

REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

SENTENCIA No. 106.

RADICACIÓN : 76001-3333-001-2016-0008500
DEMANDANTE : UNION TEMPORAL VIAS DEL VALLE 2015
DEMANDADO : DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -
CONTRACTUAL

La **UNION TEMPORAL VIAS DEL VALLE 2015** actuado a través de apoderado judicial demanda a través medio de control nulidad y restablecimiento del derecho al **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, para que previos los trámites del proceso ordinario se hagan las siguientes,

DECLARACIONES

1. Declarar la nulidad absoluta del contrato N° 010-18-1412 del 10 de noviembre de 2015 suscrito entre el Departamento del Valle del Cauca y el Consorcio Vías Valle, Como quiera que se adjudicó con violación directa del parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.
2. Declarar la nulidad de la Resolución N° 336 de 20 de octubre 2015 por la cual se adjudica el contrato derivado del proceso licitatorio distinguido con el número LP-SMIT-003-2015.
3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones se solicita a título de restablecimiento del derecho el reconocimiento de una indemnización equivalente a la suma de doscientos treinta y seis millones ochocientos cuatro mil setecientos noventa y siete pesos (\$236.804.797) por concepto de utilidad probable.
4. Se condene al Departamento del Valle del Cauca a pagar a la suma de dos millones setecientos once mil doscientos ochenta y cuatro pesos (\$2.711.284) como indemnización por los gastos incurridos en la compra de la póliza de seriedad de la oferta adquirida para participar en el proceso de selección.
5. Se condene al Departamento del Valle del Cauca a pagar la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000) como indemnización por los gastos administrativos en que incurrieron los demandantes para la presentación de la oferta.

6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada, de conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

HECHOS:

1. El 23 de julio de 2015 el Departamento del Valle del Cauca inició un proceso licitatorio distinguido con el número LP-SMIT-003-2015 con el propósito de adjudicar contratos de obra pública para el mejoramiento de vías terciarias en la entidad territorial.

En este contexto, se dividió el territorio Departamental en 4 zonas geográficas y se estableció que se adjudicaría un contrato para el desarrollo de las vías terciarias en cada una de las subregiones mediante la construcción de “*placa huella*”.

2. La parte demandante participó como oferente plural a través de una Unión Temporal, denominada VÍAS VALLE 2015.

Para el efecto, el 22 de septiembre de 2015, presentó una propuesta con el fin obtener la adjudicación del contrato de obra pública correspondiente a la denominada “*Zona Centro*” integrada por los Municipios de Andalucía, Bolívar, Bugalagrande, Caicedonia, Riofrio, Roldanillo, San Pedro, Sevilla, Trujillo, Tulúa, Yotoco y Zarsal.

3. El día 29 de septiembre de 2015 el comité asesor evaluador de las ofertas profirió informe indicando que la propuesta presentada por la unión temporal VÍAS VALLE 2015 no cumplía con los requisitos habilitantes de carácter jurídico.

De esta forma, se advirtió que (i) el documento de constitución de la Unión Temporal no cumplía con el plazo mínimo de existencia exigido en el pliego de condiciones, (ii) que la garantía de seriedad de la oferta no se presentó junto con la propuesta y (iii) que objeto social de uno de los integrantes de la asociación no contemplaba actividades relacionadas para la ejecución del objeto contractual.

4. El 2 de octubre de 2015 día establecido en el informe de evaluación para la subsanación de la propuesta, la UNIÓN TEMPORAL VÍAS VALLE 2015 procedió a la entrega de los documentos necesarios para la corrección a través del oficio identificado con el radicado No. 65608 UTVV022015.

5. El 9 de octubre de 2015 el Comité Asesor Evaluador profirió Informe final de UNIÓN TEMPORAL VÍAS VALLE 2015 señalando que la garantía de seriedad de la oferta no cumplía con las condiciones mínimas exigidas en la normativa que regula dicho requisito contenida en el Decreto 1082 de 2015.

En consecuencia, atendiendo las recomendaciones del Departamento Jurídico de la entidad territorial se decidió declarar no hábil la propuesta presentada por la UNIÓN TEMPORAL VÍAS VALLE 2015.

6. El 20 de octubre de 2015 se expidió la resolución N° 336 del 20 de octubre de 2015, mediante la cual se adjudicó el proceso de Licitación Pública LP-SMIT-003-2015 al resto de proponentes participantes.

7. El 10 de noviembre de 2015 el Departamento del Valle del Cauca celebró el Contrato de Obra Pública N° 1412 con el Consorcio VÍAS VALLE con el objeto de

realizar el mejoramiento de las vías terciarias existentes en la denominada zona centro.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora manifiesta que la resolución de adjudicación acusada está viciada de nulidad por las razones que se exponen a continuación:

Con la expedición del acto administrativo acusado se vulneran los principios de legalidad, igualdad y selección objetiva pues al adjudicar el contrato en la forma en que lo hizo el Departamento del Valle del Cauca se apartó de los fines para los cuales están instituidas las autoridades públicas.

Se advirtió que la entidad territorial vulneró el deber de selección objetiva, toda vez que desconoció la suficiencia e idoneidad de la garantía de seriedad de la oferta presentada como requisito habilitante del proceso de licitación.

Adicionalmente, la entidad accionada formuló una serie de objeciones a la garantía radicada y se abstuvo otorgar a la parte accionante la oportunidad de llevar a cabo su corrección en aplicación del principio de subsanabilidad que resultaba aplicable a dicho requisito habilitante.

En segundo término, la parte accionante afirmó que el funcionario encargado de la adjudicación del contrato incurrió en un conflicto de intereses, toda vez que en su calidad de Subdirector de Contratación del Departamento del Valle del Cauca participó en el comité de evaluación de la oferta, actuación que le otorga la condición de *"juez y parte"* del proceso licitatorio.

Indicó que, según lo previsto en el artículo 44 de la ley 80 de 1993, la nulidad del acto de adjudicación conlleva la nulidad absoluta del contrato celebrado con ocasión de aquél.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada a través de apoderada judicial contestó la demanda dentro del término de ley manifestando que la decisión de declarar como no hábil la propuesta presentada por la parte accionante se sujetó estrictamente a las normas establecidas para la contratación estatal.

El informe realizado por el comité evaluador arrojó como resultado que los documentos aportados por el oferente UNION TEMPORAL DE VIAS DEL VALLE 2.015 no cumplían con lo establecido en el pliego de condiciones de la Licitación Pública y en el Decreto 1082 de 2015 frente a la constitución de un patrimonio autónomo como garantía de seriedad de la oferta.

TRÁMITE DEL PROCESO

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así, una vez admitida la demanda mediante auto de 15 de junio de 2016, y llevadas a cabo las notificaciones a los sujetos procesales en debida forma, se cumplió con la

audiencia inicial de que trata el artículo 180 ibídem en la cual se decretaron las pruebas del proceso.

Posteriormente se llevaron a cabo audiencias de recaudo de pruebas, se declaró cerrado el periodo probatorio, concediéndose previamente a las partes el término de 10 días para alegar de conclusión en forma escrita.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE

El apoderado judicial de la parte accionante ratificó los argumentos expuestos en el concepto de vulneración de la demanda y afirmó que la declaración rendida por la Directora Jurídica de Alianza Fiduciaria demuestra que la parte accionante constituyó la garantía de seriedad de la oferta a la luz de las exigencias legales.

Aunado a lo anterior, las pruebas del proceso permiten corroborar que la entidad territorial accionada no concedió la oportunidad de corregir un requisito reconocido legal y jurisprudencialmente como susceptible de subsanación.

A su juicio, en el interrogatorio de parte rendido por el Subdirector de Contratación del Departamento del Valle del Cauca el funcionario reconoció que no es un experto en contratación estatal.

Adicionalmente, el interrogado aceptó que podía actuar válidamente como "*juez y parte*" en el proceso licitatorio a pesar de no tener la calidad de integrante del comité asesor evaluador de las ofertas.

Para la parte accionante, estas circunstancias son suficientes para demostrar la configuración de un conflicto de intereses y sirven para entender porque no se permitió la subsanabilidad de la garantía de seriedad tal como lo establece el parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, la Circular Externa N° 13 expedida por la Agencia Colombia Compra Eficiente y el precedente del Consejo de Estado que reconoce a dicha exigencia como un requisito subsanable hasta la audiencia de adjudicación del contrato (fls. 474 al 502).

PARTE DEMANDADA

El Departamento del Valle del Cauca intervino en esta etapa del proceso indicando que la oferta presentada por la parte accionante fue declarada como no hábil ante el incumplimiento de varios requisitos establecidos frente a la garantía de seriedad de la oferta en el Decreto 1082 de 2015 tal como se estableció en el informe final de evaluación y por ende no obedeció a una arbitrariedad de la administración.

Adicionalmente, señaló que en el trámite del proceso no se logró demostrar que el Departamento del Valle haya actuado de forma irregular. Por el contrario las pruebas allegadas al expediente muestran que las decisiones adoptadas se ajustan al principio de legalidad (fls. 471 al 473).

CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN.

1.1. Capacidad jurídica de las partes.

La Unión Temporal demandante compareció por conducto de apoderado judicial mediante poder debidamente conferido tal como lo prevé al artículo 160 de la Ley 1437 de 2011, de donde se deduce su capacidad procesal para ser parte en la presente controversia.

El Departamento del Valle del Cauca se encuentra legitimado para comparecer al proceso conforme lo dispone el artículo 159 del CPACA a través de apoderada judicial, tal y como se comprueba en el poder obrante a folio 178 del expediente.

1.2. Procedencia del medio de control y oportunidad para el ejercicio del derecho de acción.

El artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, prevé en su numeral 2, literal c) que cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término de caducidad será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso;

En este caso, la resolución de adjudicación N° 336 se publicó el 20 de octubre de 2015, motivo por el cual los cuatro (4) meses a los que hace referencia la norma anterior vencían el 20 de febrero de 2016.

La parte accionante presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público el 17 de febrero de 2016, momento en el que restaban tres (3) días para la configuración del fenómeno de la caducidad.

A su turno, el 11 de abril de 2016 se expidió constancia de trámite conciliatorio fallido (fl. 164).

En este contexto, la demanda fue presentada en término el 12 de abril de 2016 tal como consta en el acta de reparto obrante folio 166.

1.3. Requisito de procedibilidad

Frente al agotamiento del requisito de la conciliación extrajudicial antes de presentar la demanda y que está previsto en el numeral 1 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, observa esta juzgadora que se encuentra satisfecho de folio 164 del cuaderno principal.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

Consiste en establecer si es procedente declarar la nulidad de la Resolución N° 336 de 20 de octubre 2015 por medio de la cual se adjudican los contratos derivados del proceso licitatorio No. LP-CMIT-003-2015 y consecuentemente si hay lugar a declarar la nulidad del contrato No. 010-18-1412 del 10 de noviembre de 2015, suscrito entre la Gobernación del Valle del Cauca y el Consorcio Vías Valle y con ello si se debe ordenar el pago de los presuntos perjuicios causados.

3. NORMATIVIDAD Y PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL APLICABLE A LA MATERIA.

En desarrollo del principio de economía que rige la Contratación Estatal el legislador ha dispuesto en las diferentes normas que han regulado la materia que los proponentes deben prestar garantía de sus ofrecimientos.

Al pronunciarse respecto, la Corte Constitucional¹ ha señalado que esta exigencia persigue asegurar la suscripción del contrato estatal de que se trate luego de que la entidad contratante ha adelantado un proceso de selección dispendioso y oneroso, así como la reparación de los daños que cause el adjudicatario que se sustraiga a la obligación de suscribir el contrato.

Para el caso bajo análisis, la garantía de seriedad de la oferta se encuentra regulada en la Sección 3 del Decreto N° 1082 de 2015 "*por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional*".

El artículo 2.2.1.2.3.1.1. de dicha norma consagró que las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de la presentación de las ofertas por parte de los participantes en los procesos de selección deben garantizarse conforme a lo previsto en las siguientes reglas:

(...) Artículo 2.2.1.2.3.1.4. Garantía del oferente plural. Cuando la oferta es presentada por un proponente plural, como unión temporal, consorcio o promesa de sociedad futura, la garantía debe ser otorgada por todos sus integrantes.(...)

(...) Artículo 2.2.1.2.3.1.6. Garantía de los Riesgos derivados del incumplimiento de la oferta. La garantía de seriedad de la oferta debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta, en los siguientes eventos:

1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses.
2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.
3. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.
4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato. (...)

(...) Artículo 2.2.1.2.3.1.9. Suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta. La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta

¹ Sentencia C-452 de 1999.

y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta.(...)

(...) Artículo 2.2.1.2.3.3.1. Patrimonio autónomo como garantía. El contrato de fiducia mercantil por medio del cual se crea el patrimonio autónomo que sirve de garantía para la oferta o el cumplimiento del contrato en los términos de los artículos 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.7 del presente decreto, debe cumplir con los siguientes requisitos e incluir los siguientes aspectos:

1. El fideicomitente debe ser el oferente o el contratista o quien esté dispuesto a garantizar sus obligaciones y tenga la facultad para hacerlo, y la sociedad fiduciaria, autorizada para el efecto por la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces.
2. La Entidad Estatal que contrata debe ser el beneficiario del patrimonio autónomo.
3. La sociedad fiduciaria está obligada a realizar los actos necesarios para la conservación de los bienes fideicomitados o adoptar las medidas necesarias para que quien los tenga garantice dicha conservación.
4. La sociedad fiduciaria debe periódicamente hacer las valoraciones y avalúos sobre los bienes que constituyen el patrimonio autónomo, para velar por la suficiencia e idoneidad de la garantía.
5. La sociedad fiduciaria debe avisar a la Entidad Estatal y al fideicomitente dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en la que tiene noticia de la insuficiencia del patrimonio autónomo para el pago de las obligaciones garantizadas, causada por la disminución del valor de mercado de los bienes que lo conforman y exigir al fideicomitente el remplazo o aumento de los bienes fideicomitados para cumplir con las normas relativas a la suficiencia de la garantía.
6. La obligación del fideicomitente de remplazar o aumentar los bienes fideicomitados dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la solicitud que haga la sociedad fiduciaria.
7. El procedimiento para el remplazo de bienes o para la incorporación de nuevos bienes al patrimonio autónomo.
8. El procedimiento que debe seguirse frente al incumplimiento del oferente o del contratista.
9. Las obligaciones de la sociedad fiduciaria incluyendo sus obligaciones de custodia y administración de los bienes, verificación periódica del valor del patrimonio autónomo, rendición de cuentas e informes periódicos.
10. La forma como procede la dación en pago de los bienes fideicomitados, para lo cual es necesario que haya transcurrido más de un (1) año desde la fecha en la cual la Entidad Estatal solicitó a la sociedad fiduciaria ejecutar la garantía y no ha sido posible realizar los bienes fideicomitados. En este caso, la Entidad Estatal debe recibir la dación en pago por el cincuenta por ciento (50%) del avalúo actualizado de los bienes, sin perjuicio de que la Entidad Estatal persiga el pago del perjuicio causado que no haya sido íntegramente pagado.(...)

En relación a la vigencia de la garantía de la seriedad de la oferta presentada en los procesos de selección, la jurisprudencia del Consejo de Estado² se pronunció en los siguientes términos:

(...)Desde esta perspectiva, puede asegurarse que, de manera general, (sic) y como lo ha manifestado la Corte en anterior oportunidad, las garantías establecidas en el

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 76001-23-31-000-2001-02942-01(39066).

régimen de contratación estatal, (sic) se fundan en 'el deber de preservar los derechos que para las entidades públicas emergen con motivo de las operaciones contractuales, que se vinculan necesariamente con la defensa del patrimonio público'³

En ese mismo sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, al considerar que la ley "no permite la presentación de ofertas sin la póliza que garantice su cumplimiento, pues es clara la decisión del legislador de que la misma constituya un requisito indispensable y no puramente formal ni voluntario, habida cuenta de los costos en tiempo y en recursos para la Administración -por ende para el interés general que ella representa- y para los demás participantes, si el proceso de contratación resulta fallido por el incumplimiento de personas que no tendrían un interés real en contratar y no asumirían mayores consecuencias al retirar sus ofrecimientos"⁴.

Los anteriores pronunciamientos son concordantes con lo dispuesto por el legislador en el numeral 12 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, que señala que: "Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía".

En ese orden de ideas, dable es concluir que la garantía de seriedad de la oferta es una exigencia legal que se impone para participar en los procesos de selección pública de contratistas, el cual encuentra fundamento en el principio de economía que los rige, en tanto que propende porque se mantengan los ofrecimientos hechos en la propuesta y que, por tanto, los oferentes no puedan retractarse de la misma en desmedro de los intereses públicos.

En ese entendido, como la mencionada garantía le permite a la entidad contratante obtener un grado de certeza en cuanto a que la propuesta que sea escogida en el proceso licitatorio se materializará con la celebración del contrato, o, en caso contrario, le permite cobrar, a título de sanción, el valor de la respectiva garantía, sin perjuicio de que pueda iniciar las acciones pertinentes para el cobro de los perjuicios que se puedan ocasionar por la falta de suscripción del contrato, su exigencia no puede considerarse como un aspecto meramente formal de la licitación, sino como un requisito esencial⁵, habilitante, pues, como no es necesario para la comparación de las propuestas, no otorga puntaje y, por tanto, es subsanable⁶, pero debe cumplirse.

Así, entonces, resulta ineludible que, para participar en los procesos de contratación con el Estado, la propuesta debe estar acompañada de la póliza que la garantice, aun cuando dicha póliza solo pueda hacerse efectiva si al momento de suscribir el contrato el adjudicatario se niega a hacerlo.

Bajo la misma lógica, si la finalidad de la exigencia de la garantía de seriedad de la oferta consiste en asegurar que los ofrecimientos hechos en el proceso de selección se cumplan y, por contera, que el contrato se suscriba, forzoso es también concluir que su vigencia debe darse por todo el tiempo que dure el proceso de selección.

Así las cosas, en el entendido de que la exigencia prevista en el numeral 19 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, respecto de la garantía de seriedad de la propuesta, es un requisito esencial habilitante que, por tanto, debe mantenerse durante todos el tiempo del proceso de selección, procede la Sala a resolver de fondo el recurso de apelación. (...)

4. LO PROBADO EN EL PROCESO.

³ Sentencia C-154 de 1996.

⁴ Concepto 1927 del 6 de noviembre de 2008.

⁵ Al respecto, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, sentencia del 25 de febrero de 2016, exp. 39023.

⁶ Al respecto, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, sentencia del 12 de junio de 2014, exp. 21324.

4.1. Trámite del proceso de licitación.

En el presente caso se encuentra acreditado que el 23 de julio de 2015 el Departamento del Valle del Cauca inició el proceso licitatorio N° LP-SMIT-003-2015 con el propósito de realizar el mejoramiento de las vías terciarias existentes en los Municipios de la Entidad Territorial mediante la construcción de “*placa huella*” (fl. 248 cdno. ppal.).

Como se consagró en el pliego de condiciones definitivo (fls. 245 al 292 cdno. ppal.), para dar cumplimiento al objeto de la licitación la administración clasificó el territorio departamental en 4 zonas geográficas y estableció que adjudicaría un contrato de obra pública para cada una de éstas.

La parte demandante participó en el proceso a través de la Unión Temporal denominada VÍAS VALLE 2015 para lo cual presentó una oferta con la finalidad de obtener la adjudicación del Contrato de Obra Pública determinado para la zona geográfica centro, el 22 de septiembre de 2015 (fls.1 al 4 cdno. pbas. y 243 cdno. ppal.).

De acuerdo al cronograma del proceso de licitación, el 29 de septiembre de 2015 el Comité Asesor Evaluador de las ofertas profirió Informe preliminar advirtiendo que la oferta presentada por la parte accionante no cumplía con los requisitos habilitantes de carácter jurídico, en los siguientes términos (fls. 57 al 78 cdno. ppal.):

(...) El documento de constitución de la Unión Temporal menciona que el tiempo de duración de la misma, será el plazo de ejecución del contrato hasta su liquidación, lo cual no está acorde con lo exigido en el pliego de condiciones, según el cual la duración de esta asociación debe ser por lo menos por la vigencia del Contrato y un año más.

La garantía de seriedad de la oferta, no se presenta junto con la propuesta.

En el objeto social de ASESORÍAS, INGENIERÍA Y TOPOGRAFÍA S.A.S., no contempla una actividad similar para ejecutar el objeto contractual.

Por lo anterior, dichos documentos pueden ser subsanados por el proponente hasta el día 02 de octubre de 2015 a las 3:00 pm (...)

El 2 de octubre de 2015, la Unión Temporal accionante presentó escrito de subsanación bajo el radicado N° 65608 UTVV022015 (fls. 83 cdno. ppal.) el cual se acompañó de los documentos que se relacionan a continuación:

En primer término, la parte accionante allegó al proceso de licitación copia del oficio de 2 de octubre de 2015 dirigido al Director de Gestión de Negocios Fiduciarios de la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. en el cual se imparte la instrucción de expedir certificado de existencia del fidecomiso denominado “*garantía licitación pública*” constituido con el propósito de garantizar la obligación de la UNION TEMPORAL VÍAS VALLE 2015 de suscribir el contrato a adjudicarse en la licitación pública (cd antecedentes administrativos fl. 175):

(...) De conformidad con los términos del Contrato de Fiducia Mercantil de Garantía FIDEICOMISO GARANTÍA LICITACIÓN PÚBLICA, la suscrita SANDRA MILENA DUQUE BERMUDEZ, en calidad de Representante Legal de la UNIÓN TEMPORAL VÍAS VALLE 2015, Fideicomitente y Beneficiaria del Patrimonio Autónomo

denominado GARANTÍA LICITACIÓN PÚBLICA, me permito impartir instrucción irrevocable a Alianza Fiduciaria S.A., para que en calidad de Vocera y Administradora del Fideicomiso GARANTÍA LICITACIÓN PÚBLICA, proceda a expedir Certificado de Garantía a favor del acreedor Garantizado, esto es la GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA identificada con NIT. 890.399.029-5 por la suma de SEISCIENTOS SETENTA y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA y SIETE MIL SETENTA y CUATRO PESOS CON VEINTE CENTAVOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$674.897.074,20) para garantizar las obligaciones de UNION TEMPORAL VIAS VALLE 2015, la cual se haría efectiva en el caso que le sea adjudicada la licitación Pública y no se firmara por parte del oferente el contrato con la Gobernación del Valle. (...)

Adicionalmente, se aportó certificación expedida por la representante legal de la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. en la cual hace constar que la señora SANDRA MILENA DUQUE BERMUDEZ en calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL VÍAS VALLE 2015 constituyó un fideicomiso el 2 de octubre de 2015 en el cual se designó como acreedor garantizado al Departamento del Valle del Cauca con el objeto de garantizar el cumplimiento de la oferta presentada en la licitación pública LP-SMIT-003-2015 (fl. 85 cdno. ppal.):

(...) ALIANZA FIDUCIARIA S.A., certifica a Ustedes que SANDRA MILENA DUQUE BERMUDEZ en calidad de representante legal de la Unión Temporal Vías Valle 2015, ha designado irrevocablemente como Acreedor Garantizado del Fideicomiso GARANTIA LICITACIÓN PUBLICA a la GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA, constituido mediante documento privado de fecha 2 de octubre de 2015.

La calidad de ACREEDOR GARANTIZADO de la GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA identificada con NIT 890.399.029-5 implica que con los recursos objeto del Fideicomiso se garantice el cumplimiento de la oferta que será presentada por parte de la UNIÓN TEMPORAL VÍAS VALLE 2015 a la Gobernación del Valle del Cauca con el fin de participar en el Proceso de Contratación del Contrato de Obra Pública LP-SMIT-003-2015.

El monto Garantizado con el presente certificado es la suma de Seiscientos Setenta y Cuatro Millones, Ochocientos Noventa y Siete mil Setenta y Cuatro Pesos con Veinte Centavos (\$674.897.074.20) valor que equivale al diez por ciento (10%) del valor estimado del contrato según lo establecido en el Pliego de Condiciones de la LICITACIÓN PÚBLICA No. LP-SMIT-003-2015 (...).

En tercer lugar, con el propósito de subsanar la oferta presentada, la UNION TEMPORAL VÍAS VALLE 2015 adjuntó documento de constitución de la asociación en el cual se estableció que el plazo de su vigencia abarcaría la duración del respectivo contrato de obra pública y 1 año más (cd antecedentes administrativos fl. 175).

Finalmente, se aportó Registro de Cámara y comercio perteneciente a la Sociedad Asesorías, Ingeniería y Topografía S.A.S. en el cual se incluye dentro del objeto social actividades relacionadas a las que se desarrollarían en el contrato de obra pública (cd antecedentes administrativos fl. 175).

El 9 de octubre de 2015, el Comité Asesor Evaluador expidió Informe final indicando que una vez examinados los documentos aportados por la parte accionante se estableció que la garantía de seriedad de la oferta no cumplía con las condiciones mínimas exigidas en el Decreto N° 1082 de 2015 (fls. 310 al 330 cdno. ppal.).

Las razones que fundamentaron dicha conclusión se consignaron en el informe anexo de 8 de octubre de 2015 identificado con el N° SADE 235318 suscrito por

los señores Harold Armando Montes Velásquez Director del Departamento Administrativo Jurídico del Departamento del Valle del Cauca y Juan Gabriel Rojas Girón en calidad de Subdirector de Contratos de la entidad territorial (fls. 391 al 397 cdno. ppal.).

En la tabla que se transcribe a continuación, contenida en el informe bajo análisis se especificaron los motivos para no avalar la garantía de seriedad de la oferta en los siguientes términos:

REQUISITO	ACREDITADO	FUNDAMENTO LEGAL	CUMPLE/ NO CUMPLE
CLASE DE GARANTÍA: PATRMONIO AUTÓNOMO	Fideicomiso en garantía (patrimonio autónomo)	Artículo 2.2.1.2.3.1.2 Decreto 1082 de 2015	CUMPLE
GARANTÍA DE OFERENTE PLURAL	A nombre de la Unión Temporal Vías Valle (sic)	Artículo 2.2.1.2.3.1.4. Decreto 1082 de 2015 "Cuando la oferta es presentada por un proponente plural, como unión temporal, consorcio o promesa de sociedad futura, la garantía debe ser otorgada por todos sus integrantes". En la Certificación presentada no se aclara que la garantía sea otorgada por todos los miembros de la unión temporal	NO CUMPLE
GARANTÍA DE LOS RIESGOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OFERTA	De acuerdo con la instrucción y el certificado de garantía, queda claro que la misma solo cubre la no suscripción del contrato en caso de ser adjudicado a la Unión Temporal	Artículo 2.2.1.2.3.1.6 Decreto 1082 de 2015 "La garantía de seriedad de la oferta debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta, en los siguientes eventos: 1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses. 2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas. 3. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario. 4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato." En los documentos presentados (instrucción y certificado de garantía), solo se garantiza la suscripción del contrato en caso de ser adjudicado y no del resto de los riesgos asociados al incumplimiento de la seriedad de la propuesta presentada por la Unión Temporal.	NO CUMPLE
SUFICIENCIA DE LA GARANTÍA	El fideicomiso fue constituido el 2 de octubre de 2015 y para según (sic) la certificación de la Fiduciaria garantizará la oferta que será presentada, es decir, que la garantía empieza a cubrir después del 2 de octubre de 2015, sin especificar hasta cuando	ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.9 Decreto 1082 de 2015 "La garantía de seriedad de la oferta <u>debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato</u> y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta". Evidentemente la garantía aportada no está vigente desde la presentación de la oferta (22 de septiembre de 2015) y solo menciona que garantiza la suscripción del contrato en el evento que se adjudique, de lo cual, se puede deducir que no garantiza no que se expida la garantía de cumplimiento del contrato, ni que su	

	<p>se extiende la misma.</p>	<p>vigencia se extienda hasta la aprobación de la misma.</p> <p>En este punto se debe aclarar, que la comunicación de una (sic) asesor o intermediario de seguros quien no ostenta la representación legal de Liberty Seguros S.A. (sic) no es el documento pertinente ni para asegurar la seriedad de la oferta, ni para asegurar la expedición de la garantía única de cumplimiento.</p>	<p>NO CUMPLE</p>
<p>REQUISITOS DEL PATRIMONIO AUTONOMO</p>	<p>Instrucción irrevocable de la representante de la Unión Temporal en calidad de fideicomitente y beneficiaria, a Alianza Fiduciaria S.A. para en calidad de vocera y administradora del Fideicomiso GARANTÍA LICITACIÓN PÚBLICA, proceda a expedir certificado de garantía a favor del acreedor garantizado Gobernación del Valle del Cauca, por \$ para garantizar las obligaciones de UNIÓN TEMPORAL VIAS VALLE DE (sic) 2015, la cual se hará efectiva en el caso que le sea adjudicada la licitación pública y no se firmara por parte del ofertante e contrato con la Gobernación del Valle.</p> <p>Certificado de Garantía No. 0001 expedido por Alianza Fiduciaria S.A. el 2 de octubre de 2015, el cual incluye los siguientes aspectos:</p> <p>Nombre del fideicomiso: FIDEICOMISO GARANTÍA LICITACIÓN PÚBLICA No. LP-SMIT-003-2015</p> <p>Fecha de constitución de fideicomiso: 2 de octubre de 2015</p> <p>Acreedor Garantizado: Gobernación del Valle del Cauca</p> <p>Monto del Certificado \$674.897.074.20</p> <p>Objeto: Garantiza el cumplimiento de la oferta que será presentada por parte de la UNIÓN TEMPORAL VIAS VALLE 2015 a la Gobernación del Valle del Cauca con el fin de participar en el proceso de contratación del contrato de obra pública</p>	<p>Artículo 2.2.1.2.3.3.1 Decreto 1082 de 2015</p> <p>“El contrato de fiducia mercantil por medio del cual se crea el patrimonio autónomo que sirve de garantía para la oferta o el cumplimiento del contrato en los términos de los artículos 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.7 del presente decreto, debe cumplir con los siguientes requisitos e incluir los siguientes aspectos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El fideicomitente debe ser el oferente o el contratista o quien esté dispuesto a garantizar sus obligaciones y tenga la facultad para hacerlo, y la sociedad fiduciaria, autorizada para el efecto por la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces. 2. La Entidad Estatal que contrata debe ser el beneficiario del patrimonio autónomo. 3. La sociedad fiduciaria está obligada a realizar los actos necesarios para la conservación de los bienes fideicomitados o adoptar las medidas necesarias para que quien los tenga garantice dicha conservación. 4. La sociedad fiduciaria debe periódicamente hacer las valoraciones y avalúos sobre los bienes que constituyen el patrimonio autónomo, para velar por la suficiencia e idoneidad de la garantía. 5. La sociedad fiduciaria debe avisar a la Entidad Estatal y al fideicomitente dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en la que tiene noticia de la insuficiencia del patrimonio autónomo para el pago de las obligaciones garantizadas, causada por la disminución del valor de mercado de los bienes que lo conforman y exigir al fideicomitente el remplazo o aumento de los bienes fideicomitados para cumplir con las normas relativas a la suficiencia de la garantía. 6. La obligación del fideicomitente de remplazar o aumentar los bienes fideicomitados dentro de los treinta (30) días calendario siguiente a la solicitud que haga la sociedad fiduciaria. 7. El procedimiento para el remplazo de bienes o para la incorporación de nuevos bienes al patrimonio autónomo. 8. El procedimiento que debe seguirse frente al incumplimiento del oferente o del contratista. 9. Las obligaciones de la sociedad fiduciaria incluyendo sus obligaciones de custodia y administración de los bienes, verificación periódica del valor del patrimonio autónomo, rendición de cuentas e informes periódicos. 10. La forma como procede la dación en pago de los bienes fideicomitados, para lo cual es necesario que haya transcurrido más de un (1) año desde la fecha en la cual la Entidad Estatal solicitó a la sociedad fiduciaria ejecutar la garantía y no ha sido posible realizar los bienes fideicomitados. En este caso, la Entidad Estatal debe recibir la dación en pago por el cincuenta por ciento (50%) del avalúo actualizado de los bienes, sin perjuicio de que la Entidad Estatal persiga el pago del perjuicio causado que no haya sido íntegramente pagado.” <p>Según los documentos aportados, el beneficiario del fideicomiso en garantía es la UNIÓN TEMPORAL VIAS VALLE 2015, y no el Departamento del Valle del Cauca.</p>	<p>NO CUMPLE</p>

	<p>participar en el proceso de contratación del contrato de obra pública LP-SMIT-003-2015.</p> <p>° Acreedor garantizado deberá notificar por escrito a la fiduciaria el cumplimiento de la UNIÓN TEMPORAL VIAS VALLE 2015 a la obligación garantizada</p>		
--	--	--	--

Con base en las anteriores observaciones la propuesta de la Unión Temporal accionante fue declarada como no hábil (fls. 310 al 312):

(...) Mediante oficio fechado 2 de octubre de 2015, el proponente UNION TEMPORAL VIAS VALLE 2015, presenta una serie de documentos, los cuales fueron solicitados por este comité en la evaluación anterior, y los mismos son enviados a las dependencias para su respectivo análisis.

EVALUACION REQUISITOS Habilitantes:

El comité evaluador analizó los documentos de tipo habilitante que aportó el proponente UNION TEMPORAL VIAS VALLE 2015, presentados para subsanar en el presente proceso y encuentra que de acuerdo a los requisitos habilitantes, que se enuncian a continuación y que corresponden a lo determinado en el Pliego de Condiciones, el resultado es el siguiente: (...)

(...) La presente evaluación definitiva de requisitos habilitantes determina que los proponentes CONSORCIO VIAS PLACA HUELLA Y CONSORCIO VIAS VALLE, CUMPLEN con los requisitos habilitantes. El proponente UNION TEMPORAL VIAS VALLE 2015, NO CUMPLEN (sic) con los requisitos habilitantes.

Fundamentado en los análisis y estudios procedentes, este Comité Asesor y Evaluador informa al Señor Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, que las propuestas presentadas por CONSORCIO VIAS PLACA HUELLA Y CONSORCIO VIAS VALLE ha sido Habilitada para el presente Proceso de Licitación Pública LP-SMIT-003-2015 ya que cumple con los requisitos habilitantes establecidos en el Pliego de Condiciones.

Hacen parte de la presente acta las evaluaciones definitivas realizadas por el Departamento Administrativo Jurídico, la cual se anexa.

Para el caso del proponente UNION TEMPORAL VIAS VALLE 2015, representada legalmente por SANDRA MILENA DUQUE BERMUDEZ, se presentan las siguientes situaciones:

- La garantía de seriedad de la oferta, no cumple con las condiciones mínimas exigidas en el decreto 1082 de 2015, en las condiciones establecidas en el informe anexo. (...)

En este contexto, el 9 de octubre de 2015 se llevó a cabo la audiencia pública de adjudicación de la licitación No. LP-SMIT-003-2015, en la cual se ratificaron los argumentos expuestos en los informes referenciados para declarar como no hábil la propuesta presentada por la parte accionante (cd antecedentes administrativos fl. 3).

De acuerdo a lo decidido en audiencia pública, el 20 de octubre de 2015 el Departamento del Valle del Cauca expidió la resolución N° 336 por medio de la cual se adjudicó la licitación pública LP-SMIT-003-2015 estableciendo como adjudicatario de la "zona centro" al CONSORCIO VÍAS VALLE (fls. 303 al 309 cdno. ppal).

Finalmente, el 10 de noviembre de 2015 la entidad territorial y el representante legal del CONSORCIO VÍAS VALLE suscribieron el contrato de obra pública N° 1412 (fls. 201 al 230 cdno. ppal).

4.2. Pruebas testimoniales recaudadas en el trámite del proceso.

4.2.1. Interrogatorio de parte Juan Gabriel Rojas Girón.

En audiencia de pruebas llevada a cabo el 5 de marzo de 2018 se recibió la declaración del señor Juan Gabriel Rojas Girón quien participó en el proceso de selección en calidad de Subdirector de Contratación del Departamento del Valle del Cauca integrando el Comité Evaluador de las propuestas y profiriendo el acto administrativo de adjudicación (fls. 446 a 447).

En la diligencia se ratificó que la prueba decretada correspondía a un interrogatorio de parte, motivo por el cual los cuestionamientos dirigidos al declarante debían limitarse al caso concreto del proceso de licitación objeto de análisis.

El declarante inició su intervención indicando que los hechos que fundamentan el litigio ocurrieron 3 años antes de la realización de la diligencia, motivo por el cual no recordaba las particularidades del caso concreto.

De manera general, advirtió que el Gobernador le delegó la facultad de llevar a cabo la adjudicación de algunos procesos de licitación, teniendo en cuenta su calidad de Subdirector de Contratación del Departamento del Valle del Cauca.

Agregó que para la licitación de obras viales, el Jefe Jurídico y la Secretaría de Infraestructura Vial de la época apoyaban los procesos licitatorios y otorgaban el visto bueno a las diferentes ofertas presentadas.

En este contexto, el apoderado de la parte accionante puso de presente el informe de evaluación el informe anexo de 8 de octubre de 2015 suscrito por el declarante.

Sobre el particular, el señor Rojas Girón advirtió que se trataba de un Concepto jurídico suscrito en su calidad de Subdirector de Contratos y por el Director del Departamento Jurídico de la época, en el que se determinó que la oferta presentada por la parte accionante no cumplía con los requisitos de habilitación.

De esta forma, el declarante procedió a la lectura de los motivos expuestos en el documento para concluir que el proponente no cumplió con los requisitos.

En dicho punto, el apoderado de la parte accionante cuestionó al interviniente si en el proceso de licitación bajo análisis era subsanable la garantía de seriedad de la oferta, si alguna vez había constituido un fidecomiso para garantizar la seriedad de una oferta y como había llegado a la conclusión de que la fiducia no cumplía con los requisitos.

Frente a estos interrogantes, el declarante advirtió que no se solicitó al proponente la corrección porque no era la oportunidad procedimental para el efecto, que no había constituido un fidecomiso en los términos propuestos y que las razones para desestimar la garantía presentada por la parte accionante quedaron registradas en los respectivos informes de evaluación.

A continuación, el apoderado de la parte accionante preguntó al declarante si resultaba legalmente viable su participación en el proceso de licitación como delegado para la adjudicación de las ofertas y a su vez como miembro del comité de evaluación de las mismas.

Se cuestionó si una instancia distinta al comité asesor evaluador podía pronunciarse sobre la validez de las ofertas y determinar si cumplían o no con los requisitos exigidos legalmente.

Finalmente, se cuestionó al señor Rojas Girón si en su calidad de delegado adjudicante del proceso de licitación podía apartarse del concepto de rechazo de la oferta suscrito por él mismo.

Sobre el particular, el señor Rojas Girón señaló que el régimen legal de incompatibilidades e inhabilidades es reglado y “no es *apriorístico*” y que un conflicto de intereses se configura únicamente cuando se busca determinada decisión para favorecer un interés particular, situación que no ocurrió en el caso concreto.

Adicionalmente señaló que el propósito del comité evaluador es recomendar a quien representa a la entidad o a quien tiene la competencia para la toma de decisiones. Sin embargo, sus actuaciones tienen la categoría de conceptos y en razón de ello no son jurídicamente vinculantes.

4.2.2. Declaración de la señora Sandra Bonilla Giraldo.

En audiencia realizada el 20 de marzo de 2019 (fls. 468 al 469) se llevó a cabo la diligencia de recepción de testimonio de la señora Sandra Bonilla Giraldo quien para la época de los hechos se desempeñaba como directora jurídica de la Sociedad Alianza Fiduciaria S.A. y participó en procedimiento de constitución del fidecomiso presentado por la parte accionante como garantía de seriedad de la oferta.

En su intervención la declarante afirmó que, en el año 2015, la señora Sandra Duque como representante legal de la asociación ofertante acudió a la Fiduciaria con el objetivo de constituir lo antes posible un patrimonio autónomo que le sirviera como requisito habilitante en el proceso de licitación.

En calidad de directora jurídica de Alianza Fiduciaria recibió la instrucción de elaborar el Contrato de Fiducia para garantizar la seriedad de la oferta. El proceso se llevó a cabo en 2 días debido a la solicitud de urgencia presentada por la cliente.

Posteriormente, la señora Sandra Duque comunicó a la entidad la formulación de unas objeciones al contrato de fiducia aportando un documento oficial que indicaba que no cumplía con los requisitos específicos.

Se revisaron los documentos y se procedió a contestar las objeciones advirtiendo que en su concepto jurídico el contrato cumplía con los requisitos para el cual había sido constituido.

Se dejó claro que el objeto del contrato de fiducia era servir de garantía mediante la constitución de un patrimonio autónomo proveniente de recursos depositados por la proponente y que no se presentaron balances del fidecomiso toda vez que se había constituido recientemente, el 2 de octubre de 2015 y por ende no se había cumplido con el primer período de corte.

Que dentro de los beneficiarios del fidecomiso no se encontraba el Departamento del Valle del Cauca toda vez que la calidad reconocida a esta entidad era de la de acreedor garantizado por el patrimonio. En este sentido, advirtió que para efectos tributarios resulta improcedente señalar al acreedor garantizado como beneficiario del fidecomiso porque los bienes no han ingresado a su patrimonio.

Frente a la objeción formulada por el Departamento en el sentido de establecer que la garantía no había sido otorgada por la totalidad de integrantes de la unión temporal, se señaló que de acuerdo a lo afirmado por la representante legal de la asociación el resto participantes se encontraba por fuera de la ciudad por lo cual solo había sido suscrito por ella.

Advirtió que el documento de respuesta fue suscrito el 13 de octubre de 2015 y fue entregado directamente a la cliente motivo por el cual no le consta su presentación al Departamento del Valle del Cauca.

Ante los interrogantes planteados por el apoderado de la parte accionante afirmó que el certificado de garantía expedido resultaba suficiente para establecer la existencia de la fiducia y que las respuestas presentadas frente a las objeciones del comité evaluador demostraban la capacidad del patrimonio autónomo constituido para servir de garantía de seriedad de la oferta.

Igualmente señaló que en el caso se haberse presentado alguna observación adicional por parte de la entidad territorial hubieran podido subsanar en un plazo máximo de 2 días.

Frente a los cuestionamientos planteados por la apoderada de la entidad accionada afirmó que no conoció la fecha de adjudicación del contrato y que al momento de realizar el documento de respuesta a las objeciones no se advirtieron las fechas determinadas en el pliego de condiciones para la subsanación de la oferta toda vez que la sociedad fiduciaria no participó en el procedimiento como posible contratista.

5. ANÁLISIS DE LOS CARGOS DE VULNERACIÓN PRESENTADOS CON LA DEMANDA.

5.1. Conflicto de intereses del señor Juan Gabriel Rojas Girón en su calidad de Subdirector de Contratación del Departamento del Valle del Cauca.

Con la demanda se afirma que el señor del señor Juan Gabriel Rojas Girón en su calidad de Subdirector de Contratación del Departamento del Valle del Cauca incurrió en un conflicto de intereses al actuar dentro del proceso de licitación LP-SMIT-003-2015 como miembro del Comité Evaluador que formuló las objeciones a la garantía de seriedad de la oferta que finalmente conllevaron a declarar como no hábil la propuesta presentada por la UNIÓN TEMPORAL VÍAS VALLE 2015 y como funcionario adjudicante del contrato en la audiencia pública llevada a cabo el 9 de octubre de 2015.

Para la parte accionante, la participación del Subdirector de Contratación como evaluador y adjudicante de las ofertas afecta los postulados de los principios de selección objetiva y legalidad, toda vez que el funcionario actuó como "juez y parte" dentro del proceso de licitación pública.

En este sentido, se advierte que el expediente obra copia del Decreto N° 734 de 31 de julio de 2014 (fls. 134 a 139) *“por medio del cual se deroga el Decreto número 0173 de 13 de marzo de 2013 y se conforma el comité Evaluador de los procesos de selección pública de licitación pública, concurso de méritos y selección abreviada en el Departamento del Valle del Cauca”*.

En el artículo segundo de dicha norma se estableció la estructura del Comité de Evaluación en los procesos adelantados, como el caso concreto, por la Secretaría de Infraestructura Departamental:

(...) ARTÍCULO SEGUNDO: Para los procesos de selección de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos que adelanten las secretarías de VIVIENDA Y HABITAT, EDUCACION, SALUD DEPARTAMENTAL, GESTIÓN HUMANA Y DESARROLLO ORGANIZACIONAL, MACROPROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA Y DEL TRANSPORTE, y HACIENDA Y FINANZAS PÚBLICAS, el Comité Asesor y Evaluador estará integrado por:

- Secretario Privado del Despacho del Gobernador.
- Director del Departamento Administrativo Jurídico.
- Secretario de Despacho o Director del Departamento Administrativo encargado del proceso de selección objetiva correspondiente: Evaluación Técnica y Evaluación Financiera.

PARÁGRAFO 1º: Corresponderá al Director del Departamento Administrativo Jurídico, realizar la evaluación de la capacidad jurídica.

PARÁGRAFO 2º: Corresponderá al Secretario de Despacho responsable del proceso de selección objetiva correspondiente, realizar la evaluación de la capacidad financiera, capacidad organizacional y la experiencia.

Así mismo, le corresponderá proyectar la calificación de las propuestas, consolidar el informe de evaluación y someterlos a consideración del resto de los miembros del Comité Asesor y Evaluador, para su aprobación.

A su turno, obra en el plenario copia de la Resolución N° 579 de 6 de octubre de 2015 (fls. 140 al 143) por medio de la cual el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca delegó en el Subdirector de Contratación la facultad para adjudicar la licitación pública N° LP-SMIT-003-2015, en los siguientes términos:

(...) Que el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, consagra la facultad del representante legal de la entidad para delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concurso en quienes desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o sus equivalentes estableciendo que en ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

Que el artículo 9 de la Ley 489 de 1998 consagra en su inciso 1 que "Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias (...)

(...)Que teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario por razones del servicio y en observancia de los principios de economía y celeridad de la función administrativa señalada en el artículo 209 de la Constitución Política acatar el cronograma establecido, delegando al Subdirector de Contratación del Departamento Administrativo Jurídico del Departamento de Valle del Cauca la competencia para

presidir las AUDIENCIAS DE ADJUDICACION de los procesos contractuales de licitación pública No. LP-SMIT-002-2013 y No. LP-SMIT-003-2015, y en desarrollo de las mismas podrá resolver las peticiones, reclamaciones y recursos que se generen en desarrollo de los procesos contractuales mencionados, así como suspender, adjudicar y/o declarar desierto los procesos de licitación pública No. LP-SMIT-002-2015 y No. LP-SMIT-003-2015. (...)

En el contexto normativo descrito, se tiene que en el presente caso el Subdirector de Contratación actuó como adjudicante del contrato en virtud del acto administrativo de delegación referenciado y que su participación en la evaluación de la oferta se derivó de la adscripción de su dependencia al Departamento Administrativo Jurídico de la entidad territorial al cual le correspondía realizar la evaluación de la capacidad jurídica de la oferta.

Ahora bien, se advierte que la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷ ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la configuración de conflictos de intereses en los procesos de licitación pública, en los siguientes términos:

(...) 2. El conflicto de intereses

Esta figura no está definida de manera general en la ley; se prevé en disposiciones de carácter especial, como el régimen de los congresistas o de los concejales o el régimen disciplinario de los servidores públicos; o se enuncia, junto con las inhabilidades, las incompatibilidades y los impedimentos, en el régimen disciplinario aplicable a los particulares que ejercen funciones públicas. Así por ejemplo:

La ley 734 del 2002, o Código Único Disciplinario, consagró en el Libro III, Título I, Arts. 52 a 57, un régimen disciplinario especial para los particulares que ejerzan funciones públicas, entre los cuales incluyó a los interventores. Esta ley 734, en su artículo 54, agrupó bajo el título "inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses", unas causales que corresponden a decisiones judiciales o disciplinarias, y remite a las causales establecidas en los artículos 8° de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998, y 37 y 38 de la misma ley 734, y a las demás previstas en la Constitución y las normas legales, según la función pública de que se trate.

En cambio, el estatuto de contratación de la administración pública no menciona el conflicto de intereses, como lo explicó esta Sala en el concepto del 10 de agosto del 2006 respecto de la ley 80 de 1993; concepto que sigue siendo pertinente porque tampoco la ley 1150 del 2007 tocó el tema.

La jurisprudencia coincide en interpretar el conflicto de intereses como la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo cual puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público.

En la práctica las situaciones de conflicto suelen expresarse en prohibiciones, al igual que ocurre con las inhabilidades y las incompatibilidades y, por ende, la jurisprudencia tiene dicho que "su consagración debe ser expresa, al tiempo que su interpretación estricta, esto es que su deducción y aplicación siempre debe estar ajustada a los presupuestos que para cada causal haya señalado el constituyente o el legislador, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica."

La Sala, en el concepto del 10 de agosto del 2006, ya citado, concluyó que en los contratos estatales es posible incluir cláusulas que regulen los conflictos de intereses de los contratistas, criterio que es extensible al contenido de los pliegos de condiciones; dijo en el concepto:

(...) La Sala destaca que el señalamiento contractual de la existencia de conflicto de intereses a partir de la identificación de actividades incompatibles con las

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Bogotá, D.C., veintitrés (23 de marzo de dos mil once (2011), Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00001-00(2045)

tareas que le han sido contractualmente asignadas al Consultor, comporta una evaluación estrictamente objetiva...

"El postulado ético insito en las cláusulas sobre conflictos, lleva a significar que el propósito de las partes contratantes es el de amparar en grado extremo los principios de transparencia, igualdad y moralidad administrativas, prohibiendo determinadas conductas, sin consideración de los resultados dañinos o inocuos de las mismas en relación con el proceso de licitación."

Para efectos del concepto que ahora se rinde, la Sala resalta dos elementos contenidos en el texto transcrito, a saber: la "tipicidad" y la "objetividad", que deben predicarse de las causales que se establezcan en cada caso particular, para preservar y hacer eficaz la selección objetiva del contratista, como se explica a continuación.

La "identificación de actividades incompatibles" con las obligaciones del contratista, significa jurídicamente, "tipificarlas", esto es, definir las de manera concreta para derivar de ellas una consecuencia que, en el caso en estudio, tiene una naturaleza restrictiva, prohibitiva o sancionatoria.

La "evaluación estrictamente objetiva" que debe garantizarse con las causales que se definan en un proceso contractual dado, exige, por supuesto, la "objetividad" en la determinación de las causales que se adopten.

En términos gramaticales, el vocablo "objetivo" tiene, entre sus acepciones, las de "perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir" y "que existe realmente, fuera del sujeto que lo conoce". En tanto que la palabra "subjetivo" se define como "perteneciente o relativo al sujeto, considerado en oposición al mundo externo" y "perteneciente o relativo a nuestro modo de pensar o de sentir, y no al objeto en sí mismo." (...)

Siguiendo el significado gramatical de los citados términos y la exigencia legal de la objetividad en la selección de contratistas, las cláusulas o reglas que se incorporen en los pliegos de condiciones y en los contratos para regular el conflicto de intereses deben tipificar las acciones u omisiones que lo generen, en forma tal que los hechos o situaciones que se invoquen como causales del conflicto puedan ser evaluados en sí mismos, esto es, objetivamente, y no queden sujetos al criterio, opinión o juicio de las personas que, por distintas razones, pueden o deben intervenir en el proceso de que se trate. A lo cual ha de agregarse que esas cualidades de la regla permitirán que, desde el inicio del proceso contractual, los interesados estén en condiciones de decidir libremente su participación.

Aplicando los anteriores criterios a la regulación del conflicto de intereses en los pliegos que rijan un determinado proceso de selección, resulta evidente la necesidad de señalar, de manera clara y precisa, las acciones u omisiones a las que se dé como efecto prohibir la participación de una persona en el proceso de que se trate. Es en razón de este efecto que el conflicto de intereses no puede cimentarse en definiciones ambiguas, abstractas o que permitan un margen de subjetividad en su examen.
(subrayado por el Despacho)

Bajo los criterios expuestos, se tiene que aunque en los procesos de licitación pública es posible la configuración de conflictos de intereses, estos eventos deben ajustarse a los principios de legalidad y tipicidad motivo por el cual debe estar previamente estipulados en el respectivo pliego de condiciones.

En esta perspectiva, en el pliego de condiciones de la licitación pública N° LP-SMIT-003-2015 no se reguló la figura del conflicto de interés (fls. 245 al 290) de manera general e igualmente no existen cláusulas específicas que impidan actuar a los miembros del comité evaluador de las ofertas en el procedimiento de adjudicación del contrato.

En consecuencia, dado que el informe anexo de 8 de octubre de 2015 (fls. 391 al 397 cdno. ppal.) identificado con el N° SADE 235318 que contiene las objeciones a la garantía de seriedad de la oferta fue suscrito de manera conjunta por el Director del Departamento Administrativo Jurídico del Departamento del Valle del Cauca y el Subdirector de Contratos en ejercicio de las funciones contempladas

en los actos administrativos bajo análisis y que en el pliego de condiciones no se estableció dicha situación como configurativa de un conflicto de intereses se infiere que el cargo de vulneración formulado sobre el particular no se encuentra llamado a prosperar.

5.2. Suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta presentada por la parte accionante.

Con la demanda se afirma que contrario a lo expuesto por la entidad accionada en el informe de evaluación final, la garantía de seriedad de la oferta cumplía con los requisitos necesarios para satisfacer las exigencias legales.

Adicionalmente, se resalta que la entidad territorial no dio cumplimiento a las reglas que permitían subsanar los presuntos errores contenidos en los documentos presentados por la unión temporal accionante.

En este sentido, se advierte que en el pliego de condiciones no se consagró que la falta de la garantía de seriedad fuera una causal de rechazo de la oferta.

Sobre el particular, se indica que el Decreto N° 1510 de 2013 consagró la posibilidad de subsanar los defectos probablemente contenidos en la oferta dentro del plazo que la entidad otorgue al oferente.

En desarrollo de lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública, como ente rector de la Contratación Estatal, expidió la Circular N° 13 de 13 de junio de 2014, en la cual se consagró a la garantía de seriedad de la oferta como requisito subsanable en los siguientes términos:

(...) A. Requisitos y documentos subsanables

La ausencia de requisitos o la falta de documentos sobre la futura contratación que no son necesarios para comparar las ofertas no son título suficiente para su rechazo, de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. En consecuencia, las Entidades Estatales pueden solicitar a los oferentes subsanar los requisitos de la oferta que no afectan la asignación de puntaje, y los oferentes pueden subsanar tales requisitos hasta el momento de la adjudicación (...)

(...) (ii) Garantía de seriedad de la oferta

La presentación de la garantía de seriedad de la oferta puede acreditarse con posterioridad a la presentación de la oferta, y la corrección de errores contenidos en esta también puede acreditarse antes de la adjudicación. (...)

En este contexto, se afirma que el Departamento del Valle del Cauca no concedió a la Unión Temporal oferente la oportunidad de subsanar la garantía de seriedad presentada, máxime si tiene en cuenta que transcurrió un periodo de 7 días entre la presentación de los documentos y la realización de la audiencia de adjudicación, diligencia en la que tuvo conocimiento de las presuntas irregularidades que afectaban al fidecomiso presentado como garantía.

De esta forma, se concluye que el Departamento del Valle del Cauca actuó de manera irregular declarando como no hábil una propuesta que cumplía con suficiencia el resto de exigencias legales lo que conllevó a adjudicar el contrato a un proponente que no presentó la mejor oferta conforme a las exigencias del pliego de condiciones.

Ahora bien, frente a los argumentos expuestos por la parte accionante se tiene que en el acápite "XII" del Pliego de Condiciones definitivo se establecieron las siguientes reglas para la Garantía de seriedad de la oferta (fl. 289):

(...) XII. Garantías

A. Garantía de seriedad de la Oferta.

El valor de esta garantía deberá ser equivalente al diez por ciento (10%) del valor de la oferta y su vigencia se extenderá desde la presentación de la oferta y sesenta (60) días calendario más, sin perjuicio de lo anterior, el proponente se obliga a mantener vigente esta garantía hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato.

Nota: En caso que un proponente presente propuesta para más de una zona, solo deberá presentar una garantía de seriedad, sin embargo el valor asegurado de la póliza corresponderá al diez por ciento (10%) del valor de la sumatoria de las ofertas económicas presentadas para las zonas a las que se presente; así mismo, dentro del texto de la garantía deberá señalarse las zonas a las que se presenta."

Tal como se especificó en los hechos probados del proceso, el 29 de septiembre de 2015 el Comité Evaluador de las ofertas profirió informe preliminar indicando que la parte accionante no cumplía con los requisitos habilitantes, toda vez que no se presentó garantía de seriedad de la oferta motivo por el cual se concedió hasta el 2 de octubre de 2015 a las 3:00 p.m. para subsanar la irregularidad.

Conforme al cronograma previsto en el pliego de condiciones (fl. 292) dicho periodo fue el contemplado para dar respuesta a las observaciones presentadas frente el informe de evaluación y por ende para subsanar las posibles inconsistencias detectadas.

De esta forma, el 2 de octubre de 2015, la parte accionante procedió a presentar la ya referenciada garantía de seriedad de la oferta adjuntando el certificado de existencia proferido por Alianza Fiduciaria S.A. el cual fue finalmente desestimado en el informe de evaluación final.

En el presente caso, se tiene que en el pliego de condiciones que reguló el proceso de licitación se dispuso que los participantes de la licitación pública debían presentar una garantía de seriedad con vigencia desde el momento de su presentación y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato, para garantizar que si el contrato les era adjudicado lo formalizarían en los términos y plazos previstos.

A partir de estas normas del pliego de condiciones, es posible colegir que era una obligación de los proponentes presentar una garantía de seriedad que en todo caso debía estar vigente al momento de la presentación de las ofertas, so pena de que no pudiera adjudicársele el contrato a quien no cumpliera con esta condición, pues se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección.

En este punto, debe advertirse que la entidad pública concedió a la unión temporal ofertante desde el 29 de septiembre de 2015 hasta el 2 de octubre de 2015 a las 3:00 p.m. para que procediera a aportar la respectiva garantía de seriedad, la cual no fue adjuntada desde la fecha inicial de presentación el 22 de septiembre de 2015 tal como lo exigía el pliego de condiciones.

De esta forma, el fidecomiso presentado como garantía solo fue constituido por la parte accionante hasta el 2 de octubre de 2015 fecha límite establecida para la corrección de las ofertas, con la subsanación se aportó únicamente la certificación de existencia de la garantía sin adjuntar el respectivo contrato de fiducia el cual

resultaba necesario para verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2.2.1.2.3.3.1 del Decreto N° 1082 de 2015 el cual contempla al patrimonio autónomo como garantía.

Conforme a lo anterior, se tiene que a la fecha de presentación de la oferta (22 de septiembre de 2015), la Asociación accionante no contaba con el requisito habilitante establecido frente a la vigencia de garantía de seriedad de la oferta, motivo por el cual la viabilidad del ofrecimiento se vio comprometido desde el momento de su radicación.

En efecto, conforme a lo establecido en el artículo 2.2.1.2.3.1.9. del Decreto N° 1082 de 2015 *“la garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta”*.

El incumplimiento de dicha exigencia resultaba suficiente para declarar como no hábil la propuesta de la parte accionante toda vez que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado *“la exigencia de la garantía de seriedad de la oferta consiste en asegurar que los ofrecimientos hechos en el proceso de selección se cumplan y, por contera, que el contrato se suscriba, forzoso es también concluir que su vigencia debe darse por todo el tiempo que dure el proceso de selección”*.

Aunado a lo anterior, debe resaltarse que la garantía presentada por la parte accionante incurrió en otras falencias de tipo formal, como la contemplada en el artículo 2.2.1.2.3.1.4 del Decreto N° 1082 el cual determina que *“cuando la oferta es presentada por un pro-ponente plural, como unión temporal, consorcio o promesa de sociedad futura, la garantía debe ser otorgada por todos sus integrantes”*.

Finalmente, es necesario resaltar que la prueba testimonial obrante en el proceso resulta insuficiente para desvirtuar la legalidad del acto administrativo de adjudicación, toda vez que con la declaración rendida por señor Juan Gabriel Rojas Girón en su calidad de Subdirector de Contratación del Departamento del Valle del Cauca no se logró la confesión pretendida por la parte accionante al solicitar el interrogatorio de parte.

En efecto, en su intervención el señor Juan Gabriel Rojas Girón se limitó a ratificar las razones expuestas en el informe de evaluación final obrante como prueba documental dentro del proceso y a señalar que conforme a la estructura organizacional del Departamento del Valle del Cauca y los actos administrativos de delegación se encontraba facultado para participar en la evaluación de la oferta y en la audiencia de adjudicación del contrato.

Aunado a lo anterior, aunque para la parte accionante el interrogado aceptó que no tenía la condición de experto en contratación estatal lo que conllevaría a demostrar (a juicio de la parte accionante) su falta de idoneidad para conceptuar sobre la garantía de seriedad de la oferta es necesario resaltar que dicha pregunta fue desestimada en la diligencia ante la objeción presentada por la entidad accionada.

En igual forma, se evidencia que el testimonio rendido por la Directora Jurídica de Alianza Fiduciaria S.A. Sandra Bonilla Giraldo resulta insuficiente para comprobar los cargos de vulneración, toda vez que la declarante hizo una presentación de las actuaciones realizadas por la sociedad afirmando que desde su perspectiva el fidecomiso constituido cumplía con los prepuestos necesarios para garantizar la seriedad de la oferta presentada por la parte accionante por lo cual profirió un

oficio de respuesta a las objeciones formuladas por el Departamento del Valle del Cauca.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el oficio de respuesta a las observaciones fue entregado a la representante legal de la UNION TEMPORAL VIAS VALLE 2015 el 13 de octubre de 2015 con posterioridad a la realización de la audiencia de adjudicación el 9 de octubre de 2015.

En conclusión de todo lo expuesto, se tiene que las pretensiones la demanda no están llamadas a prosperar, toda vez que los argumentos expuestos en el concepto de vulneración de la demanda no tienen el mérito suficiente para desvirtuar la legalidad del acto de adjudicación de la licitación pública N° LP – SMIT -003-2015 .

5. COSTAS.

Finalmente en cuanto a la condena en costas, se advierte que si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez “dispondrá” sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del 27 de enero de 2017 Expediente No. interno (2400-14) Consejero Ponente CARMELO PERDOMO CUETER la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

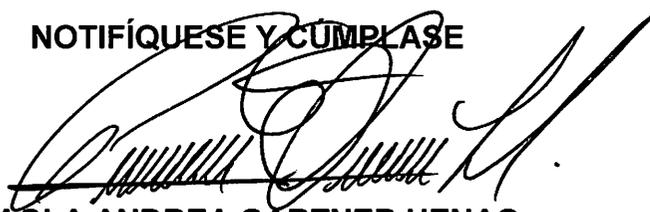
En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, así como tampoco está probada alguna conducta temeraria o dilatoria de la parte vencida, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial del Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia
2. **NEGAR** la condena en costas por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
3. **LIQUIDAR** los gastos del proceso, una vez notificada esta providencia y devuélvanse los remanentes si los hubiere y archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
Juez

Mat