sala que en estos casos, quienes participaron en la respectiva licitación o concurso público sí sufren un daño antijurídico, en la medida en que, si bien los costos y gastos en los que incurren los participantes en un proceso de selección de contratistas son el costo de oportunidad que deben afrontar por contar con la posibilidad de ser favorecidos con la adjudicación, ello es así en la medida en que el procedimiento adelantado por la Administración, tenga la posibilidad de concluir con una decisión válida y que si ello no se da, sea por una ilegalidad surgida del acto mismo; porque si es una irregularidad que vicia el trámite licitatorio previo, la que imposibilita la obtención de una adjudicación válida a favor de alguno de los proponentes, habrán éstos incurrido en tales gastos y costos en vano, y por lo tanto, tendrán derecho a que les sean reembolsados. Nota de Relatoría: Ver Expedientes 3528-3529-3544; Sentencia del 9 de diciembre de 1988

DECLARATORIA DE DESIERTA DE LA LICITACION - Extemporaneidad /

PROCEDIMIENTO DE SELECCION - Vicios de nulidad / SELECCION OBJETIVA - Vicios de nulidad / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL - Selección del contratista

Tal y como consta en los antecedentes que se dejaron reseñados, el acto administrativo mediante el cual, en forma extemporánea, por demás, se declaró desierta la Licitación Pública Internacional No. SCM-01-94, obedeció, como su misma fundamentación lo declara, a las irregularidades que viciaron el procedimiento de selección, consistentes: i) De un lado, en la modificación ilegal del pliego de condiciones aprobado por la entidad cuando autorizó la apertura de la licitación, ya que esa modificación se produjo por funcionarios incompetentes, cuando ya aquella estaba abierta, dos proponentes habían adquirido el pliego, y sin mediar el correspondiente adendo; ii) y de otro lado, en el hecho de que el Comité Evaluador procedió a calificar las ofertas con base en un pliego de condiciones distinto a aquel que adquirieron los proponentes, y que les sirvió de base para elaborar sus ofertas. Tales circunstancias, a juicio de la entidad -criterio que comparte la Sala, como ya se dijo-, impedían una selección objetiva y por ello, declaró desierta la licitación. Como es bien sabido, la licitación o concurso públicos tienen como finalidad primordial y última, la celebración de un contrato estatal, a esto apuntan; en consecuencia, ellos constituyen un procedimiento administrativo especial, de formación de la voluntad administrativa, la cual se concreta con la escogencia del futuro contratista a través de la expedición de un acto administrativo. Como cualquier procedimiento administrativo, éste, que es especial, también cuenta con una serie de requisitos sustanciales y formales, sin cuyo cumplimiento u observancia no puede dar lugar a una decisión válida y legal; si la ley establece unos procedimientos, pasos, etapas, actuaciones, que se deben realizar en la preparación de ese acto administrativo, su omisión dará lugar a una expedición irregular del mismo, que permitirá, así mismo, su anulación judicial. Es el caso, por ejemplo, en que siendo obligatoria la publicación previa a la apertura de la licitación, de avisos con amplia difusión, en los que se informe sobre el objeto y las características esenciales de la respectiva licitación o concurso (num. 3, art. 30), éstos sean abiertos sin cumplir con tal publicación. En eventos como el descrito, en los que se desconozcan los requisitos que se deben cumplir de manera previa a la expedición del acto de adjudicación y durante el proceso de formación de la voluntad administrativa, es lógico que el acto finalmente proferido por la respectiva entidad, independientemente de quién resulte favorecido con él, estará viciado de nulidad, por cuanto habrá sido expedido en forma irregular.

MEJOR OFERENTE - Prueba. Utilidad / UTILIDAD - Prueba. Mejor oferente / SELECCION DE CONTRATISTAS - Acto administrativo ilegal. Mejor propuesta / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Mejor oferente. Prueba

Se observa que todo lo expuesto en relación con el restablecimiento del derecho en estos eventos, resulta procedente siempre y cuando se cumpla con el primer requisito indispensable para obtener la indemnización de perjuicios, cual es, como ya se dijo, la prueba de la existencia del daño; en el caso concreto de los procesos de selección de contratistas, reitera la Sala que, quien aduce haber sido el mejor oferente y por lo tanto aspira al reconocimiento de la utilidad que previó obtener, debe probar no solo que el acto administrativo acusado es ilegal, sino también, que su propuesta era la mejor.

DOCUMENTO ORIGINAL - Copia. Valor probatorio / COPIA - Valor probatorio. Requisitos

Como es bien sabido, para que la copia de un documento original tenga el mismo valor probatorio de éste, es necesario, conforme a lo dispuesto por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, que la misma: Haya sido autorizada por notario o por director de oficina

administrativa o de policía, o por secretario de oficina judicial previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada; Cuando sea autenticada por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente; o, Cuando sea compulsada del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial. Respecto de los demás rubros que se alegan como costos surgidos de la preparación y presentación de la propuesta, considera la Sala que tampoco están suficientemente acreditados.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de dos mil siete (2007)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00787-01(16209)

Actor: SOCIEDAD ISKRA STEVCI

Demandado: EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17 de septiembre de 1998, mediante la cual se despacharon favorablemente las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

A través de apoderado debidamente constituido, el 29 de marzo de 1995 la sociedad Iskra Stevci de la República de Eslovenia, a través de su representante, sociedad Importadora Saga Ltda., presentó demanda en contra de la Empresa de Energía de Bogotá, cuyas pretensiones fueron (fls. 3 a 14, cdno 1):

“I.- PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA.- Declárase la Nulidad de la Resolución No. 013691 del diecinueve (19) de Diciembre de Mil Novecientos Noventa y Cuatro (1994), proferida por el Gerente General de la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA, por la cual se declaró desierta la LICITACIÓN PUBLICA INTERNACIONAL No. SCM-01-94 y del ACTO ADMINISTRATIVO PRESUNTO NEGATIVO que confirmó la anterior en razón de la ocurrencia del Silencio Administrativo respecto del Recurso de Reposición interpuesto el día veintitrés (23) de Diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

SEGUNDA.- Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA, a reconocer y pagar a ISKRA STEVCI el valor de los gastos en que incurrió con ocasión de su participación en la LICITACIÓN PUBLICA INTERNACIONAL No. SCM-01-94.

TERCERA.- Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 013691 de Diciembre de Mil Novecientos noventa y cuatro (1994) y del acto administrativo presunto negativo que la confirmó, condénese a la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA a reconocer y pagar a ISKRA STEVCI el valor de la utilidad que habría derivado de la ejecución del respectivo contrato, al haberle sido adjudicada la licitación mencionada, como era lo procedente.

CUARTA.- Las sumas a que sea condenada la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA, según las dos pretensiones anteriores, se actualizarán según los Índices de Precios al Productor, certificados por el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de la Sentencia y sobre tales sumas se liquidará y reconocerá un interés legal del seis por ciento (6%) anual desde la fecha de declaratoria de desierta de la Licitación y hasta la fecha de ejecutoria de la Sentencia.

QUINTA.- Para el cumplimiento de la Sentencia se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.-

En subsidio de las pretensiones principales:

PRIMERA.- Declárase Administrativa y extracontractualmente responsable a la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA por falla del Servicio, al incurrir en errores e irregularidades que la llevaron a declarar desierta la LICITACIÓN PUBLICA INTERNACIONAL No. SCM-01-94, impidiendo la adjudicación de la misma a la sociedad ISKRA STEVCI.

SEGUNDA.- Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA a reconocer y a pagar a ISKRA STEVCI el valor de los perjuicios materiales en que incurrió, a título de daño emergente, consistentes en los gastos efectuados para participar en la mencionada licitación.

TERCERA.- Como consecuencia de la declaratoria de RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EXTRA CONTRACTUAL a que se refiere la primera anterior pretensión, condénase a la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTA a reconocer y a pagar, a título de indemnización por perjuicios materiales y como lucro cesante, el valor de la utilidad que habría reportado ISKRA STEVCI de la ejecución del contrato que habría sido suscrito por ella como consecuencia de la adjudicación de la mencionada licitación, de no haberse incurrido en la referida falla del servicio.

CUARTA.- Las sumas a que sea condenada la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA, según las dos pretensiones inmediatamente anteriores, se actualizarán según los índices de precios al consumidor, certificados por el D.A.N.E., a la fecha de ejecutoria de la sentencia y sobre tales sumas se liquidará y reconocerá un interés legal del seis por ciento (6%) anual desde la fecha de declaratoria de desierta de la licitación y hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

QUINTO.- Para el cumplimiento de la sentencia se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo”.

Los hechos, en resumen, dan cuenta de la apertura de un proceso licitatorio internacional - Licitación Pública Internacional No. SCM-01-94- por parte de la Empresa de Energía de Bogotá, el 20 de junio de 1994, cuyo objeto era la contratación de la fabricación, pruebas, despacho, cargue, transporte, descargue, y entrega C.I.F. bodegas de la Empresa en Bogotá, de 60.000 medidores de energía monofásicos y 40.000 medidores trifásicos.

La Licitación se abrió el 29 de julio de 1994 y se cerró el 29 de agosto de 1994, presentando propuestas para el ítem 2, medidores trifásicos, las firmas Rymel Ltda., Schlumberger Industries Colombia S.A., Iskra Stevci respresentada por Importadora Saga Ltda., y A.B.B. Colombia S.A..

Los pliegos de condiciones fueron aprobados por el Comité de Asuntos Administrativos de la Empresa, según Acta No. 1.061 del 9 de junio de 1994.

El día de apertura de la licitación, viernes 29 de julio de 1994, la demandante y la firma Rymel Ltda. adquirieron el pliego de condiciones.

El lunes siguiente, el pliego adquirido por la demandante y la firma Rymel Ltda. les fue cambiado por la Entidad licitante, por cuanto esos ejemplares no contenían correcciones que le habían sido introducidas en las páginas 21, 22, 23 y 24, recibiendo en consecuencia, el mismo pliego de condiciones que recibieron todos los demás interesados.

La demandante manifiesta que el pliego de condiciones que aprobó el Comité de Asuntos Administrativos de la Empresa es distinto de aquel que les fue entregado a los interesados en participar en la licitación, aunque "...en el ÍTEM 1.8.1.1. en aspectos de simple redacción, salvo en lo que concierne a la capacidad de producción que en el primero de los pliegos mencionados exige demostrar que en el plazo de entrega estipulado para la licitación el oferente ha manejado un número de unidades producidas igual o superior al solicitado en los últimos tres años y el segundo de ellos en los últimos cinco años".

El pliego de condiciones utilizado por el Comité Evaluador para la calificación de las ofertas, fue uno preliminar, distinto de los dos anteriores, "...concretamente en lo que respecta a la capacidad de producción se limita a exigir que ésta sea suficiente para cumplir con el posible contrato en el plazo estipulado, de tal manera que el número de unidades producidas por mes debe ser mayor o igual a las unidades solicitadas", lo cual se advirtió en la Audiencia Pública de Adjudicación del 30 de noviembre de 1994, y por este hecho fue aplazada la decisión de adjudicación.

El plazo para adjudicar era de 60 días calendario a partir del cierre de la licitación, el cual fue prorrogado por la Entidad hasta el 8 de diciembre de 1994; a pesar de ello, el 19 de diciembre de 1994, la E.E.B. profirió la Resolución No. 013691, mediante la cual declaró desierta la licitación, contra la cual la sociedad Iskra Stevci interpuso recurso de reposición el 23 del mismo mes y año, sin que hasta la fecha de la demanda -29 de marzo de 1995- le hubiera sido notificada decisión alguna.

De la evaluación de ofertas efectuada conforme al numeral 1.8.1.1. del Pliego de Condiciones, cuya letra C establece que la evaluación y calificación de las ofertas se efectuaría a las que hubieran cumplido con los análisis preliminar y técnico, se concluye que la única propuesta para el Ítem 2, medidores trifásicos, que cumplió con dicho requisito fue la presentada por Iskra Stevci, ya que la de Schlumberger Industries Colombia S.A. no satisfizo los tiempos de entrega requeridos por la E.E.B., la de A.B.B. Colombia S.A. ofreció medidores no homologados y la presentada por Rymel Ltda., no cumplió con el requisito de capacidad de producción con relación a los 5 años exigidos en el pliego de condiciones entregado a los oferentes y mucho menos con relación a los 3 años exigidos en el pliego de condiciones aprobado por la Empresa.

En tales condiciones y siendo su oferta conveniente y favorable para la entidad, sostuvo la demandante, debió serle adjudicada la licitación y al no hacerlo, se le irrogaron daños, constituidos por los costos en los que incurrió para participar en la licitación, de

aproximadamente \$20'000.000,00, y por las utilidades que dejó de percibir, equivalentes al 30% del valor de la oferta que presentó, que fue de US \$3'628.400,00.

En el capítulo de normas violadas y concepto de la violación, la actora sostuvo que la Resolución No. 013691 del 19 de diciembre de 1994 y el acto administrativo presunto negativo que la confirmó, son violatorios de los artículos 2 inciso 2º, 6 y 123 de la Constitución Política, y el artículo 30 numeral 9º, en armonía con el artículo 25 numeral 1º de la Ley 80 de 1993, así como el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Explicó que la vulneración se produjo por cuanto la declaratoria de desierta de la licitación, debió hacerse dentro del término fijado en el pliego de condiciones para la adjudicación y las prórrogas legalmente efectuadas al mismo, y al haberlo hecho extemporáneamente, se vulneraron las mencionadas normas, por cuanto se ejerció una función por fuera de lo previsto en la ley, incurriéndose en extralimitación de funciones que desprotegió a la actora en sus bienes y la decisión quedó viciada de nulidad por incompetencia.

De otro lado, adujo la falsa motivación, por cuanto no hubo la alegada modificación de los pliegos de condiciones luego de la apertura de la licitación, sino que a los dos primeros compradores se les entregó un ejemplar que no incluía las modificaciones acordadas por la Empresa antes de tal apertura y por lo tanto, no se requería adendo; tampoco es cierto que tales modificaciones implicaran cambiar las reglas de juego a los proponentes, porque todos ellos se presentaron a la licitación con los mismos pliegos y en igualdad de condiciones; también es falso que la situación presentada implicara la imposibilidad de efectuar una selección objetiva, porque la actora presentó una oferta que cumplió con los requisitos del análisis preliminar y técnico, y en la calificación de los factores de adjudicación obtuvo un puntaje que la hacía favorable para la entidad licitante, y por lo tanto era obligatoria la adjudicación.

Considera improcedente la aplicación que hace la entidad en el acto acusado, del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, por cuanto esta norma es relativa a la nulidad de los contratos; en su lugar, a juicio de la actora, resulta aplicable el artículo 25, numeral 2º, en cuanto establece que los defectos formales en que se incurra en el procedimiento de selección o la inobservancia de requisitos establecidos al efecto no constituyen sustento ni motivo para abstenerse de adjudicar la licitación, pues ello contraría el principio de economía que orienta toda la actuación contractual; por ello, la entidad debió ordenar al Comité Evaluador que efectuara el análisis preliminar y técnico y la evaluación de las ofertas, de conformidad con los pliegos de condiciones entregados a los oferentes, subsanando así el error en que se incurrió, para proceder a adjudicar la licitación.

Adicional a los anteriores argumentos y para fundamentar las pretensiones subsidiarias, sostuvo la actora que la entidad demandada incurrió en evidentes errores constitutivos de una falla del servicio, al haber aprobado un pliego de condiciones, haber entregado uno distinto a los oferentes, y haber utilizado otro, que tenía el carácter de preliminar, para la evaluación de las propuestas, hecho que la condujo a tomar la decisión de declarar desierta la licitación, cuando de no haber mediado tal proceder irregular y negligente, la licitación le habría sido adjudicada a la demandante; con esta falla del servicio, se le ocasionaron perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante- a la actora, evidenciándose el nexo causal entre estos dos extremos, y por lo tanto los mismos le deben ser indemnizados.

2. La contestación de la demanda.

El auto admisorio de la demanda fue notificado personalmente a la Empresa de Energía de

Bogotá, quien a través de apoderado debidamente constituido la contestó y se opuso a las pretensiones (fls. 20 a 39, cdno ppl).

La entidad admitió algunos hechos, negó otros y respecto de los demás, se atuvo a lo que resultara probado; manifestó que no era cierto, como afirmó el demandante, que las diferencias entre los pliegos de condiciones fueran de simple redacción, sino que contenían inconsistencias relacionadas con la evaluación de la capacidad financiera y de producción de los proponentes, que hacían imposible la selección objetiva de un contratista; además, se produjo una modificación del pliego de condiciones con posterioridad a la apertura de la licitación, sin la correspondiente autorización del Gerente y sin mediar un adendo, cuando ya se habían vendido dos pliegos a dos posibles proponentes, lo que era constitutivo de un vicio en el procedimiento de selección y un cambio de las reglas del juego para los proponentes, atentando con ello contra el principio de transparencia "...que involucra postulados básicos entre los cuales está el de selección objetiva, contradicción, publicidad y moralidad administrativa"; se "...destruyeron las posibilidades de una selección objetiva de un contratista por parte de la administración y la única solución jurídica y viable al insuceso era la de declarar desierta la licitación...".

Adujo la entidad demandada, que las pretensiones del demandante eran contradictorias y excluyentes entre sí, al pedir en las principales la declaratoria de nulidad del acto que declaró desierta la licitación y en las subsidiarias, la declaración de responsabilidad extracontractual de la entidad; por otra parte, sostuvo que no obra ningún elemento de juicio razonable que indique que la sociedad actora hubiera sido necesariamente la adjudicataria de la licitación y por lo tanto, ningún daño o perjuicio se le ocasionó al declararla desierta.

Propuso como excepciones, la legalidad del acto administrativo, la inexistencia de relación causal entre los hechos alegados y el presunto daño aducido en las pretensiones subsidiarias y la de inepta demanda, por indebida acumulación de pretensiones; así mismo, formuló llamamiento en garantía respecto de los funcionarios directamente responsables del proceso licitatorio: Gerardo Zalamea, Ignacio Arrázola y Hernando Ayala, desistiendo posteriormente del formulado respecto del señor Arrázola, por cuanto para la época de los hechos, se encontraba en vacaciones (fl. 27, cdno 3).

El señor Zalamea Godoy (fls. 36 a 55, cdno 3), al contestar el llamamiento manifestó que si bien era el Jefe de la División de Control y Recuperación de Energía y en esa calidad participó en la elaboración de los pliegos de condiciones por designación de la Subgerencia Comercial, no tuvo injerencia alguna en la expedición de la Resolución No. 013691, mediante la cual se declaró desierta la licitación; sostuvo que el encargado de la compilación, digitación e impresión del pliego de condiciones, así como de la coordinación de las labores de fotocopiado y encuadernado de los ejemplares para la venta, era el señor Luís Hernando Ayala Morato, quien en el proceso de compilación de archivos incurrió en un error al incluir 2 hojas que no correspondían al pliego autorizado para la venta, pero que el ingeniero Zalamea al advertirlo el primer día de la apertura de la licitación, efectuó la restitución del texto original autorizado y reemplazó el pliego entregado a los dos interesados que ya lo habían adquirido: Importadora Saga Ltda. y Simec Ltda., con lo cual, todos los participantes en la licitación recibieron idénticos pliegos; además, 3 días después de abierta la licitación se llevó a cabo audiencia de aclaración de pliegos, solicitada expresamente por Saga Ltda., que llevó a la expedición del Adendo No. 1 del 12 de agosto de 1994, mediante el cual se modificó el numeral 1.8.1.2, "Definición y Aplicación de Criterios para la Evaluación", en lo relacionado con Experiencia Técnica y Experiencia Comercial de los posibles licitantes; así mismo, se expidió el Adendo 2, del 19 de agosto de 1994; con estos

adendos, la entidad convalidó el pliego de condiciones entregado a los oferentes. Concluyó el llamado en garantía, que él no obró con dolo o culpa grave que hubiera originado el daño por el cual se reclama y en consecuencia, no debe prosperar el cargo en su contra.

El señor Luis Hernando Ayala Morato, a su vez, alegó que no le asistía responsabilidad alguna por cuanto se limitó a cumplir las órdenes impartidas por el Jefe de la División de Control y Recuperación de Energía, ingeniero Gerardo Zalamea Godoy, encargado de adelantar el proceso licitatorio, transcribiendo el texto del pliego de condiciones y las reiteradas modificaciones que este funcionario ordenó (fl. 62, cdno 3).

3. Sentencia de Primera Instancia.

El Tribunal decidió en los siguientes términos:

“PRIMERO: Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

SEGUNDO: Declárase la nulidad de las resoluciones números 013691 del 19 de diciembre de 1994, por la cual el Gerente de la Empresa de Energía de Bogotá declaró desierta la Licitación Pública Internacional SCM-01-94, y 02121 del 7 de abril de 1995, que resolvió el recurso de reposición interpuesto por Importadora Saga Ltda. contra la primera, confirmándola.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la Empresa de Energía de Bogotá, o a quien actualmente la haya sustituido, a pagar a la sociedad ISKRA STEVCI (Representada por Importadora Saga Ltda.), la suma de SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$757.979.000,00), como indemnización de perjuicios materiales.

Tal suma deberá ser actualizada y devengará intereses legales tal como se indicó en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del CCA.

QUINTO: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Deniéganse los llamamientos en garantía formulados por la Empresa demandada.

SEPTIMO: Sin condena en costas”.

La decisión del a-quo obedeció a que encontró probada la ilegalidad del acto administrativo acusado, de un lado, porque la entidad lo profirió cuando ya había vencido el término que tenía para hacerlo; y de otro lado, porque consideró el Tribunal, que el acto estuvo falsamente motivado, toda vez que, a su juicio, la confusión que se presentó con el pliego de condiciones no impedía la selección objetiva; el pliego aprobado por la entidad, no fue modificado después de abierta la licitación, simplemente se trató de corregir una equivocación en la entrega del mismo a los primeros compradores, a quienes se les suministró un ejemplar que no contenía las modificaciones aprobadas al pliego preliminar por parte de la entidad; además, ésta bien pudo efectuar la evaluación de las ofertas utilizando el pliego correcto, entregado a todos los oferentes y con el que presentaron sus propuestas, una vez se percató del error ocurrido, cuando se le entregó al Comité Evaluador y éste usó para la calificación, el pliego preliminar, es decir, sin las modificaciones que se le habían hecho antes de la apertura de la licitación.

4. El Recurso de Apelación.

Inconforme con lo decidido, la parte demandada interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia; en la sustentación del mismo, expuso, en resumen, los siguientes argumentos:

- En primer lugar, sostuvo que los procedimientos que adelanta la Administración en general y específicamente en materia de contratación, tienden siempre a la consecución de un objetivo, orientado al cumplimiento de los fines estatales y a la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, que los justifica; así, el proceso licitatorio, apunta a "...la selección del ofrecimiento más favorable para la entidad y para los fines que persigue satisfacer o -frustrada esa finalidad-, la declaración de desierto de la licitación por presentarse la circunstancia de no ser posible una selección objetiva", por lo cual dicho procedimiento sólo puede terminar con una de dos decisiones: la adjudicación o la declaratoria de desierto.

En consecuencia, manifestó, el hecho de que se adjudique o se declare desierto un proceso licitatorio por fuera del término fijado por el pliego de condiciones, no da lugar a la declaratoria de nulidad del respectivo acto administrativo por la causal de falta de competencia temporal, ya que el funcionario no pierde su competencia para decidir, independientemente de las consecuencias de índole disciplinaria y de responsabilidad contractual o extracontractual que se puedan derivar de esa decisión extemporánea.

Luego de referirse a los fines del Estado, tendientes a la satisfacción del interés general, y al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo meramente formal, adujo que un funcionario no puede excusarse en el vencimiento del plazo para dejar de tomar la decisión que corresponda, como la de adjudicar el contrato o declarar desierto la licitación, por cuanto "...un servidor público responsable de la respectiva Entidad Estatal, y ésta en su conjunto, se encuentran obligados, en virtud del ordenamiento de nuestro Estado de Derecho, a remover los obstáculos encontrados, a interpretar y aplicar las normas relativas a los términos de los procedimientos que unilateralmente han fijado, de manera tal que se procure el cumplimiento de la finalidad para la cual están dispuestos".

- En segundo lugar, sostuvo que, de admitirse la pérdida de competencia para declarar desierto la licitación una vez vencido el plazo para ello, al declarar nulo el acto administrativo acusado por esta causal, no surgiría derecho alguno a favor del demandante que debiera ser restablecido por vía judicial, ya que la no adjudicación se habría producido también por el vencimiento del plazo, y no por haber declarado extemporáneamente desierto la licitación; es decir, que el supuesto perjuicio sufrido por el demandante, no derivaría propiamente del acto administrativo demandado y anulado.

- En tercer lugar, la demandada reiteró la imposibilidad de acumular las pretensiones de índole contractual, tendientes a obtener la anulación del acto de declaratoria de desierto de una licitación, con las pretensiones indemnizatorias propias de la acción de reparación directa.

La Empresa de Energía de Bogotá también afirmó que el procedimiento administrativo no podía "judicializarse", haciéndolo más rígido, sino que debía flexibilizarse el punto de la perentoriedad de los plazos en sede administrativa, en consideración a la finalidad que se persigue con sus procedimientos, que es de interés público y no del particular que actúa frente a la Administración.

Respecto de la falsa motivación que halló configurada el Tribunal, la entidad demandada sostuvo

la veracidad de los hechos fundamento de la decisión, toda vez que se probó en el plenario el hecho de la modificación ilegal del pliego de condiciones, luego de abierta la licitación, sin autorización del Gerente, por funcionarios incompetentes, sin el procedimiento adecuado, que a dos proponentes les fue cambiado el pliego inicialmente entregado por el que se modificó y los demás proponentes recibieron desde el principio ese pliego cambiado; que la Comisión de Evaluación recibió un pliego diferente y que por lo tanto, “**Jurídicamente, es también claro: (a)** que los hechos señalados afectan la validez del procedimiento (b) que los hechos implicaron un cambio en las reglas del juego de la Licitación Pública y (c) que de acuerdo con las previsiones del artículo 45 de la ley 80 de 1993 la situación ocurrida no susceptible (sic) de saneamiento por ratificación”.

Se trataba de un proceso licitatorio afectado de invalidez, puesto que se adelantó con base en un pliego de condiciones viciado de nulidad absoluta, insaneable, por la falta de competencia del funcionario que lo modificó, y por lo tanto esa circunstancia no permitía efectuar una selección objetiva, ni siquiera acudiendo al procedimiento mencionado por el Tribunal, de evaluar todas las ofertas nuevamente, con base en el pliego de condiciones que les fue entregado a todos los proponentes.

Por otra parte, la demandada se refirió a la aplicación del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 relativo a la nulidad absoluta del contrato, alegando que se mencionó en el acto administrativo acusado, porque una de las causales de nulidad absoluta del contrato es la declaratoria de nulidad de los actos en que se fundamente y en el presente caso, el acto administrativo pliego de condiciones estaba viciado de nulidad insaneable, por falta de competencia de los funcionarios que lo modificaron.

En cuanto al monto de los perjuicios reconocidos por el Tribunal a la sociedad Iskra Stevci, la entidad sostuvo que al no ser ilegal el acto administrativo acusado y no tener derecho aquella a la adjudicación, no había lugar a reconocimiento alguno por este concepto; pero que aún si se considerara viciado el acto acusado, hay que tener en cuenta que la demandante, como los demás proponentes, sólo tenía una expectativa de adjudicación, pero no era titular de ningún derecho que le haya sido vulnerado, es decir, no hay certeza sobre la existencia del daño y por lo tanto, no hay lugar a indemnización alguna.

A su juicio, no se probó que la demandante hubiera presentado la mejor oferta, ya que el dictamen pericial, contrario a lo afirmado por el Tribunal, no indicó en parte alguna que la licitación debió ser adjudicada a la firma Iskra Stevci, pues se limitó a manifestar que la oferta de esta sociedad era la única que podía ser evaluada y por ello, al no tener competencia, obtenía el máximo puntaje; este hecho, no significa como lo entendió el a-quo, que haya quedado demostrado sin lugar a dudas, que la actora debió ser favorecida con la adjudicación, cuando de otro lado, según la apelante, no hubo comparación de ofertas ni consulta de las condiciones del mercado, con orientación a la preferencia por los bienes nacionales, y la oferta de Iskra no era favorable para los intereses de la entidad, pues en cuanto al precio de la misma, que era de US\$ 3.628.400,00, superaba al ofrecido por la compañía colombiana Rymel, de US\$ 2.498.800,00, en una suma de US\$1.129.600,00, o sea que era 32% más costosa.

En criterio de la Empresa de Energía de Bogotá, la propuesta de Rymel sí era valorable, cumplía con los requisitos de participación en el proceso de selección y muy seguramente se le habría hecho una compra parcial, por cuanto cumplía con las especificaciones técnicas y era más económica.

También demuestra la eventualidad del daño alegado por la demandante, el hecho de que el pliego de condiciones contemplaba la posibilidad de disminuir el volumen de compra hasta en un 20%.

Pero si se considerara la existencia de un daño cierto que deba ser reparado en virtud de la responsabilidad precontractual del Estado, la apelante considera que su indemnización no podría ir más allá del reconocimiento de los gastos en que incurrió la demandante para participar en la licitación, que según los peritos ascienden a \$ 20.000,00, no teniendo derecho al reconocimiento de la utilidad esperada.

5. Actuaciones en la segunda instancia.

Admitido el recurso de apelación, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar y emitir concepto respectivamente (fls. 255 y 284, cdno ppl).

5.1. La sociedad Iskra Stevci, en sus alegaciones finales, se refirió a los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la demandada, reiterando que la Administración contaba con un término preclusivo para decidir en el proceso licitatorio y lo dejó vencer, profiriendo una decisión extemporánea y por lo tanto, viciada por falta de competencia.

Se refirió a las formalidades legales que deben observarse en la actuación administrativa, "...que constituyen en últimas las garantías para el administrado..." en cuanto a la imposición de límites a las autoridades que impidan actuaciones arbitrarias, formalidades que son obligatorias y que implican la invalidez del acto administrativo que es expedido con su desconocimiento.

Con relación a la indebida y falsa motivación, la demandante sostuvo que no es cierto como lo afirmó la entidad, que el pliego de condiciones se hubiera modificado después de la apertura de la licitación, que todos los oferentes recibieron el mismo pliego de condiciones, por lo cual no se vulneró el principio de transparencia ni se imposibilitó una selección objetiva; por otra parte, contrario a lo afirmado por la demandada, se probó en el plenario que el Gerente de la entidad licitante sí tuvo conocimiento previo del procedimiento aplicado en la expedición del pliego de condiciones, que los oferentes tuvieron en su poder idénticos ejemplares, que la confusión sólo fue institucional y que no hubo cambio de reglas de juego que atentara contra el principio de igualdad de los oferentes.

Manifestó además, que no obra prueba en el plenario de que, como afirma la entidad demandada, los funcionarios que elaboraron el pliego de condiciones, carecieran de competencia para ello, sino que al contrario, consta que eran los encargados del trámite de la licitación, por cuanto el Gerente de la entidad facultó a la Subgerencia Comercial para que adelantara los trámites necesarios para el buen desarrollo de la licitación, y la División de Control y Recuperación de Energía, dependía directamente de dicha dependencia.

Reiteró que su propuesta, tal y como lo determinaron los peritos, era la única que podía ser evaluada y calificada y por lo tanto resultó ser la mejor oferta, lo que le daba el derecho a la adjudicación (fls. 286 a 309, cdno ppl).

5.2. La Empresa de Energía de Bogotá, presentó escrito en el cual reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso, en especial, el hecho de que la Administración está sujeta al principio de legalidad y que frente a la modificación del pliego de condiciones por funcionarios incompetentes, sin autorización y sin mediar adendo, respecto de los factores de evaluación -lo que representaba que, dependiendo del pliego con el cual se calificaran las ofertas, el ganador del

certamen sería uno diferente-, cuando ya había sido vendido a dos personas, atentaba contra el principio de transparencia e impedía efectuar una selección objetiva del ofrecimiento más favorable, quedando como única alternativa, la de declarar desierta la licitación.

Enfatizó nuevamente que la perentoriedad y preclusividad de los plazos en el proceso de selección y contratación, no pueden asumirse desligados de la finalidad de las actuaciones administrativas, y que por lo tanto, no significan que la autoridad respectiva pierda la competencia para decidir; sostuvo además, que la audiencia de adjudicación quedó suspendida desde el día 8 de diciembre de 1994, hasta cuando la entidad decidió declarar desierta la licitación mediante acto administrativo, por lo cual no puede predicarse que la decisión haya sido extemporánea.

Sostuvo de nuevo, la inexistencia de un daño cierto sufrido por la demandante y derivado de alguna actuación imputable a la demandada, distinto de los gastos en los que tuvo que incurrir para participar en el proceso de selección, y que en este evento se trataría de una responsabilidad extracontractual, cuya reclamación correspondía efectuar mediante la acción de reparación directa, sin lugar a una acumulación indebida de pretensiones (fls. 311 a 353, cdno ppl).

5.3. Concepto del Ministerio Público:

La Procuradora Quinta Delegada solicitó confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto anuló los actos administrativos enjuiciados y modificarla respecto de la condena, por considerar, de un lado, que efectivamente, la decisión de declarar desierta la Licitación Pública Internacional SCM-01-94 fue extemporánea, ya que se produjo después de vencido el término que se había señalado en el acto de apertura para la adjudicación de la licitación y por lo tanto la Administración ya había perdido la competencia para decidir; en consecuencia, dicho acto es ilegal; de otro lado, consideró que al no decidir dentro del término establecido para ello, "...la administración sufre las consecuencias del fracaso del proceso, las cuales corresponden a su responsabilidad frente a los proponentes que de buena fe han presentado sus ofertas, y a quienes se les tiene que resarcir el perjuicio sufrido como consecuencia de la actitud descuidada y negligente de la administración"; pero que en el presente caso, debe reconocerse a título de indemnización de perjuicios únicamente el monto del daño emergente, constituido por las sumas invertidas en la elaboración y presentación de la oferta, ya que a su juicio, no existen "...elementos probatorios suficientes que permitan concluir que la adjudicación en caso de haberse realizado tal acto, debió haber favorecido a la demandante", toda vez que al proceso no fueron presentadas las ofertas de quienes participaron en la licitación, lo cual impide al juzgador hacer la comparación y evaluación necesaria para determinar cuál era la mejor y por lo tanto, cuál era la que tenía vocación para la adjudicación; además, en la prueba pericial los auxiliares de la justicia, para concluir que la oferta presentada por **Iskra Stevci** era la mejor, tampoco efectuaron el análisis adecuado de todas y cada una de las ofertas presentadas para el ítem 2, sólo la de la demandante y la de la firma Rymel Ltda., basándose únicamente en la calificación que la Administración les otorgó con fundamento en un pliego de condiciones distinto al vendido a los proponentes.

En cuanto a los llamados en garantía, solicitó que fueran absueltos, toda vez que la anulación del acto administrativo no se produjo por la irregularidad en que incurrieron en la elaboración y entrega equivocada de los pliegos de condiciones, que además fue oportunamente subsanada, sino como consecuencia de su extemporaneidad y de la ausencia de fundamento fáctico real para la decisión (fl. 362, cdno ppl).

5.4. El 6 de abril de 2006, la Señora Consejera Ruth Stella Correa Palacio manifestó su impedimento para conocer del presente asunto, en virtud de haber conceptuado en el mismo en su calidad de Procuradora Delegada ante esta Sección, impedimento que, mediante Auto del 5 de julio de 2006, le fue aceptado por la Sala (fls. 401 y 403, cdno ppl).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala modificará la sentencia apelada, con base en las siguientes consideraciones:

Toda vez que la controversia gira en torno a la legalidad del acto administrativo mediante el cual se declaró desierta la licitación y la demanda aduce dos cargos de invalidez en contra del acto administrativo acusado: Expedición extemporánea y falsa motivación, la Sala analizará: i) en primer lugar, las excepciones propuestas por la parte demandada; ii) en segundo lugar, los hechos que resultaron probados en el proceso; iii) en tercer lugar, la procedencia de las pretensiones principales y si se configuró o no una de las causales de nulidad aducidas; y iv) en cuarto lugar, las consecuencias de tal configuración.

I- Excepciones propuestas por la entidad demandada.

La Empresa de Energía de Bogotá adujo como excepciones: la legalidad del acto administrativo; la inexistencia de relación causal entre los hechos alegados y el presunto daño aducido en las pretensiones subsidiarias; e inepta demanda, por indebida acumulación de pretensiones.

En relación con la primera y la segunda, observa la Sala que no constituyen realmente una excepción, puesto que no se trata de hechos que enerven las pretensiones, sino de afirmaciones que niegan el derecho alegado por el demandante y que deben ser precisamente objeto de prueba en el proceso.

En cuanto a la tercera, esto es, la ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, la sustenta la demandada afirmando que no se pueden acumular las aducidas mediante una acción contractual para obtener la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, con la acción de reparación directa por falla en el servicio.

Al respecto, el artículo 145 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 7° de la Ley 446 de 1998, establece que en todos los procesos contencioso administrativos procederá la acumulación de pretensiones en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil; para la época de presentación de la demanda, 29 de marzo de 1995, esta disposición no existía, no obstante lo cual, en virtud de la remisión general que hace el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo a las normas procesales civiles, era aplicable el artículo 82 del C.P.C., conforme al cual, el demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos: que el juez sea competente para conocer de todas las pretensiones, que éstas no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias, y que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

Y en el presente caso, se advierte que el demandante propuso unas pretensiones, las anulatorias del acto administrativo que declaró desierta la licitación, como principales; mientras que las relativas a la supuesta falla del servicio, en las que pidió declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños que le ocasionó, fueron propuestas como subsidiarias, siendo unas y otras competencia de esta jurisdicción en primera instancia y susceptibles de tramitarse por el mismo procedimiento ordinario, razón por la cual era perfectamente posible plantearlas en

la misma demanda, en la forma en que se hizo; en consecuencia, no resulta atendible esta excepción.

II- Hechos probados.

En el presente caso se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis:

En primer lugar, está acreditado que la Empresa de Energía de Bogotá, abrió en 1994 un proceso licitatorio, Licitación Pública SCM 01-04, para la adquisición de medidores de energía monofásicos y trifásicos, según consta, de un lado, en la copia parcial del Acta 1061 del 9 de junio de 1994, del Comité de Asuntos Administrativos de la entidad, en el que se autorizó la apertura de la referida Licitación, de la cual se consignaron allí las especificaciones generales, tales como cantidad de medidores a adquirir, presupuesto oficial, desembolsos a efectuar, soporte presupuestal, financiación y valor del pliego; y de otro lado, en la copia de la Resolución No. 003447 del 20 de junio de 1994, por medio de la cual el Gerente de la Empresa de Energía de Bogotá ordenó la apertura de la Licitación Pública SCM-01-94 y autorizó a la Subgerencia Comercial para adelantar los trámites necesarios para el buen desarrollo de dicha licitación; en este acto administrativo, no se hizo alusión alguna al pliego de condiciones (fls. 47 y 110, cdno 2).

- Así mismo, consta que el 26 de octubre de 1994, el Gerente de la Empresa de Energía de Bogotá les comunicó a los señores Schlumberger Industries Colombia S.A., Electromediciones Andina Ltda., Iskra y/o Importadora Saga Ltda., Asea Brown Boveri Ltda., Disico Ltda., Rymel Ltda. y Mecol S.A., que el plazo para la adjudicación de la Licitación Pública SCM-01-94, previsto inicialmente para el 8 de noviembre de 1994, fue prorrogado hasta el día 8 de diciembre del mismo año (fl. 114, cdno 2).

- Las propuestas fueron evaluadas por la entidad, según consta en los documentos remitidos al Tribunal por la Directora Jurídica de la Empresa de Energía de Bogotá, entre los cuales se hallan el Pliego de Condiciones de {{{la Licitación SCM-01-94 y el Análisis de las Ofertas (fls. 47 y 131, cdno 2); se observa en el respectivo Informe, que para el Item 2: 40.000 medidores de energía eléctrica trifásicos de inducción para conexión directa a 3x208/120 v., 20(80) A., 60 z., precisión clase 2, con totalizador ciclométrico para una sola tarifa, se presentaron 4 ofertas: Rymel Ltda., Schlumberger Industries Colombia S.A., la demandante: Importadora Saga - Iskra, y A.B.B. -Colombia S.A..

Luego de efectuar el análisis preliminar de las ofertas, en el cual "...se tiene en cuenta el cumplimiento de los requisitos legales y comerciales establecidos en el Pliego de Condiciones, se estudian y califican las desviaciones y aclaraciones a las condiciones generales de la licitación, y se verifica la capacidad financiera de los oferentes y la capacidad de producción de los fabricantes", se concluyó que de las presentadas para el Item 2, no cumplían con los requisitos solicitados: la firma **Schlumberger Industries Colombia S.A.**, puesto que no ofreció los tiempos de entrega requeridos por la Empresa; conforme se consignó en el Anexo 2, esta firma ofreció entregas parciales hasta 33 meses, y la Empresa solicitó entregas parciales hasta 10 meses, superando en más del 50% los tiempos establecidos como deseables por ésta; en consecuencia, no sería tenida en cuenta en la evaluación, conforme a lo dispuesto en la sección 1.8.1 -penalizaciones y ajustes; y tampoco cumplió la firma **A.B.B. Medidores S.A.**, puesto que los medidores ofrecidos no estaban homologados por la Empresa.

Una vez calificadas las ofertas con fundamento en los factores de: 1) valor de comparación, 2)

sistema de calidad, 3) experiencia técnica, 4) experiencia comercial y 5) servicio posventa, el Comité Evaluador recomendó adjudicar la licitación, en el Item 2, a la firma Rymel Ltda., que obtuvo un puntaje de 89.2, mientras que Saga - Iskra obtuvo un puntaje de 75.34.

- El día 30 de noviembre de 1994, según consta en Acta de esa fecha, se realizó Audiencia Pública para la adjudicación de la Licitación Pública SCM-01-94, en la cual se dio la lectura y respuesta a las observaciones de los oferentes a la evaluación y calificación de las propuestas; el representante de la firma **Saga** sostuvo que el punto referente a la Capacidad de Producción, de la página 23 del Pliego comprado, no coincide con el mismo punto del pliego que utilizó el Comité de Adjudicación; oídas todas las observaciones de los asistentes, “Se decidió el aplazamiento de la adjudicación con el fin de que la Administración de la EEB estudie los nuevos elementos aportados durante la audiencia, así como la realización del Análisis de las divergencias dentro de los pliegos (...) (fl. 115, cdno 2).

- El 1º de diciembre de 1994, el señor Eduardo Zalamea Godoy, Jefe de la División de Control y Recuperación de Energía, envió oficio al Gerente de la **Empresa de Energía de Bogotá** cuya referencia fue “Aclaración inconsistencia en pliegos de condiciones Licitación Pública SCM-01-94”; en este, el mencionado funcionario informó que en el proceso participaron 3 funcionarios: Ignacio Arrázola Otero, Jefe del Departamento de Medición Energía; Luis Hernando Ayala Morato, Profesional Especializado, y él mismo; a continuación, narró cómo fue el procedimiento aplicado y la participación de cada funcionario en el mismo, en los siguientes términos (fl. 124, cdno 2):

“1. Con base en los modelos de pliego de licitación de suministro disponibles, el Ing. Ayala preparó una versión que con el visto bueno de Dirección Jurídica, Subgerencia Financiera y Dirección de Control Interno, se presentó al Comité de Asuntos Administrativos para solicitud de apertura, la cual fue aprobada según acta 1061 del 9 de junio de 1994, quedando como fecha de apertura Julio 29 de 1994.

2. En revisión posterior conjunta de los tres participantes, antes de la apertura, se efectuaron modificaciones al pliego, con el ánimo de mejorarlo, surgiendo así la versión que hoy en día tiene el Comité Evaluador, la cual presenta discrepancias con el pliego presentado al Comité de Asuntos Administrativos y sobre el cual, por error se elaboraron los primeros ejemplares para la venta.

3. En revisión personal efectuada por el suscrito el día viernes 29 de Julio de 1994, fecha de la apertura, se detectaron inconsistencias en las páginas 21, 22, 23 y 24, relacionadas con la evaluación de la capacidad financiera y de producción, por lo cual de inmediato tomé la decisión de cambiar las dos hojas. Esto explica el tipo de letras diferente de las mencionadas páginas.

Al Ing. Ayala se le encargó la encuadernación de los pliegos de venta previo cambio de las dos hojas.

4. El día lunes 1 de Agosto se constató en Biblioteca que el viernes anterior se habían vendido dos (2) pliegos, los cuales se le cambiaron a los oferentes correspondientes, Importadora Saga Ltda., y SIMEC LTDA.

5. En lo tocante a la capacidad de producción, se cambió de 3 a 5 años el período de evaluación, para hacerlo concordante con la calificación de la experiencia técnica y comercial referidas también a 5 años. Los demás cambios de forma efectuados se explican en el anexo de esta comunicación.

6. En la Biblioteca se entregaron 11 ejemplares sellados y firmados en la página 69, Formulario de la Propuesta, por el jefe de la División. Se vendieron 9 y la Biblioteca devolvió uno sobrante y conservó el de su archivo.

7. De conformidad con el procedimiento acostumbrado, al cierre de la licitación, el 9 de septiembre de 1994, el Ing. Ayala le entregó a los delegados de la Dirección Jurídica y de la Subgerencia Financiera, sendos ejemplares del pliego equivocado y de las ofertas recibidas para el respectivo análisis.

8. Desafortunadamente, a los 4 integrantes del comité evaluador, el Ing. Arrázola les entregó copias del pliego que recibió del Ing. Ayala, las cuales, como ya se comprobó, no corresponden al ejemplar del pliego que adquirieron los oferentes, sino a una versión anterior que ha debido ser destruida en su momento.

En resumen, existen tres versiones del pliego, la que adquirieron los oferentes, la que se presentó al Comité de Asuntos Administrativos y la que utilizó la Comisión Evaluadora.

En el Anexo se indican, para la sección I, las diferencias entre el pliego que reposa en la Secretaría y el de venta y la justificación correspondiente”. (Negrillas fuera del texto original).

- Anexo a la anterior comunicación, se encuentra un cuadro en el cual se enlistan las diferencias entre el pliego que reposa en la Secretaría y el de venta a los oferentes, en los siguientes términos (fls. 127 a 129, cdno 2):

PLIEGO SECRETARIA	PLIEGO VENTA
Numeral 1.3 Precio del pliego Aparece la biblioteca como oficina EB-206	Se corrigió el número de la oficina de la biblioteca B-203.
1.8.1.1 Procedimiento pág. 13 La selección objetiva de las propuestas elegibles para adjudicación se efectuará en tres etapas: análisis preliminar, análisis técnico y calificación de ofertas. Dentro de los 40 días hábiles, siguientes a la fecha de cierre de la Licitación .	Pág. 21. La Empresa, de acuerdo con los principios señalados en la Ley 80 de 1993, efectuará el análisis de las ofertas para asegurar la selección objetiva, dentro de los 40 días calendarios, de acuerdo con el siguiente procedimiento: Análisis preliminar, análisis técnico y calificación de las ofertas.
1.8.1.1 Procedimiento (pág. 13, cuarto párrafo) La capacidad financiera y la capacidad de producción se vigilarán de acuerdo con los siguientes criterios.	Pág. 21 Se eliminó este párrafo
Pág. 13 Capacidad Financiera	Pág. 21 Se introdujo el siguiente párrafo aclaratorio: “Para evaluar la capacidad financiera del oferente, se calificará

	su liquidez y solidez, sobre un puntaje máximo de cien puntos, mediante el cálculo de las razones financieras a partir del balance y estado de pérdidas y ganancias del último año.”
Pág. 13 Capital de trabajo. MPP= Plazo de ejecución de los trabajos contenido en la propuesta, en meses.	Pág. 21 MPP= Plazo total de entrega ofrecido, en meses.
Pág. 14. Antes de capacidad de producción.	Pág. 23 Se agregó lo siguiente: En caso de consorcio o uniones temporales, en los cálculos anteriores se tendrá en cuenta el porcentaje de participación de cada uno de los integrantes. La oferta elegible para adjudicación deberá tener en la evaluación financiera un puntaje mínimo de 60 puntos.
Pág. 14 Capacidad de Producción. Se refiere a los últimos 3 años.	Pág. 23 Se cambió por los últimos 5 años
1.8.1.2 Valor de comparación. Pág. 15	Pág. 24 Se agregó: “Para efectos de comparación se utilizará la tasa de cambio emitida por la Superintendencia Bancaria correspondiente a la fecha de cierre de la Licitación.”
Pág. 16 Aplicación El oferente que tenga el menor precio, obtendrá el mayor puntaje y los demás en forma proporcional, de acuerdo con la siguiente fórmula: $P = P_m / P_i * 100$ Pm= Precio de la oferta de menor valor. Pi= Precio de la oferta i.	Pág. 25 se cambió por: “El oferente que tenga el menor precio, obtendrá el mayor puntaje y los demás en forma proporcional.”
Pág 16 Experiencia técnica. Considera los años de experiencia en la fabricación de bienes iguales o similares a los solicitados. Aplicación: Al oferente que presente mayor experiencia (certificada) obtendrá la mayor calificación sobre	Pág. 25 Se cambió por: Considera las cantidades de bienes fabricados iguales o similares a los solicitados, en los últimos 5 años. Aplicación: al oferente que acredite mayor cantidad (certificada) obtendrá la mayor calificación y los

un puntaje máximo de 100 puntos y los demás, en forma proporcional.	demás, en forma proporcional
Pág. 17 Servicio postventa. Aplicación: Según criterio de la Empresa. A la mejor propuesta se le otorgará el máximo puntaje y a las demás proporcionalmente.	Pág. 26 Se cambió por: Se tendrán en cuenta factores como el tiempo de reposición o reparación de equipos defectuosos y planes propuestos de asistencia técnica. A la mejor propuesta se le otorgará el máximo puntaje y a las demás proporcionalmente.
<u>Pág. 17 Metodología de adjudicación.</u> <u>Efectuada la evaluación y calificación de las ofertas, se sumarán todos los puntajes obtenidos multiplicados por el porcentaje correspondiente dado en el numeral 1.8.1.1 y se seleccionará la propuesta que obtenga el mayor puntaje, la oferta a la cual se le hará la calificación posterior.</u> <u>En la calificación posterior se determinará si el oferente elegible para adjudicación está calificado para cumplir con el contrato en forma satisfactoria, para lo cual se examinará la capacidad financiera y la capacidad de producción, aplicando los siguientes criterios:</u>	Pág. 27 Se cambió por: “Efectuada la evaluación y calificación de las ofertas, se sumarán todos los puntajes obtenidos de conformidad con la ponderación indicada en el numeral 1.8.1.1, para obtener así el orden de elegibilidad de las ofertas.”
1.8.2 Plazo de adjudicación, pag 18. ... (60) días calendario ...	Pag. 27 Se cambió por: ...(50) días calendario...

(Las negrillas son de la Sala).

- Mediante Resolución No. 013691 del 19 de diciembre de 1994 expedida por el Gerente General de la Empresa de Energía de Bogotá, se declaró desierta la Licitación Pública SCM-01-94 (fl. 15, cdno 2); en las consideraciones de este acto administrativo, se consignaron, entre otras, las siguientes:

Que mediante Resolución No. 003447 del 20 de junio de 1994, el Gerente de la Empresa autorizó la apertura de la Licitación Pública SCM-01-94, cuyo objeto es la fabricación, pruebas, despacho, cargue, transporte, descargue y entrega CIF bodegas de la Empresa en Bogotá, de 60.000 medidores de energía monofásicos y 40.000 trifásicos.

Que en dicha resolución se establecieron los términos y características de la licitación, cuya apertura y cierre serían los días 29 de julio y 29 de agosto de 1994 respectivamente, y se autorizó a la Subgerencia Comercial de la Empresa para adelantar los trámites necesarios para el buen desarrollo de la licitación.

Que el pliego de condiciones se presentó al Comité de Asuntos Administrativos para solicitud de apertura, la cual, junto con los pliegos, fue aprobada según Acta 1061 del 9 de junio de 1994.

Que el plazo para la adjudicación fue prorrogado hasta el 8 de diciembre de 1994 y de ello fueron informados los proponentes.

Que las evaluaciones de las ofertas fueron puestas a disposición de los proponentes

Que en la audiencia de adjudicación del 30 de noviembre de 1994, se estableció que el Comité Evaluador de las ofertas tomó como base un pliego preliminar, distinto al vendido a los proponentes, del cual difiere en aspectos sustanciales de la evaluación, por lo que el Gerente de la entidad decidió aplazar la adjudicación.

Que se detectaron inconsistencias en los pliegos de condiciones en las páginas 21, 22, 23 y 24, relacionadas con la evaluación de la capacidad financiera y de producción, pero para ese momento, ya se habían vendido 2 pliegos de condiciones a Importadora Saga Ltda. y Simel Ltda., a quienes se les cambiaron; y la División de Control y Recuperación de Energía, a cuyo cargo estaba el trámite de la licitación, admitió que el pliego en poder del Comité Evaluador efectivamente corresponde a una versión anterior, a la cual fue necesario modificarle las páginas 21 a 24.

Que de acuerdo con lo anterior, "...se establece que, dentro de la estructura del procedimiento de selección, se realizó una modificación al pliego de condiciones con posterioridad a la apertura de la licitación, sin la correspondiente autorización del Gerente, no siguiéndose el trámite establecido para ello, es decir, mediante adendo, y cuando ya se había producido la venta de los mismos a dos posibles oferentes, con lo cual se configura un vicio por haberse eludido parte del procedimiento de selección ya referido. Adicionalmente, el cambio implicaba cambiar las reglas del juego a los proponentes", la situación, conforme a lo estipulado en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 no es susceptible de saneamiento por ratificación e implica que se contrarió el principio de transparencia y ello impide la selección objetiva, por lo cual debía darse aplicación a lo estipulado en el artículo 25 numeral 18 de la Ley 80 de 1993.

- Notificada la anterior resolución a Iskra Stevci el día 22 de diciembre de 1994, ésta interpuso recurso de reposición el 23 del mismo mes y año (fls. 18 y 19, cdno 2).

- Mediante Resolución No. 002121 del 7 de abril de 1995, la Empresa de Energía de Bogotá resolvió el recurso de reposición interpuesto por Iskra Stevci en contra del acto administrativo que declaró desierta la licitación, confirmándolo, pero para esta fecha ya se había presentado la demanda que originó el presente proceso y además, no obra constancia de la notificación del acto a la sociedad demandante (fl. 440, cdno 2).

- El 4 de julio de 1995, el Subgerente Comercial de la Empresa de Energía de Bogotá certificó que el señor Gerardo Zalamea Godoy pertenecía a la nómina de esa dependencia, en el cargo de Jefe de la División Control y Recuperación de Energía; que el señor Hernando Ayala Morato también pertenecía a dicha nómina en el cargo de Profesional del Departamento Medición de Energía, del cual era jefe el señor Ignacio Arrázola Otero, quienes dentro de sus funciones, tuvieron a su cargo el manejo de la Licitación SCM-01-94 (fls. 35, 36 y 37, cdno 2).

III- Las causales de anulación alegadas

Antes de entrar a analizar los cargos expresos que se hicieron en contra del acto administrativo

acusado, observa la Sala lo siguiente:

Las pretensiones principales.

La actora solicitó en primer lugar, en el capítulo de las pretensiones principales, la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 013691 del 19 de diciembre de 1994, mediante la cual se declaró desierta la Licitación Pública SCM-01-94 así como "(...) del **ACTO ADMINISTRATIVO PRESUNTO NEGATIVO** que confirmó la anterior en razón de la ocurrencia del Silencio Administrativo respecto del Recurso de Reposición interpuesto el día veintitrés (23) de Diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Al respecto, observa la Sala que en el plenario se acreditó la expedición de la Resolución No. 013691 el día 19 de diciembre de 1994 que declaró desierta la licitación pública (fl. 15, cdno 2), la cual fue notificada a Iskra Stevci el día 22 de diciembre de 1994, quien interpuso recurso de reposición contra dicho acto, el día 23 de diciembre del mismo año (fls. 18 y 19, cdno 2); así mismo, consta que la entidad demandada, resolvió este recurso el día 7 de abril de 1995, mediante Resolución No. 002121 (fl. 440, cdno 2).

Conforme a lo dispuesto por el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo que regula el silencio administrativo procesal o adjetivo, transcurrido un plazo de 2 meses, contado a partir de la interposición del recurso de reposición o de apelación en contra del acto administrativo, sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa.

En el presente caso, la sociedad Iskra Stevci representada por Importadora Saga Ltda., presentó la demanda el día 29 de marzo de 1995 (fl. 14, cdno 1), fecha para la cual, habían transcurrido más de dos meses desde la interposición del recurso de reposición sin que conste que se le hubiera notificado decisión alguna a la actora, tal y como lo manifestó en su demanda.

Por otra parte, si bien la entidad decidió el recurso de reposición interpuesto por la firma Iskra Stevci representada por Importadora Saga Ltda.. mediante Resolución No. 002121, ésta fue proferida el 7 de abril de 1995, esto es, cuando ya se había presentado la demanda y además, no consta que le hubiera sido notificada a la demandante.

Significa lo anterior, que efectivamente, cuando se presentó la demanda, había transcurrido el plazo contemplado en la ley para que operara el silencio administrativo negativo, en virtud del cual surge la ficción de que la Administración resolvió el recurso de reposición interpuesto, en forma adversa a los intereses del recurrente, es decir, confirmando su decisión inicial; por ello, la parte actora contaba con el derecho de acción, que ejerció en los términos señalados, en que lo hizo, demandando el acto administrativo mediante el cual se declaró desierta la licitación pública así como el acto administrativo ficto fruto del silencio administrativo negativo, y no le era oponible la Resolución No. 002121 del 7 de abril de 1995, respecto de la cual, como ya se dijo, no consta su notificación a la demandante, requisito sine qua non de oponibilidad y eficacia de los actos administrativos.

Conforme a lo expuesto, resulta procedente el análisis de los cargos de nulidad propuestos por el demandante:

Al respecto, la Sala considera que los hechos debidamente acreditados en el plenario, son demostrativos de que, si bien no se configuró la causal de falsa motivación aducida en la demanda en contra del acto acusado, toda vez que, efectivamente, el proceso licitatorio se encontraba viciado en forma tal, que impedía la selección objetiva, la decisión de declararla

desierta fue, no obstante, ilegal, por cuanto se produjo por fuera del plazo establecido por la misma entidad, para proferirla.

Es así como se observa:

3.1. Se acreditó en el proceso, y son circunstancias respecto de las cuales las partes están de acuerdo, que en la Licitación Pública Internacional No. SCM-01-94 de la Empresa de Energía de Bogotá, una vez abierta la licitación, es decir, cuando empezó a correr el término dentro del cual los interesados podían comprar el pliego de condiciones y presentar sus ofertas, dos de ellos, uno de los cuales fue precisamente la demandante, Iskra Stevci, representada por la Importadora Saga Ltda., adquirieron sendos pliegos, un día viernes; que, el lunes siguiente, funcionarios de la entidad, les cambiaron estos ejemplares por otros, alegando que los inicialmente entregados no incluyeron modificaciones que le habían sido efectuadas al pliego que debía regir esa licitación; y que a los demás proponentes que de allí en adelante adquirieron el pliego de condiciones, les vendieron el nuevo, con esas modificaciones introducidas; así mismo, está probado, que el Comité Evaluador de la entidad, utilizó, para la calificación de las ofertas, un ejemplar de pliego de condiciones que no coincidía con el que adquirieron y utilizaron los participantes en el proceso de selección para elaborar sus propuestas.

Por otra parte, consta también, que las modificaciones que se le hicieron al pliego de condiciones que finalmente tuvieron a su disposición los proponentes, recayeron sobre factores de calificación.

Para la Sala, estas circunstancias, evidentemente impedían la selección objetiva en esta licitación, puesto que, para lograr una escogencia de esta naturaleza, el procedimiento debe estar regido por los distintos principios que informan el régimen de contratación de las entidades estatales, y entre ellos, en primer lugar, el de transparencia, el cual implica, entre otras cosas, y conforme a lo indicado en el numeral 5° del artículo 24, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 25, num. 12 y el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que el pliego de condiciones debe ser elaborado y estar completo, listo para su entrega a los interesados, antes de abrir la licitación; y además, que es inmodificable e intangible luego de tal apertura, salvo en los casos expresamente autorizados por el Estatuto Contractual.

Conforme a lo indicado en el numeral 4° del artículo 30 de la mencionada ley, dentro de los 3 días hábiles siguientes a la apertura de la licitación, que es el mismo "...inicio del plazo para la presentación de propuestas..." al que se refiere la norma, y a solicitud de cualquiera de los participantes en el proceso de selección, "...se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance ..." del pliego de condiciones, serán oídos los proponentes que asistan y se levantará un acta de la reunión; como consecuencia de lo allí debatido, y cuando sea necesario o conveniente, como dice la norma, "...el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos ...", y si se requiere, prorrogará el término de la licitación o concurso, hasta por 6 días hábiles.

Es decir que se da la oportunidad a la Administración, una vez abierta la licitación, de corregir el pliego de condiciones, en el evento en que el mismo contenga disposiciones confusas, ambiguas, poco claras, etc., cuando así lo hayan advertido y solicitado los mismos participantes, debiendo la entidad hacer tales correcciones o aclaraciones, mediante la expedición de adendos, que no son más que actos suscritos por el funcionario competente, que deben ser entregados a todos los participantes en el proceso de selección, para que se enteren de esas correcciones o aclaraciones; esto significa que la modificación del pliego de condiciones en esa etapa del proceso de

selección, no puede producirse de cualquier manera, sino mediante el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley, y para los efectos en ella contemplados.

La Sala siempre ha considerado una condición clara e indiscutible de los procesos de selección de contratistas, la intangibilidad del pliego de condiciones; así lo reiteró en reciente providencia, en la cual sostuvo:

“a) La carga de claridad y precisión en la elaboración de las reglas en los pliegos de condiciones y su obligatoriedad

El pliego de condiciones, tal y como se explicó, recoge las condiciones y reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras a las cuales debe sujetarse tanto el proceso licitatorio como la posterior relación contractual. Es por eso que la obligación por parte de la administración de fijar previamente y consignar en los pliegos de condiciones o términos de referencia los criterios de selección y la forma de evaluarlos según dimana de la Ley 80 de 1993, en condiciones de objetividad, igualdad y justicia, comporta una extraordinaria carga de corrección, claridad y precisión al momento de su redacción, tanto para garantizar la libre concurrencia de los interesados al proceso de selección, quienes de antemano deben conocer esos criterios y reglas que regirán en el estudio de sus ofertas en caso de que decidan participar, como para su válida aplicación por parte de la entidad estatal (numeral 2 del artículo 30 y numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otras), de suerte que en el estudio de las propuestas esas reglas no se presten a confusión o dudas y permitan en condiciones de transparencia e igualdad el cotejo y la comparación de las ofertas presentadas, y con la atribución de los efectos que animaron su concepción en el proceso, que no pueden ser otros que asegurar una escogencia objetiva y evitar la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

Un proceder contrario, no se ajusta al principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, según el cual las entidades y los servidores públicos entre otros aspectos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación (No. 1°), y responderán en el caso de que hubieren abierto licitaciones o concursos “cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos” (No. 3).

Se recuerda también que el numeral de 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, al cual ya se hizo referencia en la presente providencia, consagró las pautas y parámetros que, en armonía con los principios y otras disposiciones de la citada ley, debe cumplir con estricto rigor la entidad estatal al elaborar los pliegos de condiciones, so pena de ineficacia por violación a las mismas y del control de legalidad por parte del juez por vía de las acciones correspondientes; y además, que las cláusulas confusas o pobres serán interpretadas en contra de la administración, por ser quien las elaboró.

Así las cosas, y una vez fijados los criterios de selección y sus mecanismos de ponderación ellos no sólo vinculan a los participantes, sino a la propia entidad estatal, quien viene así a autorregular, entre otros aspectos, su actividad de estudio y evaluación de las propuestas para determinar aquella que sea más favorable para los fines de la contratación que persigue en determinado proceso, lo cual excluye, de suyo, cualquier discrecionalidad en la aplicación o no de los mismos o en la asignación de los puntajes y las fórmulas o en la manera o forma que para este efecto ella misma consagró, conducta que pugna con el deber de selección objetiva de que trata el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Ello, claro está, sin perjuicio y distinto a que, como lo ha dicho la Sala: “a la entidad pública le cabe cierta discrecionalidad en la valoración y

ponderación de las propuestas, toda vez que en muchas ocasiones ni el pliego de condiciones, ni las disposiciones legales pertinentes regulan la totalidad de los aspectos propios de una licitación pública”, y además a que se permita subsanar aspectos formales siempre que con esa conducta no se atente contra los principios de la contratación estatal establecidos en la Ley 80 de 1993.

De manera que, luego que el pliego de condiciones ha tenido la publicidad correspondiente y transcurrido los plazos establecidos para realizar alguna modificación o adición, el cual precluye una vez presentadas las propuestas, no le es dable a la administración apartarse de lo que ella misma consignó en él para realizar el estudio y calificación de las propuestas e ir más allá de lo expresamente regulado a este respecto, o inventarse reglas, maneras o fórmulas de calificar que atiendan supuestos no contemplados inicialmente, para luego imponerlas en la etapa de evaluación a los participantes en el mismo, pues ello se contrapone a los principios y normas de la contratación estatal y constituye una irregularidad o vicio que puede afectar la legalidad del proceso.

Vale decir, para no atentar y debilitar los principios y derechos al debido proceso administrativo y sus corolarios de defensa y contradicción (art. 29 de la C.P.), así como los de planeación, transparencia, igualdad, publicidad, responsabilidad y el deber de selección objetiva de que trata la Ley 80 de 1993 (artículos 24 No. 5, 25 No. 1, y 2, 26 y 29), en los procesos de selección de la contratación estatal está vedado cualquier cambio sobre la marcha a las reglas de juego previamente establecidas en la ley del mismo, o sea en el pliego de condiciones, y una vez precluída la etapa respectiva de precisión, aclaración, adición o modificación de los mismos, de manera unilateral, subrepticia y oculta, que tome por sorpresa a los participantes y genere incertidumbre en la etapa de evaluación y estudio del mérito de la mejor propuesta. Con ello, a la postre, se compromete la legalidad del proceso precontractual y la adjudicación o declaratoria de desierta de la licitación o concurso, según el caso, siempre y cuando constituya una irregularidad que incida sustancialmente en la selección objetiva de la mejor propuesta, esto es, en la escogencia de la oferta más favorable a la entidad de conformidad con la totalidad de los criterios que rigen el proceso correspondiente y en atención a lo preceptuado por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

La consideración expuesta hasta el momento, debe entenderse en forma independiente, a la facultad de interpretación del Pliego de Condiciones por parte de la Administración, que recae sobre la regla de juego o condición establecida, pero que en manera alguna significa la adición o modificación por esta vía de condiciones, o criterios o fórmulas de calificación inexistentes en el pliego para ser aplicados ulteriormente a la presentación de las propuestas.

En suma, si la facultad y autonomía que tienen las entidades estatales en la confección y elaboración de los pliegos de condiciones y términos de referencia se encuentra limitada por los principios y normas de la Ley 80 de 1993, con mayor razón dentro del proceso de selección la actividad de evaluación y calificación se encuentra limitada y sujeta a lo que en desarrollo de ésta se haya incluido en los pliegos de condiciones como norma reguladora del proceso de selección, de donde emanan los derechos y obligaciones de la administración y de los participantes en él”.

Además de reiterar lo dicho en aquella ocasión, en la cual se hizo énfasis, sobre todo, en la imposibilidad de variar, luego de cerrada la licitación -es decir en la etapa de evaluación de las ofertas-, los factores de calificación y ponderación contemplados en el pliego de condiciones, agrega la Sala en esta oportunidad, que la intangibilidad del pliego de condiciones surge una vez abierta la licitación, es decir, cuando empieza a correr el término para que los interesados, que ya han adquirido el pliego de condiciones, puedan presentar sus ofertas, sólo que excepcionalmente,

en esta etapa la ley permite la expedición de adendos, en la forma en que se explicó atrás, para efectos de aclarar el pliego de condiciones.

Se hace esta acotación, por cuanto es evidente que, el hecho de que se produzca, como en el sub-lite, una modificación informal y subrepticia, cuando ya se han vendido dos pliegos de condiciones, sin mediar solicitud expresa de los participantes en la audiencia diseñada legalmente para ello, sin que conste en un adendo suscrito por el funcionario competente para expedirlo, y que recae sobre aspectos que, como los factores de evaluación, resultan determinantes para la adjudicación de la licitación, es un hecho que permite cuestionar la transparencia del procedimiento e impide tener la certeza de que este principio fue efectivamente respetado en la licitación.

Como consecuencia de esta incertidumbre, resulta imposible una selección objetiva, puesto que el resultado final de la evaluación de las ofertas, variará en relación con el que se hubiera obtenido inicialmente, si no se hubieran presentado las modificaciones que se introdujeron al pliego de condiciones.

Y si la restricción comentada se refiere a la posibilidad de introducir modificaciones a un pliego de condiciones único, que rige la licitación, qué decir de aquellos eventos, en los cuales, no hay ni siquiera certeza de cuál es el pliego de condiciones que rigió el proceso de selección, por aparecer involucrados varios ejemplares, distintos entre ellos, como sucedió en el presente caso.

Efectivamente, tal y como lo admitieron las partes en el proceso, la aplicación de uno u otro de los varios ejemplares de pliegos de condiciones que estuvieron presentes en el proceso licitatorio da, así mismo, distintos resultados en cuanto a las ofertas que se podían calificar válidamente, por haber cumplido con los análisis preliminar y técnico.

Pues si se tienen en cuenta los factores de evaluación contenidos en uno de tales pliegos -el que utilizó el Comité Evaluador-, quedaría habilitada la firma Rymel Ltda., la cual, en los cuadros de evaluación y calificación de la Administración, aparece con el mejor puntaje (fl. 161, cdno 2), mientras que, a juicio de los peritos que rindieron dictamen en el presente proceso, -el cual se analizará más adelante- si se aplica otro de los ejemplares de pliego -el que supuestamente se cambió ya abierta la licitación y se les entregó a todos los oferentes posteriormente-, esta firma no estaría cumpliendo con un requisito del análisis preliminar y técnico, por lo que debería ser descalificada y por lo tanto, la única que quedaría hábil para evaluar, sería la oferta de la sociedad demandante, Iskra Stevci (fls. 295 y 299, cdno 2), que, como ya se anotó anteriormente, fue una de las dos sociedades a las que se les cambió el pliego de condiciones que ya habían comprado.

Para la Sala no hay duda, entonces, de la existencia de circunstancias, en este proceso licitatorio, que impedían efectuar una selección objetiva, es decir una escogencia del contratista, en la que se tuviera la certeza de que no influyeron factores distintos a aquellos que legalmente se estipularon en el pliego de condiciones válidamente adoptado por la Administración, y que son ajenos a motivaciones de índole personal, interesadas, y desviadas de las finalidades de la contratación estatal, puesto que hubo actuaciones que viciaron gravemente el procedimiento y la integridad del pliego de condiciones que lo debía regir.

Por lo tanto, desde este punto de vista, la Administración estaba en el deber de decidir en el sentido en que lo hizo, es decir, declarar desierta la licitación pública, puesto que se configuró la causal contemplada para ello por la Ley 80 de 1993, en el numeral 18 de su artículo 25.

3.2. La expedición extemporánea del acto acusado.

No obstante lo anterior, se equivocó la Administración al dejar vencer el plazo que tenía para decidir, lo que conlleva un vicio invalidante del acto administrativo que profirió con posterioridad. Al respecto, se observa:

El acto demandado es la **Resolución 013691 del 19 de diciembre de 1994** (fl. 15, cdno 2), por medio de la cual se declaró desierta la Licitación Pública Internacional No. SCM-01-94, abierta en julio de 1994 por un establecimiento público distrita: **Empresa de Energía de Bogotá**, "...y del ACTO ADMINISTRATIVO PRESUNTO NEGATIVO que confirmó la anterior en razón de la ocurrencia del Silencio Administrativo respecto del Recurso de Reposición interpuesto..." en contra de la anterior resolución (fl. 3, cdno ppl).

La mencionada entidad, conforme a la naturaleza jurídica que ostentaba y a lo dispuesto por los artículos 1 y 2 de la Ley 80 de 199, se hallaba sujeta a las normas de este Estatuto de Contratación Estatal, vigente para la época de tramitación del proceso licitatorio y de expedición del referido acto, por lo cual, resulta necesario analizar las facultades de la Administración en dicha etapa precontractual.

Al respecto, se observa que, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de esta ley, salvo las excepciones allí señaladas, la escogencia del contratista debe realizarse siempre a través de licitación o concurso público, procedimiento que fue regulado en el artículo 30, el cual estableció que la entidad debe elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia de conformidad con lo previsto en el numeral 5° del artículo 24, y detallar en ellos, especialmente, los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

Por su parte, el mencionado numeral 5° del artículo 24, establece que en el pliego de condiciones o términos de referencia: a) se deben indicar los requisitos objetivos necesarios para participar en el proceso de selección, b) se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso, c) se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, d) no se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren, e) se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, y f) se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía; el numeral 6° del mismo artículo, establece además, que en el pliego de condiciones, así como en los avisos de publicación de la apertura de la licitación o concurso, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato.

Es claro entonces, que el legislador dejó en manos de las entidades contratantes la elaboración concreta del procedimiento administrativo especial que deben adelantar para la escogencia de sus contratistas mediante el mecanismo de la licitación o concurso públicos, pudiendo establecer las reglas de participación, evaluación, calificación y adjudicación en tales procesos, así como las estipulaciones atinentes al futuro contrato, no obstante lo cual, les fijó un marco jurídico dentro del cual pueden crear tales disposiciones, así como el deber de incorporarlas al pliego de

condiciones o términos de referencia que preparen las entidades para regir los procesos de selección que tramiten.

Ha sido constante la jurisprudencia de la Sala al reconocer la importancia y obligatoriedad que reviste el pliego de condiciones o términos de referencia dentro de una licitación o concurso, documento que viene a ser la hoja de ruta que regirá el proceso de selección, estableciendo las diferentes etapas que lo conforman y la forma de tramitarlas y agotarlas; y constituye, así mismo, ese pliego, la ley del contrato al que la licitación o concurso dará lugar, por cuanto las estipulaciones del negocio jurídico que se celebre, deben coincidir con los términos anunciados previamente en el documento rector del proceso de selección del contratista.

El pliego de condiciones, regula todas las etapas de la licitación, desde su apertura hasta su terminación; establece los requisitos de participación que deben cumplir los interesados, identifica de manera precisa y concreta el objeto del futuro contrato, determina los criterios de valoración y factores de calificación de las ofertas, así como los sistemas de ponderación de los mismos; en fin, indica la forma en que se debe producir la adjudicación del respectivo contrato y los términos y condiciones en que éste deberá celebrarse y ejecutarse.

Es pues evidente, que el pliego de condiciones, elaborado por la Administración unilateralmente, contiene una serie de disposiciones que, una vez abierta la licitación y entregado el pliego a los participantes en la misma, se tornan obligatorias e inmodificables, salvo las expresas excepciones permitidas por la ley, y tal obligatoriedad se pregona no sólo frente a los proponentes, sino también, y con mayor razón, de cara a la misma entidad que lo elaboró; cuando se dice que el pliego de condiciones es ley del proceso de selección y del futuro contrato, debe entenderse que lo es, para todos los intervinientes en el primero, y para las partes del segundo; luego dicho documento, es ley también para la entidad licitante, que, en consecuencia, está sujeta a sus términos.

Sobre la naturaleza y obligatoriedad del pliego de condiciones, ha dicho la Sala:

“En un Estado de Derecho la actividad de la administración está determinada por un principio de legalidad, el que, al tiempo que le otorga prerrogativas le impone también sujeciones; entre éstas se destacan, dentro de la etapa previa a la celebración del contrato, el cumplimiento riguroso de las formalidades establecidas por la ley para la selección del contratista; con esa finalidad, la entidad pública interesada tiene a su favor la prerrogativa de elaborar un pliego de condiciones pero, una vez elaborado y adquirido por los posibles oferentes, tiene la sujeción de actuar en consonancia con las reglas que, en un amplio margen de discrecionalidad, consagró unilateralmente en dicho pliego.

De allí que, en el camino de escoger al contratista y de celebrar el contrato con quien resulte agraciado, el pliego de condiciones sea la ley que deben observar y obedecer tanto el particular como la administración pública; posteriormente, durante la ejecución contractual, será valioso instrumento para la interpretación de las cláusulas pactadas y para la definición de los conflictos.

“(…) para precisar el alcance de esta orientación jurisprudencial, conviene tener en cuenta que, en el pliego de condiciones, se distinguen dos grupos normativos: los que rigen el procedimiento de selección del contratista y los que fijan el contenido del contrato que habrá de suscribirse

Respecto del primero la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara,

a su arbitrio, las reglas de la selección. Así lo precisó la Sala en sentencia proferida el 3 de mayo de 1999; expediente 12344:

'se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación'.

“(…) los pliegos de condiciones o términos de referencia son, de un lado, la ley del futuro contrato que quedará por lo tanto enmarcado por las estipulaciones que se anuncien desde el mismo proceso licitatorio y deberá interpretarse y ejecutarse con apego a las mismas; y de otro lado, esos pliegos son también la ley que rige el mismo procedimiento de selección, puesto que contienen las reglas a las cuales deben sujetarse durante el trámite de la licitación o concurso tanto los proponentes como la misma entidad interesada en contratar, debiendo indicar aquellos con exactitud y precisión el objeto del futuro contrato, los requisitos que deben cumplir los participantes, las causales de rechazo de las ofertas, los términos para presentarlas y para evaluarlas, el plazo para adjudicar, los factores de evaluación, calificación y ponderación, etc. (…)

“en los pliegos de condiciones se consignan un conjunto de reglas para definir el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el contenido y alcances del contrato, sus contenidos son de obligatorio cumplimiento tanto para la Administración como para los oferentes (licitantes y futuros contratistas), dentro del marco de la LICITACIÓN, entendida ésta como un procedimiento de formación del contrato mediante la cual la entidad formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable (Parágrafo del artículo 30 de la ley 80 de 1993).

(…)

Los pliegos juegan, pues, un rol fundamental en la fase previa de formación del contrato, al punto de constituir la ley de la licitación, al ser el marco regulatorio de todo el procedimiento de selección, o lo que es igual, de la etapa precontractual (…)

(…)

De suerte que la INTANGIBILIDAD DEL PLIEGO o de los términos de referencia, en relación con las normas que rigen el procedimiento de escogencia del contratista, se desprende de los siguientes principios: de igualdad (arts. 13 y 209 C. N.); de transparencia (arts. 209 C.N.; 23 y 24 ley 80 de 1993); de economía y publicidad (art. 209 C. N.); de responsabilidad (art. 26 ley 80 de 1993), conforme a los cuales debe adelantarse la función administrativa contractual, del deber de selección objetiva (art. 28 ley 80 de 1993) “bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara a su arbitrio, las reglas de la selección y del deber de la entidad interesada de elaborar los correspondientes pliegos con la “determinación y ponderación de los factores objetivos de selección” (num. 2 art. 30 ley 80).

Sin embargo, ello no significa que con posterioridad al llamado a licitación y antes del cierre de la misma, la Administración (sic) pueda introducir modificaciones razonadas y razonables al procedimiento de selección, siempre y cuando las mismas sean debidamente comunicadas a todos y en tanto no se afecte el derecho a la igualdad (arts. 13 y 209 Carta Política)

“(…) es conveniente recordar, como lo ha dicho la Sala de tiempo atrás, que el pliego de condiciones constituye la ley del proceso de licitación y del contrato a celebrar con ocasión a él, y se traduce en un conjunto de cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración, con efectos obligatorios, para disciplinar tanto el desarrollo y etapas del proceso de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que le sea éste adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes” (Las negrillas, son de la Sala).

Por otra parte, cabe advertir que uno de los principios consagrados en el estatuto contractual del Estado y que también informa el contenido del pliego de condiciones, es el principio de economía, en virtud del cual, conforme lo establece el **numeral 1º del artículo 25**, “En las normas de selección y **en los pliegos de condiciones o términos de referencia** para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, **se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones**”. (Las negrillas son de la Sala).

Y el ya mencionado artículo 30 del Estatuto, que regula la estructura de los procedimientos de selección, alude concretamente a los plazos de las distintas etapas que se surten en los mismos, como son:

1. El término que debe mediar entre la publicación de los avisos de apertura de la licitación o concurso, y la apertura misma del procedimiento de selección (num. 3);
2. El término para realizar la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones o términos de referencia (num. 4º);
3. El plazo máximo -hasta por 6 días hábiles- por el que se puede prorrogar el término de la licitación como resultado de esta revisión del pliego y de las modificaciones que sea necesario introducirle (num. 4);
4. El término durante el cual deben estar los informes de evaluación de las propuestas a disposición de los oferentes en la Secretaría de la entidad -5 días hábiles- para que éstos presenten las observaciones que consideren pertinentes (num. 8).
5. Y así mismo, dicha norma estableció la obligación de señalar en el pliego de condiciones:
 - 5.1. El plazo de la licitación o concurso, “...entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre”, así como la posibilidad de prorrogarlo, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado (num. 5);
 - 5.2. El plazo razonable dentro del cual la entidad deberá realizar la evaluación de las ofertas y podrá solicitar a los proponentes aclaraciones y explicaciones que sean indispensables (num. 7; y, finalmente,
 - 5.3. **Los plazos para efectuar la adjudicación** y para la firma del contrato, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía (num. 9), estableciendo la norma que “El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo

exijan”, y de otra parte, que **“Dentro del mismo término de adjudicación, podrá declararse desierta la licitación o concurso conforme a lo previsto en este estatuto”**. (Se resalta).

Estos plazos, que corresponden a las distintas etapas del proceso de selección, son, como lo consagra el numeral 1º del artículo 25 del Estatuto Contractual, perentorios y preclusivos.

Perentorio, significa “Decisivo o concluyente; según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:

“1. adj. Se dice del último plazo que se concede, o de la resolución final que se toma en cualquier asunto.

2. adj. Concluyente, decisivo, determinante.

3. adj. Urgente, apremiante”.

Y el **“término perentorio”**, significa **“El improrrogable, cuyo transcurso extingue o cancela la facultad o el derecho que durante él no se ejercitó”**.

Por su parte, preclusivo significa, según el mismo diccionario, “Que causa o determina preclusión”; y a su vez, preclusión, es definido como **“Carácter del proceso, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales clausura la anterior sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella”**.

Preclusión: Extinción, clausura, caducidad; acción y efecto de extinguirse el derecho a realizar un acto procesal, sea por prohibición de la ley, por haberse dejado pasar la oportunidad de verificarlo o por haberse realizado otro incompatible con aquel (Couture). // Principio procesal según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales supone la clausura de la anterior, sin posibilidad de renovarla (Couture). Esta segunda definición coincide con la de Chiovenda cuando afirma que el proceso avanza cerrando estadios precedentes y no puede retroceder.

“preclusión. Efecto del transcurso de los plazos y de la finalización de los términos consistente en hacer imposible o completamente ineficaces los actos correspondientes. (...) (Negritas fuera de texto)

De acuerdo con las definiciones anotadas, para la Sala no queda duda alguna de que el legislador, al establecer que los términos o plazos de los procesos de selección de contratistas en materia de contratación estatal son perentorios y preclusivos, quiso imprimirles obligatoriedad, de tal manera que, el funcionario encargado de decidir si adjudica la licitación o concurso o los declara desiertos, debe actuar, expidiendo el respectivo acto administrativo, dentro del plazo expresamente establecido en el pliego de condiciones, o legalmente prorrogado, en los términos que la ley autoriza hacerlo, so pena de tomar una decisión viciada, por ilegal.

Al respecto, la jurisprudencia ha manifestado:

“(…) no hay que olvidar que en todo proceso de selección para la celebración de un contrato con la administración pública, son de su esencia los términos dentro de los cuales éste se llevará a cabo. Si en algo deben ser claras las condiciones de contratación es en señalarle a los interesados el tiempo de que disponen para elaborar sus ofertas, el plazo que se tomará la entidad para

estudiarlas y el término en que procederá a la adjudicación o declaratoria de desierta, al punto de que si no se acatan, las consecuencias para uno u otro serán determinantes, tales como rechazar la propuesta por extemporánea o perder la facultad para adjudicar si no se hace en el tiempo previsto. De esta manera, el interés de los proponentes en una licitación debe persistir hasta que culmine el procedimiento con la selección del contratista o la deserción del mismo, razón de ser del señalamiento de los términos y de la vigencia de la garantía de seriedad, por ejemplo.

Posteriormente, sostuv:

“Si la administración llamó a concurso, a partir de ese instante quedó obligada a seleccionar la persona con quien celebraría el contrato (...).

(...) la decisión debía efectuarse en el término señalado en el pliego de condiciones. Dicho periodo tenía como propósito el de no mantener a los oferentes en una situación de indefinición a la espera de la voluntad de la administración. (...).

(...) el artículo 25 de la Ley 80 enseña que los términos para las diferentes etapas de selección son preclusivos y perentorios. Transcurrido el tiempo indicado en los pliegos o en la ley para realizar determinada actividad sin que esta se hubiere cumplido, se habrá perdido la oportunidad para efectuarla, por cuanto el término una vez vencido no puede revivirse”.

Y en vigencia del anterior estatuto de contratación, Decreto Ley 222 de 1983, en el que también se establecía el deber de la Administración de fijar el plazo de adjudicación en los pliegos de condiciones o términos de referencia, manifestó la Sala:

“Si vencido el término para la adjudicación del contrato estipulado en los términos de referencia la entidad demandada no la produjo y optó en cambio por devolver las propuestas de acuerdo con el art. 30 numeral 9) del decreto ley 222 de 1983, la administración obró en el entendido de que de la observancia estricta de las reglas del concurso dependía el ejercicio regular de su competencia para celebrar el contrato, lo cual se ajusta a derecho si se tiene en cuenta que la administración tenía dentro del proceso del concurso una competencia reglada, porque una vez señaladas en el pliego las condiciones y normas de la licitación éste es ley para las partes y obligaba tanto a la administración como a los proponentes”. (Las negrillas son de la Sala).

Se advierte que la entidad está en el deber de fijar en el pliego de condiciones el plazo para la adjudicación de la licitación o concurso, que, conforme a lo dispuesto por el numeral 9º del artículo 30 de la Ley 80/93, es el mismo para declararlos desiertos; en esta forma, les brinda certeza a los participantes, sobre la fecha límite en la cual ella debe tomar la decisión que defina dicho proceso, bien sea mediante la adjudicación del contrato, o porque declare desierta la licitación, quedando únicamente la posibilidad legal, como ya se vio, de prorrogar dicho plazo antes de su vencimiento, y por un término no mayor a la mitad del inicialmente fijado.

Observa la Sala que se trata de la inclusión de un principio de organización en el trámite de estos procedimientos administrativos de selección de los contratistas del Estado, tendiente a brindarles a los interesados participantes en los mismos, seguridad y certeza sobre los términos de dicho trámite, en el cual, por otra parte, las entidades no pueden obrar arbitrariamente, y al contrario, deben cumplir estrictamente las distintas etapas en que tales procedimientos se dividen.

El legislador bien hubiera podido guardar silencio sobre la obligatoriedad del término de adjudicación, y dejar que esta última quedara pendiente, en definitiva, únicamente del plazo máximo de mantenimiento de las ofertas, que se les exige garantizar a los proponentes, más allá

del cual, sin lugar a dudas, éstas caducarían.

Y también pudo establecer tales plazos, pero sin calificarlos en forma especial, como lo hizo, dejando que fueran las normas generales que regulan las actuaciones administrativas, las que determinarían las consecuencias derivadas de su incumplimiento en la producción de los actos administrativo, normas que, frente al silencio en los procedimientos especiales, se aplican de manera supletiva.

Sin embargo, el legislador tuvo a bien establecer la perentoriedad y preclusividad del plazo fijado para decidir, adjudicando o declarando desierta la licitación o concurso, de modo que, para la Administración, resulta imperioso el cumplimiento de la ley en este extremo, para que su actuación sea válida.

Para la Sala, no es de recibo el argumento de la demandada en el sentido de que la existencia de estos plazos perentorios y preclusivos en el procedimiento de selección de los contratistas, no significa que su vencimiento impida a la Administración decidir válidamente, por cuanto, a su juicio, la consagración de esos plazos tiende a producir consecuencias distintas, como son las de índole disciplinaria, de responsabilidad, etc., pero no afecta la integridad del respectivo acto administrativo, toda vez que, sostiene la demandada, se impone la prevalencia de la finalidad de dicho procedimiento, y del régimen de contratación estatal en general, cual es el “...cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines” (art. 3, Ley 80/93).

Y no se comparte, por cuanto aquella es, en últimas, la finalidad de toda actuación administrativa, sin que ello implique, en manera alguna, que tal finalidad se pueda obtener por cualquier medio, toda vez que es la ley la que establece los procedimientos y requisitos que rigen el actuar de las autoridades estatales y más concretamente, de la Administración, y solo mediante el cumplimiento de los mismos, pueden desempeñarse los servidores públicos, en el cumplimiento de sus funciones y en la búsqueda de la obtención de los objetivos perseguidos por la entidad estatal a cuyo nombre actúan.

En otras palabras, si bien uno de los principios de jerarquía constitucional que rigen la función administrativa es el de la eficacia (art. 209, C.P, que significa, según lo define el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo para las actuaciones administrativas, que los encargados de adelantar los procedimientos administrativos tendrán en cuenta que éstos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando las decisiones inhibitorias, la aplicación de este principio no puede implicar el desconocimiento flagrante del principio de legalidad de la actividad administrativa, consagrado también en la Constitución Política y que, como es bien sabido, constituye uno de los pilares del Estado de Derecho y el cimiento principal de las garantías de los administrados frente al Poder Público.

Finalmente, anota así mismo la Sala, que si bien, como lo sostiene la apelante, el Código Contencioso Administrativo establece la figura del silencio administrativo como remedio frente a la omisión de la Administración en el cumplimiento de su deber de resolver dentro del término legalmente estipulado para ello (arts. 40 y 60), y que la ocurrencia del silencio administrativo negativo no exime a la autoridad de su deber de decidir, es decir que conserva su competencia mientras el interesado no haya interpuesto recursos contra el acto administrativo o presentado demanda en su contra que haya sido debidamente notificada al demandado, según el caso, estas disposiciones se refieren a la decisión que debe producirse frente al ejercicio del derecho de

petición, mediante el cual el administrado pretende, bien sea un pronunciamiento inicial de la entidad, o la resolución de un recurso interpuesto en vía gubernativa contra éste; y además, son normas que corresponden al procedimiento administrativo general, aplicable a las actuaciones administrativas, en defecto de un procedimiento especial.

Pero resulta que, en materia de contratación estatal, como ya se dijo, existe un procedimiento especial para la selección de los contratistas, denominado licitación o concurso, que cuenta con sus propias reglas y requisitos; y lo cierto es que, en este procedimiento, los plazos contemplados para su trámite y decisión, por expresa disposición legal, y contrario a lo dispuesto en las normas generales del Código Contencioso Administrativo -que permiten decidir aún después de vencidos los mismos-, son perentorios y preclusivos.

IV- El caso concreto:

En el sub-lite, la Empresa de Energía Eléctrica estableció, en el numeral 1.8.2. del pliego de condiciones que rigió la Licitación Pública Internacional No. SCM-01-94, Plazo de Adjudicación:

“La adjudicación se efectuará dentro de los 60 días calendario siguientes a la fecha de cierre de la licitación. La EMPRESA podrá prorrogar el anterior término hasta en la mitad del tiempo inicialmente fijado, mediante comunicación escrita firmada por el Gerente o el Subgerente según el caso”.

En el numeral 1.8.4., dispuso que “La EMPRESA puede declarar desierta la licitación, conforme a lo previsto en la Ley 80 de 1993”.

Por otra parte, tal y como se registró en los hechos probados, el 26 de octubre de 1994, el Gerente de la Empresa de Energía de Bogotá les comunicó a los oferentes, que el plazo para la adjudicación de la Licitación Pública Internacional No. SCM-01-94, previsto inicialmente para el 8 de noviembre de 1994, fue prorrogado hasta el día 8 de diciembre del mismo año (fl. 114, cdno 2).

Y así mismo, consta que el acto administrativo acusado, esto es, la Resolución No. 013691, mediante la cual la Empresa de Energía de Bogotá declaró desierta la Licitación Pública Internacional No. SCM-01-94, fue expedida el día 19 de diciembre de 1994 (fl. 15, cdno 2).

Resulta evidente entonces, que cuando el Gerente General de la entidad demandada profirió la anterior decisión, ya había vencido el plazo fijado por la misma entidad para hacerlo, lo que sin duda alguna vicia de nulidad el acto administrativo acusado, y así lo declarará la Sala.

V- El restablecimiento del derecho:

La parte actora pidió en sus pretensiones, que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado, y a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada sea condenada a pagar los perjuicios que le ocasionó, consistentes en el valor de los gastos en que incurrió con ocasión de su participación en la licitación, y el valor de las utilidades “... que habría derivado de la ejecución del respectivo contrato, al haberle sido adjudicada la licitación mencionada, como era lo procedente”.

Al respecto, observa la Sala que si bien se probó la ilegalidad del acto administrativo acusado y el derecho del demandante a obtener la indemnización de los perjuicios sufridos con ocasión del mismo, en realidad éstos no son todos los pedidos en la demanda, puesto que sólo hay lugar a

reconocer los costos de participación en el proceso licitatorio.

En efecto, la demandante sostuvo que el daño por el cual reclama indemnización de perjuicios consiste en la no adjudicación de la licitación, a pesar de haber presentado la mejor oferta, lo que a su vez impidió que celebrara y ejecutara el contrato, obteniendo de esta forma las utilidades que previó derivar de dicha ejecución contractual, por lo cual pidió el reconocimiento de las mismas.

Sin embargo, los hechos probados en el proceso demuestran que las circunstancias que se presentaron en el trámite licitatorio, entre ellas, la ausencia de un único pliego de condiciones que lo rigiera, impidieron que se efectuara una evaluación válida de las distintas ofertas presentadas en la licitación, y ese fue, precisamente, el daño sufrido por la demandante: La privación del derecho a participar en un proceso de selección legal, transparente y eficaz, que condujera a una adjudicación válida del respectivo contrato; no fue, por lo tanto, la falta de adjudicación a su favor, por haber presentado la mejor oferta, el daño configurado en el presente caso, y en tales condiciones, sólo hay lugar a reconocer los gastos en que incurrió el demandante para participar en la Licitación Pública Internacional No. SCM-01-94 que aparezcan debidamente acreditados.

5.1. La imposibilidad de una adjudicación válida.

En efecto, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala, cuando se adelanta un proceso de selección viciado, irregular, ilegal, de él no puede derivarse una adjudicación legal y válida para ninguno de los participantes; así, en Sentencia del 9 de diciembre de 198, dijo:

“Muestran las demandas analizadas que los actores pretenden la nulidad del acto de adjudicación por razones tanto de ilegalidad como de Expedición en forma irregular, y como consecuencia, restablecimiento de derechos diversos.

La Sala estima que debe hacer una precisión a este respecto.

Ordinariamente el licitante vencido pide la nulidad del acto de adjudicación por cuanto considera que su oferta era la más adecuada para la Administración y busca por todos los medios probar esa circunstancia; en otras palabras, que la adjudicación se hizo en cabeza de quien no presentó la propuesta más favorable y que la suya sí lo era.

En tales condiciones, el debate procesal gira en torno a la calificación final hecha por la Administración, en la selección misma, y no en la forma como se desarrolló el procedimiento licitatorio. Implícitamente al circunscribir el debate sólo a ese extremo, se está aceptando la regularidad y legalidad del procedimiento previo a la selección misma.

Lo precedente permite entender porqué el licitante vencido, que se crea en condiciones de demostrar que su propuesta era más favorable para la Administración, que la del favorecido con la adjudicación, pueda pedir, además de la nulidad de ésta, que se le indemnice en forma equivalente a lo que habría ganado si hubiera ejecutado el contrato. Teóricamente es como si ese licitante pidiera la celebración del contrato con él. Se dice teóricamente porque, en principio, la jurisdicción no puede imponerle a la Administración la obligación (de hacer) de celebrar un contrato con quien no quiere.

Pero un licitante vencido puede pedir la nulidad de la adjudicación por haberse cumplido el proceso licitatorio irregularmente o con pretermisión de las formalidades legales. En este evento

no puede pretender que, como consecuencia de esa nulidad, se le adjudique el contrato o se le indemnice porque tenía derecho a esa adjudicación; porque y esto es obvio, la nulidad del procedimiento afectaría a todos los particulares en la licitación por igual y no sólo a los favorecidos con ella.

De allí que en eventos como el analizado la indemnización posible, en principio, no puede consistir sino en los perjuicios que ese procedimiento irregular le irrogó al demandante.

Perjuicios que en el fondo podrían no ser otros que los gastos que debió efectuar para participar en la licitación fallida o irregular” (Las negrillas, son de la Sala).

En el presente caso, el demandante sostuvo en el libelo introductorio y a lo largo de todas sus actuaciones, que el procedimiento licitatorio no fue ilegal; que no se modificaron los pliegos de condiciones después de la apertura de la licitación, sino que simplemente ellos fueron objeto de una corrección anterior; que la evaluación con base en un pliego equivocado, era una irregularidad que se pudo superar por la Administración y no lo hizo; y finalmente, que la ilegalidad, se produjo solamente en el acto administrativo que declaró desierta la licitación, por haber sido extemporáneo, y falsamente motivado.

Fue con fundamento en tales afirmaciones, que la demandante sostuvo así mismo, que le había sido conculcado el derecho a obtener la adjudicación de la licitación, y por lo tanto, el derecho a la celebración y ejecución del contrato, de la que habría podido derivar las utilidades justamente calculadas.

No obstante, tal y como se registró en el capítulo de los hechos probados, en el sub-lite se acreditó todo lo contrario; es decir, que en el procedimiento licitatorio sí se presentaron hechos que impedían una evaluación válida de las ofertas presentadas, lo que a su vez, imposibilitaba realizar una selección objetiva; en consecuencia, de ese procedimiento, no podría desprenderse, ni a favor del demandante ni a favor de ningún otro proponente, una decisión favorable, válidamente expedida.

Efectivamente, tal y como consta en los antecedentes que se dejaron reseñados, el acto administrativo mediante el cual, en forma extemporánea, por demás, se declaró desierta la Licitación Pública Internacional No. SCM-01-94, obedeció, como su misma fundamentación lo declara, a las irregularidades que viciaron el procedimiento de selección, consistentes: i) De un lado, en la modificación ilegal del pliego de condiciones aprobado por la entidad cuando autorizó la apertura de la licitación, ya que esa modificación se produjo por funcionarios incompetentes, cuando ya aquella estaba abierta, dos proponentes habían adquirido el pliego, y sin mediar el correspondiente adendo; ii) y de otro lado, en el hecho de que el Comité Evaluador procedió a calificar las ofertas con base en un pliego de condiciones distinto a aquel que adquirieron los proponentes, y que les sirvió de base para elaborar sus ofertas.

Tales circunstancias, a juicio de la entidad -criterio que comparte la Sala, como ya se dijo-, impedían una selección objetiva y por ello, declaró desierta la licitación.

Como es bien sabido, la licitación o concurso públicos tienen como finalidad primordial y última, la celebración de un contrato estatal, a esto apuntan; en consecuencia, ellos constituyen un procedimiento administrativo especial, de formación de la voluntad administrativa, la cual se concreta con la escogencia del futuro contratista a través de la expedición de un acto administrativo.

Como cualquier procedimiento administrativo, éste, que es especial, también cuenta con una

serie de requisitos sustanciales y formales, sin cuyo cumplimiento u observancia no puede dar lugar a una decisión válida y legal; si la ley establece unos procedimientos, pasos, etapas, actuaciones, que se deben realizar en la preparación de ese acto administrativo, su omisión dará lugar a una expedición irregular del mismo, que permitirá, así mismo, su anulación judicial.

Es el caso, por ejemplo, en que siendo obligatoria la publicación previa a la apertura de la licitación, de avisos con amplia difusión, en los que se informe sobre el objeto y las características esenciales de la respectiva licitación o concurso (num. 3, art. 30), éstos sean abiertos sin cumplir con tal publicación.

En eventos como el descrito, en los que se desconozcan los requisitos que se deben cumplir de manera previa a la expedición del acto de adjudicación y durante el proceso de formación de la voluntad administrativa, es lógico que el acto finalmente proferido por la respectiva entidad, independientemente de quién resulte favorecido con él, estará viciado de nulidad, por cuanto habrá sido expedido en forma irregular.

En tales circunstancias, como lo reconoció de tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala, cualquier adjudicación estaría viciada de nulidad, de modo que, si bien los participantes en ese proceso de selección pueden demandar el acto administrativo que lo concluyó, por ser ilegal, así aleguen haber presentado la mejor oferta, no podrán obtener, de la declaratoria de nulidad del mismo y como restablecimiento del derecho, una condena al reconocimiento de las utilidades que hubieran derivado de la adjudicación y ejecución del contrato en cuestión, por cuanto en ese evento específico no habrían podido obtener una adjudicación válida y legal.

Sin embargo, considera la Sala que en estos casos, quienes participaron en la respectiva licitación o concurso público sí sufren un daño antijurídico, en la medida en que, si bien los costos y gastos en los que incurren los participantes en un proceso de selección de contratistas son el costo de oportunidad que deben afrontar por contar con la posibilidad de ser favorecidos con la adjudicación, ello es así en la medida en que el procedimiento adelantado por la Administración, tenga la posibilidad de concluir con una decisión válida y que si ello no se da, sea por una ilegalidad surgida del acto mismo; porque si es una irregularidad que vicia el trámite licitatorio previo, la que imposibilita la obtención de una adjudicación válida a favor de alguno de los proponentes, habrán éstos incurrido en tales gastos y costos en vano, y por lo tanto, tendrán derecho a que les sean reembolsados.

Volviendo al caso presente, advierte la Sala que la sociedad actora encauzó su demanda a la demostración de que en un procedimiento licitatorio regularmente adelantado, que concluyó con un acto administrativo ilegal, le fue desconocido su derecho a la adjudicación del contrato, por haber presentado la mejor oferta; por ello pidió en sus pretensiones el reconocimiento de los perjuicios derivados de tal circunstancia: tanto la utilidad que hubiera podido obtener de la adjudicación y ejecución del contrato, como los gastos en los que incurrió para la elaboración y presentación de la oferta en el proceso licitatorio fallido; como ya se dijo, si bien no procede el reconocimiento del primer perjuicio aducido, respecto del segundo sí hay lugar a condena, en el monto en que haya sido acreditado en el proceso, punto que se analizará más adelante.

5.2. La prueba del daño.

Por otra parte, y ahondando aún más en razones, observa la Sala que, ni siquiera en el evento en que se admitiera que hubo una evaluación válida de las ofertas presentadas en la licitación pública, habría lugar a reconocer a la demandante indemnización de perjuicios en la modalidad

de lucro cesante, constituidos por la utilidad que hubiera podido derivar de la ejecución del contrato, toda vez que en el plenario no se probó este daño que alegó en la demanda, según se explica a continuación:

Como es bien sabido, quien aduce haber sufrido un daño en un derecho legalmente protegido, con ocasión del acto administrativo ilegal, debe acreditar tal afirmación; exigencia que también opera cuando la decisión acusada es aquella con la cual se concluye un proceso de selección de contratistas, licitación o concurso públicos, es decir, cuando se demanda el acto de adjudicación, o el acto mediante el cual se declaró desierta una licitación o concurso; así lo ha reconocido de tiempo atrás la jurisprudencia:

“Cuando alguien demanda la nulidad del acto de adjudicación y pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere si quiere sacar avante sus pretensiones doble compromiso procesal. El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración. En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración.

Y en relación con la indemnización a que en tales casos tiene derecho el demandante, ha reconocido también la jurisprudencia que, quien ha presentado la mejor oferta en un proceso licitatorio y no obstante ello no obtiene la adjudicación del contrato, bien sea porque se adjudica a otro o se declara desierta la licitación en forma ilegal, aquel tiene derecho a que se le reconozca la utilidad que hubiera podido obtener de la ejecución del respectivo contrato, de cuya adjudicación fue privado injustamente; así, en Sentencia del 22 de noviembre de 2002, sostuvo la Sala que el perjuicio que se reconoce al proponente que, habiendo presentado la mejor oferta no fue favorecido con la adjudicación, corresponde al lucro cesante, entendido por la ley como “la ganancia o provecho que deja de reportarse” (art. 1614, C.C.); y la utilidad que deja de obtener el afectado, privado ilegal e injustamente de la adjudicación del contrato, es un lucro cesante, un perjuicio futuro cierto, que debe indemnizarse en su integridad, es decir por el 100% de las utilidades previstas al presentar la oferta, tal y como lo establece también la Ley 80/93, al consagrar ese derecho a favor de los proponentes o contratistas de la Administración, en sus artículos 3 inciso 2º, 4, 5 y 27.

Es necesario advertir, que quien en estos casos pide la indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante, es decir, el reconocimiento de las utilidades que hubiera podido obtener de habersele permitido ejecutar el contrato de cuya adjudicación se vio legal e injustamente privado, no puede obtener también, el pago de los gastos en los que incurrió para participar en el proceso de selección, puesto que éste es el costo de oportunidad que asumen todos los proponentes, al punto que, una vez se adjudica la respectiva licitación o concurso a uno de ellos, a los demás no se les devuelve dinero algún.

- En segundo lugar, se observa que todo lo expuesto en relación con el restablecimiento del derecho en estos eventos, resulta procedente siempre y cuando se cumpla con el primer requisito indispensable para obtener la indemnización de perjuicios, cual es, como ya se dijo, la prueba de la existencia del daño; en el caso concreto de los procesos de selección de contratistas, reitera la Sala que, quien aduce haber sido el mejor oferente y por lo tanto aspira al reconocimiento de la utilidad que previó obtener, debe probar no solo que el acto administrativo acusado es ilegal, sino también, que su propuesta era la mejor.

5.3. El caso concreto:

5.3.1. En cuanto al lucro cesante:

Volviendo al presente caso, se observa que no obran pruebas suficientes en el plenario, que permitan concluir que la propuesta presentada por el demandante, era la mejor y que por lo tanto, tenía derecho a la adjudicación; en consecuencia, no habría lugar al reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

En efecto, con relación a la oferta presentada en la Licitación Pública Internacional SCM 01-94 por la firma ISKRA STEVCI, a través de Importadora Saga, solo obran en el expediente el Informe de evaluación y calificación de ofertas realizado por la entidad demandada y el Informe Pericial rendido ante el Tribunal, sobre los cuales, observa la Sala:

En la copia de la evaluación de ofertas que realizó la entidad demandada (fls. 131 a 164, cdno 2), consta:

Que para el Item 2, se presentaron 4 ofertas:

- a. Rymel Ltda.. US \$ 2'498.880
- b. Schlumberger Industries Colombia S.A. US \$ 5'723.600
- c. Importadora Saga - Iskra US \$ 3'628.400
- d. A.B.B. Colombia S.A. US \$ 3'002.800

Que fueron descartadas las firmas Schlumberger Industries S.A., por ofrecer tiempos de entrega superiores en más del 50% al requerido por la entidad; y A.B.B. Medidores S.A., por cuanto el tipo de medidor ofrecido para el Item 2, no estaba homologado por la Empresa de Energía de Bogotá; en consecuencia, sólo quedaron habilitadas para dicho item, las empresas Importaciones Saga - Iskra, y Rymel Ltda.

Que en la capacidad financiera, estas firmas fueron calificadas con 100 puntos, Importadora Saga; y con 68.05 puntos, la firma Rymel Ltda., siendo necesario para ser elegible para la adjudicación, un puntaje mínimo de 60 (fl. 143, cdno 2).

En el análisis técnico, se concluyó que ambas firmas cumplían (fl. 147, cdno 2).

De la anterior evaluación, se destaca el hecho de que Rymel Ltda. presentó una oferta por un valor más bajo que Importadora Saga - Iskra; y se observa que los criterios de adjudicación, anunciados en los avisos de apertura de la licitación y contenidos en el pliego de condiciones allegado por la entidad demandada al Tribunal, fueron (fls. 61, vto., 148 y 400, cdno 2):

Precio de la propuesta 70%

Sistema de calidad 15%

Experiencia técnica 7%

Experiencia comercial 5%

Servicio posventa 3%.

Como se puede ver, el precio de las ofertas era un factor decisivo en la calificación de las

mismas, y la presentada por la firma demandante, según consta en la evaluación hecha por la entidad, ascendió a US\$ 3'628.400,00, siendo más costosa que la presentada por el proponente Rymel Ltda., que ascendía a US\$2'498.880 (fl. 163, cdno 2).

5.3.1.1. Dictamen pericial:

La parte actora solicitó que se decretara un dictamen pericial, con intervención de un perito ingeniero eléctrico o electrónico y de un contador, el cual versaría sobre los siguientes puntos:

“a.- Análisis de las ofertas presentadas para el ITEM 2 de la Licitación Pública Internacional SCM-01-94, por las firmas RYMEL LIMITADA, SCHLUMBERGER INDUSTRIES COLOMBIA S.A., ISKRA STEVCI-IMPORTADORA SAGA LIMITADA, y A.B.B. COLOMBIA S.A., en relación con el análisis preliminar y técnico a efectos de determinar de tales ofertas cuáles cumplían los requisitos para la evaluación y calificación, para lo cual se tendrá en cuenta tanto el Pliego de Condiciones aprobado por el Comité de Asuntos Administrativos de la Empresa de Energía de Bogotá, como el Pliego de Condiciones que fue suministrado a los interesados en la Licitación antes mencionada.

b.- Evaluación y Calificación de la o de las ofertas que cumplan con el análisis preliminar y técnico, teniendo en cuenta los dos Pliegos de Condiciones antes mencionados.

c.- Determinación del costo de preparación y presentación de la oferta por parte de ISKRA STEVCI, representada por IMPORTADORA SAGA LIMITADA, discriminando los distintos factores del mismo, a la fecha de presentación de la oferta.

d.- Determinación de la utilidad que correspondía a la ejecución del contrato materia de la oferta presentada por ISKRA STEVCI, representada por IMPORTADORA SAGA LIMITADA, teniendo en cuenta la oferta presentada por dicha firma, lo anterior a la fecha de presentación de la oferta” (fl. 13, cdno 1).

Los peritos contadores designados, presentaron dictamen (fls. 289 a 305, cdno 2), en el cual tuvieron en cuenta los documentos que fueron aportados por la parte actora, y tal y como manifestaron, “Se visitó la Empresa Importadora Saga en varias ocasiones con el fin de obtener información relacionada con el experticio”; así mismo, se consignó en el Informe del peritazgo que “(...) El siguiente Análisis Financiero fue tomado fielmente del 'Análisis de las Ofertas LP SMC 01-94' PAG 9 (Anexo3), efectuado por la Emp (sic) de Energía de Bogotá...” y aclararon que hacían la comparación únicamente respecto de las firmas **Iskra -Saga Ltda y Rymel Ltda.**, por haber sido las que clasificó la Entidad demandada.

Luego de transcribir los datos que aparecen en la evaluación efectuada por el Comité Evaluador de la entidad demandada, concluyó el dictamen que “El análisis de la oferta de los licitantes no está de acuerdo con el pliego de condiciones vendido a los 7 (siete) oferentes, situación que se encuentra mas que aceptada por la Empresa de Energía al manifestar que hubo un error en la entrega del pliego que utilizó el Comité Evaluador, lo cual se encuentra consignado en la Resolución No. 013691 de Dic (sic) 9 de 1994, anexo 3 ...”.

Con relación al puntaje obtenido por las dos firmas mencionadas, 89.18 para **Rymel** y 75.34 para **Iskra Stevci-Import. Saga**, concluyó que tal resultado “...es inexacto puesto que las 'BASES FUNDAMENTALES' de evaluación difieren entre el pliego vendido a los oferentes y el utilizado por el comité evaluador enunciados anteriormente (...)”, toda vez que “El análisis preliminar se encuentra viciado de nulidad por las diferencias consignadas en las páginas 21 y 24 sobre: a.-

Capacidad Financiera b.- Capacidad de producción”.

Procedieron los peritos a continuación, según manifestaron, a hacer una comparación entre los tres pliegos de la Licitación, y concluyeron que existían diferencias estructurales entre los dos primeros y el tercero en los siguientes aspectos del análisis preliminar:

Capacidad Financiera: Encontraron los peritos que uno de los componentes de la fórmula financiera para establecer el “Capital de trabajo mínimo requerido” cambió una cifra de 2 a 3, es decir, un (1) punto de diferencia; y que si se aplica la fórmula contenida en el Pliego de Condiciones aprobado por la Gerencia, que es igual a aquella con la que se debe calcular para el pliego vendido a los oferentes, la firma **Iskra Importadora Saga Ltda.**, habría ofrecido un capital de trabajo de 10.871, es decir 10 veces el capital de trabajo mínimo requerido en la Licitación, “...con lo cual el porcentaje de esta oferta llega a los 60 puntos completos”; en cambio, aplicando la fórmula a la firma **Rymel Ltda.**, se concluye que el capital de trabajo ofrecido por ésta, de 390, equivaldría a un tercio (1/3) del mínimo requerido, con lo cual sólo obtendría un puntaje de 18,8, cuando según el Pliego de Condiciones “La oferta elegible para adjudicación deberá obtener en la evaluación financiera un porcentaje mínimo de sesenta (60) puntos”; y a pesar de que dicha empresa no cumplió con este requisito, aparecía calificada y elegible para la adjudicación.

Capacidad de Producción: Manifestaron los peritos, que “El primer clasificado por la Empresa de Energía de Bogotá para adjudicar la Licitación o sea la firma 'Rymel' no cumple con las especificaciones de los pliegos de condiciones puesto que estos exigen que la producción mínima sea de 40.000 unidades de medidores manejados durante 10 meses en los últimos 5 (o 3) años y la firma 'RYMEL' solo muestra 950 unidades (...).”

Y respondieron los peritos, a las preguntas 1 y 2, que “...la firma calificada con el primer puesto no cumple con los dos parámetros básicos del 'ANALISIS PRELIMINAR' lo cual descalificaría su oferta tal como lo establece el pliego de condiciones ...”.

Al concluir que la única oferta que podía ser evaluada era la presentada por la demandante, **Iskra-Importadora Saga**, era ésta, a juicio de los peritos, la que “...obtenía con base en la evaluación real el máximo puntaje posible”.

En cuanto a la utilidad que correspondía a la ejecución del contrato materia de la oferta efectuada por la demandante, los peritos consideraron que “...el 30% de utilidad sobre un negocio de tal magnitud es normal especialmente en este tipo de Operaciones Internacionales; además la firma ISKRA STEVCI considera y certifican dicho porcentaje en carta consignada en el anexo # 6. además no podemos cuestionar un objetivo específico del licitante.” Sin embargo, a continuación, manifiestan los peritos su desacuerdo con la forma como la demandante calculó la utilidad, pues a su juicio, “El cálculo se debe hacer únicamente sobre el Rubro '(1) Valor FOB puerto de embarque' de la mercancía”, lo que arroja un valor, por este concepto, de US\$ 744.000,00.

Concluyeron los peritos, que “... los valores a establecer, por la parte demandante, según lo solicitado son:

a.) DAÑO EMERGENTE \$29.147.534.00

b.) LUCRO CESANTE US\$ 744.000,00”

Cifras que, actualizadas a la fecha del dictamen, diciembre de 1996, arrojaron un resultado de \$ 50'397.132,50 por daño emergente y \$1.222'098396,50 por lucro cesante.

5.3.1.2. Valoración de la prueba:

Con relación al anterior informe presentado por los auxiliares de la justicia, la Sala considera que el mismo carece del soporte técnico, probatorio y científico necesario para transmitirle certeza al juzgador sobre las conclusiones a las cuales llegó.

En primer lugar, porque tal y como se observa al analizar esta prueba, los peritos para rendir su informe y a pesar de que se les pidió comparar las ofertas presentadas en la licitación, no las consultaron directamente; simplemente se atuvieron al Informe de evaluación y calificación de la entidad demandada, utilizando los datos consignados en el mismo; así lo reconocieron expresamente, al manifestar, por ejemplo, que el análisis financiero que presentan, "...fue tomado fielmente del 'Análisis de las Ofertas LP SMC 01-94' pag 9 (Anexo 3), efectuado por la Emp (sic) de Energía de Bogotá. Presentamos un resumen solamente de dos Empresas que en su interpretación y como más adelante se demuestra son las que clasifica dicha entidad y permiten el análisis y desarrollo del experticio" (fl. 292, cdno 2).

En segundo lugar, porque los peritos, según su manifestación, le aplicaron el pliego de condiciones aprobado por la Gerencia de la entidad demandada a esos datos obtenidos por los funcionarios evaluadores, lo cual arrojó como resultado, según su conclusión, que la firma que había sido calificada en primer lugar, o sea **Rymel Ltda.**, no cumplía "...con los dos parámetros básicos del 'ANALISIS PRELIMINAR' lo cual descalificaría su oferta tal como lo establece el pliego de condiciones ..." y por lo tanto, sólo quedaba como elegible, la propuesta de la firma demandante, "...quien obtenía con base en la evaluación real el máximo puntaje posible".

Pero resulta que, además de que no obran en el expediente las ofertas de los proponentes en el Item II de la Licitación Pública, entre ellos, Rymel Ltda. e Importadora Saga Ltda. en representación de Iskra Stevci, en los Anexos del Informe Pericial y como soporte del análisis que hicieron los peritos de estas dos ofertas, obran dos copias simples de las hojas 21, 22, 23 y 24 del pliego de condiciones, marcadas cada una, como "pliego utilizado por el Comité Evaluador" y "Pliego vendido por la Empresa de Energía de Bogotá".

Como es bien sabido, para que la copia de un documento original tenga el mismo valor probatorio de éste, es necesario, conforme a lo dispuesto por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, que la misma:

Haya sido autorizada por notario o por director de oficina administrativa o de policía, o por secretario de oficina judicial previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada;

Cuando sea autenticada por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente; o,

Cuando sea compulsada del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial.

Ninguna de estas condiciones se cumple respecto de las copias aportadas por los peritos, lo que impide darles valor probatorio alguno.

Se observa, de otra parte, que la entidad aportó al proceso la copia de un pliego de condiciones

(fls 47 y sgtes, cdno. 2), pero sin manifestar si se trata del vendido a los oferentes, o del aprobado por la Gerencia, o si fue el utilizado por el Comité Evaluador.

Además, los funcionarios de la Empresa de Energía de Bogotá llamados en garantía, también aportaron, según afirmaron, copias de las hojas 21, 22, 23 y 24 del pliego de condiciones, que son las supuestamente cambiadas, y de las hojas anteriores del pliego de condiciones con correcciones a mano (fls. 68, 69 y 75 a 83, Cdno 3); sin embargo, se trata de copias simples, que por lo tanto, carecen de valor probatorio.

En estas circunstancias, considera la Sala que no existe certeza sobre cuál fue el pliego de condiciones aprobado por la entidad antes de abrir la licitación, cuál el utilizado por los evaluadores de la entidad y cuál el vendido a los oferentes; es decir que, si bien a lo largo del proceso se advierte que existieron, aparentemente, 3 modelos distintos de pliegos de condiciones rigiendo en la misma licitación pública, no se aportaron en debida forma al plenario.

Conforme a lo anterior, las conclusiones a las que llegaron los peritos sobre la evaluación de las ofertas presentadas en el Item 2 de la licitación, carecen del debido soporte probatorio, por lo cual, la decisión no puede basarse en este dictamen; y dado que no se aportaron tampoco las ofertas presentadas en la licitación pública, ni debidamente autenticados e identificados los supuestos tres diferentes ejemplares del pliego de condiciones: el aprobado por la entidad, el entregado a los proponentes y el utilizado por los evaluadores, tampoco puede la Sala efectuar la labor de evaluación y calificación de las propuestas, para verificar la aseveración del demandante, en el sentido de que la suya era la mejor, la más favorable para la entidad licitante, teniendo en cuenta además que, como se observó en otro aparte de esta providencia, la suya era mucho más costosa que la presentada por la otra firma evaluada en este Item por la entidad, Rymel Ltda., y que sacó mayor puntaje, siendo por lo tanto, la recomendada por el Comité Evaluador, para ser favorecida con la adjudicación del Item 2 de la Licitación.

5.3.1.3. Pruebas en la segunda instancia:

La parte actora, luego de admitido el recurso de apelación, presentó memorial en el cual solicitó tener como prueba “el concepto técnico del Pliego de Condiciones - Licitación SCM-01-94, suscrito por los Ingenieros HELMAN SUAREZ VILLALBA y HERNAN ZORRO ZAMBRANO dentro de la investigación administrativa 2479, elaborado el día 31 de mayo de 1995, debidamente autenticado con fecha abril 6 de 1999” (fls. 255 y 256, cdno ppl.), el cual, a su juicio, es demostrativo de que la Empresa demandada sabía también, que la oferta presentada por la actora, era la mejor.

Como sustento de esta petición, sostuvo que se trata de un informe que se produjo con posterioridad a la presentación de la demanda y que por eso no pudo aportarse en ese momento como prueba; y además, que a pesar de las reiteradas solicitudes elevadas a la Administración para que le expidiera copia del mismo, le fue negada, por tratarse de documentos sometidos a reserva, conforme a lo dispuesto por la Ley 190 de 1995.

Mediante Auto del 4 de junio de 1999, se admitieron las copias documentales aportadas por el apoderado de la parte actora, para que obraran dentro del proceso (fl. 282, cdno ppl).

No obstante lo anterior, la Sala considera que el documento aportado por el demandante en esta instancia carece de todo poder probatorio, toda vez que, tal y como se puede constatar de su sola apreciación, se trata de copia simple de documento público.

En efecto, a pesar de que los folios aportados cuentan con un sello de notaría, del que se podría pensar que se trata de una constancia de autenticación, en realidad, en el mismo se consigna que “En la Notaría Cuarenta de este círculo se cotejó la presente fotocopia que coincide con la copia que se ha tenido a la vista”, sin agregar, que se tratara de una copia autenticada.

Teniendo en cuenta que la copia de un documento sólo adquiere el mismo valor probatorio de su original cuando cumple con los requisitos del artículo 254, esto es, cuando es autorizada por notario, director de oficina administrativa o de policía o secretario de oficina judicial previa orden del juez, “donde se encuentre el original o una copia autenticada”, o cuando sean autenticadas por notario “...previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente...”, o cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de una inspección judicial, se colige que, en el presente caso, la copia de la copia simple, no adquiere el mismo valor del original.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de analizar el contenido de dicho documento, por carecer de autenticidad.

Conforme a lo expuesto, ante la ausencia de prueba fehaciente sobre la existencia del daño en la modalidad de lucro cesante, que la sociedad actora alegó haber sufrido con ocasión de la expedición del acto administrativo acusado, resulta improcedente condena alguna en contra de la entidad demandada por este concepto.

5.3.2. En cuanto al daño emergente:

Sobre el costo de preparación y presentación de la oferta por parte de la demandante, el dictamen pericial manifestó: “El Doctor Jorge E. Alonso Muñoz, gerente de la firma IMPORTADORA SAGA LTDA, empresa representante de ISKRA STEVCI, en la Licitación objeto del experticio, junto con el Contador de la misma Dr Luis Augusto (sic) Jiménez D con matrícula 4206 T presentaron las siguientes cuentas con sus respectivas certificaciones y recibos de pago y que según ellos fue necesario desembolsar para armar y presentar la licitación...”, enlistándolas a continuación:

a- Ingeniero Eléctrico ORLANDO PACHÓN 3.000.000

b- Ingeniero Eléctrico OSCAR ACOSTA 2.400.000

c- Abogado JORGE QUINTERO AGUIRRE 650.000

d- Gerente IMPORTADORA SAGA LTDA:

i) gastos de viaje 11'368.934

ii) Otros gastos generales 826.719

12.195.653

e- Pliegos 500.000

f- Gastos Administrativos oficina 40% del total gtos Ofic. 29'147.534

g- Gastos ISKRA STEVCI US\$ 5.355 4'551.750

TOTAL GASTOS PRESENTADOS 52'444.937.

Los peritos consignaron que, para cada una de las partidas, se presentaron los soportes y recibos correspondientes; y que en las declaraciones de renta para el año 1994, certificadas por el contador de la firma, la del señor Jorge E Alonso presentó en Cuentas por Cobrar la suma de \$264.187.000 y la de Importadora Saga, en el rubro de Deudas, la suma de \$ 77.099.000; y que “Las anteriores cifras se cruzan entre sí y existe una relación contable entre las dos, una cuenta de cobro y una cuenta de pagos en dichas declaraciones”, aclarando así mismo, que “La razón por la cual no se pagaron directamente los Gastos por Importadora Saga, según el Gerente y el Contador era la falta de liquidez de dicha firma y por lo tanto los desembolsó el gerente directamente”.

Sobre el monto de estos perjuicios, los auxiliares de la justicia manifestaron que, a pesar de que se presentaron recibos y facturas por la parte actora, la suma de \$52'444.937 “...no se acepta en su totalidad...”, ya que para calcular el daño emergente, “...se deben tener en cuenta únicamente los 'Gastos Administrativos' de la Empresa o sea \$29.147.534,00 los cuales están certificados por el contador, se acercan bastante a la indemnización que se reclama en la demanda y deben por lo menos cubrir todos los gastos realizados para armar la Licitación”.

Al respecto, la Sala observa, de un lado, que la actora en su demanda, pidió el pago del daño emergente, consistente, según manifestó, en los gastos en que incurrió para **participar en la licitación**, cuales fueron “...el valor del Pliego de Condiciones, valor de la garantía de seriedad de la oferta y los **costos administrativos de elaboración y preparación de la oferta**” (resalta la Sala) (fl. 14, cdno ppl); de otro lado, para probar el daño emergente alegado, se aportaron al plenario los siguientes documentos:

5.3.2.1. En diligencia de exhibición de documentos practicada por el Tribunal el 12 de abril de 1996, el representante legal de la sociedad Importadora Saga Ltda. presentó los siguientes (fls. 171 a 288, cdno 2):

- Folios 50 y 51 del Libro Mayor y Balances debidamente registrado ante la Cámara de Comercio de Bogotá, que corresponden al movimiento contable del año 1994.

- Folios 37 a 39 del Libro Diario -específicamente el Auxiliar de Diario-, correspondiente al mismo periodo.

- Fotocopias de facturas de los servicios públicos de Teléfono, Energía Eléctrica y Acueducto correspondientes al año 1994, “...que aparecen a nombre de Jorge Ernesto Alonso y que quien exhibe los documentos afirma que corresponden a gastos relacionados con el proceso licitatorio...”.

- Nómina para pago de sueldos de la firma Importadora Saga Ltda. del 1° de enero al 31 de diciembre de 1994.

- Fotocopia del recibo de pago No. 1800 del 29 de junio de 1994, por valor de \$500.000,00, correspondiente al valor del pliego de condiciones.

- Certificación suscrita por el ingeniero eléctrico Oscar Darío Acosta T., sobre el pago recibido por concepto de asesoría técnica en la elaboración de la licitación a que se refiere la demanda, por la suma de \$2'400.000,00 (fl. 173, cdno 2).

5.3.2.2. Los peritos con su dictamen pericial, presentaron los siguientes documentos, relacionados con los gastos de elaboración y presentación de la oferta en la Licitación

Internacional SCM-01-94:

- Fotocopias simples de registros contables de Importadora Saga Ltda. correspondientes a los meses de diciembre de 1994 a marzo de 1995 (fls. 307 a 337, cdno 2).

- Certificación suscrita por el Ingeniero Eléctrico Orlando Pachón Villamil, sobre el pago que recibió de parte del doctor Jorge Ernesto Alonso Muñoz, en cuantía de \$3'000.000,00, por concepto de las labores que adelantó durante los meses de junio a diciembre de 1994 para la elaboración, presentación y seguimiento hasta la audiencia de adjudicación de la Licitación Pública No. SCM-01-94 (fl. 371, cdno 2).

- Copia simple de certificación expedida por el Ingeniero Eléctrico Oscar Darío Acosta, en el sentido de que recibió del doctor Jorge Ernesto Alonso Muñoz la suma de \$2'400.000,00 como pago por sus servicios durante los meses de junio a diciembre de 1994, en asesoría técnica para la elaboración presentación y seguimiento hasta la audiencia de adjudicación de la Licitación Pública No. SCM-01-94 (fl. 372, cdno 2).

- Certificación suscrita por el señor Jorge Ernesto Alonso Muñoz (Gerente y representante legal de Importadora Saga Ltda.), sobre el pago que efectuó a favor de Jorge Quintero Aguirre por valor de \$500.000,00, por concepto de la asesoría legal en la audiencia de adjudicación de la Licitación Pública No. SCM-01-94 de la Empresa de Energía de Bogotá y la suma de \$650.000,00 por tramitar el recurso de reposición contra la Resolución No. 013691 del 19 de diciembre de 1994 y el respectivo poder original (fls. 373 y 374, cdno 2).

- Documento sin firma, en hoja membreada con el nombre “Jorge Alonso”, contentiva de la “Relación de gastos realizados directamente por el Dr. Jorge Ernesto Alonso M. con respecto a la Licitación Pública No. SCM-01-94”, en la que se enlistan los siguientes gastos (fl. 375, cdno 2):

Costo pasajes Bogotá-Viena-Bogotá

“(de Viena por tren llegando a la ciudad

de Ljubljana capital de Eslovenia para visitar

la fábrica de medidores). Son US\$2.843.00

a la tasa de cambio de \$821.70 del 25 de marzo /94”: \$2'336.093.00

(Se aportó el tiquete original: fl. 376, cdno 2)

Alojamiento en el Hotel Holiday Inn T\$82.810.60

Tolares Eslovenos a razón de \$18.50 por Tolar: \$ 1'531.996.00

(Obra factura del establecimiento hotelero:

fls. 377 y 378, cdno 2).

Tiquetes aéreos Bogotá-Frankfurt-Ljubljana-Frankfurt-Bogotá

“para visitar la fábrica de ISKRA para explicar

el estado de la demanda sobre la Licitación

el día 11 de octubre de 1995 por US\$4.321.00

a la tasa de cambio de ese día de \$981.45”: \$ 4'240.845,00

(Obra el tiquete original: fl. 378, cdno 2).

Porción terrestre de este viaje \$ 860.000,00

Valor pagado al Ingeniero Oscar Darío Acosta

por Asesoría Técnica: \$ 2'400.000,00

Para un total de \$ 11'368.934,00

- Listado titulado “Gastos de representación de Jorge E. Alonso con respecto a la Licitación Pública Internacional SCM-01-94 de la Empresa de Energía de Bogotá”, en el que se relacionan consumos en distintos restaurantes de la ciudad de Bogotá, por valor de \$826.719,00 (acompañada de las facturas respectivas) (fls. 386 a 398, cdno 2).

- Copia simple del recibo de pago del valor del pliego de condiciones por \$500.000,00 y del aviso de prensa de apertura de la licitación en el que se anuncia este precio (fls. 399 y 400, cdno 2).

- Certificación del señor Luís Augusto Jiménez D., en su condición de Contador Público Titulado de la empresa **Importadora Saga Ltda.** en el sentido de que “...durante el ejercicio del año 1994, los gastos fueron de SESENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS MCTE (\$64.772.299,00), de los cuales el 45 % equivalentes a VEINTINUEVE MILLONES CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$ 29.147.534,00) fueron destinados a la tramitación de la Licitación Pública Internacional No. 1-SM-01-94 de la Empresa de Energía de Bogotá” (fl. 401, cdno 2).

- Copia simple de la declaración de renta y complementarios “personas naturales” del año gravable 1994, del señor Jorge Ernesto Alonso Muñoz (fl. 402, cdno 2).

- Copia de la declaración de renta de Importadora Saga Ltda., del año gravable 1994 (fl. 403, cdno 2).

- Certificación expedida por el señor Valter Vidoni, el 28 de diciembre de 1996, sobre los costos en que incurrió Iskra Stevci con ocasión de la elaboración de la propuesta, enlistando los siguientes (fl. 406, cdno 2):

50 horas/ingeniero a Us\$ 37,5 la hora US \$ 1.875,00

Elaboración de 4 prototipos de medidor trifásico US \$ 1.000,00

Envío de las muestras y los documentos

de la licitación por currier US \$ 980,00

Gastos de comunicación telefónica y por fax US \$ 1.500,00

Para un total de US \$ 5.355,00

Sin embargo, no consta quién es la persona que suscribe este documento, el cual además carece del trámite de autenticación de documento extranjero, ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, conforme a lo dispuesto por el artículo 259 del C.P.C.

5.3.3. Consideraciones:

Con fundamento en los anteriores elementos de prueba, la Sala considera que, en realidad, sólo se acreditaron con soportes debidamente fundamentados, los siguientes gastos, y por lo tanto, resulta procedente la condena a su reconocimiento:

En primer lugar, el valor del pliego de condiciones, de \$ 500.000,00, respecto del cual obra la copia del recibo de pago tomada en la diligencia de exhibición de documentos realizada por el tribunal a-quo, y toda vez que se trataba de un requisito para la participación en la respectiva licitación pública, y la demandante fue admitida, evaluada y calificada en dicho proceso de selección, se presume que este pago fue realizado;

En segundo lugar, considera la Sala suficientemente demostrados los gastos en los que incurrió el representante legal de la firma Importadora Saga Ltda. con ocasión de los dos viajes que efectuó a la ciudad sede de la sociedad eslovena a quien representó en el proceso licitatorio y que ascienden al monto de \$ 8'968.934,00, puesto que obran tanto los pasajes originales utilizados, como la factura expedida por el hotel de dicha ciudad -Ljubljana, capital de Eslovenia-;

En tercer lugar, están los gastos por concepto de asesoría para el proceso licitatorio y de elaboración de la propuesta, por parte de dos ingenieros eléctricos, Oscar Darío Acosta por \$ 2'400.000,00 y Orlando Pachón por \$3'000.000,00, según su propia aceptación de haber recibido dichos pagos; no ocurre lo mismo con los gastos de apoderado en el proceso de licitación y de impugnación del acto administrativo que la declaró desierta, toda vez que no halló la Sala una constancia de que efectivamente, aquel recibió el referido pago.

Respecto de los demás rubros que se alegan como costos surgidos de la preparación y presentación de la propuesta, considera la Sala que tampoco están suficientemente acreditados:

- En cuanto a los gastos de Administración en los que supuestamente incurrió Importadora Saga Ltda., se advierte que si bien se allegaron documentos correspondientes a una serie de gastos y costos, como es la nómina de sus empleados durante el año 1994, recibos de servicios públicos -a nombre de distintas personas-, etc., no hay certeza de que los mismos hayan obedecido o se hayan derivado de la elaboración de la propuesta que presentó a nombre de Iskra Stevci en la Licitación Pública No. SCM-01-94 de la Empresa de Energía de Bogotá; además, no resulta suficiente tampoco para acreditar estos “gastos administrativos de oficina” de la empresa, la certificación que expidió el señor Luís Augusto Jiménez D. en diciembre de 1996, en su calidad de contador, en el sentido de que para el año de 1994 los gastos fueron de \$64'772.299 y de éstos, la suma de \$29'147.534, equivalente al 45% de tales gastos, fue destinada a la tramitación de la referida licitación, ya que carece de todo soporte documental tal afirmación, toda vez que los registros contables obrantes en el plenario, no reflejan dicha situación.

Por otra parte, tampoco son de recibo los supuestos gastos de representación aducidos y sustentados en las facturas de varios restaurantes de la ciudad de Bogotá, algunas expedidas a nombre de Jorge Ernesto Alonso, por cuanto no existe certeza de que los mismos hayan sido por

cuenta de la participación de la demandante en el proceso licitatorio de la Empresa de Energía de Bogotá.

En cuanto a los costos en los que supuestamente incurrió Iskra Stevci directamente, para la elaboración y presentación de la oferta, se advierte que sólo obra una certificación expedida supuestamente por ella misma en tal sentido, lo que la Sala considera insuficiente para admitir la procedencia de tales costos, de un lado, porque no consta quién es la persona que suscribe el documento y si pertenece o no a la referida sociedad y de otro lado, porque la sola afirmación que hace la parte interesada sobre la existencia de un hecho, no constituye prueba del mismo.

Concluye entonces la Sala, que resulta procedente la condena al pago de los siguientes perjuicios, debidamente actualizados desde la fecha en que se declaró desierta la licitación en forma ilegal, es decir, desde el día 19 de diciembre de 1994, puesto que es la fecha en la que se concretó el daño, y con aplicación de la fórmula usualmente utilizada para ello: Valor actualizado, es igual al valor histórico por índice final (IPC vigente a la fecha de la sentencia) sobre índice inicial (el IPC vigente en la fecha del acto administrativo demandado, dic/94):

VA= VH Índice final

Índice inicial

No se liquidarán intereses moratorios, puesto que, como lo ha dicho la Sala, en estos casos la obligación de pagar surge a cargo de la parte demandada, con ocasión de la sentencia judicial.

5.3.4. Liquidación de perjuicios:

a) Valor pliego de condiciones: \$ 500.000,00

VA = 500.000 x 175,30

50,10

VA = \$ 1'749.500

b) Gastos de viaje: \$ 8'968.934,00

VA = 8'968.934 x 175,30

50,10

VA= 31'382.318

c) Gastos de asesoría: 5'400.000,00

VA = 5'400.000 x 175,30

50,10

VA = 18'894.610

INDEMNIZACIÓN TOTAL: \$ 52'026.428,00

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

MODIFICASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17 de septiembre de 1998, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARASE la nulidad de la Resolución No. 013691 del 19 de diciembre de 1994, expedida por el Gerente General de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. y del acto ficto producto del silencio administrativo negativo que la confirmó, por medio de los cuales se declaró desierta la Licitación Pública No. SCM-01-94.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. a pagar a favor de la firma Iskra Stevci, representada por Importadora Saga Ltda., la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES VEINTISEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO PESOS M/CTE (\$52'026.428,00).

TERCERO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN

MAURICIO FAJARDO GOMEZ ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente

ALIER E. HERNANDEZ ENRIQUEZ RAMIRO SAAVEDRA BECERRA



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

