

CONTRATO DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Régimen jurídico aplicable al procedimiento administrativo de selección y al futuro contrato

En relación con el régimen jurídico aplicable al contrato se tiene que el artículo 365 de la Constitución Política de 1991 estableció la competencia para que el legislador definiera el régimen jurídico al cual se sujetarían los servicios públicos, mandato en cuyo desarrollo se han expedido, entre otras, las Leyes 142 de 1994 y 689 de 2001, normas especiales en materia de servicios públicos domiciliarios. (...) en tanto TELECOM era una entidad estatal que tenía por objeto la prestación de servicios de telecomunicaciones y cuyo contrato a celebrar tenía por objeto la adquisición, instalación y puesta en servicio de unos equipos destinados a garantizar la continua prestación del servicio de telecomunicaciones, a dicho contrato no le era aplicable la Ley 80 expedida en el año de 1993, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, por cuanto si bien el futuro contrato no tenía por objeto la prestación directa del servicio público de telecomunicaciones –función principal-, sí se trataba de una actividad conexas, directamente derivada del objeto principal, cuyo propósito era garantizar tal función principal. Cabe anotar que el régimen aplicable a los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios –como el que ahora estudia la Sala- es, por regla general, el establecido en la normatividad privada. Ahora bien, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a los contratos que celebraban las prestadoras de servicios públicos, de conformidad con lo normado por el artículo 44.4 de la Ley 142 de 1994, debía ser la Ley 80, expedida en el año de 1993.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 44 / LEY 80 DE 1993

GOOD WILL O BUEN NOMBRE EMPRESARIAL - Pérdida o afectación por imposición de sanción contractual. Deber de demostrar los perjuicios

La Jurisprudencia de la Sección Tercera se ha pronunciado en el sentido de que resulta posible la indemnización correspondiente a la “pérdida del good will”, derivado de la imposición de una sanción contractual, bajo la categoría de lucro cesante, siempre y cuando se cuente con la certeza y la convicción de que “la víctima la padeció” (...) si bien los peritos efectuaron un análisis encaminado a demostrar la ocurrencia de la afectación del buen nombre de la sociedad CONTECO S.A., a partir del comportamiento de las utilidades proyectadas durante los años 1992 a 1996, no encuentra la Sala que esta información arroje la convicción necesaria para servir como soporte de la indemnización pedida, dado que: en primer lugar, no guarda correspondencia con el período de vigencia de la inhabilidad mencionada –mayo 30 a diciembre 6 de 1995; en segundo lugar, efectúan los peritos el estudio correspondiente a la totalidad de las utilidades de la sociedad y, según se desprende, tanto del objeto social como de la experiencia consignada en el registro de proponentes, esta sociedad realizaba contratos tanto con particulares como con el Estado Colombiano. Así pues, dado que la sociedad CONTECO S.A., no logró acreditar los daños y perjuicios derivados de la afectación del Good Will, la Sala confirmará en este punto la decisión del Tribunal Administrativo a quo.”

NOTA DE RELATORIA: Con relación a este tema, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008, exp. 14584.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá D.C., enero veintisiete (27) de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01476-01(16104)

Actor: SOCIEDAD CONTECO S.A., Y OTRA

**Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE CUNDINAMARCA –
TELECUN–**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION
SENTENCIA)**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el extremo demandante – Sociedad CONTECO S.A., y SEGUROS DE CARIBE S.A., hoy MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., contra la sentencia del quince (15) de octubre de 1998, dictada por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso (folios 256 a 292 del cuaderno principal):

“PRIMERO. Declárese (sic) la nulidad del acto administrativo proferido por TELECUN, contenido en las resoluciones números 021 y 048 de 1995, por medio del cual hizo efectiva la póliza expedida por Seguro Caribe, tomada por CONTECO para garantizar la seriedad de la oferta.

“SEGUNDO. Declárese (sic) el incumplimiento de la carga contractual de TELECUN, por no haber expedido el acto de ordenación de gasto.

“TERCERO. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condénase a TELECUN a indemnizar a CONTECO en la suma de veintiocho millones ochocientos treinta y siete mil quinientos treinta y seis pesos con cincuenta y tres centavos (\$28'837.536.53), sin perjuicio de la actualización a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por concepto de la pérdida de la utilidad y lucro cesante que hubiera obtenido CONTECO, si TELECUN hubiese emitido el acto de ordenación de gasto.

“CUARTO. Como consecuencia del primer numeral y a título del restablecimiento del derecho SEGUROS CARIBE no está obligada a indemnizar al beneficiario – TELECUN, de (sic) la garantía de seriedad de la oferta, tomada por CONTECO S.A.

“QUINTO. La suma liquidada, conforme se señaló en la parte motiva de este fallo, ganará intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses

siguientes a su ejecutoria, y después comerciales moratorios, sin exceder el límite de usura, hasta su cancelación.

“SEXTO. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

“SÉPTIMO. Condénase en costas a TELECUN. Su tasación se hará por la Secretaría en la oportunidad legal.”

El demandante solicitó, como consecuencia de las anteriores declaraciones, por concepto de lucro cesante, la suma de veintiocho millones ochocientos treinta y siete mil quinientos treinta y seis pesos con cincuenta y tres centavos (28'837.536,53)¹.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 18 de octubre de 1995, las sociedades CONTECO S.A., y SEGUROS DEL CARIBE S.A., presentaron demanda, en ejercicio de la acción contractual, contra la Empresa de Telecomunicaciones de Cundinamarca –TELECUN-, con el fin de que le fueran concedidas las siguientes pretensiones (folios 6 al 9 del primer cuaderno):

“PRIMERA: Que es NULA la Resolución No. 021 de fecha 17 de febrero de 1995, notificada el 20 de febrero de 1995 al Representante Legal de Seguros Caribe S.A. expedida por la Gerencia de Telecomunicaciones de Cundinamarca, Telecun, mediante la cual se declara el incumplimiento por parte de la firma Conteco S.A. de su obligación y se hace efectiva la Póliza No. 3399 el 23 de Septiembre de 1994, ampliada el 23 de Diciembre de 1994, por Seguros Caribe S.A., a favor de Telecun, que garantiza el cumplimiento de la obligaciones adquiridas por el Afianzado y seriedad de la Oferta, surgida de la invitación a cotizar de fecha 1 de septiembre de 1994, referente al suministro e instalación de equipos multiplicadores de circuitos digitales con tecnología ADPCM, por un valor de quince millones de pesos(\$15.000.000.00) y se toman otras decisiones.

“SEGUNDA: Que es NULA la resolución No. 048 de fecha 10 de mayo de 1995, notificada a la apoderada General para asuntos administrativos de Seguros Caribe S.A., el 19 de mayo de 1995, y al Doctor Hugo Rubio Salas apoderado de Conteco S.A. notificado el 30 de mayo de 1995, proferida por la Gerencia de la Empresa de Telecomunicaciones de Cundinamarca, Telecun, mediante la cual se CONFIRMA en todas sus partes la Resolución No. 021 del 17 de febrero de 1995, por medio de la cual se declaró el incumplimiento por parte de la sociedad Conteco S.A. y se ordenó hacer efectiva la Garantía de Seriedad de la propuesta presentada para el suministro, instalación y puesta en funcionamiento de una serie de equipos.

“TERCERA: Que se declare que luego de la selección de Conteco S.A. por parte de Telecun realizada mediante la comunicación de fecha 22 de Diciembre de 1994, nació a la vida jurídica con un convenio que impuso obligaciones de hacer y cuyo incumplimiento comprometió la responsabilidad convencional de la parte incumplida frente a la que cumplió.

¹ Suma que para la fecha de presentación de la demanda, esto es el 18 de octubre de 1995, resulta superior a la entonces legalmente exigida para tramitar el proceso en dos instancias: \$9'610.000 (Decreto 597 de 1988).

“CUARTA: Que se declare, como consecuencia de la Nulidad de los actos administrativos enunciados en las pretensiones Primera y Segunda y de la declaratoria de la Tercera, que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE CUNDINAMARCA, Telecun, INCUMPLIÓ las obligaciones contraídas, una vez seleccionó a Conteco S.A. mediante la comunicación fechada el 22 de Diciembre de 1994 en donde le manifestó su voluntad de contratar, según lo referido en la solicitud de Cotización del 1o. de septiembre de 1994 como en los términos de referencia que le envió.

“QUINTA: Que se declare, como consecuencia de la declaratoria de Nulidad de los actos administrativos reseñados, y de las declaratorias de las pretensiones Tercera y Cuarta que CONTECO S.A. no incumplió con sus obligaciones contraídas con ocasión de la solicitud de cotización formulada por Telecun el 1o. de septiembre de 1994, toda vez que no estaba obligada a suscribir contrato alguno, entre otras razones.

“SEXTA: Que como consecuencia de la declaratoria de Nulidad de los Actos Administrativos relatados en las pretensiones primera y segunda y la declaratoria a que se refieren las pretensiones tercera, cuarta y quinta, se ordene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE CUNDINAMARCA, TELECUN, a pagar a favor de CONTECO S.A., el valor de los perjuicios sufridos por ésta, equivalentes a la disminución patrimonial ocasionada con la no contratación con Telecun; la prolongación de esa disminución patrimonial; la ganancia, beneficio, utilidad o provechos dejados de percibir por Conteco S.A. en razón a la no materialización del acuerdo de voluntades; erogaciones o gastos en que incurrió Conteco S.A., para acudir a la invitación de Telecun habida cuenta de que resultó seleccionada; honorarios pagados para acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, agotamiento de vía gubernativa, cauciones; deterioro de la imagen comercial de Conteco por la declaratoria de incumplimiento de sus obligaciones atribuido por Telecun; las pérdidas tanto económicas como de imagen ocasionadas por hallarse incurso en una causal de inhabilidad para contratar con el estado, como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento por no haber suscrito el supuesto contrato, todas las demás circunstancias que se precisen en los apartes pertinentes de esta demanda o los que se señalen en su oportunidad.

“SEPTIMA: Que como consecuencia de la condena anterior, disponer que la Empresa de Telecomunicaciones de Cundinamarca, Telecun, debe pagar en favor de Conteco S.A. el valor de los perjuicios ACTUALIZADOS conforme lo dispone el contenido del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor que certifique el Dane para los meses de Diciembre de 1994 (Índice Inicial) y el mes anterior a la ejecutoria del fallo que ponga fin a la controversia (Índice Final).

“OCTAVA: Condenar a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE CUNDINAMARCA, TELECUN, a favor de Conteco S.A. al pago de intereses legales sobre el valor de la condena en perjuicios desde el 28 de Diciembre de 1994 o en su defecto, desde la fecha en que quedaron en firme los actos administrativos exteriorizados en las resoluciones 021 y 048 ya mencionados, desde la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando el pago se verifique, intereses moratorios a la tasa máxima legal, según lo dispuesto por el artículo 884 del Código de Comercio.

“NOVENA: Que como consecuencia de la Nulidad, declaraciones y condenas, se ordene restituir actualizados, los dineros que haya pagado o debido pagar

Conteco S.A. con motivo de la ejecución de los actos administrativos aquí referenciados.

“DECIMA: Que se declare, como consecuencia de la declaratoria de Nulidad, que SEGUROS CARIBE S.A. no está obligada a cumplir con lo ordenado en el artículo segundo de la Resolución No. 021 de febrero 17 de 1995, por el cual se ordena hacer efectiva la Póliza 3399 del 23 de septiembre de 1994.

“DECIMA PRIMERA: Que como consecuencia de la declaratoria de Nulidad de los actos mencionados en las pretensiones primera y segunda y demás declaratorias y condenas, se condene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE CUNDINAMARCA, TELECUN, a pagar a favor de SEGUROS CARIBE S.A., el valor de los perjuicios sufridos por ésta, equivalentes a los gastos y valores pagados para iniciar y llevar hasta su terminación la acción contenciosa que mediante este libelo se incoa, las consecuencias económicas de la constitución de reserva para el rubro de siniestros en curso, la afectación del balance, los valores que en el curso del proceso pague o haya pagado la Compañía por la ejecución de las resoluciones 02 y 048 expedidas por Telecun.

“DECIMA SEGUNDA: Que como consecuencia de la Nulidad, declaraciones y demás decisiones que se tomen, se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegare a pagar Seguros Caribe S.A., como consecuencia de lo ordenado en la resoluciones acusadas 021 y 048 respectivamente.

“DECIMA TERCERA: Que se condene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE CUNDINAMARCA, TELECUN, a pagar ACTUALIZADOS a Seguros Caribe S.A. el valor de los perjuicios, conforme lo dispone el contenido del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor que certifique el Dane para los meses de Diciembre de 1994 y el mes anterior a la ejecutoria del fallo que ponga fin a la controversia.

“DECIMA CUARTA: Que se condene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE CUNDINAMARCA, a pagar en favor de Seguros Caribe S.A. los intereses legales, del valor histórico de las condenas, desde el 28 de diciembre de 1994 o desde la fecha en que quedaron en firme los actos administrativos exteriorizados en las resoluciones 021 y 048 de 1995 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia; y hasta que el pago se verifique intereses moratorios a la tasa máxima legal, según lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio.

“DECIMA QUINTA: Que se dé cumplimiento a lo establecido en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.”

2. Los hechos.

En los escritos de demanda, en síntesis, se narraron los siguientes hechos (folios 9 al 19 del primer cuaderno):

2.1 Que de conformidad con lo previsto en el artículo 38 de la Ley 80 de 1993 *“Las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen, no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en esta ley”.*

2.2 Que con fundamento en el artículo 38 *ejusdem*, la Junta Directiva de la Empresa de Telecomunicaciones de Cundinamarca –TELECUN–², expidió el Acuerdo No. 012 del 26 de abril de 1994, por medio del cual “se adoptan los estatutos internos de contratación de la empresa”.

2.3 Que de conformidad con el mencionado Acuerdo No. 012 de 1994, mediante comunicación de 1 de septiembre de 1994, TELEECUN invitó a la sociedad CONTECO S.A., a presentar cotización para la “*adquisición e instalación de equipos multiplicadores de circuitos digitales con tecnología ADPCM*”. En la invitación solicitó una garantía de seriedad de la propuesta, con vigencia de tres (3) meses a partir de su presentación.

2.4 Que el plazo para presentar ofertas se estableció hasta las 4:00 p.m., del día 23 de septiembre de 1994 y se expresó que la evaluación de las mismas se haría en un término de 30 días contados a partir de la fecha límite para la recepción de la oferta.

2.5 Que en el acápite de “*inscripción*” de la invitación se dijo que si el proponente no se encontraba inscrito como proponente en el departamento de Cundinamarca debía enviar a la Subgerencia de Desarrollo de TELEECUN, independientemente de la oferta, la siguiente documentación: *i)* carta de presentación; *ii)* copia del registro mercantil ante la Cámara de Comercio; *iii)* balance actualizado del último año y *iv)* certificaciones acerca de la experiencia sobre el suministro de equipos, con el propósito de quedar inscrito en el listado de proveedores de la entidad.

2.6 Que en cumplimiento de la invitación a presentar oferta realizada por TELEECUN, la sociedad CONTECO S.A., mediante comunicación No. 1045-94 del 23 de septiembre de 1994, entregó la cotización sobre la adquisición e instalación de los cuatro equipos multiplicadores de circuitos digitales con tecnología ADPCM, de acuerdo con los términos de referencia; también afirmó que con la propuesta entregó la póliza de seriedad No. 3399, expedida por la compañía SEGUROS DEL CARIBE S.A., con una vigencia de tres meses, contados a partir del 23 de septiembre de 1994.

2.7. Que la sociedad CONTECO S.A., además de la propuesta, entregó la documentación solicitada con el objeto de adelantar la inscripción en el listado de proponentes de TELEECUN.

2.8 Que mediante comunicación calendada el 3 de noviembre de 1994, TELEECUN le informó a la sociedad actora que para el estudio y la adjudicación de la propuesta se tardaría 90 días, a lo cual la sociedad CONTECO S.A., asintió mediante comunicación fechada el 8 de noviembre de 1994.

2.9 Que mediante comunicación del 22 de diciembre de 1994, TELEECUN comunicó a CONTECO S.A., la decisión de celebrar con ésta el contrato para la adquisición e instalación de los bienes propuestos y le solicitó presentar los siguientes documentos: *i)* constancia de inscripción como contratista en la Cámara de Comercio; *ii)* ampliación de la póliza de seriedad de la propuesta por el término de un mes. Esta comunicación fue recibida por CONTECO S.A., el 28 de diciembre del mismo año.

² La Empresa de Telecomunicaciones de Cundinamarca –TELECUN–, era una “Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Departamental, vinculada a la Secretaría de Obras Públicas, dotada de personería jurídica, capital independiente y autonomía administrativa”, creada mediante Ordenanza No. 4088 de 26 de noviembre de 1991.

2.10 Que el artículo 26 del Acuerdo No. 012 de 1994 dispuso –en relación con el registro de proponentes– que los contratos a los cuales se refería el artículo 1³ del mismo acuerdo, se encontraban sujetos a la clasificación o calificación en el listado de proponentes de la empresa o en su defecto en el Registro Único de Proponentes del Departamento de Cundinamarca o en la Cámara de Comercio, una vez se reglamentara el artículo 22 de la Ley 80 de 1993 y empezara a regir.

2.11. Que pese a no estar obligada a presentar la certificación correspondiente al registro de proponentes de la Cámara de Comercio –por encontrarse inscrita ante la entidad demandada desde el 23 de septiembre de 1994- presentó tal certificación en el mes de enero de 1995.

2.12 Que a finales de 1994 TELECUN entró en crisis, debido al cambio de administración en el departamento de Cundinamarca, situación que impidió que el contrato se perfeccionara, dado que *“en esta contratación directa o solicitud directa de ofertas pasaron entre otros, tres gerentes de Telecun, en menos de 5 meses”*.

2.13 Que mediante Resolución No. 021 de 17 de febrero de 1995 *“se declara el incumplimiento por parte de la firma CONTENCO en atención a que ‘LA SOCIEDAD CONTECO S.A., NO SUSCRIBIÓ EL CONTRATO RESPECTIVO’ y se ordenó hacer efectiva la póliza expedida por Seguros del Caribe”*. Esta decisión fue confirmada mediante la Resolución No. 048 del 10 de mayo de 1995.

2.14 Que la sociedad CONTECO S.A., solicitó en varias oportunidades hablar con los funcionarios competentes de la demandada con el propósito de llegar a algún acuerdo con ellos, sin obtener respuesta.

2.15 Que no podía atribuírsele incumplimiento alguno a CONTECO S.A., por no suscribir el contrato, dado que no le correspondía a ella suscribirlo, máxime si se tenía en cuenta que el Acuerdo No. 012 de 1994 no le imponía dicha obligación, dado que el *“ACUERDO DE VOLUNTADES SE PERFECCIONABA CON LA RESPECTIVA ORDEN DE COMPRA DE LOS EQUIPOS, ORDEN DE COMPRA QUE DEBÍA EXPEDIRLA TELECUN para proceder a los siguientes pasos tendientes a la ejecución del contrato”*.

2.16 Que no había razón para hacer efectiva la póliza No. 3399, expedida por Seguros del Caribe S.A., en primer lugar, porque CONTECO no se encontraba obligado a suscribir el contrato y, en segundo lugar, porque al no existir la obligación de suscribir el contrato, el objeto de la póliza ya se había cumplido por cuanto la sociedad había presentado una oferta seria, la cual fue elegida.

³ El referido artículo 1 del Acuerdo No. 012 de 1994, dispuso:

“Adoptar los siguientes estatutos internos de contratación para la Empresa de Telecomunicaciones de Cundinamarca “TELECUN” así:

Campo de aplicación.

Las disposiciones del presente Acuerdo se aplicarán, en cuanto a los procedimientos de contratación, cláusulas excepcionales y cuantía a todos los contratos cualesquiera sea su clase que se requieran para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes de telecomunicaciones y de los sitios donde se ubiquen.

Para los efectos de este artículo, se entiende por redes de Telecomunicaciones y de los sitios donde se ubiquen”.

Para los efectos de este artículo, se entiende por Red de Telecomunicaciones la definida en el Decreto Ley 1900 de 1990, artículo 14, y demás normas que lo complementen, adicionen o modifiquen”.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Afirmó la demandante que con la expedición de las resoluciones demandadas se vulneraron las siguientes normas legales: los artículos 1, 2, 3, 6, 48, 83, 123, 150, 209, 228, 365 de la Constitución Política; el artículo 38 de la Ley 153 de 1887; los artículos 2, 3, 13, 22, 34 y 38 de la Ley 80 de 1993; los artículos 2, 3, 4 y 26 de Acuerdo 012 del 26 de abril de 1994, por el cual se adoptaron los estatutos de Contratación de TELECUN; los artículos 3 y 87 de del Código Contencioso Administrativo; así como los artículos 1602 y siguientes del Código civil. Se formularon los siguientes cargos:

i) Violación de la ley: el actor señaló que se presentó una infracción de las normas en las cuales debían fundarse los actos administrativos, así como una interpretación errónea de la ley por parte del funcionario que los dictó.

Afirmó que TELECUN aplicó inadecuadamente el Acuerdo No. 012 de 1994, con lo cual desconoció el espíritu del legislador de 1993, en concreto el artículo 38 de la Ley 80 de 1993, toda vez que por la cuantía el acuerdo de voluntades se perfeccionaba con la orden de compra.

Manifestó que con la exigencia del registro de proponentes ante la Cámara de Comercio, TELECUN desconoció lo dispuesto por el artículo 26 del Acuerdo No. 012 de 1994, es decir, el registro realizado el 23 de septiembre de 1994 ante la misma entidad.

Para arribar a dicha conclusión hizo referencia al artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual *“en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de celebración”*, razón por la cual, al momento de la solicitud directa de ofertas que hiciera TELECUN a CONTECO S.A., -el 1 de septiembre de 1994- se encontraba vigente el registro de proponentes ante las entidades, luego, no resultaba exigible el registro de proponentes ante la Cámara de Comercio.

ii) Falsa motivación: la demandante formuló el cargo de falsa motivación con fundamento en la afirmación de que la sociedad CONTECO S.A., no se encontraba obligada a suscribir el contrato con TELECUN, por lo cual no correspondía a la realidad la afirmación contenida en las Resoluciones 021 y 048 de 17 de febrero y 10 de mayo de 1995, según la cual CONTECO S.A., *“no suscribió el contrato”*.

También expresó que no había motivo para exigir el registro de proponentes ante la Cámara de Comercio, toda vez que la sociedad CONTECO S.A., se encontraba inscrita en esa entidad desde el 23 de septiembre de 1994; además porque, de acuerdo con el artículo 24 numeral 1, literal a, de la Ley 80 de 1993, no se requería tal registro por tratarse de un contrato de menor cuantía, no obstante lo cual la sociedad cumplió con dicha exigencia al entregar a TELECUN el respectivo certificado del registro.

iii) Desviación de poder: la parte actora afirmó que el comportamiento de TELECUN podría enmarcarse dentro de esta causal, dado que el fin de la contratación estatal no se cumplió, si se tiene en cuenta que se desvió dicho objetivo *“en primer lugar, con unos antecedentes de hecho y de derecho que no*

existieron, y en segundo lugar, porque simple y llanamente por capricho de la Administración no se ejecutó el contrato, dejando unas obras paralizadas en algunos municipio de Cundinamarca, desconociendo en últimas el objeto social de Telecun, como es la de prestar servicios de telecomunicaciones que corresponden a dicho departamento”.

4. Actuación procesal.

Por auto de 9 de noviembre de 1995 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda; ordenó la notificación personal al Gerente de Telecomunicaciones de Cundinamarca –TELECUN- y al Agente del Ministerio Público; dispuso la fijación en lista por un término de cinco días, al tiempo que ordenó suspender provisionalmente el efecto de las Resoluciones números 021 del 17 de febrero de 1995 y 048 del 10 de mayo del mismo año, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento de las obligaciones del oferente y se ordenó hacer efectiva la correspondiente garantía de seriedad del ofrecimiento (folios 66 y 67 del primer cuaderno).

El día 5 de diciembre de 1995 se notificó personalmente la demanda al Gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Cundinamarca (folio 73 del primer cuaderno).

5. Contestación de la demanda.

La empresa de Telecomunicaciones de Cundinamarca –TELECUN- dio respuesta oportuna a la demanda presentada por las sociedades CONTECO S.A., y Seguros del Caribe S.A., aceptó algunos hechos y negó otros y se opuso a las pretensiones de la demanda, sin embargo no sustentó las razones por las cuales se resistía a las mismas.

6. Decreto de pruebas.

Mediante auto de 20 de febrero de 1996 se abrió a pruebas el proceso, se ordenó tener como pruebas los documentos aportados tanto por la parte actora como por la demandada, se decretaron algunos testimonios, se decretó un dictamen pericial y se negó la inspección judicial solicitada por la actora con el fin de “*establecer y verificar hechos del proceso*”; también se negó el testimonio del señor José Omar Sanabria Ávila solicitado por la parte demandante (folios 85 a 89 del primer cuaderno).

7. Audiencia de conciliación.

A través de auto del 7 de mayo de 1998, día en el cual se llevó a cabo la audiencia de conciliación judicial entre las partes del proceso, el Tribunal *a quo* declaró fallida la misma, dado que la entidad demanda manifestó no tener ánimo conciliatorio (folio 163 del primer cuaderno).

8. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

Mediante auto de 1 junio de 1998, el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión y al agente del Ministerio Público para que emitiera concepto (folio 172 del primer cuaderno).

La parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda e insistió en solicitar la declaratoria de nulidad de las resoluciones demandadas.

Por su parte la entidad demandada manifestó, luego de un recuento del conflicto, que las cuantías se tienen en cuenta única y exclusivamente para la selección de los proponentes y que no por ello se puede concluir que la cuantía de menos de 1000 S.M.L.M.V.⁴, determina la procedencia o no de la suscripción del contrato, como lo pretendía la actora. Asimismo, reafirmó que los actos acusados se encontraban ajustados al ordenamiento legal (folios 173 al 217 y 218 al 245 del primer cuaderno).

9. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 15 de octubre de 1998 (folios 255 a 292 del cuaderno principal).

El *a quo* examinó –para resolver el caso concreto-, si en el procedimiento administrativo de selección en el cual resultó adjudicataria la sociedad CONTECO S.A., el contrato requería de formalidades plenas y, además, si los términos de referencia o el acto de adjudicación –en su defecto– indicaron el término dentro del cual se debía suscribir el contrato.

Luego de analizar el artículo 38 de la Ley 80 de 1993 y el Acuerdo No. 012 de 1994, expedido por TELECUN, el Tribunal *a quo* llegó a concluir que el contrato adjudicado a CONTECO S.A., no requería de formalidades plenas, toda vez que podía ser ordenado “*por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto (literal a del art. 3 del Acuerdo 12 de 1994 de TELECUN, en armonía en lo pertinente con el art. 39 incs. 1 y último de la Ley 80 de 1993)*”. En este orden de ideas, sostuvo que las formalidades plenas en los contratos estatales se aplicaban en todos los eventos en los cuales la Ley 80 de 1993 no autorizara las órdenes de compra de bienes o servicios.

Consideró el Tribunal Administrativo *a quo* que uno de los hechos con base en los cuales se ordenó hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta-supuesto de hecho contemplado en el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993- se encontraba falsamente motivado, por cuanto al adjudicatario no le correspondía suscribir el contrato; sostuvo que esa obligación era solo del adjudicante y debía materializarse mediante la resolución administrativa a través de la cual ordenaba la adquisición de los bienes y el gasto respectivo (literal a del artículo 3 del Acuerdo 12 de 1994, emanado de TELECUN).

En relación con el segundo supuesto que sirvió de fundamento para que la entidad demandada declarara el incumplimiento del contrato, esto es, la inscripción en el registro de proponentes de la Cámara de Comercio, el *a quo* expresó:

“Esa persona jurídica fue invitada por TELECUN a suministrar bienes, el día 1 de septiembre de 1994.

⁴ Salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“En ese mismo año ya regía la Ley 80 de 1993. Sin embargo, en lo que atañe con el mencionado registro, el legislador aplazó su vigencia para ‘un año después de la promulgación de esta ley’, es decir, desde el 29 de octubre de 1994, por cuanto la promulgación se realizó el día 28 de octubre de 1993.

*“Por consiguiente, como en los términos del mencionado Estatuto de Contratación Estatal, artículo 78, ‘los contratos, **procedimientos de selección** y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes de su celebración o **iniciación**’, es claro que en lo que tiene que ver con el procedimiento de selección y referido al registro de proponentes, CONTECO estaba sujeto al ordenamiento jurídico vigente en esa materia, el cual estaba previsto en el decreto 222 de 1983 (art. 44) para entidades nacionales, y los respectivos códigos fiscales para entidades de los órdenes seccionales y locales, el cual se llevaba ante las respectivas entidades públicas”.*

Concluyó el a quo que la omisión por parte de CONTECO S.A., de inscribirse ante la Cámara de Comercio, no constituía supuesto de hecho para hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, toda vez que tal exigencia no se encontraba vigente para el tiempo en el cual se adelantó el respectivo procedimiento administrativo de selección. Con base en este argumento consideró que prosperaba el cargo de falsa motivación y aplicación indebida de la ley, razón por la cual declaró la *“nulidad del acto administrativo proferido por TELECUN, contenido en las resoluciones números 021 y 048 de 1995”.*

10. Recurso de apelación y aclaración de la sentencia por parte del Tribunal a quo.

10.1. Inconforme con la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, la parte demandante interpuso -en tiempo oportuno- recurso de apelación (folio 294 del cuaderno principal) y en escrito separado solicitó la aclaración de los numerales primero, tercero, cuarto y séptimo de la sentencia del 15 de octubre de 1998, proferida en el proceso de la referencia, por las siguientes razones:

i) La Empresa de Telecomunicaciones de Cundinamarca “TELECUN”, había cambiado su denominación a *“Empresa de Telecomunicaciones de Cundinamarca –TELECUNDINAMARCA–”*; razón por la cual solicitó que se corrigiera el nombre y se incluyera la denominación actual de la entidad demandada.

ii) En la sentencia no se mencionaron las fechas en las cuales se profirieron los actos administrativos impugnados, al tiempo que tampoco se incluyó el número de la póliza expedida por Seguros de Caribe y la fecha de su expedición.

iii) La sociedad Seguros del Caribe S.A., había cambiado su denominación y actualmente era *“Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.”*, en virtud de lo cual solicitó que se incluyera en la parte resolutive de la sentencia la denominación actual de dicha sociedad (folios 295 a 297 del cuaderno principal).

10.2 El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto de 14 de diciembre de 1998, accedió a la solicitud de aclaración de la sentencia⁵ y concedió el recurso de apelación interpuesto, a través de otro auto proferido en la misma fecha⁶.

⁵ Folio 311 a 313 del cuaderno principal.

⁶ Folio 315 del cuaderno principal.

11. Actuación en segunda instancia.

11.1. Mediante auto de 26 de marzo de 1999, el Despacho sustanciador de la época admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y ordenó oficiar al Tribunal *a quo* para que informara si la entidad demandada había interpuesto recurso de apelación, toda vez que ésta presentó ante la Corporación un escrito en el cual sustentaba el recurso que decía haber presentado (folios 328 a 329 del cuaderno principal).

11.2 El apoderado de la parte actora interpuso recurso de reposición para que se corriera traslado para sustentar. En consecuencia, esta Corporación mediante auto del 18 de junio de 1999, accedió al recurso de reposición presentado y, en su lugar, ordenó correr traslado a la misma para que sustentara el recurso interpuesto; no obstante, ordenó oficiar al Tribunal *a quo* para que informara si la entidad demandada había interpuesto recurso de apelación (folios 333 a 334 del cuaderno principal).

11.3 El apoderado de la parte actora interpuso nuevamente recurso de reposición contra el citado auto de 18 de junio de 1999 y, en escrito separado, propuso incidente de nulidad por falta de competencia funcional, en el evento de que no prosperara dicho recurso de reposición, con fundamento en la causal 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento (folios 337 a 342 del cuaderno principal).

La Corporación, por medio de auto calendado el 18 de febrero de 2000, dispuso no reponer el auto de 26 de marzo de 1999; sin embargo, declaró la nulidad de lo actuado en esta instancia a partir del auto admisorio de 26 de marzo de 1999 – inclusive–. En consecuencia, ordenó devolver el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que se pronunciara sobre el recurso de apelación interpuesto por TELECUN contra la sentencia de 15 de octubre de 1998.

11.4 El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto de 23 de marzo de 2000, concedió nuevamente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 15 de octubre de 1998; sin embargo, no emitió pronunciamiento alguno en relación con el recurso de apelación que habría interpuesto la parte demandada (folio 367 del cuaderno principal). Este auto no fue recurrido por la entidad pública demandada.

11.5 Remitido el proceso a esta Corporación, por medio de auto del 28 de julio de 2000 se *“admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora”*; auto que fue objeto de reposición, toda vez que el extremo demandante (conformado por CONTECO S.A., y Mapfre Seguros Generales S.A.), no había sustentado el recurso de apelación.

A su turno, el Despacho sustanciador de la época accedió al recurso de reposición interpuesto y ordenó correr traslado a la actora para que sustentara el respectivo recurso.

11.6 Recurso de apelación.

En su escrito de apelación (folios 376 a 384, cdno. ppal) la parte actora solicitó *“revocar la sentencia apelada y en su lugar condenar a la entidad a resarcir los perjuicios que su actuación ocasionó, con arreglo a la valoración técnica elaborada por los peritos”*. En la sustentación expuso, en síntesis, lo siguiente:

- Afirmó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó el reconocimiento de perjuicios por concepto de *"honorarios pagados para acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa"*, con fundamento en que los libros contables fueron aportados extemporáneamente por el extremo demandante y recaudados directamente por los peritos, razón por la cual se le restó valor probatorio a dichos documentos.

- Sostuvo que el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta –para establecer la disminución patrimonial de la sociedad CONTECO S.A.– la proyección del daño realizada por los peritos, en razón de que esta sociedad quedó inhabilitada para participar en concursos o licitaciones públicas abiertos por el Estado, hecho constitutivo del daño irrogado.

El recurrente expresó que el objeto de la prueba pericial era constatar los perjuicios que la entidad demandada causó a la sociedad CONTECO S.A., y a Seguros del Caribe S.A., hoy Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. En este sentido manifestó que los documentos examinados por los peritos sí fueron aportados al proceso en debida forma, razón por la cual no se podía establecer censura alguna a los documentos que sirvieron de soporte al dictamen pericial.

El recurrente expresó que *"en Colombia el GOOD WILL O BUEN NOMBRE DE LA EMPRESA, se incorpora en el derecho fiscal como una de las consecuencias del impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades"*, por lo cual debía ser uno de los elementos para resarcir la vulneración al buen nombre de la sociedad CONTECO S.A.

Finalmente, solicitó que se revocara la sentencia del 15 de octubre de 1998, respecto de la indemnización de perjuicios *"tomando como parámetros para su indemnización la cuantificación aritmética realizada por los peritos, en cuanto hace referencia a los perjuicios ocasionados a los actores para acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y que se precisaron en \$9'661.720.00 y lo relativo al Good Will"* (folios 376 a 384 del cuaderno principal).

11.7 Admisión del recurso de apelación.

Esta Corporación, a través de auto del 24 de noviembre del 2000, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fechada a 15 de octubre de 1998 (folio 386 del cuaderno principal). Tampoco en esta oportunidad la entidad pública demandada emitió pronunciamiento alguno.

11.8 Alegatos de conclusión.

Mediante auto proferido el 19 de enero de 2001 se corrió traslado a las partes para que presentasen sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto (folio 388 del cuaderno principal).

En esta oportunidad la parte actora –básicamente– reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación. Por su parte, la entidad demandada guardó silencio al respecto (fls. 389 a 397 cdno. ppal.).

A su turno, la representante del Ministerio Público allegó su respectivo concepto, en el cual solicitó confirmar la sentencia apelada, por considerar que le asistía razón al Tribunal *a quo* cuando concluyó que las Resoluciones números 021 y 048

de 17 de febrero de 1995 y 10 de mayo de 1995, respectivamente, se encontraban falsamente motivadas, dado que *“cuando la Administración invitó a la demandante a presentar oferta, le puso de presente que expediría una orden de compra”*.

Concluyó la delegada que el incumplimiento se presentó por parte de TELECUN, en tanto el Acuerdo 012 de 1994 autorizaba que los contratos cuya cuantía fuera inferior a 1000 S.M.L.M.V. se perfeccionaran mediante la modalidad de la orden de compra; sostuvo que esta conducta de la entidad pública demandada contrariaba el principio de la buena fe que debe estar presente en las actuaciones de la Administración y de los contratistas en la actividad contractual.

También expresó que la decisión era ilegal *“en cuanto echó de menos el registro único de proponentes de la Cámara de Comercio, habida consideración al hecho de que la norma que dispuso este requisito, no estaba vigente cuando se inició el proceso de selección del contratista y, por ende, no le era aplicable”*.

En relación con la indemnización reclamada adujo que la decisión del *a quo* se debía confirmar, por cuanto el único daño que se probó en el proceso era aquel consistente en la utilidad que el contratista hubiera percibido de haberse dado la oportunidad de ejecutar el contrato. Sostuvo que no había prueba alguna en el expediente acerca de que durante el lapso comprendido entre el 30 de mayo de 1995 (cuando se agotó la vía gubernativa con la notificación de la resolución 018) hasta el 6 de diciembre (fecha en la cual quedó en firme la decisión del Tribunal de suspender provisionalmente los efectos de las resoluciones 021 y 048, proferidas por TELECUN), se hubiere dejado de celebrar algún contrato con una entidad estatal, como consecuencia de la inhabilidad para contratar que afectó a la contratista. Finalmente concluyó que el cálculo de los perjuicios que realizaron los peritos se efectuó sobre bases etéreas, razón por la cual no era posible establecer la existencia de un perjuicio cierto (folios 399 a 417 del cuaderno principal).

2. CONSIDERACIONES

La Sala, a efectos de adoptar una decisión en el caso concreto y considerando los aspectos propuestos en el recurso de apelación, abordará el análisis de los siguientes temas: 1) La acción instaurada y la competencia de la Sala para conocerla; 2) La legitimación en la causa de la Compañía Aseguradora para incoar la acción contractual; 3) El recurso de apelación interpuesto; 4) Las pruebas aportadas al proceso; 5) El régimen jurídico aplicable al procedimiento administrativo de selección y al futuro contrato; 6) El caso concreto.

1. La acción instaurada y la competencia de la Sala para conocerla.

Referencia singular merece este aspecto procedimental dentro del *sub judice*, en consideración a que, pese a tratarse de una acción encaminada a obtener la declaratoria de nulidad de actos administrativos proferidos por una entidad pública con anterioridad a la celebración del negocio jurídico, el presente proceso fue promovido -según se refirió en el inicio del apartado relativo a *“Antecedentes”* del presente proveído- en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, cuestión que conduce a la Sala a la necesidad de precisar, reiterando su jurisprudencia, cuál es en la actualidad la acción que en realidad procede en este tipo de supuestos, sin perder de vista, de un lado, el imperativo constitucional consagrado en el artículo 228 superior en virtud del cual en las actuaciones jurisdiccionales deberá hacerse prevalecer el derecho sustancial y, de otro, que el libelo introductorio del presente litigio fue presentado el día 18 de octubre de 1995.

Y es que lo anterior obedece a que los constantes cambios tanto normativos como jurisprudenciales han sido una realidad inculcable en el ordenamiento jurídico colombiano en cuanto tienen que ver con la identificación del cauce procesal adecuado para controvertir los actos administrativos a cuya expedición hay lugar antes, durante o después de la celebración y la ejecución del contrato estatal, de suerte que en algunos momentos y frente a cierto tipo de circunstancias se ha considerado que las procedentes son las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, mientras que en otros se ha indicado que el mecanismo procedimental adecuado para enervar la presunción de legalidad que acompaña a tales actos es la acción contractual; en ese devenir primero se consolida, luego se desvanece y, por último, parece retomar vigor la distinción entre actos administrativos previos o “separables” del contrato y actos contractuales propiamente dichos, comprendiendo por aquéllos los expedidos con anterioridad a la celebración del contrato e incluyendo entre éstos los proferidos después de dicho momento, vale decir, durante la ejecución del respectivo vínculo contractual.

Así las cosas, cabe indicar que el Decreto-ley 01 de 1984 acogió la anotada distinción -de raigambre doctrinal y jurisprudencial-, al asignarle al control judicial de los actos denominados previos o “separables” del contrato el cauce procesal propio de las acciones procedentes contra cualesquiera otros actos administrativos en general -nulidad y nulidad y restablecimiento de derecho⁷-, mientras que se estableció la contractual como la acción pertinente para encauzar pretensiones en contra de actos contractuales propiamente dichos⁸. Esta situación se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993, en la cual se dejó de lado la aludida concepción dicotómica que distinguía entre actos previos o

⁷ Tratándose de las acciones procedentes en contra de los denominados actos “separables” del contrato, la redacción original del C.C.A. de 1984 estableció que las mismas sólo podrían intentarse tras el vencimiento o la liquidación del convenio, previsión que dificultaba en extremo el control de las decisiones precontractuales de la Administración, salvo el caso del acto administrativo de adjudicación, el cual resultaba pasible de impugnación judicial a partir del momento de su expedición. Tal restricción temporal para el ejercicio de las acciones a las cuales hubiera lugar en contra de los actos administrativos precontractuales fue suprimida con la expedición del Decreto 2304 de 1989, cuerpo normativo en el cual también se mantuvo la distinción entre actos administrativos previos —o “separables”— y actos contractuales, reservándose a la controversia jurisdiccional de éstos, por regla general, la acción contractual.

⁸ Tal es el resultado de las previsiones contenidas en los artículos 87 y 136-7 y 8 del C.C.A., en su redacción original del año 1984:

*“Artículo 87. Acciones relativas a contratos. Cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él.
La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre interés directo en el contrato.
Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código”.*

*“Artículo 136. Caducidad de las acciones. La de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir.
La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Si el demandante es una entidad pública, la caducidad será de dos (2) años.*

(...)

Las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella.

Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato”.

“separables” y actos contractuales, para englobar las dos categorías anteriores en una sola, a saber: la de “los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual”, al tenor de lo normado por el inciso segundo del artículo 77 del referido conjunto normativo, disposición que, igualmente, dejaba claro que tales decisiones administrativas “sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

El aludido precepto dio lugar a que la jurisprudencia de esta Sección entendiera, en un primer momento, que la locución “con motivo u ocasión de la actividad contractual” involucraba la existencia de una categoría única de actos administrativos proferidos respecto de un contrato estatal, con fundamento en la comprensión según la cual “para nadie es un secreto que esa actividad se inicia con la apertura del proceso selectivo y continúa hasta el vencimiento del contrato o hasta la liquidación definitiva del mismo, según el caso”⁹, por manera que tan contractuales serían los actos administrativos que ordenaren la apertura de la licitación, adoptaren el pliego de condiciones o adjudicaren el contrato, como aquellos mediante los cuales se ejercieren potestades excepcionales, se terminare o se liquidare unilateralmente el negocio jurídico¹⁰. Sin embargo, esta interpretación no fue uniforme y, por tanto, ha de darse cuenta de pronunciamientos posteriores en los cuales se propugnó por mantener la distinción entre actos previos o “separables” y actos administrativos contractuales, entendiendo que éstos tan sólo pueden ser proferidos tras la celebración del contrato¹¹.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 17 de enero de 1994; Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Expediente: 9118; en similar sentido puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 10 de marzo de 1994; Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández.

¹⁰ Ello no fue óbice para que se reconociera, concomitantemente, que por ministerio de la propia Ley 80 resultaba posible demandar algunos actos administrativos relacionados con la actividad contractual de las entidades públicas, a través de cauces procesales diversos de la acción contractual, así:

“Excepcionalmente por mandato expreso del estatuto contractual, ciertos actos, 3 en total, pueden ser controlados mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho:

a. El acto administrativo proferido por las cámaras de comercio que decide la impugnación de la calificación y clasificación de los proponentes (art. 22 numeral 5), para el cual se consagra una acción pública de restablecimiento del derecho lo que además constituye un verdadero contrasentido.

b. El acto de adjudicación (art. 77 párrafo primero) y

c. El acto que declara desierta la licitación o concurso por ser el acto definitivo del procedimiento contractual al ponerle fin a la actuación administrativa de selección e impedir su continuación (art. 77 de la ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 50 inciso 1º. y final del C.C.A.)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997; Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Expediente N° 9118.

¹¹ En la anotada dirección se sostuvo: “En esta oportunidad se afirma que el concepto de “actividad contractual” tiene el alcance restrictivo explicado anteriormente, es decir que comprende sólo los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato, por las siguientes razones:

*1. La Constitución Política desde el preámbulo -cuyo carácter normativo ha sido reconocido en forma expresa por la Corte Constitucional- y el artículo 1º establecen dentro de los principios fundamentales de nuestro Estado de derecho el de la **participación**.*

(...)

3. De otro lado, la redacción del ordinal 7º. del artículo 24 de la ley 80 de 1993 parece inclinarse por la interpretación restrictiva de la expresión “actividad contractual” porque en su texto separa conceptualmente los actos expedidos en desarrollo de la actividad contractual de los previos o separables del contrato, redacción que no hubiera sido necesaria si la categoría fuese omnicompreensiva de todo tipo de actos.

(...)

Esa situación registró un nuevo cambio con la entrada en vigor de la Ley 446 de 1998, cuyo artículo 32 modificó el artículo 87 del C.C.A., y restituyó en el derecho positivo nacional la distinción entre los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato pero por razón o con ocasión de la actividad contractual, por una parte y, por la otra, las decisiones administrativas unilaterales producidas durante la ejecución o la liquidación del contrato, igualmente con ocasión de la actividad contractual; en relación con los primeros se estableció que las acciones procedentes con el propósito de ventilar ante el juez competente los litigios a los cuales pueda dar lugar el cuestionamiento de la validez o la legalidad de las correspondientes determinaciones administrativas serán las de nulidad y de nulidad y restablecimiento de derecho, las cuales podrán intentarse dentro de un término especial de caducidad de treinta (30) días hábiles contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto cuestionado sin perjuicio de precisar que si el cuestionamiento de tales actos administrativos previos a la celebración del respectivo contrato estatal se promoviere ante el juez del contrato con el propósito de obtener la declaratoria de nulidad del vínculo negocial y con posterioridad al perfeccionamiento del mismo la procedente sólo será la acción contractual; por cuanto atañe a los segundos, esto es los actos administrativos posteriores a la celebración del contrato cabe precisar que su impugnación solamente podrá llevarse a cabo a través de la instauración de la acción contractual¹²; así lo ha reiterado la jurisprudencia¹³ y esta última es la normatividad vigente en la materia.

Para la época en la cual se presentó la demanda que dio origen al presente litigio - 18 de octubre de 1995- no existía una postura ni legal ni jurisprudencial pacífica, uniforme y reiterada que permitiera señalar, sin ambages, cuál era el cauce procesal a través del cual debían ser cuestionados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo los actos administrativos expedidos en relación con la actividad contractual de las entidades estatales, bien que se tratase de los expedidos en la etapa precontractual, ora la cuestionada fuese una manifestación

5. Finalmente, en sentido puramente gramatical y lógico sólo cabe hablar de actos de la actividad contractual después de la celebración del contrato, y éste, en la Ley 80 de 1993, sólo nace a la vida jurídica con posterioridad a la notificación de la adjudicación y cuando el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación se eleve a escrito”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997; Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Expediente N° 9118.

¹² El precepto en comento es del siguiente tenor: “Artículo 87. De las controversias contractuales. Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”.

¹³ Sobre este particular pueden verse, entre otros pronunciamientos, los siguientes: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del trece (13) de diciembre de dos mil uno (2001); Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 25000-23-26-000-2000-2018-01(19777); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del veintinueve (29) de junio de 2000; Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 16602.

unilateral de voluntad administrativa definidora de situaciones jurídicas con posterioridad a la celebración del negocio.

Así pues, en tanto los actos administrativos atacados en el *sub lite* fueron proferidos en vigencia de la Ley 80 de 1993 –antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998- entiende la Sala que, en ese caso concreto y para esa época, era procedente demandar los actos previos a la celebración del contrato mediante la acción contractual. Esto en virtud de que compete al juez conferir prevalencia al derecho sustancial respecto de las ritualidades procedimentales –artículo 228 superior-, máxime si se tiene en cuenta la disparidad de criterios en torno a la acción procedente con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993, principalmente, respecto de los actos administrativos expedidos en fase precontractual.

Como antes se mencionó, esta Corporación, mediante auto calendarado el 24 de noviembre de 2000, consideró que esta Jurisdicción era la competente para conocer de este conflicto, de conformidad con los dictados del artículo 87 del C.C.A., toda vez que en la demanda se solicitó la nulidad de unos actos administrativos expedidos por una entidad pública (folio 386 del cuaderno principal), cuestión que ratifica en esta oportunidad, toda vez que los actos administrativos ahora demandados fueron expedidos por una entidad pública o estatal¹⁴ “*con motivo u ocasión de la actividad contractual*”, a lo cual se adicionan las disposiciones contenidas en los artículos 75 de la Ley 80 de 1993 y 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006.

2. La legitimación en la causa de la Compañía Aseguradora para incoar la acción contractual.

En el presente proceso la parte actora se encuentra conformada tanto por la empresa proponente como por la sociedad SEGUROS DE CARIBE S.A., hoy MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., empresa esta última que suscribió el contrato de seguro de seriedad de la propuesta número 3399 del 23 de septiembre de 1994 con la sociedad particular CONTECO S.A., con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones surgidas de la oferta que ésta presentó a una entidad del Estado, TELECUN.

Si bien la compañía de seguros, demandante en el proceso, no presentó la propuesta, ésta instauró demanda en contra de TELECUN con el fin de impugnar la legalidad de los actos administrativos a través de los cuales se declaró el siniestro de incumplimiento de CONTECO S.A., respecto de la obligación de suscribir el contrato adjudicado el día 22 de diciembre de 1994, en la medida en que tales actos la afectan directamente, toda vez que la sociedad SEGUROS DE CARIBE S.A., hoy MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., era la garante de las obligaciones surgidas de la presentación de la propuesta.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Sala:

¹⁴ La demandada es la Empresa de Telecomunicaciones de Cundinamarca –TELECUN–, la cual para ese momento era una “Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Departamental, vinculada a la Secretaría de Obras Públicas, dotada de personería jurídica, capital independiente y autonomía administrativa”, creada mediante Ordenanza No. 4088 de 26 de noviembre de 1991.

“[E]l acto que declaró la ocurrencia del siniestro tenía un destinatario que podría calificarse como principal, cual es la aseguradora que otorgó la garantía; y otro, también interesado en su cuestionamiento, o sea el contratista de la administración que celebró con aquélla el contrato de seguro. Aseguradora y contratista que fueron debida y oportunamente notificados del acto que declaró la ocurrencia del siniestro.

“Se hace la precisión precedente para afirmar que tanto la aseguradora como el contratista tenían interés en impugnar ese acto. La primera, para liberarse, con su nulidad, del pago de la garantía de estabilidad y buena calidad de la obra; y el contratista, porque la invalidación del acto lo liberaría de la acción que como subrogatario tendría la aseguradora contra él, una vez cubierto el valor de la suma asegurada, en los términos del art 1096 del c. de co. (Ver cláusula 9ª del contrato de seguro, a folios 116).”¹⁵ (Las subrayas son del original)

La Sala ratificó el pronunciamiento antes aludido al sostener que las compañías aseguradoras se encuentran legitimadas para incoar la acción contractual contra los actos administrativos mediante los cuales la Administración Pública declara el siniestro por incumplimiento de las obligaciones contractuales, en los términos que se transcriben a continuación:

“Es por lo anterior que la Sala, fija su posición, por primera vez, en el sentido de afirmar que la aseguradora, dentro del caso en estudio, es titular de la acción de controversias contractuales, aun cuando no sea parte del contrato estatal, como quiera que tiene un interés directo en el acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual o postcontractual, el cual como ya se dijo, sólo es susceptible de ser enjuiciado a través de dicha acción toda vez que el artículo 77 de la ley 80 de 1993 establece la vía procedente para controvertirlo sin cualificar el sujeto activo de la misma.

“Sostener lo contrario, esto es, que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, en atención a que la aseguradora no es parte del contrato estatal, supone desconocer de manera directa el postulado del artículo 77 de la ley 80 de 1993, antes citado, y genera una contradicción lógica en tanto aplica frente a una misma situación jurídica dos consecuencias diferentes que se excluyen entre sí.

Esta posición, ha sido asumida recientemente por la Sala mediante auto de 3 de agosto de 2006, en el cual se desestimó definitivamente la posibilidad de que coexistan acciones diferentes, con sus respectivas caducidades, para controvertir los mismos actos administrativos, en el correspondiente evento, los precontractuales; entonces, dicha argumentación en relación con estos últimos, se hace igualmente extensiva para los actos de naturaleza contractual y postcontractual, en la medida que se garantiza el acceso a la administración de justicia bajo parámetros claros y definidos, sin que existan dicotomías al momento de interponer las acciones contencioso administrativas, dependiendo de la persona que ejercite las mismas.

Adicionalmente, dada la estructura, contenido, y alcance de la acción contractual, ésta permite que se formulen de manera conjunta o autónoma pretensiones

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 1997, Exp. 9286, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

anulatorias, declarativas, indemnizatorias, entre otras, situación que permite excluir la acción de nulidad y restablecimiento para el ejercicio de una esas mismas pretensiones.”¹⁶

En jurisprudencia posterior la Sala ratificó que además de que el acto mediante el cual se declara el siniestro es de naturaleza contractual, su contenido se encamina directamente a la exigibilidad de obligaciones surgidas de un contrato de seguro, el cual tiene, respecto del contrato asegurado, el carácter de accesorio; así se expresó la Sala¹⁷:

“Agrega la sala, que a más de que los actos son de naturaleza contractual por lo que su impugnación procede por la vía de la acción contractual con independencia del sujeto que la instaure, el sustrato o contenido de aquel es la exigibilidad de la obligación de amparo que surge del contrato de seguro, contrato que en términos del artículo 1499 del C.C. tiene la naturaleza de accesorio al contrato estatal, en cuanto ampara el cumplimiento de las obligaciones emanadas de éste y que como tales son obligaciones principales, razón para que el cuestionamiento de tal acto deba hacerse por la vía de la acción contractual.”

Así pues, en el presente asunto no le asiste duda a la Sala de que la sociedad SEGUROS DE CARIBE S.A., hoy MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., se encontraba legitimada en la causa para formular demanda en el presente asunto.

3. El recurso de apelación interpuesto.

Tal como se expuso en el acápite correspondiente a los antecedentes del proceso, respecto del recurso de apelación se registraron en este proceso las siguientes actuaciones:

i) El recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en la primera instancia fue admitido por el Tribunal a quo, únicamente respecto del interpuesto por la parte actora.

ii) La entidad pública demandada sustentó un recurso de apelación en esta instancia, el cual no se había concedido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

iii) La parte actora solicitó la nulidad de las actuaciones surtidas en esta instancia, por falta de competencia funcional, dado que el recurso de apelación interpuesto por la entidad pública demandada no había sido concedido por el Tribunal Administrativo a quo.

iv) La Sala declaró la nulidad de lo actuado por parte de esta Corporación a partir del auto admisorio del 26 de marzo de 1999 –inclusive– y ordenó devolver el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que se pronunciara sobre el recurso de apelación interpuesto por TELECUN contra la sentencia de 15 de octubre de 1998.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 18 de julio de 2007, Exp. 33476, C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 22 de 2009, Exp.14.667, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

v) El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto de 23 de marzo de 2000, únicamente concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 15 de octubre de 1998 y no emitió pronunciamiento alguno en relación con el recurso de apelación que habría interpuesto la parte demandada.

vi) Este último auto expedido por el Tribunal Administrativo a quo, no fue recurrido por la entidad pública demandada.

De conformidad con el recuento que acaba de hacerse, precisa la Sala que, en este caso, el recurso de apelación únicamente se entiende interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, solamente se pronunciará respecto del mismo, dado que carece de competencia funcional para pronunciarse acerca del recurso que hubiere sido interpuesto por la demandada, en tanto el mismo no fue concedido por el Tribunal Administrativo a quo y frente a tal circunstancia guardó silencio la parte interesada.

Lo anterior de acuerdo con el segundo inciso del artículo 357 del C. de P.C., según el cual el superior *“solo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso. Liquidar costas y decretar copias y desgloses”* y carece de competencia para conceder el recurso de apelación, competencia que, de acuerdo con el artículo 352 es exclusiva del juez a quo y, en consecuencia, al no haberse concedido, no puede válidamente ser tramitado en esta instancia.

4. Las pruebas aportadas al proceso.

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo¹⁸ señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también la filosofía¹⁹ que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad.

Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.²⁰, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

¹⁸ Artículo 168, C.C.A.: *“PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”*

¹⁹ Sobre la filosofía que inspiró la redacción del artículo 177 del C de P. C, ver: PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 245.

²⁰ Artículo 253, C. de P. C.: *“Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”*

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

*“El artículo 25 citado se refiere a los **“documentos”** y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.*

“Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.

“De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

*“En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”*

Previo a examinar de fondo el recurso de apelación propuesto, se requiere revisar las pruebas aportadas al proceso de la referencia, a efectos de establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad; de esta forma se relacionan a continuación los documentos aportados y su respectiva calificación probatoria:

Documentos aportados en original o en copia auténtica.

Los siguientes documentos, debidamente decretados como pruebas, se allegaron al proceso en original o en copia auténtica, razón por la cual serán valorados como pruebas válidas:

1. Copia auténtica de la solicitud de cotización suscrita por el Gerente de TELECUN dirigida a CONTECO S.A., con fecha de septiembre 1 de 1994. (folio 1 cuaderno 2).
2. Copia auténtica de los términos de referencia enviados con la solicitud de cotización a CONTECO S.A., por TELECUN, en los cuales se precisaron los siguientes asuntos: i) que se trataba de la modalidad de orden de compra; ii) la forma de pago y iii) la exigencia de encontrarse inscrito en el en el registro de proponentes de Cundinamarca o, en su defecto, remitir alguna documentación para efectos de la *"inscripción en el listado de proponentes"* (folios 2 al 12 cuaderno 2).
3. Copia auténtica de la cotización presentada por CONTECO S.A., a TELECUN, el día 23 de septiembre de 1994, correspondiente a la adquisición e instalación de equipos multiplicadores de circuitos digitales, así como de la garantía de seriedad de la propuesta, expedida por Seguros Caribe S.A. (folios 26 a 62 cuaderno 2).
4. Copia auténtica del oficio calendado el 23 de septiembre de 1994 y de la documentación proveniente de CONTECO S.A., con el propósito de inscribirse en el listado de proponentes de TELECUN (folios 63 a 80 cuaderno 2).
5. Copias auténticas de las actas de TELECUN, correspondientes al recibo de propuestas, al cierre del procedimiento administrativo de selección y a la apertura de las ofertas (folios 81 a 84 del cuaderno 2).
6. Copia auténtica de una comunicación fechada el 3 de noviembre de 1994, dirigida a CONTECO S.A, por TELECUN, mediante la cual se le informó que, esta entidad, en vez de 30 días, por razones de conveniencia se tomaba un término de 90 días para el estudio y la adjudicación de las ofertas (folio 85 cuaderno 2).
7. Copia auténtica de diversos documentos de TELECUN, relativos a la evaluación de las ofertas (folios 88 a 92 cuaderno 2).
8. Copia auténtica de una comunicación fechada el 22 de diciembre de 1994, mediante la cual TELECUN le comunicó a CONTECO S.A., la decisión de celebrar el contrato con ella, de conformidad con la propuesta presentada el 23 de septiembre de 1994 y, además, le solicitó el certificado de inscripción como proponente ante la Cámara de Comercio y la ampliación en un mes de la vigencia de la garantía de seriedad de la propuesta (folio 93 cuaderno 2).
9. Copia auténtica del anexo a la póliza de seriedad de la propuesta número 3399, mediante el cual se prorrogó su vigencia hasta el 23 de enero de 1995 (folio 95 cuaderno 2).
10. Copia auténtica del certificado de disponibilidad presupuestal No 055 de diciembre 2 de 1994 y de reserva presupuestal No 066 de diciembre 21 de 1994, emanados de TELECUN respecto del contrato a celebrar con la sociedad CONTECO S.A. (folios 103 y 104 cuaderno 2).
11. Copia auténtica del poder conferido a la señora Monique Sarah, por el Presidente de CONTECO S.A, para que interviniera como representante y

apoderada de esta sociedad en lo relacionado con la cotización presentada a TELECUN (folio 116 cuaderno 2).

12. Copia auténtica de la minuta del contrato distinguido con el número IS-025-094 a celebrar con la sociedad CONTECO S.A. (folio 119 a 123 cuaderno 2).

13. Copia auténtica del Certificado de Existencia y Representación Legal de CONTECO S.A. (folios 124 a 129 cuaderno 2).

14. Copia auténtica del certificado de registro de proponentes de la sociedad CONTECO S.A, expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla en enero 25 de 1995 (folios 135 a 146 cuaderno 2).

15. Original de una comunicación suscrita por la Gerente de CONTECO S.A., el 30 de enero de 1995, en la cual solicitó instrucciones a TELECUN respecto de la firma y la ejecución del contrato (folio 147 cuaderno 2).

16. Copia auténtica de la Resolución No. 021 de febrero 17 de 1995, mediante la cual TELECUN declaró el incumplimiento por parte de CONTECO S.A., respecto de la suscripción del contrato y ordenó hacer efectiva la garantía de seriedad de la propuesta número 3399, expedida por Seguros Caribe S.A. (folios 148 a 151 cuaderno 2).

17. Copia auténtica de los escritos contentivos de los recursos de reposición interpuestos por CONTECO S.A., y por Seguros Caribe S.A., en contra de la Resolución No. 021 de febrero 17 de 1994 (folios 152 a 172 cuadernos 2).

18. Copia auténtica, con constancia de notificación a Seguros Caribe S.A, y a CONTECO S.A., de la Resolución No 048 de mayo 10 de 1995, mediante la cual TELECUN resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 021 de febrero 17 de 1994, confirmándola en todas sus partes (folios 173 a 177 cuaderno 2).

19. Copia auténtica del Decreto número 00615 de marzo 4 de 1992, emanado de la Gobernación de Cundinamarca, mediante el cual se modificó el Decreto Ordenanzal No 4088 de 1991, a través del cual se creó TELECUN, se estableció su estatuto básico y se dictaron otras disposiciones (folios 178 a 192 cuaderno 2).

20. Copia auténtica del Acuerdo No 012 de abril 26 de 1994, por el cual se adoptó el Estatuto Interno de Contratación de TELECUN (folio 193 a 205 cuaderno 2).

Copias simples.

Al proceso se allegaron varios documentos en copia simple, los cuales, de conformidad con lo anteriormente mencionado, carecen de valor probatorio²¹.

Interrogatorio de Parte.

A folio 421 del cuaderno 2, obra constancia con fecha de julio 17 de 1996 de que el señor Vicente Alonso, Gerente de TELECUN, no asistió al interrogatorio de parte que le formularía la parte demandante.

²¹ Se allegaron al proceso en copia simple algunos documentos en apariencia relativos a correspondencia que habría enviado la sociedad CONTECO S.A., a la entidad pública demandada, con ocasión de la declaratoria de incumplimiento (folios 207 a 211 del cuaderno 2).

Testimonios.

En folios 422 a 432 del cuaderno 2, obran los testimonios de las siguientes personas: Miguel Giraldo Prado, Edgar Alberto Quintero, Monique Sarah Caro y Jesús Octavio Acosta Sánchez, quienes declararon “sobre todo lo que les conste en relación con la contratación fallida de que trata este asunto, solicitud de cotización, entrega de ofertas, selección de contratista etc.”

Dictamen pericial.

En los cuadernos 3 y 4 obra el dictamen pericial y los documentos que sirvieron para su elaboración, el cual fue solicitado por la parte demandante, cuyo objeto consistió en “(...) evaluar los perjuicios sufridos por Conteco S.A., y Seguros Caribe S.A. como consecuencia de los actos administrativos cuya nulidad se impetra (...)” y decretado mediante auto de febrero 20 de 1996.

Los peritos designados para la práctica de esta prueba fueron los señores Guillermo Serrato Aguirre Pedro y José Vargas Morato, quienes tomaron posesión el 15 de marzo de 1996²² y el 25 de octubre de 1996²³, respectivamente.

5. Régimen Jurídico aplicable al procedimiento administrativo de selección y al futuro contrato.

Para determinar el régimen jurídico aplicable al procedimiento administrativo de selección y al futuro contrato, resulta imperioso, previamente, hacer las siguientes anotaciones:

- Para la época en la cual se adelantó el procedimiento administrativo de selección y se expidieron los actos administrativos demandados, TELECUN era una empresa industrial y comercial del Estado cuyo objeto lo constituía la prestación y explotación de servicios de telecomunicaciones.

- La invitación a cotizar, de fecha 1º de septiembre de 1994, tenía por objeto “el suministro e instalación de equipos multiplicadores de circuitos digitales con tecnología ADPCM”

- La adquisición de los equipos tenía como propósito garantizar la continuidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones.

En relación con el régimen jurídico aplicable al contrato se tiene que el artículo 365 de la Constitución Política de 1991²⁴ estableció la competencia para que el legislador definiera el régimen jurídico al cual se sujetarían los servicios públicos,

²² Folio 92 cuaderno 1.

²³ Folio 119 cuaderno 1.

²⁴ Art. 365. Constitución Política. “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”

mandato en cuyo desarrollo se han expedido, entre otras, las Leyes 142 de 1994 y 689 de 2001, normas especiales en materia de servicios públicos domiciliarios.

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994 –antes de la expedición de la Ley 689 de 2001- el cual se encontraba vigente para la época en la cual se adelantó el procedimiento administrativo de selección²⁵, dispuso lo siguiente:

*“Artículo 31. Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y **que tengan por objeto la prestación de esos servicios**, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.”*

“Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.” (Negrilla por fuera del original)

A su vez, el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, consagró lo siguiente:

*“**Parágrafo 1º.- Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario**, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguro y las demás entidades financieras de carácter estatal, **que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto** y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.” (Negrillas por fuera del original)*

A los alcances del citado parágrafo 1 del artículo 32 se ha referido la jurisprudencia de la Sala²⁶ en los siguientes términos:

“De esta norma se pueden deducir varias conclusiones cuya expresión, es útil para una comprensión adecuada del texto legal, y para la solución del problema jurídico planteado por el actor.

“En primer lugar, la excepción en la aplicación de la ley 80 no es absoluta, toda vez que el parágrafo citado prescribe, para su procedencia, dos condiciones: i) que no se trate de lo dispuesto en dicha ley sobre fiducia y encargo fiduciario²⁷, y

²⁵ El artículo 31 actualmente vigente de la Ley 142 de 1994 –modificado por la Ley 689 de 2001- define el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios y al respecto señala que dichos contratos, por regla general, no estarán sometidos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a menos que la ley disponga otra cosa.

Por su parte, el artículo 32 de ese mismo cuerpo normativo determina que la constitución y los actos –incluyendo los contratos, claro está-, de todas las empresas de servicios públicos, “en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Julio 6 de 2005. Radicado 11.575. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²⁷ Cita original de la Sentencia con radicado 11.575: “También hay que tener en cuenta lo dispuesto el literal c), del numeral 1, del artículo 24, de la ley 80.”

ii) que los contratos a que se refiere la excepción correspondan a aquellos que son del 'giro ordinario de las actividades' propias del objeto social de este tipo de entidades.

"Dicho de otra manera, los demás contratos, es decir, los que no encajen en los supuestos mencionados, se deben regir por la ley 80 de 1993.

"En segundo lugar, esta excepción sólo aplica para los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, conceptos que exigen precisión para determinar con claridad el grupo de entidades a quienes abarca esta disposición.

"En tercer lugar, para que aplique la excepción al régimen de la ley 80, es necesario que los negocios de las anteriores entidades correspondan al "giro ordinario de las actividades" propias del objeto social, de manera que lo que no esté comprendido allí quedará cobijado por el estatuto general de contratación."

Ahora, respecto del alcance de la expresión "giro ordinario de las actividades" la sentencia en cita precisó lo siguiente:

*"El giro ordinario de las actividades propias del objeto social de las entidades financieras, en primer lugar, lo constituye el ejercicio de su **"función principal"**. Para aproximarse a este concepto baste decir, pues parece bastante obvio, que hace parte del giro ordinario de las actividades propias del objeto social de estas entidades la realización de las actividades descritas para cada una de ellas, en el EOSF.*

*"Así, por ejemplo, el art. 2.1, inc. 2, del EOSF, define, bajo el nombre de "función principal", las actividades que pueden realizar los establecimientos de crédito: "Se consideran establecimientos de crédito las instituciones financieras cuya **función principal** consista en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito." (Negrillas fuera de texto)."*

La citada jurisprudencia, además de entender que el giro ordinario de las actividades propias del objeto social estaba constituido por su función principal, entendió que también hacían parte del mismo aquellas actividades conexas con la función principal, así lo expresó:

***"También hacen parte del giro ordinario de las entidades financieras, en segundo lugar, las actividades conexas.** La conclusión del numeral anterior, para ser completa, exige formular y dar respuesta a una pregunta adicional: ¿pueden las entidades financieras realizar actividades, entre ellas celebrar contratos, para cumplir propósitos relacionados y afines con la función principal, pero no incluidas expresamente en lo estrictamente referido en las normas citadas en el punto anterior?*

"La respuesta a esta pregunta es de gran importancia, porque se pretende establecer la posibilidad de realizar actividades no expresamente descritas en la función principal de las entidades financieras, aunque relacionadas con ella.

"Para la Sala no hay duda de que una entidad de esta naturaleza puede hacer, no sólo lo que dice la ley en forma expresa, sino también lo que se deriva del objeto o función principal, a pesar de que no se encuentre expresamente definido en la ley.

“(...)

“Lo anterior no significa que las entidades financieras sólo puedan realizar las actividades estricta y precisamente relacionadas en el EOSF, pues, es claro que también deben poder hacer todo aquello que esté directamente relacionado con la función principal, a fin de que puedan desarrollarla plenamente. En este caso, las actividades conexas con la principal deben guardar una estrecha relación de medio a fin, es decir, que lo que se realiza debe ser necesario para desarrollar la actividad principal.”

“(...)

“(...) el giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social²⁸, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte del objeto de la sociedad. Tal es el caso de la contratación de la publicidad para promocionar la empresa o sus productos, o la contratación de profesionales para que realicen una consultoría o asesoría relacionada con las actividades de la empresa, etc.

“En estos casos, mal podría decirse que la sociedad no puede realizar este tipo de actos necesarios para el buen desempeño de sus actividades comerciales. Lo propio cabe decir de las entidades financieras. De manera que la norma comercial citada es perfectamente trasladable al campo financiero.

“Siendo así las cosas, resulta que el concepto **“giro ordinario de las actividades”** –tal como lo refiere el art. 21 demandado- o también **“giro ordinario de los negocios”** –como lo denominan otras normas-, hace relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la ley, como también a todo aquello que es conexo con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal, estableciéndose entre estos dos una **relación de medio a fin, estrecha y complementaria.**” (Negrillas por fuera del original)

Ahora, en relación con el caso concreto, en tanto TELECOM era una entidad estatal que tenía por objeto la prestación de servicios de telecomunicaciones y cuyo contrato a celebrar tenía por objeto la adquisición, instalación y puesta en servicio de unos equipos destinados a garantizar la continua prestación del servicio de telecomunicaciones, a dicho contrato no le era aplicable la Ley 80 expedida en el año de 1993, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, por cuanto si bien el futuro contrato no tenía por objeto la prestación directa del servicio público de telecomunicaciones –función principal-, sí se trataba de una actividad conexas, directamente derivada del objeto principal, cuyo propósito era garantizar tal función principal.

²⁸ Cita original de la Sentencia 11.575 de julio 6 de 2005: “Dice el art. 110.4 del Código de Comercio “Art. 110. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD. La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: (...)”

‘4) El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél.(...)’”

Cabe anotar que el régimen aplicable a los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios –como el que ahora estudia la Sala– es, por regla general, el establecido en la normatividad privada; así lo ha entendido la Jurisprudencia de la Corporación²⁹:

“(...) la actividad relacionada con los servicios públicos domiciliarios no estará regida por el estatuto general de contratación para el contrato estatal ni por el derecho público, sino por el derecho privado, con las salvedades que la misma ley 142 prescribe, entre las cuales puede citarse el inciso segundo de su art 31, que dispone que cuando la Comisión de Regulación haga obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos, lo relativo a las mismas “se registrará, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la ley 80 de 1993 (...).”

Ahora bien, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a los contratos que celebraban las prestadoras de servicios públicos, de conformidad con lo normado por el artículo 44.4 de la Ley 142 de 1994, debía ser la Ley 80, expedida en el año de 1993. Así reza el mencionado artículo:

“44.4. Sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas de esta Ley, en los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes.”

6. El caso concreto.

El recurso de apelación versó sobre algunos perjuicios que se reclamaron en la demanda y que no fueron concedidos por el Tribunal Administrativo a quo, a saber: **i)** el pago de los honorarios por la sociedad demandante en la interposición y el trámite de los recursos en la vía gubernativa; **ii)** los derivados del deterioro de la imagen comercial de la actora, con ocasión de la ocurrencia de la inhabilidad para contratar con el Estado derivada de no suscribir el contrato legalmente adjudicado.

El Tribunal Administrativo a quo negó la indemnización de perjuicios derivada de los honorarios pagados para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como para agotar la vía gubernativa, respecto de los cuales consideró que los primeros se encontraban incluidos en el concepto de costas judiciales y en relación con los segundos estimó que no podía concederlos en tanto *“si bien dichos perjuicios se dictaminaron por los auxiliares, estos lo hicieron con base en prueba documental que ellos recogieron de la oficina del demandante, y de otras que éste aportó extemporáneamente”*.

También negó los perjuicios derivados del *“Deterioro de la imagen comercial de CONTECO por la declaratoria de incumplimiento de sus obligaciones atribuido por TELECUN”*. La negativa del Tribunal se sustentó en el hecho de que *“[l]os peritos aludieron a teorías sobre el good will”* y que *“[e]n consecuencia no puede tenerse como demostrado el referido hecho, con una inferencia que hicieron los peritos”* y agregó el Tribunal que *“para el establecimiento de la verdad se requería la averiguación real de los efectos que produjo en CONTECO la inscripción de [la] inhabilidad, en el momento inmediatamente anterior a que el Tribunal suspendiera los efectos del acto que la dispuso. A vía de ejemplo, que no pudo celebrar un contrato del que había resultado adjudicatario, que le fue terminado un contrato*

²⁹ En este sentido se pronunció la Sala Plena del Consejo de Estado, en Auto de septiembre 23 de 1997, Rad. S-701, con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

por la inhabilidad sobreviniente, que no pudo participar en licitaciones o concursos de méritos, que no fue invitado en contrataciones directas a ofertar, etc.”

En relación con las pruebas recaudadas por los peritos, consideró la actora que “los documentos examinados por los peritos sí fueron aportados al proceso en forma legal y a tiempo, razón por la cual no puede establecerse ninguna censura a los documentos inspeccionados por los peritos.”. Solicitó revocar la sentencia en ese punto y conceder los perjuicios reclamados por concepto de los honorarios pagados por las sociedades actoras por concepto de la presentación y el trámite de los recursos en la vía gubernativa.

En cuanto a la indemnización del perjuicio que se habría causado a la imagen de la sociedad CONTECO S.A., se expresó en el recurso que “[e]l Tribunal de instancia no tiene en cuenta que la proyección del daño (la inhabilitación para contratar por 5 años) que se solicitó resarcir es cierto en la medida que la sociedad Conteco S.A., no podía concursar en licitaciones o concursos ofrecido por el Estado, la certeza del daño se presenta por la imposibilidad de concursar y no por el hecho de que dichos posibles concursos hubiera forzosamente ganado.”.

Así pues, dado que la inconformidad de la parte actora deviene de la forma como valoró el Tribunal la prueba pericial, se ocupará entonces la Sala del examen de esta prueba.

6.1. Indemnización de perjuicios originada en los honorarios pagados para acudir ante la JCA, para agotar la vía gubernativa y para el manejo de la caución.

En el punto 2-5-7 del escrito contentivo del dictamen pericial (folios 7 a 9 del tercer cuaderno) se efectuó la relación de los gastos en los cuales habrían incurrido las sociedades demandantes, con ocasión del trámite de la presentación de la propuesta, el trámite de los recursos, el manejo de la caución y el proceso judicial, el cual se transcribe a continuación:

“2-5-7- COLUMNAS (C-9-) a la (C-15), ANEXO (1-1), (1-2)

“Contienen la estructura contable, con sus contrapartidas Débitos y Créditos, referente a los costos y gastos por un total de \$ 9.661.720.00, causados, contabilizados por la COMPAÑÍA COMTECOM LTDA. y a cargo DE LA MANDANTE CONTECO S.A., desde el 03 de Agosto de 1994 hasta el 25 de Noviembre de 1997, de acuerdo con poder y carta enviados desde la Ciudad de Barranquilla, así:

CONCEPTO DE LA OPERACIÓN CONTABLE – COSTOS Y GASTOS	DEBITOS	CREDITOS
Columna (C-9), cuenta # 51100501, Honorarios pagados y contabilizados, por COMTECOM LIMITADA, en la ciudad de Santafé de Bogotá, a favor de la Doctora MONIQUE SARAH C. a cargo de la	\$5.884.000.00	

demandante CONTECO S.A., en la ciudad de Barranquilla.....		
Columna (C-10) cuenta # 51 400501, Gastos legales varios, pagados y contabilizados, por COMTECOM LIMITADA, en Santafé de Bogotá, a cargo de la Demandante –CONTECO S.A.	\$183.000.00	
Columna (C-11), cuenta # 51102501, honorarios pagados y contabilizados por COMTECOM LIMITADA, en Bogotá, a favor del apoderado DOCTOR FABIO ALVAREZ y a cargo de la SOCIEDAD DEMANDANTE CONTECO S.A. BARRANQUILLA.	\$2.500.000.00	
Columna (C-12), cuenta # 5195, gastos varios caja menor, pagados y contabilizados por COMTECOM LIMITADA, en Bogotá, a cargo de la sociedad DEMANDANTE, CONTECO S.A. en Barranquilla....	\$374.720.00	
Columna (C-13), cuenta # 510506-. Gastos por salarios, pagados a MANUEL PEREZ y contabilizados por COMTECOM LIMITADA, en Bogotá, a cargo de la SOCIEDAD DEMANDANTE CONTECO S.A., en Barranquilla...	\$100.000.00	
Columna (C-14), cuenta # 513535, gastos por teléfono, pagados y contabilizados por COMTECOM LIMITADA, en la ciudad de Santafé de Bogotá, a cargo de LA SOCIEDAD DEMANDANTE CONTECO S.A., en la ciudad de Barranquilla.	\$520.000.00	

<p>Columna (C-15), cuenta # 11100510, BANCO OCCIDENTE. Total gastos pagados y contabilizados, por la SOCIEDAD COMTECOM LIMITADA en Santafé de Bogotá y a cargo de LA SOCIEDAD DEMANDANTE COMTECO S.A. en la ciudad de Barranquilla.</p>		\$9.661.720.00
---	--	----------------

De conformidad con el contenido del dictamen pericial³⁰, la sociedad CONTECO S.A., efectuó el pago de honorarios a favor de Monique Sarah y de Fabio Álvarez, además de algunos gastos legales, los cuales fueron discriminados y justificados de la siguiente manera:

i) Honorarios a favor de Monique Sarah:

Los peritos soportaron este gasto, cuyo valor ascendió a \$ 5'884.000, en las copias simples de los comprobantes de egreso distinguidos con la siguiente numeración: 134 de 1994; 148, 215, 232, 257, 267, 311, 327, 351, 364, 500 y 531 de 1995 y 17, 40, 92, 139 de 1996³¹, los cuales corresponderían al concepto de "CANCELACIÓN HONORARIOS GERENCIA (...)", o de "HONORARIOS GERENCIA (...)".

ii) Honorarios a favor de Fabio Álvarez:

Los peritos sustentaron este gasto, que ascendió a \$ 2'500.000, en las copias simples de los comprobantes de egreso que se habrían elaborado a nombre de Fabio Álvarez y que se distinguen con los números 26, 84, 95, 145 y 208 de 1996, los cuales corresponderían al concepto de "HONORARIOS ASESORIA JURÍDICA (...)".

iii) Gastos legales varios:

Los peritos soportan estos gastos en la copia simple de los siguientes comprobantes de egreso:

a. No. 441³² por concepto de: "CORRESPONDIENTES A GASTOS DE FOTOCOPIA, AUTENTICACIONES Y ANILLADOS (TELECUN) (...)" a nombre de Fabio Álvarez.

b. No. 451³³ por concepto de "GASTOS NOTARIALES DEMANDA (TELECUN)" a nombre de Fabio Álvarez.

³⁰ Folios 1 a 45 cuaderno 3.

³¹ Ver folios 64, 66, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 76, 78, 82, 83, 84, 86, 88 y 90 respectivamente de cuaderno 3-el dictamen pericial-.

³² Folio 79 cuaderno 3. -dictamen pericial-.

³³ Folio 80 cuaderno 3. -dictamen pericial-.

c. No. 496³⁴ por concepto de *"PAGO NOTIFICACION DEMANDA TELECUN"* a nombre de Fabio Álvarez.

En relación con los honorarios que habrían sido pagados por Seguros Caribe S.A., de conformidad con el escrito contentivo del dictamen pericial, tales honorarios habrían ascendido a la suma de \$ 1'500.000.00 (folio 230 del tercer cuaderno), los cuales se soportaron en copias simples de los respectivos comprobantes de egreso, así como de la cuenta de cobro que el abogado habría enviado a la Aseguradora, por concepto de *"honorarios causados (...) dentro del proceso ordinario que se inicia contra la Empresa de Telecomunicaciones de Cundinamarca, demandante Seguros Caribe S.A. ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca"*. (folios 231 a 234 del tercer cuaderno).

No encuentra la Sala que con el dictamen pericial y con los documentos que le sirven de soporte se haya acreditado la ocurrencia de gastos relacionados con la presentación y con el trámite de los recursos, por las siguientes razones:

i) Los pagos que se habrían realizado a nombre de la señora Monique Sarah hacen referencia a gastos relacionados con la gerencia de la sociedad;

ii) Los pagos que en apariencia se habrían realizado por concepto de honorarios profesionales y *"gastos legales"*, corresponderían al trámite de la demanda, respecto de los cuales se pronunció el Tribunal Administrativo a quo y que no fueron objeto de apelación y no al trámite de los recursos en la vía gubernativa.

iii) El dictamen pericial no da cuenta de que los gastos a los cuales hizo alusión se encontraran soportados en los libros de contabilidad y los mismos corresponderían a supuestos comprobantes de egresos que además de que no hicieron parte del material probatorio aportado al proceso, respecto del cual se hubiera ejercido el derecho de contradicción, se encuentran en copia simple, razón por la cual no pueden ser valorados.

Así pues, en relación con este punto, la Sala confirma la decisión del Tribunal Administrativo a quo.

6.2. La afectación del Good Will.

6.2.1. Cálculo del *"monto o cuantía por el deterioro de imagen o pérdida del Good Will de Conteco S.A. como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento"*.

Para efectos de calcular el valor del deterioro de imagen o pérdida del *Good Will*, los peritos siguieron el siguiente orden:

i) Efectuaron el análisis de la definición del *"Good Will o imagen de una empresa"*, desde el punto de vista teórico y contable (folios 9 a 12 del tercer cuaderno).

ii) Realizaron el cálculo matemático del Good Will promedio de la sociedad demandante, con base en sus estados financieros durante los años 1992/1993/1994 *"períodos estos por cierto muy normales y de buena estabilidad para la demandante"*. Realizaron este cálculo a partir de los siguientes parámetros: a) la *"capacidad total de rentar al capital pasivo (es decir capital de deuda más capital*

³⁴ Folio 81 cuaderno 3. –dictamen pericial–.

propio), tasa promedio durante los años 1992/1993/1994” de la sociedad demandante CONTECO S.A. (folios 12 a 16 del tercer cuaderno); b) las “Superutilidades atribuibles al good will de la sociedad demandante CONTECO S.A., de acuerdo con sus activos netos tangibles (promedio –años 1992/1993/1994” (folio 17 del tercer cuaderno); c) el “Good Will promedio-años 1992/1993/1994 de la sociedad demandante –COMTECO (sic) S.A. con base en la fórmula de capitalización” (folio 18 del tercer cuaderno); d) “Cálculo del Good Will promedio –años 1992/1993/1994, de la sociedad demandante –CONTECO S.A. con base en la fórmula de anualidades” (folio 18 del tercer cuaderno); e) “Cálculo del Good Will promedio –años 1992/1993/1994, de la sociedad demandante –CONTECO S.A. con base en la fórmula de Hoskold” (folio 18 del tercer cuaderno); f) el valor promedio del Good Will, de acuerdo con las tres fórmulas antes mencionadas (folio 19 del tercer cuaderno); g) el valor del “Good Will Promedio Anual” (folio 19 del tercer cuaderno); h) el “cálculo global o total del Good Will o imagen de la sociedad demandante –CONTECO S.A., en su mejor momento al 31 de diciembre de 1994, teniendo en cuenta su período de recuperación hacia el futuro. (Hasta el término de duración de la sociedad citada-septiembre 23 del año 2015; es decir 20.73 años” (folio 20 del tercer cuaderno).

iii) El “Cálculo del Good Will de la sociedad demandante –CONTECO S.A. – promedio –para los años 1994/1995/1996/ teniendo en cuenta los estados financieros y las declaraciones de renta correspondientes”. Para este cálculo tuvieron en cuenta la siguiente información: a) los balances y estados de pérdidas y ganancias consolidadas al 31 de diciembre 1994/1995/1996; b) la fórmula de capitalización; c) la fórmula de anualidades; d) la fórmula de Hoskold; e) el valor promedio de las tres fórmulas; f) el *good will* promedio anual; g) el cálculo global o total del *good will* o imagen de la sociedad en su momento más crítico, al 31 de diciembre de 1996, con base en su período de recuperación hacia el futuro; h) el cuadro comparativo del patrimonio neto o líquido de la sociedad (folios 21 al 30 del tercer cuaderno).

6.2.2. Consideraciones de la Sala respecto de la indemnización reclamada.

Como antes se mencionó, al procedimiento administrativo de selección y al futuro contrato le eran aplicables las inhabilidades y las incompatibilidades previstas en la Ley 80 de 1993.

De conformidad con el literal e del ordinal 1º, del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 “*son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado*”.

La declaratoria de incumplimiento –en razón de la no suscripción del contrato adjudicado- le generó a la sociedad CONTECO S.A., una inhabilidad para presentar propuestas y para contratar con el Estado por un término de cinco años, de conformidad con el último inciso del ordinal 1º del artículo 8º de la Ley 80. Adicionalmente, si se encontraba ejecutando un contrato estatal o participando en un procedimiento administrativo de selección, podría haber recaído sobre esta sociedad una inhabilidad sobreviniente.

Consideró la parte actora que el encontrarse incurso en esta inhabilidad afectó el buen nombre comercial o *Good Will*³⁵ de la sociedad demandante.

³⁵ Así se ha expresado la Sala de Sección acerca del concepto del *Good Will*:

“La mayoría de las definiciones que se encuentran en la literatura jurídica sobre el término ‘Good Will’³⁵, coinciden en otorgarle unas características que lo convierten en sinónimo del prestigio o del buen nombre, fruto de un largo proceso de posicionamiento comercial (Good Will formado)³⁵, o de una compra del mismo, una vez se encuentra posicionado (Good Will adquirido)³⁵. Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia³⁵:

‘En términos generales el anglicismo “GOOD WILL” alude al buen nombre, al prestigio, que tiene un establecimiento mercantil, o un comerciante, frente a los demás y al público en general, es decir, al factor específico de un negocio que ha forjado fama, clientela y hasta una red de relaciones corresponsales de toda clase, aunado a la confianza que despierta entre los abastecedores, empleados, entidades financieras y, en general, frente al conjunto de personas con las que se relaciona.’

“Desde una perspectiva contable algunos autores sostienen³⁵:

‘Igualmente el “good will” o crédito comercial es definido como “Activo intangible constituido por el valor presente de la capacidad estimada de una entidad para generar utilidades excedentes en el futuro, durante un intervalo de tiempo; su amortización debe realizarse en función de ese período; puede ser determinado mediante avalúo, caso en el cuál debe registrarse como partida de superávit // Valor adicional, en la compra de una empresa, sobre su valor en libros, o sobre el valor calculado o convenido de todos los activos netos comprados // sin. good will.’

“El Good Will constituido por ‘factores tales como la gerencia superior, eficiencia de manufactura y competencia débil’³⁵ tiene un contenido bastante diferente al del prestigio, pues viene a significar “el valor presente de las utilidades futuras por encima del rendimiento normal sobre los activos netos identificables”³⁵. Esta definición traída de la contabilidad, ayuda a delimitar el contenido y alcance de la expresión ‘good will’ y permite establecer un sistema probatorio con el objeto de determinar cómo se acredita la existencia del mismo. En ese sentido, se menciona el concepto 9806 de 1997, emanado de la Superintendencia de Sociedades, respecto del cual se destaca lo siguiente:

‘1. ¿Cómo se contabiliza el good will?

Por tratarse de un bien que carece de sustancia física, se deberá registrar como un intangible y la contrapartida se llevará al patrimonio como un superávit de capital; para tal efecto el Decreto 2650 de 1993, modificado por los decretos 2894 y 2116 de 1994, respectivamente, prevé la cuenta “crédito mercantil” identificada en el activo con el código PUC 1605 y en el patrimonio con el código PUC 3215.

‘2. ¿Qué factores se tienen en cuenta para ello?

‘(...)Tradicionalmente Good Will se traduce por las palabras Clientela o parroquia de una casa comercial (los clientes se dirigen voluntariamente a este establecimiento debido a la calidad del servicio prestado y a su reputación).

‘En realidad el término adopta un significado más amplio y puede definirse como el factor específico de un negocio que ha sabido labrarse un nombre, un puesto, un establecimiento que triunfa y se crea una clientela y una red de relaciones y corresponsales de todas clases, sin que tales elementos puedan materializarse. Al Good Will de los clientes se agrega el favor o confianza de los proveedores, empleados y el conjunto de quienes mantienen relaciones con el establecimiento.

‘Una apreciación sobre los elementos que pueden conformarlo en un determinado momento se encuentra en la explicación que sobre el tema hace una publicación de la revista Honda (Cámara de Comercio, julio-agosto 1985, N° 614). Allí se lee, ‘Los bienes incorporales comprende también todos los intangibles concernientes a la propiedad industrial o fabril, como patentes de inversión, marcas de fábrica, fórmulas químicas, procesos técnicos y buen nombre en general, o sea el Good Will del negocio o empresa, así como los referentes a la propiedad literaria y artística, o sea los derechos de autor’.

‘Además, es importante señalar que la generación de utilidades, en teoría, es esencial para la existencia y cuantificación del Good Will; sin embargo, no debe perderse de vista que existen factores tales como la óptima posición en el mercado, la experiencia, la buena localización, la calidad de la mercancía o servicio, el trato a los clientes, las buenas relaciones con los trabajadores, la estabilidad laboral de los mismos, la confianza que debido a un buen desempeño gerencial se logre crear en el sector financiero etc., que hacen que una empresa pese a haber liquidado pérdidas pueda cuantificar los factores enunciados, siempre y cuando:

‘a) Se trate de una empresa en marcha y con solvencia económica;

‘b) Que los factores determinantes de la pérdida sean coyunturales y no estructurales, y

Como se mencionó, el Tribunal Administrativo a quo concedió a la actora, a título de indemnización por concepto de lucro cesante, el valor actualizado de la utilidad que ésta esperaba obtener con la ejecución del contrato para el cual presentó propuesta, pero negó la indemnización correspondiente a la afectación del *Good Will*, en razón de que consideró que la misma no se probó. Se trata entonces de examinar tal aspecto.

La Jurisprudencia de la Sección Tercera se ha pronunciado en el sentido de que resulta posible la indemnización correspondiente a la *"pérdida del good will"*, derivado de la imposición de una sanción contractual, bajo la categoría de lucro cesante, siempre y cuando se cuente con la certeza y la convicción de que *"la víctima la padeció"*. En efecto, así se expresó mediante providencia proferida el 13 de noviembre de 2008:

"Se ha considerado que las personas jurídicas pueden padecer perjuicios morales, "[E]n lo que se refiere a la pérdida del buen nombre y reputación"³⁶, y que tales perjuicios se materializan en lo que se conoce con el nombre del "Good Will". Afirma la Corte Constitucional:

'(...) es menester señalar que las personas jurídicas sí pueden buscar la protección de su "buen nombre" o "imagen" comercial, también conocidos como good will, de naturaleza completamente distinta a los derechos a la honra (C.P., artículo 21) y al buen nombre (C.P., artículo 15). En efecto, mientras éstos buscan garantizar la dignidad de la persona humana, aquéllos pretenden salvaguardar la libertad de empresa o evitar distorsiones del mercado, como la competencia desleal (C.P., artículo 333) y, por ende, tienen un contenido eminentemente económico, del que carecen los derechos a la honra y al buen nombre de que son titulares los individuos.³⁷

"De las definiciones antes mencionadas se desprende que una afectación al "Good Will" más que en el nivel del perjuicio moral se ubica mejor dentro de la categoría de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante como quiera que corresponde a la ganancia o beneficio económico "que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, y que no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima".³⁸

"La naturaleza jurídica del "Good Will" es la de ser un bien intangible o incorporal³⁹, que a diferencia de los bienes extrapatrimoniales, sigue en la órbita

'c) Que la cuantificación de este activo, si bien no pueda basarse totalmente en la generación de utilidades, corresponde a la determinación de valor presente de las ganancias proyectadas en exceso de las normales del sector económico en el que se desenvuelve el negocio, las cuales deben proceder de presupuestos ciertos (Oficio DAL-103237, mayo 22/89)."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de noviembre 13 de 2008, Expediente 14584, MP. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁶ Original de la sentencia en cita: TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. cit., pág. 501.

³⁷ Original de la sentencia en cita: Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T- 472 de 24 de septiembre de 1996. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁸ Original de la sentencia en cita: TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. cit., pág. 474.

³⁹ Original de la sentencia en cita: MEIGS, Robert F. WILLIAMS, Jan R. HAKA, Susan F. BETTNER, Mark S, op.cit. pág. 390-391.

del comercio jurídico, lo que implica que, no se podría predicar de un mal negocio sobre el Good Will de una sociedad comercial un perjuicio moral.

(...)

“En cuanto a la “pérdida” del good will derivado de la imposición de una sanción contractual, sólo será posible su indemnización, bajo la categoría de lucro cesante, en tanto se tenga la convicción y la certeza de que la víctima la padeció; certeza y convicción que debe aportar quien la reclama, con elementos de prueba que no dejen duda acerca de su causación; sin embargo, en este proceso no existe nada sobre el particular.”⁴⁰

Ahora bien, en el presente caso la Sala encuentra lo siguiente:

i) Que los actos administrativos demandados quedaron en firme el 30 de mayo de 1995, momento en el cual se produjo la última notificación de la Resolución número 048 que culminó con el procedimiento administrativo adelantado en la vía gubernativa.

ii) Que el 6 de diciembre de 1995 quedó en firme la decisión del Tribunal Administrativo a quo, de suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos demandados.

iii) Que si bien no cabe duda acerca de que una inhabilidad puede ocasionar daños y perjuicios a quien se encuentre incurso en la misma, derivados de la imposibilidad de presentar propuestas y de celebrar contratos con el Estado, en el expediente contentivo del presente proceso no se halló constancia alguna relativa a los contratos estatales que estaría ejecutando la sociedad CONTECO S.A., como tampoco de las cifras históricas relacionadas con su participación en procedimientos administrativos de selección o relativas a la adjudicación y celebración de contratos estatales, como expresó el Tribunal Administrativo a quo, no acreditó *“A vía de ejemplo, que no pudo celebrar un contrato del que había resultado adjudicatario, que le fue terminado un contrato por la inhabilidad sobreviniente, que no pudo participar en licitaciones o concursos de méritos, que no fue invitado en contrataciones directas a ofertar, etc.”*

iv) Que tal como antes se expuso, la indemnización de los perjuicios que ocasiona la pérdida del *Good Will* se presenta cuando el juez cuenta con suficiente certeza y convicción acerca de los daños ocasionados.

En este caso, si bien los peritos efectuaron un análisis encaminado a demostrar la ocurrencia de la afectación del buen nombre de la sociedad CONTECO S.A., a partir del comportamiento de las utilidades proyectadas durante los años 1992 a 1996, no encuentra la Sala que esta información arroje la convicción necesaria para servir como soporte de la indemnización pedida, dado que: en primer lugar, no guarda correspondencia con el período de vigencia de la inhabilidad mencionada –mayo 30 a diciembre 6 de 1995; en segundo lugar, efectúan los peritos el estudio correspondiente a la totalidad de las utilidades de la sociedad y, según se desprende, tanto del objeto social como de la experiencia consignada en el registro de proponentes, esta sociedad realizaba contratos tanto con particulares como con el Estado Colombiano.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de noviembre 13 de 2008, Expediente 14584, MP. Mauricio Fajardo Gómez.

Así pues, dado que la sociedad CONTECO S.A., no logró acreditar los daños y perjuicios derivados de la afectación del *Good Will*, la Sala confirmará en este punto la decisión del Tribunal Administrativo a quo.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de octubre de 1998.

SEGUNDO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para los fines pertinentes.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

HERNAN ANDRADE RINCÓN