



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA
Sala de Decisión No.006**

Popayán, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Magistrado Ponente: JAIRO RESTREPO CÁCERES
Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

SENTENCIA No. 137

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia No. 035 del 30 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Popayán, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹

SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ y MARIO FERNANDO SILVA MUÑOZ, actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, pretenden se declare nulo el contrato No. 02782010 suscrito entre el Departamento del Cauca y el señor JESÚS ANCIZAR CALVO, la Resolución No. 00741 de 2010 por medio de la cual se adjudicó la Licitación Pública No. LGDC-SEC 008 de 2009, así como también, la nulidad de los actos previos a la expedición del mencionado acto administrativo.

A título de indemnización de perjuicios solicita a la parte demandada el pago de la suma de \$117.781.061.67,00 correspondiente a la utilidad que se iba a recibir por la adjudicación del contrato antes mencionado, así como los gastos generados dentro del proceso de licitación.

Asimismo, solicitó los correspondientes intereses moratorios de las sumas de dinero que sean reconocidas.

2.2. Los hechos

Los argumentos fácticos de la demanda se sintetizan así:

¹ Folios 105-112 Cuaderno Principal No. 1

Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Indica que la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca convocó a proceso de Licitación No. SEC-008-2009 con el objeto de llevar a cabo la *CONSTRUCCIÓN DE CUATRO AULAS EN LA I.E. BACHILLERATO PATÍA SEDE PRINCIPAL MUNICIPIO DE PATÍA, REPOSICIÓN DE CUATRO AULAS Y CONSTRUCCIÓN DE DOS AULAS EN LA I.E. E. AGRÍCOLA DE ARGELIA SEDE PRINCIPAL MUNICIPIO DE ARGELIA-CAUCA.*

Aduce que los ingenieros XIMENA MELÉNDEZ MUÑOZ y MARIO FERNANDO SILVA integraron el CONSORCIO INFRAESCOLAR con la finalidad de participar en el Proceso de Licitación No. EC-008-2009.

Expone que, dentro del término legal, esto es, el día 22 de enero de 2010 el CONSORCIO INFRAESCOLAR presentó observaciones al informe de evaluación, presentado por el Comité Evaluador, dentro de las cuales solicitó se eliminaran los proponentes que no tenían la descripción de los ítems completos o que tenían las especificaciones incompletas, entre los que se encontraba el ingeniero JESÚS ANCIZAR CALVO, a quien finalmente le fue adjudicado el contrato.

Dentro de las observaciones en mención, también solicitó que una vez se eliminaran los proponentes que no cumplieran con los requisitos enunciados, se volviera a realizar la media geométrica con las propuestas hábiles.

Sostiene que, mediante informe de respuesta a las mencionadas observaciones, la Oficina de Infraestructura Educativa de la Secretaría de Educación no las aceptó, indicando que el Comité Evaluador aceptaba todas las propuestas en las cuales existía concordancia directa entre la descripción del ítem y la del presupuesto oficial para cada sede educativa. Con ello, a juicio de la parte actora, se incumplió con lo establecido en los pliegos de condiciones, los cuales son ley para las partes.

Asevera que según las observaciones presentadas por el CONSORCIO INFRAESCOLAR la entidad debió eliminar como proponente al ingeniero JESÚS ANCIZAR CALVO y haber adjudicado en favor del consorcio en mención la Licitación Pública No. SEC-008-2009 .

2.3. La contestación a la demanda²

El **Departamento del Cauca** mediante apoderada judicial declaró su oposición a las pretensiones, expresando que los actos administrativos demandados fueron expedidos según el procedimiento y la normatividad aplicable al proceso de selección de licitación pública.

Menciona que, dentro de la audiencia de adjudicación, una vez los proponentes conocieron el informe de respuesta a las observaciones y al analizar dichos resultados solicitaron dar aplicación al artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, esto es, el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, dado que, errores de digitación o similares en la descripción de los ítems no alteraba su sentido sustancial, por lo que en ese sentido debían interpretarse los pliegos, dado que los ítems del presupuesto oficial eran los contenidos en las convocatorias públicas SEC-002-2009 a SEC -009-2009.

Según la solicitud en mención, y encontrándola ajustada a la norma, indica que, se volvió a realizar la evaluación de la propuesta económica según lo establecido

² Folios 125-132 del Cuaderno Principal No. 1

Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

en el numeral 5.3 "Calificación de las propuestas", y entre tanto se mantuviera la esencia del objeto del ítem, sería validado en la calificación de las propuestas económicas. Aduce que, con lo anterior, se permitió la participación de un mayor número de proponentes.

Alegó que en relación al proponente JESÚS ANCIZAR CALVO si bien dentro de su propuesta económica no hizo alusión al término 3 manos (que significa tres capas de pintura), no obstante, según el criterio adoptado por el Comité Técnico de Evaluación se determinó que la falta de las palabras "tres manos" no podía invalidar su propuesta económica tal como lo solicitó el CONSORCIO INFRAESCOLAR.

Como excepción formuló: "indebida pretensión".

2.4. La sentencia apelada³

El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Popayán, mediante Sentencia No. 035 del 30 de marzo de 2019 resolvió denegar las pretensiones de la demanda, como fundamento de la decisión, la A quo razonó de la siguiente manera:

"Radica la inconformidad de los demandantes, en señalar que en el plurimencionado pliego se solicitaba de los oferentes o participantes en su propuesta, precisión e identidad respecto de los ítems requeridos por la entidad estatal, dado que un contenido diferente ofrecido por el pretendiente o contratista, desembocaría en un cambio sustancial a lo necesitado por la administración.

De ahí que el participante elegido, al haber omitido dar un contenido exacto a lo requerido por el Departamento del Cauca, debió ser inhabilitado.

Pasemos a revisar los motivos que esgrimen los demandantes en el libelo de alegatos, ya que en la demanda no se puntualizan los reproches:

Señala el apoderado de la parte demandante que, en el punto 20.2.1 del pliego de condiciones (folio 30), se requiere:

"ANDENES EN CONCRETO 2500 PSI: INCLUYE MALLA (grafil 4 mm y separación 15 x 25) Y POLIETILENO"

Y el proponente que resultó elegido, frente a este ítem según los alegatos, formula (folio 27):

"ANDENES EN CONCRETO 2500 PSI: INCLUYE MALLA"

No obstante, se puede ver a folios 27 y 208 del expediente que, el proponente elegido formuló la siguiente propuesta:

"ANDENES EN CONCRETO 2500 PSI: INCLUYE MALLA (grafil 4 mm y separación 15 x 25) Y POLIETILENO"

De ahí que no se encuentra el yerro esgrimido por la parte activa de la Litis.

Igualmente, y en gracia de discusión, si la propuesta presentada no fuera textual para con lo requerido por la administración, sino como lo plantea el demandante, la misma no modificaría el contenido del pliego de condiciones, ya que el objeto principal de lo requerido por la administración es la elaboración de andenes en concreto con una

³ Folios 910-915 del Cuaderno Principal No. 5

Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

resistencia de 2500 pgl con la inclusión de una malla, de ahí que sustancialmente no se estaría variando el objeto de la contratación.

Señala el apoderado de la parte demandante que en el punto 18.1.1 del pliego de condiciones (folio 30), se requiere:

"ESTUCO Y VINILO TIPO I PARA MUROS Y CIELO RASOS 3 MANOS"

Y el proponente que resultó elegido, frente a este ítem, formula (folio 21 1):

"ESTUCO Y VINILO TIPO I PARA MURO Y CIELO RASOS"

Frente a este punto, podemos observar que efectivamente la propuesta presentada no es textual para con lo requerido por la administración, sin embargo la misma no modifica el contenido del pliego de condiciones, ya que el objeto principal de lo requerido por la administración es la aplicación de estuco y vinilo tipo I para muros y cielo rasos, de ahí que el número de manos que se aplique, siempre y cuando sea verificada su calidad por el Interventor de la obra, sustancialmente no está variando el objeto de la contratación.

En el punto 8.1.2 (sic) 8.3.12 del pliego de condiciones (folio 37), se requiere:

"SUMINISTRO Y MONTAJE DE PERCHA DE TRES PUESTOS PARA SOPORTE DE ACOMETIDA GENERAL INCLUYE ELEMENTOS DE SOPORTE EN CUBIERTA Y FACHADA DE EDIFICIO EXISTENTE"

Y el proponente que resultó elegido, frente a este ítem, formula (folio 29):

"SUMINISTRO Y MONTAJE DE PERCHA DE TRES PUESTOS PARA SOPORTE DE ACOMETIDA GENERAL INCLUYE ELEMENTOS DE SOPORTE EN CUBIERTA Y FACHADA"

En relación a este punto, podemos observar que efectivamente la propuesta presentada no es textual para con lo requerido por la administración, sin embargo la misma no modifica el contenido del pliego de condiciones, ya que el objeto principal de lo requerido por la administración es el suministro y montaje de percha de tres puestos de acometida general incluyendo los elementos de cubierta y fachada, de ahí que si el edificio es nuevo o ya existente, no se está variando el objeto de la contratación, la obligación del contratista será realizar su labor sobre el bien inmueble que corresponda.

Entonces se encuentra que no se están violando los postulados de transparencia, de igualdad, de economía y de selección objetiva, ya que con la propuesta presentada por el participante de la licitación no se cambia el objeto de la contratación.

Del mismo modo es menester señalar que, una vez revisada el acta de liquidación final del contrato No. 0278-2010, a folio 475 del expediente se lee: "El interventor deja constancia que todo lo expresado en la siguiente acta de liquidación está de acuerdo al contrato de obra y los parámetros exigidos por el ministerio de educación", de ahí que, si bien se está demandando el acto de elección del contratista, no se puede perder de vista que en la ejecución propia del contrato, se tuvieron en cuenta los requerimientos del pliego de condiciones, que es el documento que establece lo requerido por la entidad contratante y que es la ejecución de lo solicitado por la administración pública, entonces no se puede hablar de violación a los términos del pliego de condiciones cuando el contratista cumplió a cabalidad con lo requerido, materializando el principio teleológico al llevar a cabo la finalidad por la cual fue contratado. No podemos convertirnos en jueces de incisos para entorpecer los fines constitucionales perseguidos con la contratación estatal.

Se concluye entonces que, la parte accionante no demostró dentro del presente asunto que los actos administrativos demandados estuvieran afectados de nulidad por los cargos esgrimidos en la demanda, razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda.."

2.5. El recurso de apelación⁴

La parte demandante, inconforme con la decisión de instancia, formuló recurso de apelación en el cual, luego de iterar los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión, procedió a efectuar el análisis de las pruebas y de lo que, en su consideración, se encontraba demostrado en el proceso.

Adujo que la entidad accionada violó el derecho a la igualdad de los proponentes dentro del proceso de Licitación No. SEC-008-2009, dado que el pliego de condiciones estableció claramente las causales de rechazo, y la propuesta del ingeniero JESÚS ANCIZAR CALVO – a quien se le adjudicó el contrato- al modificar el contenido del pliego debió ser rechazada, tal como se rechazaron otras propuestas.

Enlistó los puntos sobre los cuales presenta su inconformidad respecto a la propuesta del ingeniero JESÚS ANCIZAR CALVO, según lo expuesto en la sentencia de primera instancia, así:

- En relación al ítem “ANDENES EN CONCRETO 2500 PSI: INCLUYE MALLA (grafil 4 mm y separación 15x25) Y POLIETILENO

Al respecto manifiesta que el objeto indicado dentro del proceso de Licitación Pública No. LGDC-SEC 008 de 2009 incluía la construcción de aulas en dos instituciones educativas ubicadas en diferentes municipios, por lo que los presupuestos de obra para cada una, eran disímiles.

Así las cosas, señaló que la propuesta del señor CALVO para la construcción de las aulas en la IE Bachillerato Patía omitió ofrecer en su propuesta “(grafil 4 mm y separación 15 x 25) Y POLIETILENO” , por lo que, a su juicio, cambia las condiciones exigidas en el pliego de condiciones, pues dentro del mercado existen diferentes tipos de mallas, calibres y separaciones, de las que va a depender su costo y resistencia.

En consecuencia, manifiesta su inconformidad con las apreciaciones de la A quo, dado que si bien, en el presupuesto presentado para la construcción de las aulas en la IE Agrícola de Argelia el proponente si realizó correctamente las descripciones del ítem, no es dable suponer que es igual para la otra institución educativa.

- Frente al ítem “ESTUCO Y VINILO TIPO I PARA MURO Y CIELOS RASOS 3 MANOS”

Indicó que al establecerse dentro de los pliegos de condiciones un número de manos de pintura para aplicar en los muros y cielos rasos, resulta importante para los acabados, durabilidad y costos, sobre estos últimos, destaca que, en los ítems de pago se encuentran individualizados por cada mano de pintura.

Por lo anterior, señala que el proponente al omitir en su propuesta el número de manos de pintura contravino las condiciones establecidas en el pliego de condiciones.

⁴ Folios 917-924 del Cuaderno Principal No. 5

Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

- En cuanto al ítem "SUMINISTRO Y MONTAJE DE PERCHA DE TRES PUESTOS PARA SOPORTE DE ACOMETIDA GENERAL INCLUYE ELEMENTOS DE SOPORTE EN CUBIERTA Y FACHADA DE EDIFICIO EXISTENTE"

Señaló que el proponente omitió en su ítem " DE EDIFICIO EXISTENTE" incumpliendo con lo establecido en el pliego de condiciones, dado que intervenir una obra ya construida es diferente a hacerlo en una obra por construir, variando los costos y tiempo de ejecución

Conforme lo enunciado, indicó que la entidad al adjudicar el contrato a un proponente que cambió las especificaciones técnicas, violó el principio de igualdad, dado que la propuesta del ingeniero JESÚS ANCIZAR CALVO debió rechazarse y en su lugar se debió adjudicar el contrato al CONSORCIO INFRAESCOLAR, según la fórmula fijada por la entidad estatal. En consecuencia, solicitó se reconozcan todas las pretensiones solicitadas en la demanda.

2.6. Trámite de segunda instancia.

Mediante Auto del 17 de octubre de 2019 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y a través de Auto del 27 de enero de 2020 se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado para alegar de conclusión, así como al Ministerio Público para rendir concepto.

2.6.1 Alegatos de conclusión en segunda instancia.

El apoderado de la parte actora⁵, reitera los argumentos expuestos en el decurso procesal, especialmente lo expuesto en el recurso incoado, solicitando el reconocimiento de las pretensiones invocadas en la demanda.

La parte accionada se abstuvo de presentar alegatos de conclusión en segunda instancia.

2.7. El concepto del Ministerio Público. La representante del Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. La competencia

Por la naturaleza del proceso, el lugar donde ocurrieron los hechos y la cuantía, el Tribunal es competente para decidir el asunto en **SEGUNDA INSTANCIA**, de conformidad con lo establecido por el artículo 133-1 del Código Contencioso Administrativo –D.L. 01 de 1984–.

3.2. El ejercicio oportuno de la acción

Teniendo en cuenta que el contrato de obra pública No. 0278-2010 fue suscrito el día 26 de febrero de 2010⁶, los dos años de que trata el literal e) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446

⁵ Folios 12-19 del Cuaderno Segunda instancia.

⁶ Folio 54-62 del Cuaderno principal No. 01

Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

de 1998, se extienden hasta el 26 de febrero de 2012.

Ahora bien, la demanda se presentó el día 27 de abril de 2012⁷, esto es dentro del término respectivo, teniendo en cuenta la suspensión de la caducidad acaecida desde la solicitud de conciliación prejudicial presentada ante la Procuraduría el 26 de enero de 2012, cuya constancia de fracaso de la diligencia se expidió el día 26 de abril de 2012⁸, así, concluye la Sala que la demanda fue impetrada antes de la configuración del fenómeno de la caducidad.

3.3. El asunto materia de debate

La Sala procede a desatar el recurso de alzada interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por la A quo, para determinar si, de acuerdo a los argumentos planteados en la apelación, dentro del proceso de Licitación Pública previo a la suscripción del contrato de obra pública No. 0278-2010 del 26 de febrero de 2010, se violaron los principios de contratación estatal según lo indica la parte actora y en consecuencia debe revocarse la providencia de primera instancia para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda o si por el contrario debe ser confirmada en su totalidad.

En este punto es de reiterar que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la competencia del *Ad quem* se encuentra estrictamente limitada a los argumentos que exponen las partes en el respectivo recurso de apelación. De suyo que el juez de segunda instancia no puede abarcar en la sentencia un estudio completo o total del proceso, sino circunscribir su análisis a desatar los planteamientos señalados en la alzada.⁹

3.4. Lo probado en el proceso

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, para la Sala se encuentra acreditado lo siguiente:

- La Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca adelantó proceso de Licitación Pública No. 008-2009 con el siguiente objeto: *"Construcción de Infraestructura Educativa Municipio de Patía: construcción de cuatro (4) aulas en la IE Bachillerato Patía, sede principal. Municipio de Argelia: Reposición de cuatro (4) aulas y construcción de dos (2) aulas en la IE Agrícola de Argelia, sede principal."* Según pliego de condiciones definitivo¹⁰.
- Mediante la Resolución No. 8683 del 13 de octubre de 2009¹¹ la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca ordenó la apertura de la Licitación Pública No. SEC-008-2009 a partir del 13 de octubre de 2009.

⁷ Folio 114 del Cuaderno Principal No. 1

⁸ Folios 102-104 del Cuaderno principal No. 01

⁹ Criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera en providencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21.060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Así mismo reiterado, entre otras, por la Sección Tercera- Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencias de 11 de julio de 2013, Radicación número: 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252) y Radicación número: 05001-23-31-000-1995-01939-01 (30.424), entre otras. En esta última se refirió que *"...Previo a decidir, debe precisarse que conforme lo ha señalado la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la competencia del juez de segunda instancia está limitada a los motivos de inconformidad que expresen los recurrentes en sus escritos de apelación, de allí que, en el asunto sub examine esta Subsección se restringirá a los argumentos señalados por las partes, en sus recursos..."*.

¹⁰ Folios 317 del Cuaderno No.2 a Folio 442 del Cuaderno No. 3

¹¹ Folios 443-446 del Cuaderno principal No. 3

Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

- La entidad contratante expidió diferentes adendas¹² dentro del proceso de Licitación Pública No. SEC-008-2009.
- Dentro del plenario reposa copia de la propuesta económica presentada por el proponente Jesús Ancizar Calvo Castro¹³, Consorcio C y Z¹⁴ y Consorcio Infraescolar¹⁵
- Copia de las observaciones al informe de evaluación de las propuestas económicas presentada por el Consorcio Infraescolar, el día 22 de enero de 2010¹⁶.
- Reposo dentro del plenario Informe de repuesta a observaciones "SEC-002-2009 a la SEC-009-2009" por parte de la Gobernación del Departamento del Cauca-Secretaría de Educación¹⁷, de la que se destacan los siguientes apartes:

"RESPUESTA A OBSERVACIONES LICITACIÓN PÚBLICA No. SEC 008-2009.

- **CONSORCIO INFRAESCOLAR R. JIMENA MELENDEZ MUÑOZ**
Observación sin fecha

No se acepta la observación respecto del CONSORCIO LA RIVERA. El comité evaluador acepta todas aquellas propuestas en las cuales existe una CONCORDANCIA DIRECTA entre la descripción del ítem y la del mismo en el presupuesto oficial para cada SEDE EDUCATIVA de la respectiva INSTITUCIÓN EDUCATIVA.

No se acepta la observación respecto del CONSORCIO AYA. El comité de evaluación concluye que los valores económicos que no provienen de un resultado matemático de un ítem en particular que se adicionen a los presupuestos de las propuestas económicas de las diferentes sedes educativas y que no hagan parte integral en los presupuestos oficiales de las respectivas sedes, serán objeto de revisión y corrección aritmética

Observación de fecha 22 - 01 - 2010

De los antecedentes:

*Punto 1. El aviso importante publicado en la web para los procesos licitatorios en curso, se refiere exclusivamente a que en la impresión se visualice todo el ítem contenido en la celda. **En ningún momento se afirma que todo error descalifica la propuesta, tal y como se ha venido sosteniendo a lo largo de este documento cuando se afirma que el comité evaluador acepta todas aquellas propuestas en las cuales existe una CONCORDANCIA DIRECTA entre el nombre del ítem y el nombre del mismo en el presupuesto oficial para cada SEDE EDUCATIVA de la respectiva INSTITUCIÓN EDUCATIVA, el cual mantenga implícitas las especificaciones técnicas puntuales en el mismo.** En consecuencia, los proponentes de la SEC-007-2009 por usted mencionados en el documento de observaciones, se habilitan para seguir en el proceso de adjudicación.*

*Punto 2. **El comité evaluador acepta todas aquellas propuestas en las cuales existe una CONCORDANCIA DIRECTA entre el nombre del ítem y el nombre del***

¹² Folios 279- 316 del Cuaderno principal No. 2

¹³ Folios 24-31 Cuaderno principal No. 01

¹⁴ Folios 32-39 Cuaderno principal No. 01

¹⁵ Folios 40-51 Cuaderno principal No. 01

¹⁶ Folios 6-10 del Cuaderno principal No. 01

¹⁷ Folios 259-270 Cuaderno principal No. 02

Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

mismo en el presupuesto oficial para cada SEDE EDUCATIVA de la respectiva INSTITUCIÓN EDUCATIVA, el cual mantenga implícitas las especificaciones técnicas puntuales en el mismo, tal como ocurre para el caso en el proceso SEC-002-2009, con el proponente CONSORCIO FEDECOM, quien queda habilitado para seguir en el proceso de adjudicación. Caso contrario ocurre con los proponentes EDUARDO DUSAN PERDOMO, BERMUDEZ Y COMPAÑÍA S. EN C. Y CONSORCIO R Y R OBRAS CIVILES, quienes cambian de manera sustancial el ítem por el cual son inhabilitados.

Punto 3. Respecto de los proponentes CONSORCIO CE CAUCA 2009, HERMES ALBEIRO ZUNIGA, CONSORCIO LA RIVERA del proceso SEC-002-2009 Y CONSORCIO SAMBONI RUANO del proceso SEC-005-2009 el comité de evaluación se remite a la parte inicial del presente documento donde se afirma que:

a. "Como se expuso en el inicio de la audiencia de adjudicación por parte del comité evaluador, en lo que respecta a los ítems presentados por los proponentes en cada presupuesto de cada sede educativa, no se tuvo en cuenta aquellos ítems que fueron alterados o cambiados sustancialmente, es decir, aquellos ítems cuya descripción no se relacione con la descripción del mismo ítem consignado en el presupuesto oficial, lo cual inhabilita la propuesta.

b. La propuesta que no presupuestó uno de los ítems descrito y detallado en el presupuesto oficial no se tuvo en cuenta

c. La propuesta económica que presentó alteraciones o modificaciones en la unidad o cantidad descrita y detallada para cada ítem en el presupuesto oficial no se tuvo en cuenta

De la solicitud:

Punto 1. Por no tener la descripción de los ítems completos o tienen las especificaciones incompletas:

No se acepta la observación respecto a: CONSORCIO PEREZ Y CORA, HECTOR FABIO LONDOÑO, CONSORCIO R Y R OBRAS CIVILES, CONSORCIO PATIA, CONSORCIO CAPA, evaluador CONSORCIO EDICOM, CONSORCIO LA RIVERA, JESUS ANCISAR CALVO. **El comité acepta todas aquellas propuestas en las cuales existe una CONCORDANCIA DIRECTA entre la descripción del ítem y la del mismo en el EDUCATIVA presupuesto oficial para cada SEDE EDUCATIVA de la respectiva INSTITUCIÓN EDUCATIVA.**

Se acepta la observación respecto al CONSORCIO C Y Z. El comité evaluador concluye que el proponente cambia de manera sustancial la descripción del ítem 12.1.4 de la I.E. agrícola de Patía.

Punto 2. Por errores o cambios en la descripción de un ítem

No se acepta la observación respecto al CONSORCIO LA RIVERA. El comité evaluador acepta todas aquellas propuestas en las cuales existe una CONCORDANCIA DIRECTA entre la descripción del ítem y la del mismo en el presupuesto oficial para cada SEDE EDUCATIVA de la respectiva INSTITUCIÓN EDUCATIVA

Punto 3. Por falta de un ítem o una unidad o una cantidad

Se acepta la observación respecto al CONSORCIO LA RIVERA. El comité evaluador no acepta la propuesta económica que presenta alteraciones, cambios o modificaciones en la unidad o cantidad descrita y detallada para cada ítem en el presupuesto oficial.

(...)” (Negrillas fuera de texto)

Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

- Resultados de la evaluación definitiva del sobre No. 02 y orden de elegibilidad de los proponentes que cumplen las exigencias expuestas en los pliegos de condiciones¹⁸.
- Acta de audiencia de adjudicación de la Licitación pública No. SEC- 008-2009 con fecha de inicio 14 de diciembre de 2009 y fecha de terminación 1 de febrero de 2010¹⁹ y vídeo de filmación de la misma²⁰. Del acta en mención se destacan los siguientes apartes:

"El ingeniero Milton Muñoz procede a dar lectura a los resultados obtenidos en la revisión de la propuesta económica (...)

Los ingenieros asistentes manifiestan que de acuerdo con lo establecido en la Ley 80 tienen derecho a hacer observaciones a los resultados publicados y que el tiempo mínimo establecido por la Ley es de cinco días.

Luego de debatir sobre las solicitudes presentadas por los Ingenieros asistentes, el Comité Evaluador, llega a un acuerdo de continuar con la audiencia el día 30 de diciembre de a las 9:00 a.m., audiencia en la cual se recibirán las observaciones que se puedan presentar para posteriormente analizar y adjudicar.

(...)

Siendo las 9:30 del día 1 de febrero de 2010, se continúa con la Audiencia de Adjudicación de las Licitaciones Públicas Nos. SEC-002 a SEC-009 del 2009 de acuerdo a lo señalado en el Art. 9 de la Ley 1150 de 2007 (...)

El ingeniero Milton Muñoz informa a los asistentes los tres primeros proponentes en la Licitación SEC-008-2009, siendo estos:

ORDEN DE ELEGIBILIDAD.

	PRESUPUESTO OFICIAL	\$660.857.699.00	
1.	JESÚS ANCISAR CALVO	\$654.324.679.,34	999,4563
2.	CONSORCIO INFRAESCOLAR	\$654.339.231,50	999,4331
3.	CONSORCIO CANO	\$654.366.108,55	997,3793

- Resolución No. 00741-02-2010 del 2 de febrero de 2010, por medio del cual se adjudica la Licitación No. SEC-008-2009 al ingeniero Jesús Ancizar Calvo, al haber obtenido el mayor puntaje dentro del proceso de selección²¹
- Contrato de obra pública No. 0278-2010 de 26 de febrero de 2010, suscrito entre el señor Jesús Ancizar Calvo Castro y el Departamento del Cauca, cuyo objeto es: "CONSTRUCCIÓN DE CUATRO (4) AULAS, EN LA I.E BACHILLERATO PATÍA SEDE PRINCIPAL MUNICIPIO DE PATÍA; REPOSICIÓN DE CUATRO (4) AULAS CONSTRUCCIÓN DE DOS (2) AULAS EN LA I.E AGRÍCOLA DE ARGELIA SEDE PRINCIPAL MUNICIPIO DE ARGELIA-CAUCA"²².
- Contrato No.01²³ y No.2²⁴ de adición en plazo y cuantía, respectivamente, al Contrato Principal de Obra No. 0278-2010 del 11 de agosto de 2010.

¹⁸ Folios 52-53 del Cuaderno principal No. 01.

¹⁹ Folio 63-97 del Cuaderno principal No. 01

²⁰ Folio 101 del Cuaderno principal No. 01

²¹ Folios 98-100 Cuaderno Principal No.1

²² Folios 191-197 del Cuaderno principal No. 01

²³ Folios 161-162 del Cuaderno principal No. 01

²⁴ Folios 152-153 del Cuaderno principal No. 01

Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

- Acta de liquidación final del contrato No. 0278-2010, suscrita el día 22 de junio de 2011 por el Contratista, Interventor y Gobernador del Departamento del Cauca, de la cual se destaca lo siguiente:

“CONSTANCAS:

El Interventor deja constancia que todo lo expresado en la siguiente acta de liquidación esta de acuerdo al contrato de obra y los parámetros exigidos por el Ministerio de Educación.

La Secretaría de Educación del Departamento, deja constancia que la obra objeto del contrato No. 0278-2010, se recibe a entera satisfacción.”

- Acta de recibo final del contrato²⁵ No. 0278-2010 suscrita el día 22 de junio de 2011 por el Contratista, Interventor y Supervisor del contrato.
- Acta de entrega de obra del contrato²⁶ No. 0278-2010 suscrita el 15 de marzo de 2011 por Interventor, Rector IE Agrícola de Argelia y el Contratista.
- Acta de entrega de obra del contrato²⁷ No. 0278-2010 suscrita el 15 de marzo de 2011 por Interventor, Rector IE Bachillerato Patía Sede Principal y el Contratista.
- Informes parciales para pago con sus anexos y reportes de avance de proyecto ²⁸

3.5. De la Contratación Estatal en Colombia.

3.5.1. Principio de selección objetiva

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 determina los principios aplicables en el régimen de contratación estatal, así:

“ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

Ahora bien, por su parte, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 regula el principio de selección objetiva de los contratistas, que en el marco de la contratación estatal en Colombia el cual tiene connotación de regla y se relaciona con el principio de la autonomía de la voluntad, reflejado en la libertad de elegir con quién se contrata. La norma en mención establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general,

²⁵ Folios 479-488 del Cuaderno Principal No.03

²⁶ Folio 489 del Cuaderno Principal No.03

²⁷ Folio 490 del Cuaderno Principal No.03

²⁸ Folios494 del Cuaderno principal No. 4 al folio 819 del Cuaderno principal No. 5

Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes (...)"

Frente a este importante postulado que rige la Contratación Estatal en Colombia, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

*"En efecto, tratándose de los negocios jurídicos celebrados por la Administración para la consecución de intereses colectivos, **la posibilidad de decidir libremente quién va a ser el contratista se restringe al imponerse a la autoridad la obligación de celebrar diversos procedimientos de selección** y con ello lograr dos objetivos: de un lado, **garantizar escogencias enmarcadas en los principios de transparencia, libre concurrencia, igualdad, economía, celeridad, eficacia y eficiencia**; del otro, **asegurar que la oferta escogida sea la más favorable para la finalidades de interés público que se pretenden alcanzar.***

*De la anterior afirmación se desprende que la principal finalidad de la fijación de procedimientos objetivos es precisamente escoger **"el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva"**.*

En otras palabras, aunque podemos sostener que la "selección objetiva" es un concepto jurídico indeterminado, y como tal debe ser precisada en cada situación en particular, no escapa de la esencia de su definición que la elección del contratista debe obedecer exclusivamente a una decisión neutral y por lo tanto producto de una administración imparcial, esto es, sujeta única y exclusivamente al interés general.

Entre los criterios indispensables para realizar una selección objetiva, la ley 1150 de 2007 escindió dos clases de requisitos exigibles a los oferentes: de un lado los denominados habilitantes, encaminados principalmente a la constatación de determinadas exigencias sobre todo de índole personal; del otro, los llamados factores evaluables mediante la asignación de puntaje.

La distinción realizada por la norma no conlleva un desconocimiento de la importancia que tienen los condicionamientos que debe reunir la persona del oferente para habilitarse dentro del procedimiento de selección, no se debe olvidar el carácter intuitu personae de los contratos estatales, simplemente implica que la calificación numérica recae, en la nueva regulación, exclusivamente sobre la oferta que se presenta.

En efecto, el legislador expresó de manera clara que "...la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad"²⁹ (Negrillas fuera de texto)

3.5.2. El pliego de condiciones.

El pliego de condiciones dentro del proceso de contratación estatal es un acto mediante el cual la Administración Pública de manera previa y unilateral establece las reglas para determinar la necesidad del servicio público que pretende satisfacer en ejercicio de una planeación debida, para que los interesados en desarrollo de los principios de igualdad, libertad de concurrencia,

²⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010) Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B

Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

publicidad y transparencia presenten sus ofertas a la Administración para que de forma objetiva, seleccione la oferta más favorable según los criterios de evaluación y ponderación, los cuales deben ser adecuados, razonables y proporcionales.

Así las cosas, el pliego de condiciones contendrá tanto las condiciones contractuales, esto es, los derechos y obligaciones de las partes, como las reglas y condiciones del proceso de selección objetiva.

Sobre este tópico el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“No debe perderse de vista que los pliegos de condiciones son clara manifestación de los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y de igualdad, ya que en ellos es obligación de la administración establecer reglas y procedimientos claros y justos, que permitan la mejor escogencia del contratista con arreglo a las necesidades públicas y el interés general. (...)

El contenido mínimo de los pliegos de condiciones se encuentra descrito en el artículo 24.5 de la ley 80 de 1993, de modo que ellos reflejan la base sobre la cual se deben estructurar los mismos, para garantizar la concreción del principio de transparencia; esos parámetros o exigencias mínimas fijadas desde un marco positivo son, en síntesis, las siguientes: i) los requisitos objetivos que están obligados a acreditar los proponentes interesados en el proceso de selección, ii) las reglas de selección objetivas, justas, claras y completas que permitan elaborar la oferta o propuesta de acuerdo con las necesidades de la entidad administrativa, inclusive es posible que dentro de los mismos se incluyan medidas de protección afirmativa para garantizar la concurrencia de ciertas personas que se encuentran en situaciones de debilidad (al respecto consultar la sentencia de constitucionalidad C-932 de 2007), iii) las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, iv) se establecerán condiciones o exigencias razonables que puedan ser cumplidas por los proponentes, v) se determinarán reglas exentas de error, o meramente potestativas de la voluntad de la entidad pública, vi) se indicarán las fechas y plazos para la liquidación del contrato cuando a ello hubiere lugar. (...)

*En esa perspectiva, **el pliego de condiciones es el acto jurídico fundamental sobre el cual gira toda la etapa de selección del contratista, es decir, la precontractual, por cuanto en el mismo se fija el objeto del contrato a suscribir, se identifica la causa del negocio jurídico, se determina el procedimiento o cauce a surtirse para la evaluación objetiva y técnica de las ofertas, y se indican los plazos y términos en que se ejecutará todo el proceso** que culminará con la adjudicación del contrato o con la declaratoria de desierta.*

*En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, **razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes**, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.(...)*

*Como se aprecia, el pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, **se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública**; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo. En otros*

Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

términos, entre una discrepancia y divergencia entre el pliego de condiciones y el contrato, prevalecerá aquél sobre este último. (...)

*Por lo tanto, es posible que la administración pública tenga que resolver cuestiones que le plantean los proponentes a lo largo del proceso de selección, decisiones que deberán estar fundamentadas en el contenido de los pliegos y ajustarse a los principios de la ley 80 de 1993. **De allí que, la posible existencia de una discrecionalidad administrativa queda reducida a que la administración pueda interpretar el pliego de condiciones a efectos de que las exigencias formales no hagan nugatoria la eficiencia del procedimiento** y, por lo tanto, se impida la escogencia de la mejor propuesta; lo anterior, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, precepto que en relación con el principio de economía, **avala la posibilidad de que los pliegos sean objeto de hermenéutica administrativa, con la finalidad de que no se condene al procedimiento a la declaratoria de desierta o a decisiones inhibitorias.**(...)*

*Como se aprecia, la ley avala la posibilidad de que la administración interprete el pliego de condiciones, con miras a que ciertas formalidades no sacrifiquen la eficiencia y eficacia del proceso de escogencia del contratista; corresponderá, por ende, a la entidad respectiva la valoración de la respectiva disposición para **determinar si el requisito inobservado es sustancial o simplemente formal** y, por lo tanto, si es posible su subsanación sin afectar los principios de igualdad y de selección objetiva.*

*Así las cosas, los pliegos de condiciones al estar contenidos en un acto jurídico mixto que, en cierto modo, contienen descripciones generales –sin que ello lo convierta en un reglamento– para que se surta el proceso de selección, **es posible que sea viable su hermenéutica o interpretación, bien porque se hace necesario para solucionar un problema estrictamente formal de una propuesta –y por consiguiente determinar su admisibilidad y evaluación– ora porque es preciso determinar el contenido y alcance de una de las cláusulas o disposiciones fijadas.**"³⁰ (Negrillas fuera de texto)*

3.6. El caso concreto

Dentro del asunto *sub examine* pretende la parte actora se declare la nulidad del contrato de obra pública No. 0278 2010 suscrito entre el Departamento del Cauca y el Ingeniero Jesús Ancizar Calvo, la Resolución No. 00741 de febrero de 2010 por medio de la cual se adjudicó el mencionado contrato y todos los actos previos emitidos dentro de Proceso de Licitación Pública No. LGDC-SEC 008 de 2009.

En consecuencia de lo anterior, solicita a título de indemnización de perjuicios condenar a la entidad demandada a cancelar en favor del CONSORCIO INFRAESCOLAR la suma de ciento diecisiete millones setecientos ochenta y un mil sesenta y un pesos con sesenta y siete centavos m/cte. (\$117.781.061,67) correspondientes a la utilidad que se iba a percibir por la adjudicación del correspondiente proceso de Licitación Pública No. LGDC-SEC 008 de 2009.

En la decisión de primera instancia la A quo decidió negar las pretensiones de la demanda, señalando que según lo probado dentro del proceso en la Licitación Pública No. SEC 008 de 2009 no se violaron los principios de transparencia, igualdad,

³⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013) Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642)

Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
 Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
 Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
 Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

económica y selección objetiva, dado que, la propuesta presentada por el señor JESÚS ANCIZAR CALVO- la cual fue seleccionada con el mejor puntaje- no cambió el objeto de la contratación establecido en los pliegos de condiciones.

Por su parte, los demandantes a través de apoderado judicial presentaron recurso de apelación centrando su inconformidad con la decisión de la Juez de instancia, reiterando que, la propuesta presentada por el ingeniero JESÚS ANCIZAR CALVO dentro del Proceso de Licitación No. SEC-008-2009 debió ser rechazada dado que modificó el contenido establecido en el pliego de condiciones, especialmente respecto de tres ítems.

Frente a uno de los ítems, indicó que la *A quo* de manera errada concluyó que se encontraba correctamente descrito en la propuesta presentada por el ingeniero CALVO, sin embargo, indica que ello fue así, pues solo se encontraba completo para una de las instituciones educativas, no para las dos. En relación con los otros dos ítems, refirió que, la falta de precisión y exactitud frente al pliego de condiciones incidía en la forma en que debía ejecutarse la obra contratada y en los costos de la misma.

Para la Sala, teniendo en cuenta lo probado en el proceso y centrándonos en las razones que fundamentan el recurso de alzada, se tiene que, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca aperturó Licitación Publica No. 008 -2009 con el siguiente objeto: "CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA MUNICIPIO DE PATÍA: CONSTRUCCIÓN DE CUATRO (4) AULAS EN LA IE BACHILLERATO PATÍA, SEDE PRINCIPAL. MUNICIPIO DE ARGELIA: REPOSICIÓN DE CUATRO (4) AULAS Y CONSTRUCCIÓN DE DOS (2) AULAS EN LA IE AGRÍCOLA DE ARGELIA, SEDE PRINCIPAL"

Atendiendo las razones expuestas por el apelante frente al cambio en la descripción de algunos ítems de la propuesta presentada por el ingeniero JESÚS ANCIZAR CALVO -a quien le fue adjudicado el contrato de obra pública-, respecto al contenido del pliego de condiciones, a su juicio, la administración debió rechazar esa propuesta, dado que cambiaba significativamente las especificaciones técnicas indicadas en los pliegos.

En aras de exponer con mayor claridad lo antes dicho, se procede a extractar los ítems objeto de debate en el siguiente cuadro:

I.E BACHILLERATO PATÍA		IE AGRÍCOLA DE ARGELIA	
PLIEGO DE CONDICIONES	PROPUESTA ING. JESÚS ANCIZAR CALVO	PLIEGO DE CONDICIONES	PROPUESTA ING. JESÚS ANCIZAR CALVO
		8.3.12 SUMINISTRO Y MONTAJE DE PERCHA DE 3 PUESTOS PARA SOPORTE DE ACOMETIDA GENERA, INCLUYE ELEMENTOS DE SOPORTE EN CUBIERTA O FACHADA DE EDIFICIO EXISTENTE	8.3.12 SUMINISTRO Y MONTAJE DE PERCHA DE 3 PUESTOS PARA SOPORTE DE ACOMETIDA GENERA, INCLUYE ELEMENTOS DE SOPORTE EN CUBIERTA O FACHADA
18.1.3 ESTUCO Y VINILO TIPO I PARA MUROS Y CIELO RASOS 3 MANOS	18.1.3 ESTUCO Y VINILO TIPO I PARA MUROS Y CIELO RASOS 3 MANOS	18.1.3 ESTUCO Y VINILO TIPO I PARA MUROS Y CIELO RASOS 3 MANOS	18.1.3 ESTUCO Y VINILO TIPO I PARA MUROS Y CIELO RASOS
20.2.1 ANDENES EN CONCRETO 2500 PSI INCLUYE MALLA (grafil 4mm y separación 15x25) Y POLIETILENO	20.2.1 ANDENES EN CONCRETO 2500 PSI INCLUYE MALLA (grafil 4mm y separación 15x25) Y POLIETILENO	20.2.1 ANDENES EN CONCRETO 2500 PSI INCLUYE MALLA (grafil 4mm y separación 15x25) Y POLIETILENO	20.2.1 ANDENES EN CONCRETO 2500 PSI INCLUYE MALLA

Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

De lo decantado en el cuadro precedente, observa la Corporación en lo referente al presupuesto y cantidades de obra requeridas en el pliego de condiciones y las presentadas en la propuesta objeto de estudio, lo siguiente.

Respecto de la I.E Patía no existen discrepancias entre los ítems señalados en el pliego de condiciones y los contenidos en la propuesta reprochada en la demanda, toda vez que, la descripción de los aludidos ítems coincide entre sí, por tal razón respecto de dicha Institución Educativa las razones expuestas en el recurso de alzada no tienen sustento que las convalide.

Ahora bien, respecto a la I.E Agrícola de Argelia se evidencia, que si bien dentro de la descripción de los ítems señalados en la propuesta del ingeniero JESÚS ANCIZAR CALVO existe coincidencia con las expresadas en el pliego de condiciones, en la parte final de cada descripción le hacen falta algunas palabras, las cuales echa de menos la parte actora y con las que fundamenta que se incumplió técnicamente con lo requerido en el pliego de condiciones, pretendiendo que por tal razón, dicha propuesta debió desecharse y en consecuencia el contrato debió adjudicarse al CONSORCIO INFRAESCOLAR, integrado por los demandantes.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que los argumentos antes mencionados habían sido presentados a la entidad contratante como observaciones a la propuesta económica y no solo respecto del proponente JESÚS ANCIZAR CALVO sino también de otros proponentes que participaron dentro del proceso de Licitación Pública No. 008-2009, señalando que en sus propuestas algunos ítems se encontraban incompletos.

Por su parte la entidad contratante mediante "Informe de Respuesta a Observaciones SEC-002-2009 A SEC '009-2009'" del 29 de enero de 2010, manifestó entre otras cosas que:

"El Comité Evaluador tuvo en cuenta, para realizar la calificación definitiva de las propuestas habilitadas, las observaciones de los proponentes asistentes a las audiencias, además, en aras de otorgar una mayor participación de los mismos, los siguientes criterios principales de evaluación:

- *Que los proponentes, en la carta de presentación, declaran que aceptan la información general y demás documentos de la licitación pública y que aceptan los requisitos en ella contenidos.*
(...)
- *Como se expuso en el inicio de la audiencia de adjudicación por parte del Comité Evaluador, en lo que respecta los ítems presentados por los proponentes en cada presupuesto de cada sede educativa, no se tuvo en cuenta aquellos ítems que fueron alterados o cambiados sustancialmente, es decir, aquellos ítems cuya descripción no se relacione con la descripción del mismo ítem consignado en el presupuesto oficial, lo cual inhabilita la propuesta."*

Asimismo, en relación con las observaciones realizadas en la Licitación No. SEC 008-2009 realizadas por el CONSORCIO ESCOLAR, señaló que el Comité Evaluador tenía la facultad de aceptar todas las propuestas en las que existiera una concordancia directa entre el nombre de ítem y el señalado en la propuesta, siempre que mantuviera implícitas las especificaciones técnicas, esto es, que no hubieran sido cambiados o alterados sustancialmente.

Así las cosas, respecto de las observaciones realizadas al proponente JESÚS ANCIZAR CALVO el Comité Evaluador decidió no aceptarlas, así como también respecto de otros proponentes, al encontrar que técnicamente existía una

Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

concordancia directa entre la descripción del ítem y la del presupuesto oficial. Por el contrario, respecto a otros proponentes señaló que en efecto habían alterado las unidades descritas en el presupuesto oficial, y por tal razón decidió aceptar las observaciones.

En consideración de lo expuesto, es claro para la Sala, que las observaciones realizadas por la parte actora a la propuesta del señor JESÚS ANCIZAR CALVO respecto a las descripciones de los ítems, fueron estudiadas en su oportunidad por la entidad contratante, a través del Comité Evaluador, conformado por profesionales, quienes desde el punto de vista técnico concluyeron que dicha propuesta tenía una concordancia directa con la descripción de los ítems señalados en el presupuesto oficial, por lo tanto consideró que podría continuar en el proceso de selección; lo anterior, de conformidad con el principio de la primacía de lo sustancial sobre lo formal establecido en el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, y además, teniendo en cuenta que con la carta de presentación (anexo al pliego de condiciones) los proponentes declaraban que aceptan todos y cada uno de los documentos de la licitación pública y aceptaban los requisitos allí contenidos.

Igualmente destaca la Sala, que la entidad no solamente desestimó las observaciones descritas que había realizado la parte actora respecto del proponente JESÚS ANCIZAR CALVO, sino también de otros proponentes, con lo que se evidencia, que la entidad no desconoció el principio de igualdad dentro del proceso de selección, tal como lo aduce la parte actora, quien además, por otra parte, no demostró sus afirmaciones tendientes a señalar que las palabras faltantes dentro de los plurimencionados ítems propuestos cambiaban sustancialmente lo señalado en el presupuesto oficial, desconociendo el principio de la carga de la prueba que le asiste³¹.

En consecuencia, y según la jurisprudencia *ut supra*, es claro que la entidad contratante quien contaba con la posibilidad de realizar un estudio del pliego de condiciones para resolver las observaciones antes vistas, concluyendo así, que la propuesta del señor JESÚS ANCIZAR CALVO no alteró sustancialmente el presupuesto oficial indicado en los pliegos de condiciones.

Aunado lo anterior destaca también el Tribunal, que dentro del plenario reposa acta de liquidación del contrato de obra pública No. 0278-2010 en la cual consta que la obra se recibió a entera satisfacción, cumpliendo con los parámetros exigidos por el Ministerio de Educación.

En relación a los ítems objeto de debate en el presente asunto, dentro del acta de liquidación consta que fueron ejecutados en los siguientes términos por parte del contratista:

Respecto a la I.E Bachillerato Patía:

“18.1.3 ESTUCO Y VINILO TIPO I PARA MUROS Y CIELO RASOS 3 MANOS
20.2.1 ANDENES EN CONCRETO 2500 PSI, INCLUYE MALLA (grafil 4 mm y separación
15x25) Y POLIETILENO” (Subrayas fuera de texto)

Respecto a la I.E Agrícola de Argelia:

31 Artículo 167 Código General del Proceso.

Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

“8.3.12 SUMINISTRO Y MONTAJE DE PERCHA DE 3 PUESTOS PARA SOPORTE DE ACOMETIDA GENERA, INCLUYE ELEMENTOS DE SOPORTE EN CUBIERTA O FACHADA DE EDIFICIO EXISTENTE

18.1.3 ESTUCO Y VINILO TIPO I PARA MUROS Y CIELO RASOS 3 MANOS

20.2.1 ANDENES EN CONCRETO 2500 PSI INCLUYE MALLA (grafil 4mm y separación 15x25) Y POLIETILENO” (Subrayas fuera de texto)

En este orden de ideas, se verifica que, según acta de recibo final, actas de entrega de las obras y acta de liquidación final del contrato suscrita el día 22 de junio de 2011 por el Contratista, Interventora y Gobernador del Departamento del Cauca, indican que la obra se ejecutó de forma correcta, según los ítems establecidos en el pliego de condiciones, cumpliéndose cabalmente el objeto contratado.

A manera de colofón y recapitulando, estima la Sala, que la accionada dentro del proceso de selección actuó con la finalidad de no afectar la eficiencia en el proceso de selección del contratista, garantizando una mayor participación de proponentes y garantizando los principios de libertad de concurrencia, igualdad y selección objetiva de los proponentes, así como el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, igualmente se demostró que la obra se ejecutó de forma correcta, según los ítems establecidos en el pliego de condiciones, *contrario sensu*, la parte actora no acreditó dentro del plenario, que las señaladas palabras faltantes dentro de los ítems propuestos cambiaban sustancialmente lo señalado en el presupuesto oficial, cuya carga probatoria le correspondía.

De conformidad con lo anterior, comparte la Sala las apreciaciones de la *A quo*, y estima que el recurso de apelación presentado por la parte actora no enerva las interpretaciones del caso elucubradas en primera instancia, pues no se encontró acreditada la nulidad del contrato estatal No. 0278-2010, el acto de adjudicación y de los demás documentos proferidos dentro de la Licitación Pública SEC 008-2019 según los cargos presentados por la parte actora. Por lo tanto, se procederá a confirmar, la Sentencia No. 035 del treinta (30) de marzo de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Mixto de Oralidad del Circuito de Popayán.

3.7. De las costas

Estima esta Sala que en el asunto *Sub judice* no hay lugar a la imposición de la condena costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto una actuación temeraria de parte de la parte demandante o de la entidad demandada, en los términos establecidos por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que dispone:

“ART. 55.- *Condena en costas. El artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:*

Artículo 171. Condena en costas. En todos los procesos con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.”

IV. DECISIÓN

Expediente: 19001 33 33 010 2012 00045 01
Demandante: SIXTA XIMENA MELENDEZ MUÑOZ Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia No. 035 del treinta (30) de marzo de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Mixto de Oralidad del Circuito de Popayán, al tenor de las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO.- Sin costas, por no haberse causado.

TERCERO.- En firme esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen dejando las constancias correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha.

Los Magistrados,

JAIRO RESTREPO CÁCERES
Firmado SAMAI

MARINO CORAL ARGOTY
Firmado SAMAI

CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ
Firmado SAMAI