



TRIB. ADITIVO SANT. ORAL

21MAY7:0PM 3:38 887888

**PROCURADURÍA 17 JUDICIAL II
ASUNTOS ADMINISTRATIVOS**

Bucaramanga, 21 de mayo de 2019

**HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
MAG. PONENTE: Dr. MILCIADES RODRÍGUEZ QUINTERO
CIUDAD**

**ACCIONANTE: UNIÓN TEMPORAL VITALOGIC RSU
DEMANDADO: EMAB S.A. E.S.P.
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
REFERENCIA: 2018-000061-00**

Respetado Magistrado ponente:

Como agente del Ministerio Público en el proceso de la referencia y en ejercicio de las facultades constitucionales, legales y reglamentarias, particularmente de aquellas atribuciones que se encaminan a la protección del patrimonio público, a la defensa del orden jurídico y a la protección y garantía de los derechos fundamentales, de la manera más atenta, procedo a rendir y poner a consideración concepto de fondo en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. HECHOS

En el marco de la invitación pública número IP-001-EMAB-2017, a cargo de la EMAB S.A. E.S.P., y cuyo objeto fue la *“selección de la nueva tecnología, su implementación y operación, para el tratamiento alternativo de la disposición final y el aprovechamiento de los residuos sólidos urbanos (RSU) en la ciudad de Bucaramanga, Departamento de Santander, República de Colombia”*, el Gerente de esa entidad, mediante la Resolución número 327 del 28 de julio de 2017, declaró desierto dicho proceso luego de considerar que la fianza otorgada por el proponente Unión Temporal VITALOGIC RSU -el mejor calificado de los dos únicos oferentes oportunos- como garantía de seriedad de su oferta no cumplía con lo exigido en el pliego de condiciones.

1.2. PRETENSIONES

La Unión Temporal VITALOGIC RSU pretende la nulidad de la Resolución número 327 del 28 de julio de 2017, por medio de la cual la EMAB S.A. E.S.P. declaró desierta la invitación pública número IP-001-EMAB-2017.

Como restablecimiento del derecho, la demandante pretende el pago de una indemnización, consistente en la utilidad neta proyectada (\$579.546'117.000) o, subsidiariamente, en el monto al que se refirió la garantía de seriedad de la



propuesta (\$3.709'300.000), esto es, el monto afianzado por el contrato de fianza número 4253 celebrado por ella con AFIANCOL S.A.S.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La Unión Temporal demandante considera que el acto acusado incurre en dos causales de nulidad, así: (i) infracción de las normas en que debería fundarse, por violación de los artículos 2, 6, 29, 83, 90 y 209 de la Constitución Política, 24-5 de la Ley 80 de 1993, 7 y 13 de la Ley 1150 de 2007, 845, 846, 863 y 1036 y siguientes del Código de Comercio, 100 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, 63 y 1614 del Código Civil y 3, 8, 34, 40 y 42 del CPACA, así como de los estudios previos y el pliego de condiciones del proceso de invitación pública y del manual de contratación de la EMAB S.A. E.S.P. y (ii) falsa motivación.

Los argumentos que sustentan cada uno de tales cargos pueden resumirse así:

1.3.1 Infracción de las normas por falta de aplicación:

- Desde el punto de vista de los riesgos que las aseguradoras están dispuestas a cubrir (en este caso, el cumplimiento de contratos por un término máximo de 5 años), es claro que en materia de póliza de seriedad la entidad demandada impuso a la demandante una carga de imposible cumplimiento, pues *“ninguna compañía de seguros asumiría el riesgo legal de expedir una póliza de seriedad de la oferta para luego negarse, sin razón jurídica que lo justifique, a expedir la póliza subsecuente de cumplimiento una vez firmado el contrato”*.
- La entidad demandada debió dar aplicación a las normas sobre la fianza y la buena fe contractual, pues bien entendida la exigencia del pliego de condiciones, en especial la expresión *“se podrá”*, es claro que ella se refería a cualquiera de las formas de garantía contempladas en la ley, no solamente el contrato de seguro que pudiera contenerse en una póliza.
- La póliza de seriedad aportada, constituida mediante contrato de fianza, garantizaba todas las exigencias del pliego de condiciones en esta materia. El riesgo estaba cubierto de manera íntegra mediante un contrato de fianza expedido a favor de la entidad pública, legítimo y plenamente eficaz.
- La declaratoria de desierta es una actuación administrativa de excepcional aplicación, pues únicamente procede por motivos o causas que realmente impidan la escogencia.
- La normativa aplicable en este caso, esto es, la propia de las relaciones contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, corresponde a normas de derecho privado. De hecho, en materia de garantías, la Ley 142 de 1994 guarda silencio. Por tanto, las garantías susceptibles de ser exigidas por la EMAB S.A. E.S.P. son todas las admitidas por el derecho privado.
- Es cierto que el Manual de Contratación de la EMAB S.A. E.S.P. indica que las garantías contractuales, incluida la de seriedad de la oferta, deben consistir en pólizas expedidas por compañías de seguros o en aquellas a las



que se refiere el Decreto 4828 de 2008, el cual no contempló el contrato de fianza. No obstante, a dicho manual no debe dársele un alcance igual al de la Ley 142 de 1994.

- No se configura ninguna de las causales de rechazo invocadas por la entidad demandada, máxime si se tiene en cuenta que durante la prórroga del plazo concedido, la Unión Temporal demandante obtuvo de AFIANCOL S.A.S. la ampliación del plazo de la garantía de seriedad de la oferta.
- Si hubo errores en el diseño de las disposiciones relacionadas con las garantías exigibles, su impacto no debió trasladarse al oferente que actuó de buena fe. No resulta aceptable que la EMAB S.A. E.S.P. prevea la posibilidad de otorgar garantías distintas a la póliza para luego retractarse de esa regla de habilitación.

1.3.2 Infracción de las normas por indebida aplicación:

- El acto acusado se sustenta indebidamente en lo establecido en la Ley 80 de 1993, en los artículos 2 y 7 de la Ley 1150 de 2007 y en los Decretos 4828 de 2008 (derogado por el Decreto 734) y 1082 de 2015, cuando lo correcto era sustentarse en las normas de derecho privado, cuyo espectro en materia de garantías es mucho más amplio.
- El requerimiento hecho en su momento por la EMAB S.A. E.S.P. fue contestado negativamente por la Unión Temporal demandante por dos razones: (i) porque entendió que la garantía presentada sí cumplía los términos de los pliegos de condiciones y (ii) porque resultaba imposible la expedición de un nuevo documento con una fecha anterior a la fecha límite establecida para la presentación de las ofertas.
- En su momento la Unión Temporal demandante demostró que AFIANCOL S.A.S. emitió varios contratos de fianza con el propósito de servir de garantía de cumplimiento de ofertas por montos muy superiores a los del contrato de fianza emitido en favor de la EMAB S.A. E.S.P.
- En el marco del análisis de las propuestas presentadas la EMAB S.A. E.S.P. inicialmente fue del criterio de aceptar el contrato de fianza (concepto del abogado Jorge Pino Ricci del mes de junio de 2017), pero inesperada e infundadamente varió de posición (concepto del mismo abogado, rendido el mes siguiente).
- Si la intención de los pliegos de condiciones era la de restringir las opciones de garantía a la póliza derivada de un contrato de seguro, así debió indicarlo. Por el contrario, esa fue apenas una de las posibilidades.
- El propio Manual de Contratación de la EMAB S.A. E.S.P. viabiliza diversos mecanismos para garantizar el riesgo (numeral 17).
- La interpretación del pliego de condiciones finalmente acogida por la EMAB S.A. E.S.P. vulnera el principio de libre concurrencia de los proponentes que constituyeron la misma fianza.



- El Decreto 4828 de 2008, en que se sustenta la entidad demandada, fue derogado desde el año 2012 por el Decreto 734. No obstante, aunque vigente, por ser norma de derecho público sería inaplicable.
- Aun cuando se aceptara la aplicabilidad del régimen de derecho público, en él no se prevé una relación taxativa de garantías (artículo 3 de la Ley 80 de 1993).
- No tuvo en cuenta la EMAB S.A. E.S.P. que, en caso de incumplimiento, ella no tendría competencia alguna para expedir el acto administrativo de ocurrencia de siniestro, situación que podría dar lugar a que la propia compañía de seguros adujera falta de interés jurídico asegurable.
- El contrato de fianza es ampliamente utilizado en el ámbito de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

1.3.2 Falsa motivación:

- La EMAB S.A. E.S.P. omitió reconocer que, de conformidad con la normativa de derecho privado aplicable, la fianza sí era una garantía susceptible de ser aceptada.
- Contrario a lo sostenido en el acto acusado, la Unión Temporal demandante sí cumplió con los pliegos de condiciones.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Si bien coincide con la parte demandante en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad demandada es el de derecho privado, explica que el pliego de condiciones debe interpretarse de manera conjunta con lo señalado en el Manual de Contratación interno y el Decreto 4828 de 2008 al cual remite el anterior; premisas normativas conforme a las cuales la fianza era inaceptable.

3. COADYUVANCIAS

Tanto el Sindicato de Empleados Oficiales, Trabajadores Privados y Contratistas de los Servicios Públicos, SINTRASERVIPÚBLICOS, como la Contraloría Municipal de Santander fueron reconocidos como coadyuvantes de la entidad demandada. No obstante en sus respectivas intervenciones no aportaron argumento de fondo alguno respecto de los cargos de nulidad endilgados contra el acto acusado.

CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si, de conformidad con el régimen jurídico aplicable a la invitación pública número IP-001-EMAB-2017, a cargo de la EMAB S.A. E.S.P. y los argumentos que sustentan los cargos de nulidad formulados, fue o no ajustada a derecho la decisión consistente en declarar desierto dicho proceso con



fundamento en que la fianza otorgada por la oferente Unión Temporal VITALOGIC RSU como garantía de seriedad de su oferta no cumplía con lo exigido en el pliego de condiciones.

MARCO NORMATIVO DE LA INVITACIÓN PÚBLICA OBJETO DE CONTROVERSIDA

Como respuesta a los distintos reparos planteados en la demanda, es del caso precisar el régimen jurídico aplicable a la invitación pública objeto de controversia, así como la exigencia que de esa normatividad se desprende en materia de garantía de seriedad de las ofertas que se presentaron en el marco de invitación pública número IP-001-EMAB-2017 a cargo de la EMAB S.A. E.S.P.

Sobre el particular es necesario recordar que por ser la EMAB S.A. E.S.P. una entidad descentralizada del orden municipal, constituida como empresa de servicios públicos domiciliarios, su régimen de contratación es el previsto en la Ley 142 de 1994.

Para comprender los términos de dicho régimen conviene citar algunas disposiciones de la **Ley 142 de 1994**, en su redacción vigente para la época de los hechos, así:

“Artículo 30. Principios de interpretación. Las normas que esta Ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.”

“Artículo 31. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

Parágrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.”

“Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.



La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares."

"Artículo 35. Deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas. Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes."

Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13 de la **Ley 1150 de 2007**:

"ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal."

Pues bien, como quiera que la respuesta al problema jurídico parte de definir el marco normativo aplicable en materia de garantías exigibles al oferente y/o contratista, hay que precisar que ni los principios constitucionales antes aludidos ni la Ley 472 de 1994 se ocupan de regular dicho asunto respecto de la contratación de una empresa prestadora de servicios públicos.

Así las cosas, siendo clara la preponderancia del derecho privado (Código de Comercio y Código Civil), para el caso concreto complementa el anterior marco normativo (principios constitucionales, derecho privado por regla general y derecho público por excepción) lo dispuesto en el **Manual de Contratación de la entidad demanda**, en cuanto instrumento de regulación adoptado en ejercicio de la autonomía de su propia voluntad.

Por ser relevante para resolver la controversia, se transcribe a continuación la motivación para la adopción de dicho Manual, en lo pertinente:

En la introducción:

"En cuanto a las reformas adoptadas referente al régimen jurídico de los contratos de servicios públicos domiciliarios por la Ley 689 de 2001, Resolución CRA No.151, reglamentaria del artículo 3 de la Ley 689 de 2001, que fue modificado por el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, y la ley 1150 de 2007 en su artículo 13 y 14. al que deben someterse las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios y las importantes al que deben someterse las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios y las importantes excepciones que imponen en algunas materias la aplicación del estatuto de contratación pública, mediante la fijación de políticas en materia de desarrollo administrativo y modernización institucional, reformas éstas orientadas a la optimización de recursos, a la celeridad, competitividad y eficiencia en la gestión, la empresa de servicios públicos de



Bucaramanga EMAB S.A. E.S.P., considera pertinente implementar el manual interno de contratación, que aplicará para la entidad en materia de Contratación, con lo que se pretende establecer los procedimientos internos que permitan la observancia de los principios que rigen las actuaciones administrativas de esta última que aplicará para la entidad en materia de Contratación, con lo que se pretende establecer los procedimientos internos que permitan la observancia de los principios que rigen las actuaciones administrativas."

Y en las consideraciones de la Resolución 242 del 25 de marzo de 2004, por la cual se adopta el Manual:

"Que con el fin de dar cumplimiento al objeto de la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA E.M.A.B. S.A. ESP, y a los objetivos que deben orientarla, previstos en estatutos, se hace necesario establecer el Estatuto de Contratación de la EMAB, con arreglo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad consagrados en el artículo 209 de la Constitución Nacional.

Que de acuerdo con lo anterior, es preciso establecer los criterios institucionales para guiar la contratación de la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA E.M.A.B. – ESP. aplicando las normas de las leyes civiles y comerciales, con el fin de garantizar la prestación del servicio público esencial de aseo, y las prerrogativas excepcionales de la contratación pública a los contratos que celebre la EMAB, cuando así se considere necesario, para garantizar el cumplimiento del objeto y objetivos contractuales pactados."

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con los principios constitucionales y la Ley 472 de 1994, el Manual de Contratación de la entidad demandada, de acuerdo con los propósitos que motivaron su adopción (ver transcripción anterior), sí reguló garantías exigibles en una invitación pública.

Ciertamente, sobre el particular el Manual de Contratación dispuso lo siguiente (destacado no original):

"ARTICULO 22. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA.

En virtud de este principio:

(...)

17º El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, en los términos del artículo 25 del presente manual, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias, y todas aquellas establecidas por El Decreto 4828 de 2008.

La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros."

"ARTICULO 24. DE LOS RIESGOS QUE DEBE COBIJAR LA GARANTÍA ÚNICA.

Se solicitarán las coberturas y riesgos exigidos en la contratación estatal.

PARÁGRAFO: La entidad podrá pedir garantías hasta la cuantía de 125 salarios mínimos legales vigentes, superada esta cuantía será obligatoria la solicitud de garantías."



“ARTICULO 30. FORMAS DE SELECCIÓN.

DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA

(...)

30.3 INVITACIÓN PÚBLICA

Habrá invitación pública para la selección del contratista y la celebración de contratos cuando su valor sea superior a DOS MIL (2.000) SMLMV, y el procedimiento será el siguiente:

30.3.1. En los pliegos de condiciones que se adopten se establecerán, como mínimo, los siguientes requisitos generales:

(...)

- Cuantía y vigencia de la garantía de seriedad de las propuestas y demás garantías que se solicitaran de acuerdo con la naturaleza del contrato.*

(...)”

Así las cosas, es claro que fue voluntad de la entidad demandada que, en aplicación del principio constitucional de economía, en materia de contratación fueran exigibles dos tipos de garantías: por una parte, de seriedad de la oferta (oferente) y, por otra, de cumplimiento de las obligaciones contractuales (contratista).

Igualmente, fue voluntad de la entidad demandada que, en aplicación del mismo principio constitucional, una y otra modalidad de garantía debían consistir en *“pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias, y todas aquellas establecidas por El Decreto 4828 de 2008”* (tenor literal del inciso segundo del numeral 17 del artículo 22 del Manual de Contratación de la entidad demandada, antes destacado).

Dicho en otras palabras, para garantizar el principio constitucional de economía en sus procesos contractuales, fue voluntad de la entidad demandante, autónomamente, someter las garantías exigibles, tanto de seriedad de la oferta como de cumplimiento de las obligaciones contractuales, al régimen de derecho público y, en ese sentido, en ejercicio de su autonomía dispuso que solamente serían admisibles las siguientes modalidades de garantía:

- Pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia.
- Garantías bancarias.
- Las establecidas en el Decreto 4828 de 2008, por medio del cual se expidió el régimen de garantías en la contratación de la administración pública, hoy derogado por el Decreto 734 de 2012, el que a su vez fue derogado por el Decreto 1510 de 2013.

En la práctica, la voluntad de la entidad fue la de remitirse al derecho público en materia de garantías admisibles. Así se concluye si se revisa con detalle el tenor literal del inciso segundo del numeral 17 del artículo 22 del Manual de Contratación de la entidad y se le compara con la evolución normativa en dicho régimen.



Para ello, me valgo del siguiente esquema:

Garantías admisibles			
Manual de Contratación EMAB S.A. E.S.P.	Contratación estatal sometida al derecho público (evolución)		
Numeral 17 del artículo 22	Artículo 3 del Decreto 428 de 2008	Artículo 5.1.3 del Decreto 734 de 2012	Artículo 111 del Decreto 1510 de 2013
Pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia. Garantías bancarias. Las establecidas en el Decreto 4828 de 2008 (derecho público) →	Póliza de seguros. Fiducia mercantil en garantía. Garantía bancaria a primer requerimiento. Endoso en garantía de títulos valores. Depósito de dinero en garantía.	Póliza de seguros. Fiducia mercantil en garantía. Garantía bancaria a primer requerimiento. Endoso en garantía de títulos valores. Depósito de dinero en garantía.	Contrato de seguro contenido en una póliza. Patrimonio autónomo. Garantía bancaria.

De manera que, una interpretación actualizada de la remisión hecha al régimen contractual público, permite concluir que, para la época de la invitación pública y según el Manual de Contratación de la entidad demandada, las siguientes eran las garantías admisibles:

- Pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o contrato de seguro contenido en una póliza.
- Garantías bancarias.
- Patrimonio autónomo (por remisión hecha al Decreto 4828 de 2008, hoy derogado por el Decreto 734 de 2012, el que a su vez fue derogado por el Decreto 1510 de 2013).

Así entendido el requerimiento del Manual de Contratación de la entidad demandada (tenor literal del inciso segundo del numeral 17 del artículo 22), es del caso ocuparnos de los términos como fue concebida la exigencia de garantía de seriedad de la oferta en el pliego de condiciones, para el caso concreto.

Al respecto, sea lo primero indicar que el **pliego de condiciones de la invitación pública** fue expreso en precisar así el marco normativo de dicho proceso contractual (destacado en negrilla):

“1.5. ENTIDAD CONTRATANTE - NATURALEZA JURÍDICA EMAB

La EMAB S.A. ESP entidad descentralizada del orden Municipal está legalmente constituida como empresa de servicios públicos domiciliarios, según clasificación que hace Ley 142 de 1994, del tipo sociedad anónima por acciones de Carácter Mixto, del orden municipal, con autonomía administrativa y financiera, con patrimonio autónomo, con Personería Jurídica, de nacionalidad colombiana, con domicilio en la ciudad de Bucaramanga, según consta en el certificado de existencia y representación legal con Nit 804006674-8, regulada por el manual de contratación, por la Ley 142 de 1994, por las normas consagradas en el Código de Comercio para las matrículas mercantiles en general y para las sociedades anónimas en particular, según lo regulado por los decretos correspondientes y las normas concordantes.

La EMAB S.A. ESP se constituyó mediante la escritura pública N° 3408 de 1998 de la Notaría Primera del círculo de Bucaramanga, como consecuencia del proceso de escisión de las Empresas Públicas de Bucaramanga. La ley 1150 de 2007 en sus artículos 13 y 14, ratificó para las ESP los regímenes privados de contratación y aplicando principios de la contratación estatal, los principios de la administración pública artículo 209 de la constitución nacional y los principios de 367 de la actividad fiscal como el régimen de inhabilidades, incompatibilidades.



La empresa de aseo adoptó su manual de contratación según resolución No 242 del 25 de marzo del 2014.

Este establece tres maneras de seleccionar los contratistas:

- CONTRATACIÓN DIRECTA
- CONTRATACIÓN PRIVADA DE VARIAS OFERTAS
- INVITACIÓN PÚBLICA

De acuerdo con su naturaleza jurídica y al Manual de Contratación de la EMAB, se ha abierto el presente proceso mediante invitación pública para el tratamiento de los RSU que se tratan en el sitio de disposición final, mediante la utilización de una nueva tecnología de disposición final diferente al relleno sanitario de la ciudad de Bucaramanga.”

Fue así como, de acuerdo con el anterior marco normativo superior, en materia de garantías y, más concretamente, respecto de la garantía de seriedad de la oferta, para el caso concreto la entidad dispuso en el pliego de condiciones lo siguiente:

“2.2. REQUISITOS DEL PROPONENTE

2.2.1. DOCUMENTACIÓN REQUERIDA

Póliza de seriedad de la oferta, por el valor en pesos colombianos indicado en la tabla de garantías (pólizas) con una vigencia de ciento veinte (120) días. Tal garantía se podrá constituir mediante Contrato de seguro contenido en una póliza.

(...)

3.3. RECHAZO DE LAS PROPUESTAS

Una propuesta será admisible cuando haya sido presentada oportunamente y se encuentre ajustada a este pliego de condiciones. Se considera ajustada la propuesta que cumpla todos y cada uno de los requisitos establecidos y no se halle incurso en ninguna de las causales de rechazo establecidas expresamente en el presente documento, ni comprendida en uno de los siguientes casos:

(...)

b) Cuando las propuestas no se ajusten a las exigencias del pliego de condiciones a menos que hubiere posibilidad de saneamiento conforme a lo previsto en él mismo y en la ley.

(...)

(o) No presentar la garantía de seriedad de la Oferta de manera simultánea con la propuesta; se podrá subsanar siempre y cuando haya sido expedida antes del cierre del presente proceso de selección.

(...)

5.1. GARANTÍAS

Los proponentes deberán adjuntar la póliza de seriedad de oferta y el contratista deberá entregar las pólizas solicitadas para la legalización del contrato, las cuales deberán ser aprobadas por la EMAB.

Para efecto de las garantías mediante pólizas, se han definido las siguientes:

Tabla 13. Coberturas de la póliza

ITEM	DESCRIPCIÓN DE LA PÓLIZA	% INVER
1	Seriedad de la oferta (Proponentes)	0,5%



PARA CONTRATISTA		
1	Cumplimiento	3%
2	Pago salario, prestaciones sociales, e indemnizaciones	0,5%
3	Estabilidad de obra	1%
4	Calidad y correcto funcionamiento	1%
5	Calidad del servicio	1%
6	Responsabilidad civil extracontractual	1%

5.1.1. AMPAROS

a) La póliza de seriedad de oferta no será inferior a US\$800.000, expresada en pesos colombianos (\$COP), a la TRM del día de expedición de la póliza, aunque el valor del 0.5% solicitado indique una cifra menor. Si el 0.5% indicado en la tabla 3 indica que el valor de la póliza es superior a los US\$800.000, se tomará el valor correspondiente al indicado en la tabla. Se deberá tener en cuenta que la póliza deberá cubrir el escenario de las 1000TMD.

Vigencia: Por el término de cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha de presentación de la propuesta.

b) Cumplimiento del contrato: Para la construcción de la planta, sería por el tiempo indicado en la propuesta y dos (2) años más.

c) Salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones: sería por el tiempo indicado en la propuesta y dos (2) años más.

d) Estabilidad de obra, calidad y responsabilidad civil extracontractual: sería por el tiempo propuesta y dos (2) años más.

e) Para efecto de la fase de operación y mantenimiento, las pólizas del contrato serían renovables cada año.

En caso de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones adquiridas por el contratista, éste acepta y autoriza a que la Empresa de Aseo de Bucaramanga EMAB S.A. E.S.P., impondrá los valores por las causas que a continuación se determinan, los cuales deberán ser cancelados a la EMAB por parte del contratista, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la imposición de la multa en firme, sin demérito de otras acciones que pueda tomar la EMAB."

Ahora bien, en criterio de esta Agente y contrario a lo que sugiere la demanda, no se advierte ninguna contradicción entre lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 17 del artículo 22 del Manual de Contratación de la entidad (según su interpretación actualizada, ya precisada) y lo dispuesto en el numeral 2.2.1 del pliego de condiciones.

Veamos:

Garantías exigidas	
Manual de Contratación (garantías de seriedad y de cumplimiento)	Pliego de condiciones (garantía de seriedad de la oferta)
<p>Pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o contrato de seguro contenido en una póliza.</p> <p>Garantías bancarias.</p> <p>Patrimonio autónomo (por remisión hecha al Decreto 4828 de 2008, hoy derogado por el Decreto 734 de 2012, el que a su vez fue derogado por el Decreto 1510 de 2013).</p>	<p>"2.2.1. DOCUMENTACIÓN REQUERIDA</p> <p>Póliza de seriedad de la oferta, por el valor en pesos colombianos indicado en la tabla de garantías (pólizas) con una vigencia de ciento veinte (120) días. Tal garantía se podrá constituir mediante Contrato de seguro contenido en una póliza."</p>

Si se acepta la interpretación que se propone en este concepto respecto de lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 17 del artículo 22 del Manual de Contratación de la entidad (primera columna), es claro que la documentación requerida por el pliego de condiciones (segunda columna) para dar por satisfecho



el requisito de la garantía de la seriedad de la oferta estaba enmarcada en las tres únicas posibilidades de garantías admisibles en los términos de dicho Manual.

Dicho en otras palabras, la expresión “podrá” del pliego de condiciones (segunda columna) estaba referida y, por ende, limitada al escenario de tres garantías admisibles en el Manual de Contratación de la entidad (primera columna).

Por lo anterior, se concluye que, de conformidad con el marco normativo aplicable a la invitación pública objeto de controversia -brevemente relacionado en este capítulo-, en aplicación del principio constitucional de economía, las únicas garantías de seriedad de la oferta admisibles eran las tres siguientes: (i) Pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o contrato de seguro contenido en una póliza, (ii) garantías bancarias y (iii) patrimonio autónomo (por remisión hecha al Decreto 4828 de 2008, hoy derogado por el Decreto 734 de 2012, el que a su vez fue derogado por el Decreto 1510 de 2013).

CASO CONCRETO

El acto acusado corresponde en este caso a la Resolución número 327 del 28 de julio de 2017, por medio de la cual se declaró desierto el proceso contractual correspondiente a la invitación pública número IP-001-EMAB-2017, a cargo de la EMAB S.A. E.S.P.

El fundamento para tal decisión fue exclusivamente el rechazo, por parte de la entidad demandada, de la garantía de seriedad de la oferta oportunamente presentada por la Unión Temporal demandante, consistente en una fianza. Ello, luego de constatar que, a pesar de la oportunidad concedida para subsanar la oferta (reemplazar la fianza por una póliza), se trataba de una garantía que, en criterio de la entidad, no se ajustaba a lo expresamente requerido por el pliego de condiciones.

En criterio de esta Agente del Ministerio Público, tal decisión corresponde a la estricta aplicación de la exigencia ineludible que, en materia de garantía de seriedad de la oferta, resulta de la normatividad aplicable a la invitación pública en cuestión, habida cuenta de que la fianza otorgada por la Unión Temporal demandante no corresponde a ninguna de las únicas tres posibilidades de garantía admisibles según dicha normatividad, interpretada ésta de la manera sistemática y restrictiva como aquí se propone en materia de garantías. Por lo demás, no fue suficientemente demostrada la imposibilidad práctica de constituir, como garantía de seriedad de la oferta, alguna de las tres categorías previstas en el Manual de Contratación de la entidad.

PETICIÓN

En consecuencia se solicita al H. Magistrado Ponente y a los demás integrantes de la Sala que DENIEGUEN las pretensiones.

Atentamente,

DIANA FABIOLA MILLÁN SUÁREZ
PROCURADOR 17 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS