

## **ACTO ADMINISTRATIVO - Noción**

El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad proferida en ejercicio de función administrativa y que crea, modifica o extingue una situación jurídica; es decir, que se trata de una decisión obligatoria, tomada por quien ejerce función administrativa y que produce transformaciones en derecho.

## **RECOMENDACION DEL COMITE DE ADJUDICACIONES - Naturaleza / COMITE DE ADJUDICACIONES - Naturaleza / COMITE DE ADJUDICACIONES - Concepto. No obligatorio**

La recomendación del Comité Nacional de Adjudicaciones de Telecom, contenida en el Acta No. 1261 del 3 de diciembre de 1991, tampoco constituye un acto administrativo, en la medida en que no se trata de una decisión obligatoria, tan sólo de un concepto sobre la favorabilidad de la contratación con un determinado proponente, que a su juicio presentó la oferta que resultaba más conveniente para la entidad, conclusión a la que llegó este órgano consultivo de la entidad, luego de llevar a cabo la evaluación de todas las ofertas presentadas dentro del procedimiento de selección del contratista. El comité, recomienda; su concepto no es obligatorio, puesto que de serlo, se le estaría trasladando a este organismo la competencia para la adjudicación de los contratos, que está radicada en el representante legal de la entidad o en la autoridad en quien aquel, debidamente autorizado para ello, delegue tal función. A tal punto es esto cierto, que la recomendación del comité de licitaciones o comité evaluador, no obliga al director, gerente o presidente de la entidad, a adjudicar el contrato a la oferta que aquel propone como la más conveniente, puesto que bien puede el representante legal, en forma justificada, separarse de tal recomendación, caso en el cual, obviamente, deberá explicar en el acto mismo de adjudicación, las razones que lo condujeron a tomar una decisión que se aleja del concepto emitido por aquel comité y que fue resultado de la evaluación de las distintas propuestas, con fundamento en los factores de calificación y ponderación previamente establecidos por la Administración para ello en el respectivo pliego de condiciones.

## **ADJUDICACION DE CONTRATO - Representante legal. Autorización / AUTORIZACION ADMINISTRATIVA - Concepto previo. Adjudicación de contrato / JUNTA DIRECTIVA DE TELECOM - Autorización. Celebración de contratos / TELECOM - Junta directiva. Celebración de contratos**

La disposición legal en cuestión –art. 251, Decreto 222/83 - es clara, al indicar que el llamado a efectuar la adjudicación de los contratos es el representante legal de la respectiva entidad, constituyendo la exigencia del concepto previo favorable de otro órgano administrativo, un requisito de validez de la respectiva decisión administrativa.

## **TELECOM - Naturaleza jurídica / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIO - Definición. Decreto Ley 222 de 1983 / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOSA - Aseo. Contratación directa / TELECOM - Régimen de contratación**

Para la época de expedición del acto administrativo acusado, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones –Telecom - era un establecimiento público nacional, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto Ley 222 de 1983, se hallaba sujeto a las normas de contratación pública en él contenidas. Dicho estatuto de contratación estatal, establecía como regla general para la selección de los contratistas, la licitación pública, contemplando algunas excepciones en las

que se podía efectuar dicha selección a través de la licitación privada o de la contratación directa (art. 29). El artículo 43 ibidem, disponía los eventos en los cuales se podía prescindir de la licitación o concurso, es decir, que se podía contratar directamente; y entre estos casos, el numeral 4º enunció a los contratos de prestación de servicios, regulados en el Capítulo 11 del Título VIII ibidem. En dicho Capítulo, artículo 163, se definió el contrato de prestación de servicios, como aquel "...celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta"; y en su artículo 164, se refirió a "...las clases de contratos de prestación de servicios", enunciando como tal, entre otros, el de "aseo". Es claro entonces, que en virtud del objeto del contrato que pretendía celebrar Telecom y que era la prestación del servicio de aseo en las instalaciones de la Administración central de la entidad, para la escogencia del contratista no era legalmente necesario adelantar una licitación pública, puesto que la ley autorizaba a la entidad para realizar la contratación en forma directa. Eso fue precisamente lo que la entidad hizo en el presente caso, luego de solicitar las cotizaciones que consideró necesarias para ello, con el fin de seleccionar la propuesta que resultara más conveniente; al respecto, obra en el plenario oficio dirigido por el Jefe de la División de Estudios y Conceptos Jurídicos el 13 de noviembre de 1991 al Vicepresidente Financiero de la entidad, en el cual de manera expresa le manifiesta que el procedimiento que se está adelantando es de contratación directa, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 43 del Decreto 222 de 1983 y observando lo dispuesto por este decreto en los artículos 163 y siguientes en relación, específicamente, con el contrato de prestación de servicios. Así mismo, le manifiesta que este procedimiento le otorga a la Administración posibilidades más amplias en relación con la selección del contratista y para escoger al que ofrezca mayores ventajas para contratar, "...atendiendo siempre el criterio de conveniencia para la Entidad, y dentro de un marco de negociación libre y amplio para la convergencia de las voluntades".

### **CONTRATACION DIRECTA - Selección objetiva / SELECCION OBJETIVA - Contratación directa / SELECCION OBJETIVA - Finalidad**

Hoy en día, la ley autoriza expresamente a la Administración Pública, y lo hacía anteriormente, cuando se produjo el procedimiento de selección al que se refiere el presente litigio - art. 43, Decreto Ley 222/83 - , para adelantar procedimientos de contratación directa en algunos eventos en los que por razón de la necesidad a satisfacer, o del objeto a contratar, o de los sujetos o las circunstancias especiales de la futura contratación, no resulta conveniente o útil un procedimiento como el licitatorio. No obstante, tal autorización del legislador, no implica que la contratación pueda en tales casos, efectuarse de manera discrecional, caprichosa o arbitraria por parte del funcionario competente para adjudicar los diferentes contratos que debe adelantar la Administración para el correcto cumplimiento de sus funciones. En realidad, la contratación directa constituye otro sistema de selección de contratistas, que también debe garantizar que dicha selección sea objetiva y el procedimiento que se emplee para ello, debe ajustarse a los principios que rigen la función administrativa en general, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, que establece que "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)" y en el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, en su artículo 3º, conforme al cual las actuaciones administrativas deben desarrollarse con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción. El ordenamiento jurídico permite acudir

al procedimiento de la contratación directa, sólo en aquellos eventos en los que no es posible o conveniente adelantar la licitación pública; es decir, que existen razones justificadas a juicio del legislador, que permiten o conducen a prescindir de aquel mecanismo de selección formal y reglado. Significa lo anterior, que esa autorización no apunta ni se dirige a eximir a las autoridades estatales del deber de escoger a la propuesta más conveniente para la Administración, ni para permitirles realizar adjudicaciones eminentemente subjetivas, caprichosas, desligadas por lo tanto de la finalidad de toda contratación estatal, que es en últimas la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los cometidos estatales, que sólo se logran mediante la escogencia de la mejor oferta presentada en cualquier procedimiento de selección de contratistas, objetivamente considerada. Se trata entonces, de desterrar cualquier posibilidad de desviar la contratación estatal de los fines propios que la justifican y de los principios que la informan, propendiendo por una escogencia de contratistas objetiva, en la que los factores de selección estén constituidos por aquellas cuestiones que determinan realmente la mayor o menor calidad del bien, obra o servicio a contratar y que por lo tanto permiten establecer cuál es la oferta más favorable para la Administración, desde el punto de vista técnico y económico, que es lo que realmente importa desde la perspectiva del cumplimiento de los cometidos estatales y la satisfacción del interés general. Nota de Relatoría: Ver Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Expediente 25206 y acumulados M.P.: Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia del 10 de agosto de 2000

**CONTRATACION DIRECTA - Procedimiento. Decreto Ley 222 de 1983 / PLIEGO DE CONDICIONES - Contenido mínimo. Evaluación de las ofertas / EVALUACION DE LAS OFERTAS - Pliego de condiciones. Contenido mínimo / PLIEGO DE CONDICIONES - Inmodificabilidad / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Contratación directa**

Lo primero que cabe advertir es que el procedimiento de selección escogido y tramitado por la Administración, fue el de la contratación directa, mediante una Solicitud de Cotización que les fue enviada a varias firmas que ejercían actividades en el campo de la prestación de servicios de aseo. El Decreto Ley 222 de 1983, no estableció la forma como debía tramitarse esta clase de procedimiento de selección de contratistas, toda vez que se limitó a consagrar los eventos en los cuales se podía prescindir de la licitación o concurso. No obstante, por la naturaleza misma del procedimiento de contratación directa se advierte que la Administración, en tales circunstancias, se hallaba en mayor libertad para escoger a la persona con la que celebraría el contrato, pero esa libertad no significa total subjetividad, ni arbitrariedad ni sujeción al capricho del funcionario encargado de la adjudicación. La mayor libertad con la que cuenta la Administración en el procedimiento de la contratación directa, debe mirarse desde el punto de vista procedimental, en la medida en que no es necesario agotar el proceso formal y estricto de la licitación, con sus etapas perfectamente definidas y preclusivas, sin que esto implique, por otra parte, el sacrificio de las finalidades y principios que dirigen y orientan a la contratación estatal en general. Teniendo en cuenta lo anterior, dependiendo de la mayor o menor complejidad del objeto a contratar a través del mecanismo de la contratación directa, la entidad estaba en el deber de elaborar un documento en el que se incluyeran no sólo la descripción de tal objeto, sino también unas condiciones mínimas de participación y evaluación de las cotizaciones presentadas, en tal forma que se garantizara el principio de igualdad de tratamiento a todos los participantes así como la objetividad con la que iban a ser calificadas sus ofertas. Al respecto, y a pesar de no ser aplicable al presente caso por ser posterior, resulta en todo caso ilustrativo lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto 2170 de 2002, reglamentario de la Ley

80 de 1993, en relación con el contenido del pliego de condiciones, términos de referencia, solicitud de cotización, etc., o como sea que se denomine el documento rector del procedimiento de selección directa. Consta en el plenario que la entidad demandada adelantó la evaluación de las distintas ofertas, verificando el cumplimiento de los requisitos exigidos en la solicitud de cotización y elaborando cuadros comparativos de los distintos rubros de los ofrecimientos: precio, liquidez, experiencia, etc., aunque a partir de dicha evaluación, no se les otorgó puntaje alguno que permitiera establecer un orden descendente en la calificación y por lo tanto, determinar cuál ocupaba el primer lugar en el mismo. Para la Sala, la forma como se adelantó el procedimiento de selección de contratación directa en el presente caso, no es propiamente un modelo de técnica administrativa que garantice en debida forma una escogencia acertada, objetiva e imparcial y por lo tanto, merece reproche. La Sala, en forma constante y reiterada, se ha pronunciado sobre la imposibilidad de modificar los pliegos de condiciones una vez la licitación pública se ha cerrado y han sido entregadas las ofertas; y si bien en el presente caso no se trata de dicho procedimiento reglado de selección, las razones para concluir en dicha prohibición, son igualmente válidas frente al régimen de contratación directa y las solicitudes de cotización que formule la Administración, puesto que tienen que ver con la vulneración del principio de transparencia que debe informar a estos procedimientos de selección de contratistas por parte de la Administración Pública; y tan transparente debe ser la escogencia que se efectúe a través de la licitación, como la que surja como resultado de una contratación directa. De tal manera que, al modificar la entidad demandada los términos de la solicitud de cotización cuando ya las propuestas habían sido recibidas, actuó erróneamente y atentó contra dicho principio de transparencia. Nota de Relatoría: Ver Sentencia del 14 de junio de 2001. Expediente 13.793; sobre INMODIFICABILIDAD DEL PLIEGO: Sentencia del 3 de mayo de 1999, Expediente 12.344, M.P.: Daniel Suárez Hernández; Sentencia del 29 de enero de 2004, Expediente 10.779, M.P.: Alier E. Hernández Enríquez; Sentencia del 26 de abril de 2006, Expediente 16041; Sentencia del 8 de junio de 2006. Expediente 15.005; Sentencia del 3 de mayo de 2007, Expediente 16209, M.P.: Ramiro Saavedra Becerra; sobre PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA: Sentencia del 29 de agosto de 2007. Expediente 15.324. M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Acto de adjudicación. Prueba / ACTO DE ADJUDICACION - Prueba. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho**

Considera la Sala que la irregularidad advertida en el procedimiento de selección adelantado por Telecom no es suficiente para la prosperidad de las pretensiones de la parte actora, toda vez que en virtud de la acción ejercida, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho, le correspondía acreditar dos extremos, que son indispensables por corresponder a la esencia misma de tal acción: 1) La ilegalidad del acto administrativo acusado 2) El derecho vulnerado, desconocido o violado con ese acto administrativo, así como los perjuicios irrogados. Es decir, que le correspondía a la actora acreditar que, tal y como lo afirmó en la demanda, en virtud de las irregularidades presentadas en el proceso de selección, a pesar de que su oferta fue la mejor, no fue favorecida con la adjudicación, que se produjo por lo tanto, a favor de un oferente cuya propuesta no era la más conveniente para la Administración; y que como consecuencia de esta decisión, la demandante se vio privada de la adjudicación, celebración y ejecución del contrato, de los cuales hubiera podido obtener una justa utilidad. Nota de Relatoría: Ver Sentencia del 28 de abril de 2005, Expediente 12025. M.P.: Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia del 19 de septiembre de 1994. Expediente 8071.

Actor Consorcio José Vicente Torres y Ricardo Ortigoza Gonzalez. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07854-01(14941)**

**Actor: CONSORCIO CONTINENTAL DE ASEO Y MANTENIMIENTO CONTIASEO Y FUMISOL**

**Demandado: EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES-TELECOM -**

**Referencia: APELACION SENTENCIA ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 12 de febrero de 1998, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, se inhibió para conocer de la pretensión tercera y negó las demás pretensiones de la demanda.

## **ANTECEDENTES**

### **1. La Demanda**

A través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el señor RAFAEL ANIBAL MARTINEZ, en su calidad de representante legal del Consorcio conformado por él mismo como persona natural, la sociedad CONTIASEO LTDA. y el señor ISRAEL RODRIGUEZ BUITRAGO, propietario del establecimiento de comercio FUMISOL, presentó demanda el 25 de marzo de 1992 en contra de la Empresa Nacional de

Telecomunicaciones TELECOM (fl. 2, cdno 1), en la cual se adujeron las siguientes

### 1.1. Pretensiones

**“PRIMERA.** Que es NULO el Acto Administrativo ‘Oficio No. 003383, del 13 de diciembre de 1991, mediante el cual la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, por medio de la Secretaría General, ADJUDICO el contrato de servicio de Aseo para la Administración Central de la entidad demandada, a la firma ‘M.A.S. S.A.’, por un valor de CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$447.999.552), por el término de dos (2) años, contados a partir de la fecha de iniciación.

**SEGUNDA.** Que es NULO el Acto Administrativo contenido en la decisión de la Junta Directiva de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, adoptado en la sesión del día 12 de Diciembre de 1991, Acta No. 1604, en la cual se autorizó al presidente de la Empresa demandada para que celebrara el contrato de aseo para las instalaciones de la Administración Central, con la firma ‘M.A.S. S.A.’, nulidad parcial en la parte que se refiere a este contrato.

**TERCERA.** Que es parcialmente nulo el acto administrativo contenido en la decisión del Comité Nacional de Adjudicaciones de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, adoptado en la sesión del día tres (3) de diciembre de 1991, Acta No. 1261, en la parte que recomienda la adjudicación y celebración del contrato con la firma ‘M.A.S. S.A.’, supuestamente por razones de ‘LIQUIDEZ Y EXPERIENCIA’.

**CUARTA.** Que como consecuencia de la anulación de los actos demandados, que en su conjunto configuran el ACTO ADMINISTRATIVO SEPARABLE DEL CONTRATO, mediante el cual se adjudicó el contrato a la firma ‘M.A.S. S.A.’, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES ‘TELECOM’, a reparar el daño causado al CONSORCIO demandante, indemnizando los perjuicios materiales que le fueron causados con motivo de la expedición de los actos acusados, los cuales le privaron del derecho a que se le adjudicara el contrato, por ser la mejor oferta en cuanto a: PRECIO, CALIDAD DEL SERVICIO, EXPERIENCIA ACREDITADA, LIQUIDEZ y EQUIPO, MAS SOLVENCIA ECONOMICA, MUY SUPERIOR A LA FIRMA ‘M.A.S. S.A.’ favorecida con la adjudicación. Perjuicios que estimo en las siguientes cuantías:

A. \$ 160.785.360 CIENTO SESENTA MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA PESOS M.C. suma que se había podido ganar el CONSORCIO demandante, de haber sido favorecido con la adjudicación del contrato (...).

B. Gastos efectuados por el CONSORCIO, por el Registro de Firmas, Presentación de Propuestas, Pólizas, Pliego de Condiciones, intereses, por estudio de Hojas de Vida, curso de seguridad industrial al personal,

en cuantía de TRES MILLONES DE PESOS M.C. (\$3.000.000), o en su defecto lo que resulte probado en dictamen pericial rendido por expertos auxiliares de la Justicia, nombrados con tal finalidad.

QUINTA. Se condene al pago de los intereses moratorios sobre la cantidad que resulte de la condena del punto anterior, desde la fecha en que se hayan efectuado los respectivos pagos, hasta cuando efectivamente se realice la cancelación de la obligación.

SEXTA. Que se actualice la indemnización, teniendo en cuenta la devaluación del peso colombiano frente al Dólar, en la tabla certificada por el Banco de la República, desde la ejecutoria de la sentencia, hasta el momento de la cancelación total de la obligación, según el plazo que la ley señala, mas el pago de los intereses determinados en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

#### PETICION SUBSIDIARIA.

En subsidio, solicito se condene a la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES 'TELECOM', a pagar al CONSORCIO demandante, la suma de OCHENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS DIEZ PESOS CON 40/100 M.CTE (\$89.599.910,40) valor de la CLAUSULA PENAL PECUNIARIA, determinada en el pliego de condiciones y ratificada en el contrato. (...)"

## **1.2. Hechos**

Como fundamento de las pretensiones, la parte actora expuso, en resumen, los siguientes hechos:

1. En 1990, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, abrió la Licitación Pública 066 para la contratación de los servicios de aseo en las instalaciones de la Administración Central de la empresa en la ciudad de Bogotá.
2. En la anterior licitación, el consorcio demandante presentó la mejor oferta, en cuanto a precio, calidad de servicio, solvencia económica, experiencia y equipo.
3. La anterior licitación, fue ilegalmente declarada desierta, para favorecer a la firma M.A.S. S.A., que desde hace más de 20 años monopoliza la prestación del servicio de aseo en la entidad demandada.

4. TELECOM abrió otra licitación "restringida", invitando a varias firmas a cotizar el servicio, mediante oficio del 29 de julio de 1991, al que adjuntó el respectivo pliego de condiciones.
5. En este procedimiento de selección, se presentaron y quedaron clasificadas 7 firmas, entre ellas el consorcio demandante y la firma M.A.S. S.A.
6. La sociedad M.A.S. S.A., presentó una oferta que valía \$ 67'045.293 más que la presentada por el CONSORCIO CONTINENTAL DE ASEO "C" CONAMARO".
7. TELECOM, vencido inclusive el plazo para adjudicar, modificó las condiciones del pliego, suprimiendo el numeral 2.5, para que M.A.S. S.A. pudiera modificar y mejorar su oferta económica.
8. Como consecuencia de lo anterior, la firma M.A.S. S.A. rebajó el precio de su oferta de \$474'707.351, a \$ 447.999.552, a condición de que se le diera un anticipo de \$ 24'000.000.
9. TELECOM modificó nuevamente el pliego de condiciones, eliminando el numeral 2.6. relativo a la forma de pago, y así permitir el pago de anticipos, para favorecer a M.A.S. S.A.
10. Como de todos modos la oferta de M.A.S. S.A. seguía siendo más alta que la del consorcio demandante, TELECOM resolvió adjudicarle alegando razones de liquidez y experiencia acreditada, cuando de los cuadros comparativos de las ofertas se desprende que el consorcio demandante tenía mucha mayor liquidez y experiencia en otros contratos que aquella firma, así como solvencia económica, organización y equipo.
11. Por la anterior adjudicación, el 20 de enero de 1992, le fue devuelta al Consorcio demandante, la garantía de seriedad de la oferta.
12. El representante legal de M.A.S. S.A., no tenía autorización para comprometer a la sociedad por más de \$120.000.000, según el concepto jurídico de la misma entidad demandada; además, el contrato no fue adjudicado por el jefe del organismo, sino por el Secretario General.

### **1.3. Normas violadas y concepto de la violación:**

En la demanda se adujo la violación de los artículos 209 de la Constitución Política, 33 y 34 del Decreto Ley 222 de 1983, y las normas del pliego de condiciones.

Se explicó que mediante el acto acusado se favoreció el interés particular de la firma M.A.S., y no el interés general, al servicio del cual debe estar la función administrativa, ya que su propuesta superaba en más de \$67'000.000 a la presentada por el consorcio demandante y que además, fueron vulnerados los principios de la función administrativa, de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Adujo así mismo, que el acto acusado no se basó en un motivo justo y legal, ni mira al interés general, pues la LIQUIDEZ de la favorecida con la adjudicación no era un factor de selección determinante, a la luz de lo establecido en el artículo 33 del Decreto 222 de 1983 y además, la seleccionada pidió un anticipo para amortizarlo por cuotas a lo largo del contrato, lo que no demuestra precisamente un exceso de liquidez; según la demandante, en la evaluación de las ofertas no se tuvieron en cuenta en forma rigurosa los criterios legales de adjudicación, contemplados en este artículo 33, especialmente el del precio, la solvencia económica, la capacidad técnica y el equipo del oferente, en este caso del demandante, que ocupaba el primer lugar.

Se violó el artículo 34 del Decreto Ley 222 de 1983, porque esta norma ordena que la adjudicación sea efectuada por el jefe de la entidad mediante resolución motivada, y en el presente caso, la efectuó el Secretario General, a través de un simple oficio dirigido a la firma M.A.S. S.A., que es el acto acusado.

Finalmente consideró el demandante que se violaron las normas del Pliego de Condiciones de la licitación restringida, al modificarlo para suprimir las condiciones de los numerales 2.5 y 2.6, después de abierta la urna y de conocidas las propuestas, con el único propósito de favorecer a la firma M.A.S. S.A. con la adjudicación del contrato.

### **2. Actuación Procesal.**

2.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda mediante providencia del 3 de julio de 1992, que fue notificada a la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM mediante aviso del 2 de octubre de 1992, y a la firma M.A.S. S.A., el 17 de noviembre del mismo año (fls. 389 y 396, c. ppal).

2.2. En oportunidad, la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM contestó la demanda mediante escrito en el que se opuso a las pretensiones, reconoció como ciertos algunos hechos pero negó otros; sostuvo que la Licitación 066 de 1990 tuvo que declararse desierta porque sólo hubo 2 ofertas, y la ley exigía que hubiera al menos 3; también afirmó que por autorización de la ley, lo que se adelantó a continuación fue un procedimiento de contratación directa, que es más elástico que el de la licitación pública, y que se le adjudicó a la firma M.A.S. S.A., por ser la oferta que mayores ventajas y menor costo presentó; sostuvo que no era cierto que el representante legal de M.A.S. S.A. no estuviera autorizado para la contratación, ni que el Secretario General de TELECOM no tuviera competencia para celebrar el contrato, pues mediaban unos actos administrativos de delegación por parte del Presidente de la Empresa.

Por otra parte, afirmó que en cambio la actora, no cumplió con algunos requisitos mínimos exigidos, como el paz y salvo del SENA y el certificado de constitución y gerencia de la sociedad CONTIASEO, una de las integrantes del consorcio demandante, información esta última que era indispensable, para establecer los límites de las facultades del representante legal para celebrar actos y contratos, y la capacidad económica de la empresa.

Adicionalmente, propuso la excepción de *“inexistencia de las obligaciones alegadas por la parte actora.”* (fls. 397 a 401, cdno. ppl).

### **3. La Sentencia del Tribunal.**

Mediante sentencia del 12 de febrero de 1998, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió en la forma ya enunciada, es decir declarándose inhibido para pronunciarse sobre la pretensión tercera y negando las demás, por cuanto de un lado, consideró que el concepto previo a la adjudicación de un contrato no constituye un acto administrativo y por lo tanto no es demandable; y de otro lado,

consideró que si bien estaba acreditado que Telecom había variado los términos de la invitación a cotizar, esa modificación fue dada a conocer a todos los proponentes, quienes la aceptaron y los que quisieron presentaron oferta alternativa, entre ellos el demandante, lo cual constituyó un nuevo llamado a cotizar que fue aceptado por éste y la adjudicación se hizo teniendo en cuenta todas las ofertas; consideró que, *“En consecuencia no es razonable pretender anulación del acto administrativo de adjudicación de un contrato, cuando el fundamento para hacerlo concierne a la modificación de la solicitud administrativa, cuando ésta fue aceptada por el oferente vencido”*.

Por otra parte, no encontró probada la falta de competencia aducida en la demanda para proferir los actos acusados, puesto que el Secretario General de la entidad estaba investido, por delegación que hiciera el Presidente de la misma, de la potestad de adjudicar los contratos, como tampoco la aludida falsa motivación, puesto que si bien la demandante presentó la oferta con el más bajo valor, la favorecida con la adjudicación obtuvo el mejor puntaje integral y *“...contó a su favor con la cualificación de dos hechos relativos a la experiencia y liquidez”*.  
(fls. 594 a 623, cdno. ppal).

#### **4. Recurso de Apelación.**

Fue interpuesto oportunamente por la parte actora - y concedido por auto de 21 de mayo de 1998 (fls. 625, 627 Y 632 c. ppal) - , quien adujo que las pruebas aportadas no fueron valoradas en debida forma, toda vez que ellas son demostrativas de la adjudicación ilegal que se produjo luego de cambiar las reglas de selección para favorecer a uno de los proponentes, con detrimento del derecho del **Consorcio Continental de Aseo y Mantenimiento Contiaseo y Fumisol (C CONAMARO)** a ser favorecida con la adjudicación del contrato, por haber obtenido la mayor calificación en cuanto a precio, calidad del servicio, maquinaria a utilizar, solvencia económica, personal capacitado, experiencia en contratos anteriores y demás condiciones exigidas en el pliego de condiciones de la licitación; no se tuvo en cuenta el hecho de que la entidad contratante favoreció indebidamente al contratista que llevaba más de 18 años ejecutando el servicio sin permitir el acceso a otras firmas.

#### **5. Actuación en segunda instancia**

5.1. El recurso de apelación se admitió mediante providencia del 1º de julio de 1998 y por auto del 31 de agosto siguiente, se dispuso el traslado para alegatos finales, oportunidad en la cual la parte actora intervino reiterando los argumentos expuestos en su recurso de apelación y la entidad demandada, **Telecom**, presentó escrito en el que insistió en la legalidad de la adjudicación del contrato que se cuestiona, puesto que si bien se suprimieron dos ítems de la solicitud de cotización, esta circunstancia fue informada a todos los participantes, que tuvieron oportunidad de ajustar sus ofertas y presentar alternativas, siendo la más conveniente la que resultó favorecida con la adjudicación (fls. 635, 637, 639 y 643, cdno. ppl).

## 5.2. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público presentó concepto en el cual solicitó la confirmación del fallo recurrido, por cuanto consideró que en el plenario no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto de adjudicación demandado; en primer lugar, observó que dicho acto no se produjo como resultado de una licitación pública o privada, sino de un procedimiento de contratación directa que se adelantó como fruto de la declaratoria de desierta de la licitación, en ejercicio de la autorización impartida por el num. 4º del artículo 43 del Decreto 222 de 1983, procedimiento que es más expedito y sencillo y que no exige por lo tanto la existencia de un pliego de condiciones, aunque la entidad puede elaborar unos “términos de referencia” en los que efectúe la descripción del objeto contractual e indique los requisitos mínimos de participación y de calificación de las cotizaciones; a juicio de la Delegada, la modificación que se hizo a la solicitud de cotización no significó violación de norma alguna ni vició el procedimiento de selección, pues fue comunicada a todos los proponentes y éstos tuvieron oportunidad de ajustar sus ofertas a las nuevas condiciones.

Por otra parte, observó que en la solicitud de cotizaciones la entidad advirtió que el menor precio no sería criterio de obligatoria adjudicación y que en la evaluación de las ofertas, se constató que la favorecida con la adjudicación acreditó mayor experiencia que la demandante, por lo que no resultaba cierta su afirmación en el sentido de que había presentado la mejor oferta.

Finalmente, la Delegada consideró que la adjudicación no se produjo por el Secretario General de la entidad demandada, quien se limitó simplemente a

comunicar a los oferentes dicha decisión (fls. 650 a 664, cdno ppl).

5.3. La señora Consejera Doctora **Myriam Guerrero de Escobar**, manifestó su impedimento para conocer del presente asunto, por hallarse incurso en la causal del numeral 2º del artículo 150 del C.P.C. modificado por el numeral 88 del artículo 1º del Decreto 2288 de 1989, toda vez que en su calidad de magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y como integrante de la Sala de Decisión, participó en la discusión y aprobación del fallo de primera instancia (fl.689, cdno ppl).

5.4. Mediante Auto del 26 de febrero de 2008, la Sala aceptó el impedimento presentado por la Consejera Myriam Guerrero de Escobar (fl. 692, cdno ppl).

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

*La Sala confirmará la Sentencia apelada, con fundamento en las siguientes consideraciones, en las que luego de establecer la competencia de esta Corporación para decidir el asunto de la referencia, se analizará i) la representación de la parte actora, ii) el acto o actos administrativos demandados y iii) los cargos aducidos en su contra, con fundamento en el régimen jurídico aplicable para su expedición.*

### **I- Competencia.**

El Consejo de Estado es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en proceso de doble instancia<sup>1</sup>, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del C. C. A., modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

### **II - La representación judicial del consorcio:**

---

<sup>1</sup> Al efecto cabe tener en cuenta que el actor estima que se le causaron perjuicios en la modalidad de lucro cesante, que ascienden al monto de \$ 160'785.360, suma superior a la exigida a la fecha de la presentación de la demanda (25 de marzo de 1992) para que el proceso tuviera vocación de doble instancia (\$ 1.570.000, para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho).

Al margen de la discusión sobre la posibilidad de que los consorcios y uniones temporales acudan a los procesos judiciales como parte demandante o demandada, por tener o no capacidad procesal<sup>2</sup>, se observa que en el presente caso, los miembros del CONSORCIO CONTINENTAL DE ASEO Y MANTENIMIENTO Y CIA LTDA C “CONAMARO” le otorgaron poder a uno de ellos para ser representados judicialmente y fue en virtud de tal poder que se constituyó apoderado para iniciar el presente proceso, como se explica a continuación.

El poder para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de **Telecom**, y a nombre del CONSORCIO CONTINENTAL DE ASEO Y MANTENIMIENTO Y CIA LTDA C “CONAMARO”, conformado por CONTIASEO LTDA, FUMISOL y RAFAEL ANIBAL MARTINEZ SALAMANCA, fue otorgado por este último, quien alegó su condición de representante del mencionado consorcio (fl. 1, cdno ppl).

Al respecto, se observa que el demandante CONSORCIO CONTINENTAL DE ASEO Y MANTENIMIENTO Y CIA LTDA C “CONAMARO”, está conformado por: a) La sociedad CONTINENTAL DE ASEO Y CIA LTDA; b) el señor ISRAEL RODRIGUEZ BUITRAGO, propietario del establecimiento de comercio denominado FUMISOL y c) el señor RAFAEL ANIBAL MARTINEZ SALAMANCA, que fue quien presentó la demanda en representación del consorcio (fls. 78, 79 y 80, cdno. ppl).

Según documento suscrito por el representante legal de la sociedad CONTINENTAL DE ASEO Y CIA LTDA. –WILSON GERARDO GOMEZ - y los señores RODRIGUEZ y MARTINEZ el 30 de enero de 1992, le fue conferido poder al señor RAFAEL ANIBAL MARTINEZ SALAMANCA y fue autorizado “...en forma conjunta, solidaria y mancomunada...” para que como “...representante legal del consorcio, pueda INCOAR O INICIAR ACCIONES JUDICIALES, TRANSIGIR JUDICIAL O EXTRAJUDICIALMENTE, LAS CONTROVERSIAS QUE SE

---

<sup>2</sup> Para la Sala, los consorcios y uniones temporales “...no pueden constituirse como sujetos procesales, pues se tratan (sic) de unas figuras reguladas por el derecho sustancial y en el que el grupo no tiene capacidad para ser parte procesal, por cuanto quienes detentan esa capacidad son las personas naturales o jurídicas que lo integran, en virtud del negocio jurídico bilateral o plurilateral que les da origen. Por consiguiente, de comparecer en juicio como demandante o demandados, tal calidad la tendrán sus integrantes y no el consorcio o unión temporal”, sin descartar la posibilidad de que cada miembro del consorcio o unión temporal le otorgue expresamente poder a uno de ellos para que los represente judicialmente. Sentencia del 15 de agosto de 2007, Expediente AP 5632.

*PRESENTEN POR RAZON DE LA ADJUDICACION DE CONTRATOS Y CONCILIACIONES JUDICIALES O EXTRAJUDICIALES, así como CONTRATAR PROFESIONALES DEL DERECHO, PARA QUE REPRESENTEN JUDICIAL O EXTRAJUDICIALMENTE AL “CONSORCIO CONTINENTAL DE ASEO LTDA al igual que conferir PODERES ESPECIALES CON TODAS LAS FACULTADES LEGALES QUE SE REQUIERAN” (fl. 81, cdno ppl).*

De acuerdo con lo anterior, es claro entonces, que quien presentó la demanda a través de apoderado debidamente constituido, es decir el señor RAFAEL ANIBAL MARTINEZ SALAMANCA, tenía facultad para representar judicialmente a los otros dos miembros del consorcio C CONAMARO y para otorgar en su nombre, los poderes que fueran necesarios para la actuación procesal requerida.

### **III- Las pretensiones.**

#### **3.1. El acto o actos administrativos demandados:**

La demanda fue presentada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de los siguientes actos:

- “Oficio No. 003383, del 13 de diciembre de 1991”, mediante el cual la Secretaría General de **Telecom** adjudicó el contrato de servicio de aseo para la Administración central de la entidad, a la firma M.A.S. S.A.
- Acto administrativo contenido en la decisión de la Junta Directiva de **Telecom**, adoptado en sesión del 12 de diciembre de 1991, Acta No. 1604, en la cual se autorizó al Presidente de la entidad para que celebrara el contrato de aseo con la referida firma.
- Acto administrativo contenido en la decisión del Comité Nacional de Adjudicaciones de **Telecom**, adoptado en la sesión del 3 de diciembre de 1991, Acta No. 1261, en la parte que recomienda la adjudicación y celebración del contrato con la firma M.A.S. S.A. por razones de liquidez y experiencia.

Todos los anteriores, constitutivos según el demandante, del “*ACTO ADMINISTRATIVO SEPARABLE DEL CONTRATO, mediante el cual se adjudicó el contrato a la firma ‘M.A.S. S.A.’*”.

Sin embargo, considera la Sala que no todos los que menciona el demandante, corresponden a verdaderos actos administrativos.

En efecto, como es bien sabido, el acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad proferida en ejercicio de función administrativa y que crea, modifica o extingue una situación jurídica; es decir, que se trata de una decisión obligatoria, tomada por quien ejerce función administrativa y que produce transformaciones en derecho; y entre los actos demandados, sólo existe uno con tal naturaleza, que es aquel mediante el cual la entidad demandada adjudicó un contrato administrativo.

En relación con el **Oficio 003383 del 13 de diciembre de 1991** (fl. 19, cdno ppl), se observa que mediante el mismo, lo único que hizo la Secretaria General de **Telecom**, fue comunicarle al Gerente de la firma M.A.S. S.A., que la Junta Directiva había emitido **concepto favorable al Presidente** para celebrar con ella el contrato de prestación del servicio de aseo para las instalaciones de la Administración Central de la entidad; es decir, que dicho oficio no contiene decisión alguna, simplemente se limitó a poner en conocimiento de la persona interesada, lo resuelto por el órgano directivo; por lo tanto, no se trata de un acto administrativo que sea demandable ante esta jurisdicción.

Por otra parte, la recomendación del Comité Nacional de Adjudicaciones de **Telecom**, contenida en el **Acta No. 1261 del 3 de diciembre de 1991**, tampoco constituye un acto administrativo, en la medida en que no se trata de una decisión obligatoria, tan sólo de un concepto sobre la favorabilidad de la contratación con un determinado proponente, que a su juicio presentó la oferta que resultaba más conveniente para la entidad, conclusión a la que llegó este órgano consultivo de la entidad, luego de llevar a cabo la evaluación de todas las ofertas presentadas dentro del procedimiento de selección del contratista.

El comité, **recomienda**; su concepto no es obligatorio, puesto que de serlo, se le estaría trasladando a este organismo la competencia para la adjudicación de los

contratos, que está radicada en el representante legal de la entidad o en la autoridad en quien aquel, debidamente autorizado para ello, delegue tal función.

A tal punto es esto cierto, que la recomendación del comité de licitaciones o comité evaluador, no obliga al director, gerente o presidente de la entidad, a adjudicar el contrato a la oferta que aquel propone como la más conveniente, puesto que bien puede el representante legal, en forma justificada, separarse de tal recomendación, caso en el cual, obviamente, deberá explicar en el acto mismo de adjudicación, las razones que lo condujeron a tomar una decisión que se aleja del concepto emitido por aquel comité y que fue resultado de la evaluación de las distintas propuestas, con fundamento en los factores de calificación y ponderación previamente establecidos por la Administración para ello en el respectivo pliego de condiciones.

Volviendo al presente caso, la recomendación contenida en el Acta No. 1261 del Comité Nacional de Adjudicaciones, tampoco constituye un acto administrativo sujeto a control judicial.

Finalmente, se observa que la decisión de adjudicar el contrato, que es la que realmente se está cuestionando en la demanda, fue tomada por el Presidente de **Telecom** previa recomendación del Comité Nacional de Adjudicaciones y concepto favorable de la Junta Directiva de la entidad, que en la sesión del 12 de diciembre de 1991, lo autorizó para contratar con la firma M.A.S. S.A., que fue por lo tanto la seleccionada entre todas las que presentaron cotizaciones con miras a obtener la adjudicación del respectivo contrato de prestación de servicios de aseo para varias instalaciones de la sede central de la entidad en Bogotá.

La autorización impartida por la Junta Directiva de **Telecom**, tiene su fundamento en lo dispuesto por el artículo 251 del Decreto Ley 222 de 1983, que se refiere a la competencia de los organismos descentralizados para la celebración de contratos y conforme al cual *“Los contratos de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, se adjudicarán y suscribirán por el respectivo gerente, director o presidente, conforme a lo dispuesto en sus normas orgánicas y estatutarias. Previamente las juntas o consejos directivos deberán conceptuar favorablemente respecto de la adjudicación de los contratos que el correspondiente reglamento determine”*. (Las negrillas son de la Sala).

Conforme a lo dispuesto por los Estatutos de **Telecom**<sup>3</sup> vigentes para la época de la adjudicación aquí cuestionada, la Junta Directiva de la entidad tenía dentro de sus funciones *“Autorizar previamente la celebración de contratos y/o emitir concepto favorable para la adjudicación de licitaciones, según el caso, respecto de los negocios cuya cuantía exceda la suma de dinero equivalente a ciento sesenta (160) salarios mínimos anuales”* [lit. j) del art. 16]; y el Presidente de la entidad, tenía entre sus funciones, la de *“Celebrar los contratos y ejecutar los actos comprendidos dentro del objeto de la empresa, de acuerdo, en cada caso, con las disposiciones legales y estatutarias vigentes. Cuando su cuantía exceda la suma de dinero equivalente a ciento sesenta (160) salarios mínimos anuales, requerirá la autorización previa de la Junta Directiva”* [lit. b) del art. 25].

La disposición legal en cuestión –art. 251, Decreto 222/83 - es clara, al indicar que el llamado a efectuar la adjudicación de los contratos es el representante legal de la respectiva entidad, constituyendo la exigencia del concepto previo favorable de otro órgano administrativo, un requisito de validez de la respectiva decisión administrativa.

Sobre la autorización administrativa en general, ha dicho la doctrina<sup>4</sup>:

*“La autorización puede definirse como el acto de la administración que habilita a una persona física o jurídica, privada o pública, para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente. Supone, pues, un poder o derecho anterior, cuyo ejercicio está subordinado a la obtención previa de un acto habilitante de la administración, que remueve el obstáculo jurídico establecido por el derecho objetivo.*

(...)

Las autorizaciones pueden otorgarse tanto a particulares como a personas públicas. En el primer caso la exigencia de la autorización responde generalmente a necesidades de policía, en sentido amplio; en el segundo, a razones de contralor administrativo, sobre todo respecto

---

<sup>3</sup> Los Estatutos de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones **Telecom**, estaban contenidos en la Resolución No. JD-001 del 19 de junio de 1969, de su Junta Directiva (aprobados por Decreto 1184 del 21 de julio de 1969, Diario Oficial No. 32855 del 13 de agosto de 1969) y fueron reformados, entre otros, por la Resolución JD-0080 del 6 de diciembre de 1990, de la misma Junta, reforma aprobada mediante Decreto 3088 de 1990, Diario Oficial No. 39.610, de 24 de diciembre de 1990.

<sup>4</sup> SAYAGUES LASO, Enrique; Tratado de Derecho Administrativo. T. I, 8ª ed., reimpresión 2004; Clásicos Jurídicos Uruguayos. Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay. Pg. 416

de los órganos y entes descentralizados. Habilitan indistintamente para desarrollar una actividad jurídica o una actividad material.

El acto de autorización es unilateral, aunque se dicta a instancia del interesado. Es también necesariamente previo al acto o hecho que realizará la persona autorizada. Esto lo diferencia claramente de la aprobación. Además, como simplemente habilita para realizar un acto o hecho o ejercer un derecho, el interesado queda en libertad de decidir si lo realizará o no; el otorgamiento de la autorización no le obliga a ejecutar lo autorizado.

(...)

Si se prescinde de obtener la autorización requerida, el acto o hecho realizado es ilícito y puede dar motivo a la aplicación de las sanciones pertinentes, sin perjuicio de la invalidez del acto”.

En el presente caso, no obra en el plenario escrito alguno –resolución, por ejemplo - contentivo de la mencionada decisión de adjudicación del contrato por parte del **Presidente de Telecom**, no obstante lo cual ella se produjo, toda vez que le fue comunicada al cotizante la determinación de la Junta Directiva del 12 de diciembre de 1991 –autorizando a aquel para contratar con M.A.S S.A. - , y la misma se concretó en la celebración del Contrato de Prestación de Servicios No. 0163 del 23 de diciembre de 1991 con la firma M.A.S. S.A. y que fue suscrito precisamente, por el **Presidente de Telecom** (fl. 38, cdno 1); por lo tanto, el análisis se verificará respecto de los cargos aducidos en la demanda, dirigidos a impugnar la validez de esa decisión de adjudicación, de la cual, la única manifestación previa a la suscripción del contrato, se deduce de la comunicación que le fuera enviada al proponente.

Adujo el demandante que la adjudicación se hizo a favor de una firma que no presentó la oferta más favorable, ya que la suya fue la mejor teniendo en cuenta los factores de calificación establecidos por el artículo 33 del Decreto 222 de 1983; que el acto acusado está viciado además, porque en el procedimiento de selección se modificó ilegalmente el pliego de condiciones; y finalmente, que es ilegal por falta de competencia del Secretario General de la entidad demandada para tomar dicha decisión.

Se trata entonces, del cuestionamiento del acto de adjudicación de un contrato de prestación de servicios de aseo por parte de **Telecom**, por lo cual resulta

necesario analizar, en primer lugar, el régimen jurídico aplicable a tal procedimiento de contratación y en segundo lugar, si a la luz del mismo, se configuró alguno de los cargos aducidos en la demanda contra el acto administrativo acusado.

### **3.2. El régimen de contratación de la entidad demandada.**

Para la época de expedición del acto administrativo acusado, la **Empresa Nacional de Telecomunicaciones –Telecom -** era un establecimiento público nacional, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto Ley 222 de 1983, se hallaba sujeto a las normas de contratación pública en él contenidas.

Dicho estatuto de contratación estatal, establecía como regla general para la selección de los contratistas, la licitación pública, contemplando algunas excepciones en las que se podía efectuar dicha selección a través de la licitación privada o de la contratación directa (art. 29).

El artículo 43 *ibidem*, disponía los eventos en los cuales se podía prescindir de la licitación o concurso, es decir, que se podía contratar directamente; y entre estos casos, el numeral 4º enunció a los contratos de prestación de servicios, regulados en el Capítulo 11 del Título VIII *ibídem*.

En dicho Capítulo, artículo 163, se definió el contrato de prestación de servicios, como aquel “...celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta”; y en su artículo 164, se refirió a “...las clases de contratos de prestación de servicios”, enunciando como tal, entre otros, el de “aseo”.

Es claro entonces, que en virtud del objeto del contrato que pretendía celebrar **Telecom** y que era la prestación del servicio de aseo en las instalaciones de la Administración central de la entidad, para la escogencia del contratista no era legalmente necesario adelantar una licitación pública, puesto que la ley autorizaba a la entidad para realizar la contratación en forma directa.

Eso fue precisamente lo que la entidad hizo en el presente caso, luego de solicitar las cotizaciones que consideró necesarias para ello, con el fin de seleccionar la propuesta que resultara más conveniente; al respecto, obra en el plenario oficio dirigido por el Jefe de la División de Estudios y Conceptos Jurídicos el 13 de noviembre de 1991 al Vicepresidente Financiero de la entidad, en el cual de manera expresa le manifiesta que el procedimiento que se está adelantando es de contratación directa, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 43 del Decreto 222 de 1983 y observando lo dispuesto por este decreto en los artículos 163 y siguientes en relación, específicamente, con el contrato de prestación de servicios.

Así mismo, le manifiesta que este procedimiento le otorga a la Administración posibilidades más amplias en relación con la selección del contratista y para escoger al que ofrezca mayores ventajas para contratar, “...atendiendo siempre el criterio de conveniencia para la Entidad, y dentro de un marco de negociación libre y amplio para la convergencia de las voluntades” (fl. 66, cdno 2).

### **3.3. La contratación directa.**

Hoy en día, la ley autoriza expresamente a la Administración Pública<sup>5</sup>, y lo hacía anteriormente, cuando se produjo el procedimiento de selección al que se refiere el presente litigio - art. 43, Decreto Ley 222/83 - , para adelantar procedimientos de contratación directa en algunos eventos en los que por razón de la necesidad a satisfacer, o del objeto a contratar, o de los sujetos o las circunstancias especiales de la futura contratación, no resulta conveniente o útil un procedimiento como el licitatorio.

No obstante, tal autorización del legislador, no implica que la contratación pueda en tales casos, efectuarse de manera discrecional, caprichosa o arbitraria por parte del funcionario competente para adjudicar los diferentes contratos que debe adelantar la Administración para el correcto cumplimiento de sus funciones.

En realidad, la contratación directa constituye otro sistema de selección de contratistas, que también debe garantizar que dicha selección sea objetiva y el procedimiento que se emplee para ello, debe ajustarse a los principios que rigen la función administrativa en general, consagrados en el artículo 209 de la

---

<sup>5</sup> Artículo 24, Ley 80 de 1993 y artículo 2, Ley 1150 de 2007

Constitución Política, que establece que “*La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)*” y en el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, en su artículo 3º, conforme al cual las actuaciones administrativas deben desarrollarse con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción.

El ordenamiento jurídico permite acudir al procedimiento de la contratación directa, sólo en aquellos eventos en los que no es posible o conveniente adelantar la licitación pública; es decir, que existen razones justificadas a juicio del legislador, que permiten o conducen a prescindir de aquel mecanismo de selección formal y reglado.

Significa lo anterior, que esa autorización no apunta ni se dirige a eximir a las autoridades estatales del deber de escoger a la propuesta más conveniente para la Administración, ni para permitirles realizar adjudicaciones eminentemente subjetivas, caprichosas, desligadas por lo tanto de la finalidad de toda contratación estatal, que es en últimas la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los cometidos estatales, que sólo se logran mediante la escogencia de la mejor oferta presentada en cualquier procedimiento de selección de contratistas, objetivamente considerada. Al respecto, ha dicho la Sala<sup>6</sup>:

“...la contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas en los casos expresa y taxativamente previstos en la ley (art. 24 N.1 Ley 80 de 1993), pueden celebrar contratos sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, mediante un trámite simplificado, abreviado, ágil y expedito, que debe cumplir los mismos principios que la ley dispuso para el primero.<sup>7</sup>”

La Sala ha recalcado que “...la contratación directa hace más flexible el procedimiento de elección y le da posibilidad a la Administración de que el trayecto de análisis de propuestas sea más ágil...” y que “dicho proceder excepcional surgió como mecanismo para evitar que la administración, en casos expresamente determinados, como cuando la cuantía era mínima, o por urgencia manifiesta o por la misma naturaleza del negocio o de los bienes [sic] que se pretendían adquirir,

---

<sup>6</sup> Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Expediente 25206. y acumulados M.P.: Ruth Stella Correa Palacio

<sup>7</sup> Ver en este sentido: CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Autos de 14 de agosto de 2003, Exp. 22.848, y de 30 de septiembre de 2004, Exp. 26945.

estuviera obligada a someterse a procedimientos largos y dispendiosos y que por el contrario pudiera elegir al contratista rápidamente y satisfacer de manera pronta necesidades apremiantes...”<sup>8</sup>

Por lo tanto, la contratación directa es un procedimiento reglado excepcional y de aplicación e interpretación restrictiva, al cual pueden acudir las entidades públicas para celebrar contratos, en determinados eventos tipificados en la ley, en una forma más rápida, sencilla y expedita para la adquisición de bienes y servicios que por su cuantía, naturaleza o urgencia manifiesta, no precisa ni requiere de los formalismos y múltiples etapas y términos previstos para la licitación pública, aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública”.

Por lo anterior, aún cuando se trate de una contratación directa, la misma debe contar con un procedimiento cierto en el que se respeten el derecho de igualdad de los oferentes, el principio de transparencia y el deber de selección objetiva; debe por lo tanto existir completa información sobre el objeto a contratar, los requisitos mínimos que deben reunir los interesados en presentar cotizaciones, así como los factores de evaluación y calificación de las ofertas que serán tenidos en cuenta por la Administración, con miras a seleccionar la propuesta que resulta más favorable, puesto que para lograr una selección objetiva, se hace necesario

“(…) que por medio de la utilización de ciertos factores evaluadores sea posible elegir la mejor de las propuestas, evitando una contratación sustentada en criterios subjetivos o discrecionales de la Administración. Con su observancia se protege el principio de la igualdad en el tratamiento de las diferentes propuestas y se garantiza la satisfacción del interés de la comunidad.

En dichos eventos lo que hace la entidad contratante, es elaborar una invitación para que le sean presentadas diferentes propuestas, y escogerá la que considere la mejor luego de compararlas entre sí. En la solicitud, deben establecerse ciertos parámetros mínimos de ponderación en forma completa y clara para limitar los ofrecimientos y de esa manera propiciar una selección objetiva. Esa solicitud se encarga de establecer cuales serán los bienes objeto del contrato, lo que se espera de calidad, precio y plazo y qué factores se tendrán en cuenta con su respectiva calificación”<sup>9</sup>.

Se trata entonces, de desterrar cualquier posibilidad de desviar la contratación estatal de los fines propios que la justifican y de los principios que la informan, propendiendo por una escogencia de contratistas objetiva, en la que los factores

---

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 10 de agosto de 2000, Exp.12.964.

<sup>9</sup> Sentencia del 10 de agosto de 2000, ya citada.

de selección estén constituidos por aquellas cuestiones que determinan realmente la mayor o menor calidad del bien, obra o servicio a contratar y que por lo tanto permiten establecer cuál es la oferta más favorable para la Administración, desde el punto de vista técnico y económico, que es lo que realmente importa desde la perspectiva del cumplimiento de los cometidos estatales y la satisfacción del interés general.

### **3.4. El caso concreto:**

De acuerdo con las pruebas aportadas al plenario, se observa que:

3.4.1. El 29 de julio de 1991, **Telecom** envió invitación a cotizar la prestación del servicio de aseo para sus dependencias en la ciudad de Bogotá a las firmas ADMINISTRACIÓN INTERNACIONAL DE ASEO LTDA, MANTENIMIENTO ASEO SERVICIOS MAS S.A., FULLER ASEO Y MANTENIMIENTO LTDA., ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORIAS DE COLOMBIA LTDA., CASA LIMPIA LTDA., CENTRO ASEO LTDA., COLOMBIANA DE ASEO LTDA., MR. CLEAN LTDA., INDUASEO y CONSORCIO CONTINENTAL DE ASEO LTDA., “...con el número de operarios, puestos, horarios, elementos de aseo, maquinaria y demás condiciones estipuladas en la *Solicitud de Cotización*”, la cual debía ser presentada antes de las 4:00 p.m. del 9 de agosto de 1991 (fls. 123 a 132, cdno. 2).

3.4.2. La **Solicitud de Cotización** (fls. 133 y sgtes., cdno 2), es un documento informativo que les fue enviado a los invitados a presentar sus ofertas, similar a un pliego de condiciones –aunque más corto y simplificado - y que contiene la descripción concreta del servicio a contratar, las exigencias requeridas por la entidad a los interesados así como las condiciones de evaluación de las propuestas y los términos del futuro contrato. En cuanto a la evaluación de las ofertas, la invitación a cotizar estableció:

#### “PONDERACION DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACION.

Telecom con base en las evaluaciones técnica, financiera y jurídica, efectuará la adjudicación.

1.14 Telecom se reserva el derecho de adjudicar o no, y de hacerlo total o parcialmente a uno solo o a varios oferentes. Es entendido que la

Empresa no se obliga a adjudicar al proponente que presente propuesta de menor precio y que puede abstenerse de adjudicar, no siendo responsable por los gastos en que hayan incurrido los proponentes al presentar la cotización”.

3.4.3. Según el Acta de Apertura de Urna, del 9 de agosto de 1991, fueron presentadas 7 cotizaciones, por las siguientes firmas (fl. 121, cdno 2):

<u>Nombre firma</u>	<u>Valor oferta</u>
MR. CLEAN LTDA.	713.968.032
FULLER	491.660.976
CONAMARO	407.662.058
INTERASED	437.385.408
ORGANIZACIÓN ASEO Y SERVICIOS	512.853.864
CASALIMPIA	488.109.249
MAS S.A.	474.707.351

3.4.4. El 6 de septiembre de 1991, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones **Telecom**, les envió oficio a todos los invitados a cotizar en el que les informa que eliminó el numeral 2.5 - Parámetros Mínimos Legales - del pliego de la Solicitud de Cotización del 29 de julio de 1991, y les manifestó que “...*por consiguiente el Oferente con la sola presentación de la oferta deja establecido que cumple por lo menos con los parámetros mínimos establecidos por la ley para el reconocimiento de los Derechos Laborales en Colombia*”; por lo anterior, les solicitó confirmar por escrito si mantenían las condiciones de su oferta, o si las modificaban, indicando en este último caso, las modificaciones respectivas (fls. 114 a 120, cdno 2).

El numeral 2.5. de la Solicitud de Cotización, establecía (fl. 140, cdno 2):

#### “2.5 PARAMETROS MINIMOS LEGALES

En la determinación de los costos de cada turno deberán tenerse en cuenta como valor y/o porcentajes mínimos a cotizar los parámetros establecidos por la ley para el reconocimiento de los derechos laborales.

Si por alguna razón la firma utiliza valores y/o porcentajes superiores, debe expresarlo en el cuadro respectivo. Tales valores y/o porcentajes serán los que se utilicen para el cálculo de los reajustes en caso de adjudicación. La oferta que no cumpla con este requisito se considerará incompleta y no se tendrá en cuenta en la evaluación de esta cotización”

3.4.5. Frente a la anterior solicitud, los proponentes consorcio CONTINENTAL DE ASEO LTDA C "CONAMARO", MR CLEAN LTDA., ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORIAS LTDA., FULLER ASEO Y MANTENIMIENTO LTDA. e INTERASED LTDA., respondieron que mantenían su oferta inicial (fls. 105, 106, 107, 111, 112, cdno 2).

3.4.6. A su vez, las firmas M.A.S. S.A. y CASALIMPIA LTDA., presentaron ofertas alternativas (fls. 104, 108 y 109, cdno 2).

3.4.7. El 4 de octubre de 1991, nuevamente **Telecom** se dirigió a los cotizantes, informándoles que una de las firmas presentó una alternativa a la forma de pago inicialmente propuesta y ofreció un descuento a sus precios, razón por la cual les solicitó otra vez, que manifestaran si mantenían las condiciones iniciales de sus ofertas o si las modificaban, caso en el cual, sólo podrían presentar una UNICA OFERTA ALTERNATIVA, relacionada con los puntos señalados: FORMA DE PAGO y DESCUENTOS, y que **Telecom**, al evaluarlas, tendría en cuenta la claridad de lo ofrecido, es decir, que la alternativa sólo podría dar lugar a una sola interpretación, y que además, se reservaba el derecho de aceptarlas o no (fls. 90 a 103, cdno 2).

3.4.8. Frente a la anterior comunicación, la firma M.A.S. S.A., ofreció una rebaja de su oferta inicial, de \$ 474.707.351 a \$ 447.999.552 (incluido IVA) (fl. 87, cdno 2).

3.4.9. Por su parte, el Consorcio demandante, envió comunicación a **Telecom**, en la que manifiesta que ofrece un descuento "...muy especial así: Si 'TELECOM' nos cancela al iniciar el Contrato el valor de los elementos de aseo que se consumirán durante los 24 meses de la vigencia del Contrato que es de DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL PESOS M/CTE (\$ 2.652.000.00) por mes, suma que asciende a un total en los 24 meses a SESENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$ 63.648.000.00) M/CTE, ofrecemos adquirir y entregar a 'TELECOM', todos los elementos comprados con ese dinero, en el momento mismo de iniciar el contrato, lo cual significa una economía de más del 40 / en este rubro para la Empresa Nacional de Telecomunicaciones 'TELECOM', si se tiene en cuenta que el costo de estos elementos aumenta por lo menos el 30 / durante el año de 1992 y nuevamente se aumenta otro 30 / para el año 1993, o sea, una suma cercana a los TREINTA Y

*DOS MILLONES DE PESOS (\$32.000.000.00) M/CTE, dinero que se ahorra 'TELECOM', en el caso de que se nos acepte esta propuesta ALTERNATIVA, en la forma clara como la proponemos (...)*". (fl. 85, cdno 2).

3.4.10. La firma CASALIMPIA LTDA., también presentó oferta alternativa, mientras que INTERASED LTDA. y FULLER ASEO Y MANTENIMIENTO LTDA. reiteraron que mantenían sus ofertas iniciales (fls. 81, 82, 83, cdno 2).

#### **3.4.11. Evaluación de las ofertas:**

Se observa que en la Solicitud de Cotización enviada a los oferentes que presentaron ofertas para la contratación del servicio de aseo de las instalaciones de **Telecom** en Bogotá, no se informó cuáles serían los factores de calificación ni los puntajes y ponderación de los mismos que serían utilizados para evaluar dichas ofertas; tan sólo se manifestó que habría una **evaluación técnica, financiera y jurídica**, sin explicar en qué consistiría cada una de ellas y cómo se llevaría a cabo (fl. 137, cdno 2).

##### **- Evaluación jurídica:**

Sobre los aspectos jurídicos de las ofertas, obra oficio del 9 de septiembre de 1991 de la División de Licitaciones y Contratos y dirigido al Vicepresidente Administrativo (fls. 75 a 78, cdno 2), en el cual se ponen de presente algunas observaciones a las ofertas presentadas:

- En relación con CONAMARO, advirtió que uno de los miembros del consorcio, Contiaseo y Cía Ltda., no anexó el certificado de constitución y gerencia y funciones del gerente; otro de sus miembros, RAFAEL MARTINEZ SALAMANCA, tampoco presentó paz y salvo del SENA y el ICBF y la caja de compensación.

- En cuanto a ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORIAS DE COLOMBIA LTDA., observó que no anexó el paz y salvo del ISS.

- CASALIMPIA LTDA.: No anexó paz y salvo de ICBF.

- MANTENIMIENTO ASEO SERVICIO M.A.S S.A., se observa que según el certificado de existencia y representación, su gerente sólo está facultado para

comprometer a la sociedad hasta por la suma de \$120.000.000 y de ser superior, debe contar con autorización de la junta directiva, que no adjuntó<sup>10</sup>.

- MR CLEAN LTDA.: Constituyó la garantía de seriedad de la oferta por valor inferior al exigido en la Solicitud de Cotización y no anexó paz y salvo del SENA y el ICBF.

- FULLER ASEO Y MANTENIMIENTO LTDA: No anexó paz y salvo del Ministerio del Trabajo y del ICBF a 31 de diciembre de 1990.

No obstante las anteriores observaciones, en oficio del 28 de septiembre de 1991 de la División de Licitaciones y Contratos se dejó consignado que se constató que el Consorcio C CONAMARO cumplió con los requisitos de orden legal, luego de que fue requerido por **Telecom** para que aportara la documentación faltante (fls. 291, 292 y 294, cdno 1; fl. 68, cdno 2).

Por otra parte, en el cuadro general de evaluación, consta que todas las cotizaciones cumplen desde el punto de vista jurídico (fl. 40, cdno 2) y en el Acta No. 1261 del 3 de diciembre de 1991 del Comité Nacional de Licitaciones y Contratos de **Telecom**, se concluyó que *“Jurídicamente, las cotizaciones presentadas cumplen las condiciones legales; sin embargo, por tratarse de una contratación directa, la firma con quien se contrate el servicio deberá allegar los documentos que sean necesarios para la celebración del contrato respectivo”* (fl. 34, cdno 2).

**- Evaluación del precio:**

Según las pruebas allegadas al plenario, se observa que hubo evaluación de los precios ofrecidos por los participantes, que arrojó un cuadro comparativo realizado *“según comunicación de octubre 4/91”*<sup>11</sup>; en dicho cuadro comparativo, aparecen los siguientes precios totales para los 24 meses de duración del futuro contrato (fl. 44, cdno 2):

**CONAMARO**

**\$ 423.968.538,24**

---

<sup>10</sup> Al respecto, observa la Sala que en el folio 16 de la propuesta presentada por MAS S.A., obra esta autorización expedida por la Junta Directiva al representante legal para presentar la oferta y contratar con TELECOM hasta por una suma aproximada de \$ 500 millones de pesos (fl. 216, cdno. 4).

<sup>11</sup> En dicha comunicación, se les solicitó a los oferentes informar si modificaban sus ofertas iniciales o no. (fl. 90 y sgtes., cdno. 2).

INTERASED LTDA	454.886.315,62
ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORES DE COLOMBIA	515.621.060,45
CASALIMPIA LTDA (oferta Inc.)	468.584.878,69
<b>M.A.S S.A.</b>	<b>447.999.552,00</b>
MR CLEAN	741.184.354,56
FULLER	491.660.976,00
CASALIMPIA (alternativa 1)	451.004.040,61
CASALIMPIA (alternativa 2)	449.608.010,34
CASALIMPIA (alternativa 3)	449.608.010,34

**- Evaluación financiera:**

En relación con el estudio económico efectuado a las ofertas, el Jefe de la División de Investigaciones Económicas de **Telecom** presentó informe en el cual hizo observaciones a las distintas ofertas, así (fl. 51, cdno 2):

**“CONAMARO:**

Presenta el sueldo de los supervisores más bajo que el de los operarios. Su Balance General no tiene pasivo corriente. El pasivo que tiene es a mediano plazo y asciende a \$8.000.000; por lo tanto la Empresa ofrece muy buena liquidez.

No obstante lo anterior, si consideramos las obligaciones bancarias exigibles a corto plazo, la situación de liquidez de la empresa es de 9.3284.

Es importante anotar que en este Balance no aparece el rubro de prestaciones sociales.

**INTERASED**

No señala el plazo para cancelación de los pagos. En caso de adjudicación será como lo estipula Telecom.

**ORGANIZACIÓN, SERVICIOS Y ASESORIAS DE COLOMBIA**

El error aritmético correspondiente a un mayor valor de \$ 62.100,00 presentado en su oferta en el rubro de jabón mágico fue corregido, en el Anexo No. 5 y en el Resumen General de Precios.

Su Balance está firmado por un Contador. Sin embargo no indica el número de matrícula, ni anexa fotocopia de la misma. Así mismo, su Balance no se encuentra debidamente discriminado, dificultando su análisis. (...).

**CASALIMPIA LTDA**

En el anexo No. 6 informa la maquinaria a utilizar de acuerdo a las necesidades; sin embargo en la página 74 se contradice ya que en el

total de equipo tiene 21 máquinas, mientras que en el Anexo hace referencia a 83 máquinas. Al respecto debe conceptuar el Area Técnica.

En el Balance coloca las prestaciones sociales una parte en el pasivo corriente \$31.516.722, otra en el pasivo a mediano plazo \$ 56.800.210 y en el pasivo a largo plazo \$ 99.440.743,02. Para nuestro estudio tomamos sólo el valor que aparece en el pasivo corriente.

Si consideramos estas prestaciones exigibles a corto plazo, vemos que el capital de trabajo es \$ 18.639.641,27 y la liquidez 1.0993 lo cual sigue siendo favorable.

#### MANTENIMIENTO, ASEO, SERVICIOS MAS S.A.

Se le hicieron correcciones aritméticas al Anexo No. 5.

En el Balance tiene las prestaciones sociales a largo plazo arrojando un valor de \$14.329.583. sin embargo, si este concepto se toma como exigible a corto plazo, se obtiene como Capital de Trabajo \$ 75.352.523 y como razón de liquidez 1.5807, el análisis que se desprende ellos (sic) sigue siendo favorable.

#### MR. CLEAN

En los Estados Financieros no discrimina la conformación de las cuentas. Para nuestro análisis consideramos: proveedores, cuentas por pagar, retención en la fuente por pagar y prestaciones por pagar en el pasivo corriente.

Se ajustó el Resumen General de Precios, producto de la corrección aritmética del Anexo No. 5 (Cantidades y precios elementos de aseo).

No diligenció el Anexo No. 6 donde TELECOM indica la maquinaria a utilizar, sobre este aspecto debe pronunciarse el Area Técnica.

En ningún sitio se refiere al IVA y el Anexo No. 4 no lo tiene contemplado. En base al Estatuto Tributario, artículo 276 numeral 15, en donde se indica que a partir del 1º de enero /91 los Contratos de Servicio de Aseo realizados con personas jurídicas causan el 4 / de IVA, se le adicionó.

#### FULLER

Conforme a los Estados Financieros el análisis del Capital de Trabajo arroja como resultado \$166.953.390.69. Si consideramos todas las cesantías consolidadas exigibles a corto plazo, la situación de FULLER sigue siendo muy favorable obteniendo los siguientes resultados:

Capital de Trabajo: \$ 130.388.879.69

Liquidez: 2.5895

(...).

#### CASALIMPIA LTDA.

Por oferta inicial se entiende aquella que contempla los valores consignados en la cotización.

Al referirse a la solicitud de aclaración enunciada anteriormente, respondió que se ajusta a la liquidación oficial que para el salario integral haga TELECOM, siempre y cuando esa liquidación supere el valor por ellos liquidado para la totalidad de los servicios requeridos y que la diferencia que arroje dicho ajuste se deduzca de los costos fijos mensuales cotizados por Telecom.

Indica que garantiza que este descuento no será inferior al 20 / de los costos fijos.

Luego remite otra comunicación en donde indica que garantiza un descuento del 20 / en el rubro de costos fijos.

Sus cartas dieron lugar a tres interpretaciones (...).

Es importante aclarar que en los tres casos, no se modificó el precio cotizado por el oferente para los supervisores.

Así mismo hay que resaltar que existe una diferencia muy pequeña al comparar el resultado de los tres últimos métodos utilizados.

#### MANTENIMIENTO ASEO Y SERVICIOS "MAS S.A."

En el evento de que el Comité determine la adjudicación a la firma MAS cabe precisar que esta Compañía presentó una alternativa de pago la cual consiste en conceder un descuento del 5 / sobre el valor total, pero condicionado a la modificación de la forma de pago, en la cual exige un anticipo de \$24.000.000.00 para amortizar \$ 1.000.000.00 de pesos en forma mensual. Para efectos de comparación entre la oferta inicial de MAS y la propuesta alternativa, esta División procedió a comparar estas dos (2) ofertas en valor presente arrojando el siguiente resultado: Valor presente oferta básica \$346.720.044,63, Valor presente oferta alternativa \$334.798.591,21, de lo cual se concluye que es más favorable la alternativa que la oferta inicial.

Sin embargo, es importante precisar que la exigibilidad de pago para 1991 asciende a \$41.790.499 (anticipo \$24.000.000.00 más valor causado en Diciembre/91 \$17.790.499.00) y la disponibilidad presupuestal es de \$27.770.667.00 para 1991.

Como el oferente ofrece el descuento del 5 / sobre el monto total del contrato, el valor absoluto producto de este descuento se aplicó a los elementos de aseo por ser más favorable para Telecom".

- Obra así mismo, el cuadro comparativo en relación con el capital de trabajo y la razón de liquidez, en los siguientes términos:

<b>OFERENTE</b>	<b>CAPITAL DE TRABAJO</b>	<b>RAZON DE LIQUIDEZ</b>
CONAMARO	74.627.000	(1)

INTERASED LTDA	17.802.782	2.1187
ORGANIZACIÓN, SERVICIO Y ASESORIAS DE COLOMBIA	27.386.506.32	1.2588
CASALIMPIA LTDA.	75.098.269.31	
1.5720		
MAS S.A.	190.787.596.00	14.3142
MR. CLEAN	11.075.000.00	1.8004
FULLER	166.953.390.69	1.9781

(1)No tiene pasivo corriente.

- Posteriormente, se analizaron las ofertas alternativas presentadas por CONAMARO y SERVICIOS Y ASESORIAS DE COLOMBIA; luego de explicar la propuesta de la primera de estas firmas<sup>12</sup>, concluyó la entidad que “...*en caso de adjudicación a CONAMARO la alternativa propuesta no mejora la oferta*”. En relación con la de CASALIMPIA LTDA, “...*consistente en el pago de un anticipo del 10 / sobre el valor total del contrato, amortizados en 18 meses en cuotas iguales y sucesivas, ofreciendo un descuento del 4 / sobre la totalidad de la oferta, observamos que en términos de valor presente no es favorable para TELECOM*”; y en cuanto a la propuesta alternativa de ORGANIZACIÓN, SERVICIOS Y ASESORES DE COLOMBIA, que ofreció un descuento del 3 / para pago a los 30 días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro, cuando en la solicitud de cotización se anunció un plazo para el pago de 60 días, “...*TELECOM obtendría un descuento en valor presente de \$2.749.594,15, el cual beneficiaría a la Empresa*”. Y concluyó que, “**En resumen la oferta más favorable desde el punto de vista económico corresponde a la presentada por CONAMARO**”. (fls. 42 y 43, cdno 2).

- En el Acta No. 1261 del Comité Nacional de Licitaciones y Contratos de **Telecom**, del 3 de diciembre de 1991, se consignó, finalmente, que “*De acuerdo con los conceptos Técnico y Económico, las cotizaciones cumplen las condiciones*

<sup>12</sup> Que como ya se vio, consistió en que Telecom les cancelara al iniciar el contrato el valor de los elementos de aseo que se consumirían durante los 24 meses de su duración –para un total de \$63.648.000-, así el consorcio los compraría todos de una vez, con lo cual la entidad se ahorraría el aumento anual del costo de esos elementos haciendo un ahorro cercano a \$32'000.000. (fl. 85, cdno 2).

solicitadas por la Empresa. (...) Las firmas disponen de todos los medios necesarios para la prestación de un servicio eficiente". (fl. 34, cdno 2).

**- Evaluación técnica:**

Según cuadro comparativo elaborado por la entidad, sólo se verificó si las distintas ofertas **cumplían** con los requisitos de orden técnico exigidos en la solicitud de cotización, concluyendo que **todas**, efectivamente, cumplían con los mismos, pero no se otorgaron puntajes ni se estableció un orden de favorabilidad de las ofertas (fls. 63 y 64, cdno 2).

**- Experiencia:**

En la Solicitud de Cotización, en el numeral 1.9., se estableció que las propuestas debían incluir una serie de documentos, entre los cuales se hallaba exigido en el literal f): *"Prueba de la idoneidad profesional del oferente que podrá acreditarse con certificaciones relacionadas con trabajos anteriores, experiencia, realizaciones y demás documentos que estime pertinentes, del año 1985 o mayor"*. (fl. 136, cdno 2).

Y en el numeral 3.9, exigió: *"El proponente deberá adjuntar fotocopia autenticada de los contratos celebrados a partir del año 1985; así mismo, deberá adjuntar las certificaciones de la prestación de dichos contratos, las cuales deberán contener la siguiente información sin la cual no será tomada en cuenta: a) fecha de expedición: deberá ser igual o subsiguiente a la fecha de la presente solicitud de cotización. b) debe ser expedida con destino a Telecom, haciendo referencia a la presente cotización c) sobre contratos ejecutados a partir de año 1985 o actualmente en ejecución, deberá informarse: número de operarios contratados. valor total del contrato. d) la certificación deberá expresar claramente la evaluación del servicio prestado en los siguientes términos: bueno, regular, o deficiente. e) la certificación deberá ser expedida en papel membreteado de la firma donde se prestó o presta el servicio; así mismo, incluirá nombre, cargo, firma y sello de quien la expide. NOTA: Telecom se reserva el derecho de verificar la información suministrada"*. (fl. 142, cdno 2).

Los cotizantes presentaron certificaciones de experiencia, así:

- CASALIMPIA LTDA.	26 (fls. 173 a 199, cdno 2).
- FULLER ASEO Y MANTENIMIENTO LTDA	3 (fls. 288 a 290, cdno 2).
- MR. CLEAN LTDA.	4 (fls. 357 a 397, cdno 2)
- C CONAMARO	5 (fls. 229 a 237, cdno ppl).
- M.A.S. S.A.	4 (fls. 239 a 264, cdno 4).
- ORGANIZACION SERVICIOS Y ASESORIAS DE COLOMBIA LTDA	3 (fls. 92 a 102, cdno 3).
- INTERASED LTDA	5 (fls. 227 a 270)

**3.4.12.** El Comité Nacional de Licitaciones y Contratos de **Telecom**, según consta en **Acta No. 1261 del 3 de diciembre de 1991** (fl. 108, cdno 4), concluyó que

*“Jurídicamente, las cotizaciones presentadas cumplen las condiciones legales (...).”*

*“De acuerdo con los conceptos Técnico y Económico, las cotizaciones cumplen las condiciones solicitadas por la Empresa”.*

*“Las firmas disponen de todos los medios necesarios para la prestación de un servicio eficiente”.*

Y concluyó:

“El Comité, analizados los estudios presentados y oídas las explicaciones del doctor García - Herreros, emite concepto favorable para contratar con la firma M.A.S. S.A., la prestación del servicio de aseo para la Administración Central, Oferta Alternativa II, teniendo en cuenta tanto la razón de liquidez de la firma, como la experiencia acreditada (...).”

**3.4.13.** Por su parte, la Junta Directiva de **Telecom**, según **Acta No. 1604 del 12 de diciembre de 1991**, concluyó sobre esta contratación (fl. 98, cdno 4):

“La Junta Directiva después de analizar las propuestas presentadas y teniendo en cuenta la recomendación del Comité Nacional de Licitaciones, autorizó al Presidente para contratar el servicio de aseo en la Administración Central de TELECOM, con la firma MAS S.A., Oferta Alternativa II, toda vez que la oferta que presenta un precio inferior (CONAMARO) no acredita la suficiente experiencia que se requiere

para celebrar el contrato, dada la magnitud del Servicio y el número de dependencias donde debe ser prestado; la firma MAS S.A. acredita suficiente experiencia no sólo en otras dependencias, sino también con TELECOM a quien le ha prestado un eficiente servicio”

Y estableció los términos generales de contratación:

Valor: \$ 447.999.552 (por dos años).

Duración del contrato: 2 años.

Número de operarios: 151.

Forma de pago: Por mensualidades vencidas, previa presentación de la cuenta de cobro a la cual se deberá adjuntar la relación de los servicios prestados con los valores correspondientes a cada turno y constancia expedida por el funcionario que ejerza la supervisión del contrato; las cuentas se cancelarían dentro de los 60 días siguientes a su presentación.

Se advierte por la Sala, que no se incluyó la entrega de anticipo alguno.

### **3.5. Los cargos.**

#### **3.5.1. Falta de competencia.**

La parte actora adujo como causal de nulidad del acto de adjudicación del contrato para la prestación del servicio de aseo en las dependencias de **Telecom** en Bogotá, la falta de competencia del Secretario General de la entidad para adjudicar el contrato.

Este cargo fue dirigido en contra del Oficio No. 003383 del 13 de diciembre de 1991, “...mediante el cual la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, por medio de la Secretaría General, ADJUDICO el contrato de servicio de Aseo (...)”.

Sin embargo se observa que, tal y como ya lo estableció la Sala, la adjudicación no se produjo a través del referido oficio, ni fue el Secretario General de la entidad el que la decidió, pues simplemente se limitó a comunicar al favorecido la autorización que impartió la Junta Directiva de la entidad al Presidente de la misma, para que procediera a contratar con la firma M.A.S. S.A., lo que significa que, con dicha autorización o aprobación previa, fue precisamente el

representante legal de **Telecom**, quien resolvió adjudicar dicho contrato, siendo éste el funcionario competente para ello, conforme a lo dispuesto por el artículo 251 del Decreto Ley 222 de 1983.

Al respecto, se observa que, conforme a lo dispuesto en los Estatutos de **Telecom** vigentes para la época de los hechos, reformados por la Resolución No. 1057 del 15 de febrero de 1991, el Presidente de la entidad delegó la facultad de celebrar contratos en algunos eventos, entre los cuales, cobran importancia en el presente caso, los siguientes, contemplados en el artículo 1º de la referida resolución (fl. 12, cdno 4):

“d. En el Vicepresidente Administrativo, hasta por el equivalente a CIENTO TREINTA (130) SALARIOS MINIMOS LEGALES ANUALES, los contratos, negocios u obligaciones correspondientes a todo lo relacionado con la administración y funciones de su área.

e. En el Secretario General, hasta por el equivalente a CUARENTA (40) SALARIOS MINIMOS LEGALES ANUALES, los contratos, negocios u obligaciones correspondientes a pago de tasas, contribuciones y multas; avisos, publicaciones y suscripciones; gastos notariales, de registro y judiciales”.

Resulta evidente entonces, que el Secretario General de la entidad no tenía competencia para adjudicar y celebrar contratos como el que fue objeto de la solicitud de cotización a la que se refiere el acto administrativo acusado, puesto que la delegación a favor de este funcionario, se refería exclusivamente a contratos y obligaciones relativos a pago de tasas, contribuciones y multas; avisos, publicaciones y suscripciones; gastos notariales, de registro y judiciales; esto corrobora el aserto de que fue el Presidente de **Telecom** quien adjudicó el contrato de aseo, y el Secretario General se limitó a poner en conocimiento de M.A.S. S.A. lo resuelto por la Junta Directiva.

En consecuencia, el cargo no prospera.

### **3.5.2. El pliego de condiciones se alteró para favorecer a una firma distinta a la demandante, que fue la que presentó la mejor oferta:**

Respecto de esta afirmación, lo primero que cabe advertir es que el procedimiento de selección escogido y tramitado por la Administración, fue el de la contratación

directa, mediante una Solicitud de Cotización que les fue enviada a varias firmas que ejercían actividades en el campo de la prestación de servicios de aseo.

El Decreto Ley 222 de 1983, no estableció la forma como debía tramitarse esta clase de procedimiento de selección de contratistas, toda vez que se limitó a consagrar los eventos en los cuales se podía prescindir de la licitación o concurso.

No obstante, por la naturaleza misma del procedimiento de contratación directa se advierte que la Administración, en tales circunstancias, se hallaba en mayor libertad para escoger a la persona con la que celebraría el contrato, pero esa libertad no significa total subjetividad, ni arbitrariedad ni sujeción al capricho del funcionario encargado de la adjudicación.

La mayor libertad con la que cuenta la Administración en el procedimiento de la contratación directa, debe mirarse desde el punto de vista procedimental, en la medida en que no es necesario agotar el proceso formal y estricto de la licitación, con sus etapas perfectamente definidas y preclusivas, sin que esto implique, por otra parte, el sacrificio de las finalidades y principios que dirigen y orientan a la contratación estatal en general.

Teniendo en cuenta lo anterior, dependiendo de la mayor o menor complejidad del objeto a contratar a través del mecanismo de la contratación directa, la entidad estaba en el deber de elaborar un documento en el que se incluyeran no sólo la descripción de tal objeto, sino también unas condiciones mínimas de participación y evaluación de las cotizaciones presentadas, en tal forma que se garantizara el principio de igualdad de tratamiento a todos los participantes así como la objetividad con la que iban a ser calificadas sus ofertas<sup>13</sup>.

Al respecto, y a pesar de no ser aplicable al presente caso por ser posterior, resulta en todo caso ilustrativo lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto 2170 de 2002, reglamentario de la Ley 80 de 1993, en relación con el contenido del pliego de condiciones, términos de referencia, solicitud de cotización, etc., o como sea que se denomine el documento rector del procedimiento de selección directa:

---

<sup>13</sup> Como lo sostuvo en pasada ocasión la Sala: “En estricto sentido la entidad pública no fijó unos parámetros de adjudicación precisos para la escogencia del contratista, como tampoco señaló en qué casos no consideraría una propuesta o que sistema adoptaría para la adjudicación, pero no por ello estaba relevada del deber de selección objetiva, principio rector de la contratación estatal”. Sentencia del 14 de junio de 2001. Expediente 13.793.

“ - Art. 10. **Contenido mínimo de los pliegos de condiciones o términos de referencia.** Los pliegos de condiciones o términos de referencia que sirven de base para el desarrollo de los procesos de selección de contratación directa, deberán incluir como mínimo la siguiente información:

1. Objeto del contrato.
2. Características técnicas de los bienes, obras o servicios requeridos por la entidad.
3. Presupuesto oficial.
4. **Factores de escogencia de la oferta y la ponderación matemática precisa, concreta y detallada de los mismos.**
5. Criterios de desempate.
6. Requisitos o documentos necesarios para la comparación de las ofertas, referidos a la futura contratación.
7. Fecha y hora límite de presentación de las ofertas.
8. Término para la evaluación de las ofertas y adjudicación del contrato.
9. Plazo y forma de pago del contrato”. (Las negrillas son de la Sala).

En el presente caso, se echa de menos el cumplimiento por parte de la entidad demandada, de esta exigencia atinente a los términos de la evaluación de las ofertas, pues si bien en la Solicitud de Cotización enviada por **Telecom** a varios posibles oferentes se anunció que la adjudicación se efectuaría con base en las evaluaciones técnica, financiera y jurídica y se anunció que el menor precio no sería factor exclusivo de selección, no se establecieron factores de calificación y ponderación, ni se dieron pautas que permitieran establecer objetivamente cuál sería la oferta más favorable para la Administración, permitiendo un alto grado de subjetividad a la hora de la evaluación.

No obstante lo anterior, consta en el plenario que la entidad demandada adelantó la evaluación de las distintas ofertas, verificando el cumplimiento de los requisitos exigidos en la solicitud de cotización y elaborando cuadros comparativos de los distintos rubros de los ofrecimientos: precio, liquidez, experiencia, etc., aunque a partir de dicha evaluación, no se les otorgó puntaje alguno que permitiera establecer un orden descendente en la calificación y por lo tanto, determinar cuál ocupaba el primer lugar en el mismo.

Para la Sala, la forma como se adelantó el procedimiento de selección de contratación directa en el presente caso, no es propiamente un modelo de técnica administrativa que garantice en debida forma una escogencia acertada, objetiva e imparcial y por lo tanto, merece reproche.

Efectivamente, aparte de que no se establecieron en la solicitud de cotización los parámetros concretos de calificación y ponderación de las ofertas, la entidad demandada, sin explicación alguna de las razones que la llevaron a tomar tal decisión, resolvió, una vez recibidas todas las propuestas, excluir de dicha solicitud de cotización un numeral, el 2.5., contenido de los “Parámetros Mínimos Legales” y reemplazarlo por la disposición según la cual, *“...el oferente con la sola presentación de la oferta deja establecido que cumple por lo menos con los parámetros mínimos establecidos por la ley para el reconocimiento de los derechos laborales en Colombia”*.

La Sala, en forma constante y reiterada, se ha pronunciado sobre la imposibilidad de modificar los pliegos de condiciones una vez la licitación pública se ha cerrado y han sido entregadas las ofertas<sup>14</sup>; y si bien en el presente caso no se trata de dicho procedimiento reglado de selección, las razones para concluir en dicha prohibición, son igualmente válidas frente al régimen de contratación directa y las solicitudes de cotización que formule la Administración, puesto que tienen que ver con la vulneración del principio de transparencia que debe informar a estos procedimientos de selección de contratistas por parte de la Administración Pública; y tan transparente debe ser la escogencia que se efectúe a través de la licitación, como la que surja como resultado de una contratación directa; así lo ha reconocido la Sala en pasadas ocasiones, afirmando<sup>15</sup>:

“La obligatoria observancia del principio de transparencia - bueno es precisarlo - , en modo alguno podría considerarse exclusiva del procedimiento administrativo de la licitación o el concurso públicos, toda vez que el mismo también está llamado a irradiar sus efectos sobre cualquier actuación que se cumpla en orden a realizar la selección del contratista por parte de una entidad estatal, incluyendo, claro está, los casos autorizados para contratar de manera directa, de tal suerte que la violación de sus reglas, aún en estos eventos, viciará la validez del respectivo procedimiento de contratación y aun del contrato mismo”.

De tal manera que, al modificar la entidad demandada los términos de la solicitud de cotización cuando ya las propuestas habían sido recibidas, actuó erróneamente y atentó contra dicho principio de transparencia.

---

<sup>14</sup> Sentencia del 3 de mayo de 1999, Expediente 12.344, M.P.: Daniel Suárez Hernández; Sentencia del 29 de enero de 2004, Expediente 10.779, M.P.: Alir E. Hernández Enríquez; Sentencia del 26 de abril de 2006, Expediente 16041; Sentencia del 8 de junio de 2006. Expediente 15.005; Sentencia del 3 de mayo de 2007, Expediente 16209, M.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>15</sup> Sentencia del 29 de agosto de 2007. Expediente 15.324. M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

A pesar de lo expuesto, considera la Sala que la irregularidad advertida en el procedimiento de selección adelantado por **Telecom** no es suficiente para la prosperidad de las pretensiones de la parte actora, toda vez que en virtud de la acción ejercida, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho, le correspondía acreditar dos extremos, que son indispensables por corresponder a la esencia misma de tal acción:

- 1) La ilegalidad del acto administrativo acusado
- 2) El derecho vulnerado, desconocido o violado con ese acto administrativo, así como los perjuicios irrogados.

Es decir, que le correspondía a la actora acreditar que, tal y como lo afirmó en la demanda, en virtud de las irregularidades presentadas en el proceso de selección, a pesar de que su oferta fue la mejor, no fue favorecida con la adjudicación, que se produjo por lo tanto, a favor de un oferente cuya propuesta no era la más conveniente para la Administración; y que como consecuencia de esta decisión, la demandante se vio privada de la adjudicación, celebración y ejecución del contrato, de los cuales hubiera podido obtener una justa utilidad.

Al respecto, ha dicho la jurisprudencia<sup>16</sup>:

“Toda vez que se pretende la declaratoria de nulidad de la decisión tomada dentro de un concurso de méritos, resulta necesario tener en cuenta que tal y como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala, para que en las acciones dirigidas contra el acto de adjudicación de las licitaciones o concursos prosperen las pretensiones, resulta necesario que el actor demuestre no sólo la ilegalidad del acto administrativo acusado, sino que su oferta era la mejor:

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

---

<sup>16</sup> Sentencia del 28 de abril de 2005, Expediente 12025. M.P.: Ramiro Saavedra Becerra

su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración.”<sup>17</sup>”

En el presente caso, se observa que no se adujeron normas legales que regularan el procedimiento de contratación directa y que hubieran sido violadas o desconocidas, entre otras cosas, porque precisamente el Estatuto de Contratación Estatal vigente para la época, Decreto Ley 222 de 1983, no estableció cómo debía efectuarse dicho sistema de selección de contratistas; simplemente, se planteó la invalidez del acto acusado, por desconocimiento del deber de selección objetiva, al haberse adjudicado el contrato a quien no había presentado la mejor oferta, en detrimento de la actora, que sí lo hizo, es decir que se adujo como causal de nulidad del acto, su falsa motivación y la desviación de poder.

Sin embargo, la Sala echa de menos la prueba de que la adjudicación debió recaer sobre el CONSORCIO C CONAMARO por haber sido éste el que presentó la mejor oferta, es decir, la acreditación de que fue ilegal e injustamente privado del derecho a obtener la adjudicación del contrato en cuestión; pues si bien era la de menor valor, en otros aspectos fue superada por la firma que finalmente obtuvo la adjudicación.

Al respecto, se advierte que uno de los requisitos exigidos en la Solicitud de Cotización, era la acreditación de la experiencia de los oferentes, en la forma allí exigida; y las certificaciones obtenidas por M.A.S. S.A., cumplieron con todos los requisitos de identificación pedidos y algunas se acompañaron de copia de los respectivos contratos:

1) Certificación expedida el 5 de agosto de 1991 por la Sección de Servicios Administrativos de ESSO COLOMBIANA LIMITED en la que consta que desde el 1º de enero de 1991 hasta enero 1º de 1993, se suscribió Oferta Comercial con M.A.S. S.A., para la prestación del servicio de aseo y mantenimiento y destacó que *“...la selección del personal, el cumplimiento del contrato y la atención de la Gerencia y Supervisoras, distinguen la citada firma por la calidad y eficiencia de los servicios que ofrecen. El Convenio en el primer año tiene un costo de \$43.914.036,00; para el segundo, las tarifas se revisarán durante el mes de*

---

<sup>17</sup> Sentencia del 19 de septiembre de 1994. Expediente 8071. Actor Consorcio José Vicente Torres y Ricardo Ortigoza Gonzalez. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo.

diciembre. El personal cubierto es de **23 Operarios** tiempo completo y uno de medio tiempo” (La Sala resalta) (fls. 239 y 240, cdno 4)

2) Certificación expedida por el Director Administrativo de la Universidad Externado de Colombia el 6 de agosto de 1991 –acompañada del respectivo contrato - , en la que consta que la firma M.A.S. S.A. se encuentra registrada en el kárdex de proveedores de dicha institución y que tienen suscrito un contrato de mantenimiento de aseo integral (suministro de operarios, maquinaria y elementos de aseo en general) **desde el 6 de julio de 1985** “...y hasta la fecha han cumplido a cabalidad con la Universidad, sus compromisos contractuales”, certificando así mismo que el **número de operarios es de 20 y el valor del contrato, es de \$34’809.600** (Las negrillas son de la Sala) (fls. 249 y 250, cdno 4).

3) Certificación expedida el 6 de agosto de 1991 por el Jefe de Personal de EL ESPECTADOR, en la que consta que la firma M.A.S. S.A. presta sus servicios de ASEO Y MANTENIMIENTO a esta Compañía **desde el 27 de septiembre de 1988** y ha demostrado buena calidad en el servicio prestado; **el número de operarios es de 21 y el valor del contrato, \$ 37’632.768,00** (Las negrillas no son del texto original) (fls. 255 y 256, cdno 4).

4) Certificación expedida por el Gerente General del CENTRO AVENIDA CHILE el 5 de agosto de 1991 –acompañada del respectivo contrato - , en la que consta que la firma M.A.S. S.A. presta servicios de aseo y mantenimiento en el CENTRO AVENIDA CHILE (CENTRO COMERCIAL GRANAHORRAR), **desde el 12 de septiembre de 1986, con 23 operarios**, “...tiempo durante el cual se ha destacado por su estricto cumplimiento y un excelente servicio. **VALOR DEL CONTRATO \$42.007.200**” (La Sala resalta) (fls. 258 y 259, cdno 4).

Mientras que las obtenidas por CONAMARO, son:

1) Certificación expedida por el revisor fiscal de la ORGANIZACIÓN DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA ORVISE S.A., en el sentido de que el señor RAFAEL MARTINEZ SALAMANCA “...ha realizado con ORVISE S.A. **contratos por varios millones de pesos, durante las décadas de 1970 a 1991, los cuales ha cumplido con entera satisfacción de las partes**”. (Negrillas fuera del texto original) (fl. 295, cdno 4).

2) Certificación expedida por el Gerente General de FRIGOCENTRO LTDA. a solicitud del señor RAFAEL ANIBAL MARTINEZ SALAMANCA, en el sentido de que “...**desde el año de 1975, ha realizado contratos con esta entidad, por mas de CIENTO VEINTE MILLONES**, en lo relacionado con aseo, seguridad y mantenimiento. Su cumplimiento y exactitud así como la calidad del servicio, siempre han sido excelentes”. (Las negrillas son de la Sala) (fl. 296, cdno 4).

3) Certificación expedida por el jefe de Aseo y Mantenimiento del Aeropuerto EL DORADO a solicitud del señor ISRAEL RODRIGUEZ BUITRAGO el 2 de agosto de 1991, en la que consta que “...**la firma Fumisol ha realizado trabajos de aseo y mantenimiento desde el año pasado mediante órdenes de trabajo por un valor de QUINIENTOS VEINTE MIL PESOS M/CTE**. Así mismo hago constar que la calidad del trabajo es muy buena”. (Negrillas fuera del texto original) (fl. 297, cdno 4).

4) Certificación expedida por el Administrador del Centro Comercial Plenocentro el 6 de agosto de 1991 –y acompañada de copia del respectivo contrato - , en el sentido de que esa empresa tiene suscrito con la firma CONTIASEO LTDA, un contrato de servicio de aseo desde el mes de enero de 1991 y que “...**durante la vigencia de este convenio el servicio prestado por la firma CONTIASEO LIMITADA, ha sido acorde con estipulaciones pactadas, dando muestras de ser una entidad idónea y responsable de los compromisos adquiridos**”. En la copia del contrato adjunto, consta que el mismo fue celebrado por un año, por un valor de \$ 300.054,00 mensuales y que la firma contratista se comprometió a suministrar tres (3) operarias de tiempo completo que laborarían durante 8 horas diarias de lunes a viernes y sábado medio día, y a suministrar los materiales de aseo necesarios (fl. 298, cdno. 4).

5) Certificación expedida por el Asistente de Gerencia Administrativa de EDOSPINA S.A. el 6 de agosto de 1991 y acompañada de copia del respectivo contrato, en el sentido de que “...**los señores de CONTIASEO se encuentran actualmente prestando el servicio de aseo en nuestras instalaciones en forma satisfactoria...**”. En virtud del contrato de aseo suscrito entre estas dos compañías con duración de un año, celebrado de 2 de julio de 1991, CONTIASEO se comprometió a suministrar dos (2) operarias de tiempo completo para laborar 48

horas semanales así como los materiales de aseo necesarios, y el valor del contrato fue pactado en \$208.750,00 mensuales. (fl. 301, cdno 4).

Se evidencia entonces, que C CONAMARO no presentó las certificaciones en los términos pedidos por **Telecom**, puesto que las correspondientes a RAFAEL MARTINEZ SALAMANCA no identificaron - ni mucho menos se aportó - el contrato o contratos celebrados con quienes expidieron las certificaciones, su valor ni el número de operarios; y el propietario del establecimiento de comercio FUMISOL, adjuntó certificación en la que tan sólo consta que, desde el año anterior, ha celebrado órdenes de trabajo –no dice cuántas - para la prestación del servicio de aseo y mantenimiento –no dice con cuántos operarios - , por valor de \$500.000.

Por otra parte, si bien el otro miembro del Consorcio, esto es, la sociedad CONTIASEO LTDA, aportó certificaciones que sí contienen la información requerida, se observa que corresponden a: i) Un contrato para la prestación del servicio de aseo celebrado en enero de 1991, por un valor de \$300.054,00 mensuales –es decir, con un valor total de **\$3'600.648,00** el año - , con destinación de **3 operarias**; y ii) Un contrato para la prestación del servicio de aseo, celebrado en julio de ese mismo año, por valor de \$208.750,00 mensuales - que equivalen a un valor total de **\$2'505.000 al año** - y destinación de **2 operarios**.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta la envergadura del servicio que iba a contratar **Telecom**, que requería el ofrecimiento mínimo de 151 operarios para laborar en distintas sedes de la entidad en la ciudad de Bogotá, es evidente que, al menos desde el punto de vista de la experiencia acreditada, la propuesta de la parte actora no fue la mejor, como lo afirmó en su demanda.

Esta circunstancia, significa que no se probaron los hechos que soportan la afirmación de que el acto administrativo de adjudicación estuvo falsamente motivado o que hubo desviación de poder, pues no se probó que, al menos frente a la propuesta de quien fue favorecido con la adjudicación –MAS S.A. - , la del Consorcio demandante hubiera sido mejor.

En tales condiciones, considera la Sala que no se desvirtuó la presunción de legalidad de la decisión administrativa impugnada, razón por la cual resulta

procedente la confirmación del fallo de primera instancia, y en tal sentido se resolverá.

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

## **F A L L A**

**PRIMERO: CONFIRMASE** la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 5 de marzo de 1998.

**SEGUNDO:** Sin costas.

**TERCERO:** Una vez ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**