

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA Nro.: **139/2021**
Medio de Control: Controversias contractuales
Actor(a): HERNANDO ANTONIO GALVIS SALAZAR
Accionado: DEPARTAMENTO DE CALDAS
Vinculado: BENJAMIN JARAMILLO PALACIO
Radicado: 17-001-33-33-007-**2016-00351-00**
Instancia: Primera

En los términos del inciso final del artículo 181 del C.P.A.C.A., procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia, para lo cual se tendrá en cuenta lo precisado en la audiencia inicial respecto a las excepciones y la fijación del litigio.

ANTECEDENTES:

I.- LA DEMANDA

Actuando mediante apoderado la parte actora, en ejercicio del medio de control de Controversias Contractuales, demandó al **DEPARTAMENTO DE CALDAS** solicitando lo siguiente (fls 10 y 11 C.1):

“PRIMERA: Que se declare la nulidad del oficio 310032016-0125, proferido por el secretario general de la Gobernación de Caldas, de fecha 30 de marzo de 2016 y publicado en la página de contratación pública el día 13 de abril de 2016 a las 10:23 a.m, mediante el cual se acepta la oferta presentada por el señor BENJAMÍN JARAMILLO PALACIO, propietario del Establecimiento de Comercio CLUB DE LA SALUD N° 2, en proceso de mínima cuantía I.P –SG-017 – 2016, documento que conjuntamente con la oferta presentada constituye el contrato./

SEGUNDA: Que se declare el señor Hernando Antonio Galvis, identificado con cedula de ciudadanía número 10.229.662, propietario del establecimiento de comercio EN FORMA CENTRO DE ACONDICIONAMIENTO FÍSICO, presentó la oferta más favorable en

el proceso de mínima cuantía I.P –S-G017-2016, adelantado por la Gobernación de Caldas – Secretaría General para contratar el servicio de gimnasio para los funcionarios y pensionados de la Gobernación de Caldas/

TERCERA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare que al no suscribirse el contrato con mi podernante se produjo un Daño Patrimonial, quien por haber presentado la propuesta más favorable tenía derecho a convertirse en el adjudicatario de la convocatoria/

CUARTA: Que se condene a la Gobernación de Caldas a indemnizar los perjuicios (daño emergente- lucro cesante) ocasionados y probados conforme a lo que se verá pronto en este proceso, concretamente a los siguientes:

- a. La totalidad del valor de la oferta presentada, esto es VEINTISEIS MILLONES CIENTO OCHENTA MIL PESOS (\$ 26.180.000) como utilidad dejada de percibir por la no adjudicación e inejecución del respectivo contrato/
- b. Los gastos incurridos en la respectiva licitación por parte de mi poderdante, los cuales ascienden a cien mil (\$100.000), en costos de elaboración de propuestas y expedición de documentos./

QUINTA: Que se ordene la cancelación de las sumas descritas en el numeral anterior, debidamente actualizadas hasta la fecha de pago, reconociendo a la firma demandante intereses conforme a la ley y la jurisprudencia nacional/

SEXTA: Que se condene en costas a la demandada/.”

En cuanto a los hechos expuestos por la parte actora se tiene:

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** adelantó el proceso de mínima cuantía I.P S.G 017-2016 con el objeto de contratar servicios de gimnasio para funcionarios y pensionados de esa entidad asignando un presupuesto de treinta millones de pesos (\$ 30.000.000 mcte). El proceso fue publicado el 11 de marzo de 2016 y se recibieron observaciones hasta el 14 de marzo del mismo año.

Dos posibles oferentes presentaron observaciones relacionadas con la experiencia mínima exigida; estas recibieron respuestas negativas según publicación realizada el 14 de marzo a las 5:18 p.m. Según el acta de cierre la oferta más económica fue presentada por el accionante en calidad de propietario del establecimiento EN FORMA CENTRO DE ACONDICIONAMIENTO FÍSICO. Se adjuntaron varias certificaciones para demostrar la experiencia mínima, pero no cumplían con el requisito de ser

solo dos, ello toda vez que no alcanzó a gestionarlas debido al reducido plazo otorgado por el contratante.

Según el cronograma establecido para el proceso contractual, el 16 de marzo de 2016 el Comité Evaluador debía solicitar los requisitos subsanables para entregar el día siguiente, fecha para la cual ya tenía las dos certificaciones tal y como eran exigidas. No obstante no haber sido requerido, el accionante procedió a remitir los documentos faltantes.

De acuerdo con el informe de evaluación la propuesta fue rechazada. Al momento de presentar las observaciones correspondientes el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** adujo que el documento allegado por el proponente no fue agregado al índice de documentos presentados y que las certificaciones allegadas tampoco cumplían con los requisitos exigidos. El contrato fue adjudicado a quien ocupó el segundo lugar.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Para la parte accionante el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** ha vulnerado los siguientes procesos y principios: Debido proceso, porque no respetó los plazos previstos para la publicación de los documentos, no dio respuesta de fondo y clara a las observaciones planteadas y no fueron solicitados los documentos subsanables de la oferta más económica presentada. Contradicción y defensa, por cuanto no se permitió que el proponente con la oferta más económica subsanara el requisito de la experiencia.

Por las mismas circunstancias considera vulnerado el derecho a la igualdad y objetividad. En cuanto al principio de economía, afirma que en procesos de mínima cuantía cualquier documento adicional que no implique mejorar la oferta económica debe ser objeto de solicitud para subsanarlo.

Cita el contenido de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, para explicar que en este proceso se solicita la nulidad del contrato con base en la nulidad de un acto que sirvió de fundamento al mismo, ya que existe una falsa motivación del acta de adjudicación. Con base en el artículo 25 de la misma ley explica que la falta de documentos atinentes al proponente o para la futura contratación no puede generar el rechazo de las propuestas.

Indica que el accionado se apartó de los principios de transparencia y selección objetiva porque no podía descalificar la propuesta del demandante con base en requisitos que eran subsanables.

II. TRAMITE PROCESAL

La demanda se admitió con providencia del 13 de junio de 2017, en la misma oportunidad se ordenó oficiosamente la vinculación del señor **BENJAMÍN JARAMILLO PALACIO** en calidad de propietario del

Establecimiento CLUB DE LA SALUD N° 2. (fls 51 a 52 C.1). Surtida la fase escrita del procedimiento, se llevó a cabo la audiencia inicial el día 07 de marzo de 2019 (fls 196 a 202 C.1.), allí se declaró el saneamiento del proceso, se fijó el litigio y se decretaron pruebas.

La audiencia de pruebas se realizó el 21 de agosto de 2019 (fls 228 a 220 C.1); luego de efectuarse el recaudo probatorio, en los términos del inciso final del artículo 181 del C.P.A.C.A se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro de los 10 días siguientes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito. Vencido el término de traslado de alegatos el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia escrita.

III. ACTUACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA:

DEPARTAMENTO DE CALDAS.

Con respecto a los hechos de la demanda afirma que todos son ciertos pero explica que en esa modalidad de contratación los términos son perentorios; la oferta presentada por el accionante no cumplió con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y el referido a la experiencia no es subsanable. El Comité Evaluador no tenía la obligación de solicitar otros documentos diferentes a los aportados con la oferta.

Propone como medios de defensa los siguientes:

i) Excepción de legalidad. Basada en que la oferta seleccionada fue escogida con la convicción de que reúne todas las condiciones legalmente exigibles en los procesos de contratación de mínima cuantía.

ii) Cobro de lo no debido. Con la demanda se solicita el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir con la adjudicación del contrato, a juicio del **DEPARTAMENTO DE CALDAS** esto no puede equivaler al valor de la oferta porque necesariamente el contratista debía incurrir en algunos gastos para cumplir con el objeto. Cita algunos apartes jurisprudenciales para apoyar su excepción.

iii) Inexistencia de daño patrimonial. No hay fundamentos para atribuir un daño patrimonial ocasionado al demandante por el ente territorial. El requisito de la experiencia no era subsanable según las disposiciones legales y el texto del pliego de condiciones.

iv) Exceso de pretensiones. Erróneamente se solicita el pago del valor total de la oferta, no obstante, la jurisprudencia ha establecido que lo indemnizable es el lucro cesante equivalente a la pérdida de utilidad esperada con la ejecución del contrato. Los gastos de preparación de la oferta tampoco son indemnizables.

v) El demandante no puede alegar a su favor su propia culpa. El accionante no aportó oportunamente los documentos relacionados con la experiencia

conforme a las exigencias del pliego de condiciones. Este es un requisito habilitante y no era subsanable conforme a la normatividad aplicable.

vi) Inexactitud de la estimación de la cuantía. Considera que lo reclamado por concepto de utilidades esperadas con la ejecución del contrato no corresponde a la realidad, esto porque no toma en cuenta todos los gastos que en una eventual adjudicación el contratista se vería obligado a realizar.

Por último, frente al concepto de violación expuesto en la demanda explica que durante el proceso contractual el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** fue respetuoso de todos los principios y derechos invocados por el señor **GALVIS SALAZAR**.

BENJAMÍN JARAMILLO PALACIO- CLUB DE LA SALUD N° 2.

Frente a los hechos que sustentan la demanda, manifiesta que la respuesta brindada por el ente territorial a las observaciones presentadas por parte de los oferentes, se sustentaron en las normas y principios legales contenidos en la Ley 80 de 1993 y sus disposiciones complementarias. Plantea que el contenido del hecho seis equivale a una confesión manifiesta del apoderado judicial en los términos del artículo 193 del Código General del Proceso, agregando que para el Comité Evaluador era imposible conocer que el accionante se encontraba gestionando otras certificaciones que sí reunían los requisitos del pliego de condiciones.

También es cierto que el accionante allegó con posterioridad otras dos certificaciones, pero lo hizo de manera extemporánea, y de haber sido valoradas por el Comité Evaluador podría afectar el principio de igualdad frente a los demás proponentes.

Se opone a la prosperidad de las pretensiones y plantea como excepciones las siguientes:

i) Validez jurídica en el proceso de selección. En el proceso de selección la Gobernación de Caldas se ciñó a la normatividad aplicable a la contratación de mínima cuantía. No se discute que el demandante hubiese presentado la oferta de menor valor, pero esta no reunía las condiciones de experiencia exigidas por lo que el contratante pasó a revisar la segunda oferta.

ii) Culpa del proponente en el proceso de selección. Explica que en esta clase de contratación la oferta debe contener la aceptación de la invitación pública sin lugar a escisiones. En este caso, el accionante no anunció que se encontraba tramitando otras certificaciones, por lo que el Comité Evaluador no tenía por qué solicitar documentos adicionales a los aportados con la oferta.

Finalmente, manifiesta que objeta el juramento estimatorio realizado por la parte actora llamando la atención en que las pretensiones superan el valor de la oferta realizada en el proceso contractual y sin que presuntamente se

incurriera en gasto alguno en la eventual ejecución del contrato. Dado que dicha figura no es un requisito de la demanda para la jurisdicción contencioso administrativa, estos argumentos serán considerados como una excepción más planteada por el vinculado.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE (fls 228 a 233 C.1): Reitera que en los procesos de selección de mínima cuantía el único requisito que otorga puntaje debe ser el precio oferta. Todos los demás requisitos deben ser subsanables en el término de un día hábil como lo establece el Decreto 1082 de 2015, oportunidad que fue observada por el accionante cuando subsanó las certificaciones relacionadas con la experiencia mínima exigida por el contratante.

Indica que en razón a que su oferta era la de menor valor y reunía todos los requisitos, es al señor **GALVIS SALAZAR** a quien debió adjudicársele el contrato. Se apoya en la jurisprudencia para explicar la relación entre el derecho al debido proceso, aplicable también a las actuaciones administrativas, y la subsanación de los requisitos que no otorgan puntaje hasta la adjudicación del contrato. Plantea que el hecho de no haberse solicitado la subsanación por parte del Comité de Evaluación no tiene incidencia en el caso, porque éste es un derecho del proponente y finaliza su intervención solicitando se accedan a las pretensiones de la demanda.

PARTE DEMANDADA. DEPARTAMENTO DE CALDAS (fls 221 a 227 C.1): Advierte que en el documento de invitación publica el ente territorial describió las condiciones claras de participación en el proceso de selección y los proponentes deben realizar las observaciones conforme a lo establecido en ese documento; para el caso, la falta de experiencia no se estableció como un requisito subsanable.

No se probó ninguna causal de anulación del contrato suscrito por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** y finalmente reitera que lo reclamado por el accionante por lucro cesante no corresponde con los parámetros jurisprudenciales que el Consejo de Estado ha expuesto sobre el tema.

BENJAMÍN JARAMILLO PALACIO- CLUB DE LA SALUD N° 2. (fls 234 y 235 C.1)

Describe el procedimiento de contratación para la de selección de mínima cuantía para resaltar que en el caso la propuesta de menor precio no reunía el requisito de la experiencia; por esto, la entidad contratante prosiguió con quien ocupó el segundo lugar. A continuación reitera los argumentos de la excepción denominada Culpa del proponente citada en la contestación de la demanda.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La Procuraduría Judicial asignada a este Despacho, no intervino dentro de esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

I. EXCEPCIONES.

Tal y como se indicó en la Audiencia Inicial, el demandado y el vinculado basaron su defensa en excepciones que tiene que ver con el asunto de fondo, razón por la cual su estudio y decisión serán abordados a continuación.

II. PROBLEMA Y ANÁLISIS JURÍDICO:

De acuerdo con la fijación del litigio efectuado en la audiencia inicial, la controversia se centra en establecer:

¿Debe declararse la nulidad del contrato constituido por la propuesta presentada por el señor Benjamín Jaramillo Palacio como propietario del Establecimiento de comercio Club de la Salud No.2, y el oficio No 310032016-0125 del 30 de marzo de 2016 mediante el cual el Departamento de Caldas acepta la oferta en cita dentro del proceso de selección de mínima cuantía IP – SG- 017-2016, y mediante el cual se excluyó la oferta del demandante, por no cumplir supuestamente con los requisitos habilitantes?

Previo a resolver el problema planteado, debe en primer lugar abordarse i) El criterio orgánico en la contratación estatal; ii) Régimen jurídico del contrato celebrado; iii) Subsancibilidad de los requisitos habilitantes y el iv) el caso concreto.

Lo anterior, sin descartar que en el desarrollo del problema jurídico principal se aborden otros aspectos que se encuentren relacionados.

2.1 Contrato Estatal. Criterio Orgánico.

Frente a la naturaleza jurídica del Contrato Estatal el Consejo de Estado a través de su Sección Tercera¹ ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico; por tanto, adoptando un criterio orgánico, ha expuesto que serán considerados contratos estatales aquellos que celebren las entidades de igual naturaleza. En este sentido expuso:

De este modo, **son contratos estatales `todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales'**, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos

¹ Sentencia del 31 de marzo de 2011, C.P Hernán Andrade Rincón, Exp 16246

domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”²
(Negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que, en el marco del ordenamiento aplicable a este asunto, la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual, si se considera que determinado ente es estatal en igual sentido habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.

Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato. De dicha norma legal se concluye que todos los contratos celebrados por las entidades estatales deben considerarse como contratos de naturaleza estatal atendiendo al criterio orgánico; a la luz de éste es posible afirmar que el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** como entidad territorial aceptó la oferta económica presentada por el señor **BENJAMÍN JARAMILLO PALACIO** presentada con ocasión de la invitación pública IP-SG-017-2016 con el objeto de prestar los servicios de apoyo a la gestión para el servicio de Gimnasio y Salud Física dirigido a los funcionarios y pensionados de la Gobernación de Caldas, ambos documentos para el efecto constituyen un contrato de naturaleza estatal. Los conflictos que se susciten alrededor de este contrato son de conocimiento de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Adicionalmente, el artículo 104 del C.P.A.C.A en su numeral segundo, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. A pesar de que en el siguiente artículo, el 105 del mismo estatuto, se plantean algunas excepciones en materia de controversias contractuales, estas se refieren a entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera y cuando se encuentren dentro del giro de sus negocios.

Queda claro que por tratarse del **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, esta jurisdicción es competente para conocer de la presente controversia.

² CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

2.2 Régimen jurídico del contrato celebrado.

La contratación de mínima cuantía es reconocida como un procedimiento sencillo y rápido para seleccionar al contratista en la adquisición de bienes, obras y servicios cuyo valor no excede el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de las entidades estatales. Las reglas aplicables a esta modalidad de selección, que en todo caso tienen menos formalidades que las demás, se encuentran descritas en el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, que a su vez adicionó el artículo de la Ley 1150 de 2007, cuyo texto indica:

Artículo 94. *Transparencia en contratación de mínima cuantía.* Adiciónese al artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 el siguiente numeral.

La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

- a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;
- b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;
- c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;
- d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

Parágrafo 1º. Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en establecimientos que correspondan a la definición de "*gran almacén*" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional. (...)

Parágrafo 2º. Reglamentado por el Decreto Nacional 2516 de 2011. La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003, ni en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. (...)

El Decreto 1082 de 2015, además estableció con respecto a esta forma de contratar las siguientes reglas:

Artículo 2.2.1.2.1.5.1. *Estudios previos para la contratación de mínima cuantía.* La Entidad Estatal debe elaborar unos estudios previos que deben contener lo siguiente:

1. La descripción sucinta de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación.

2. La descripción del objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios.
3. Las condiciones técnicas exigidas.
4. El valor estimado del contrato y su justificación.
5. El plazo de ejecución del contrato.
6. El certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación.

Artículo 2.2.1.2.1.5.2. Procedimiento para la contratación de mínima cuantía. Las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del 10% de la menor cuantía de la Entidad Estatal, independientemente de su objeto:

1. La Entidad Estatal debe señalar en la invitación a participar en procesos de mínima cuantía la información a la que se refieren los numerales 2, 3 y 4 del artículo anterior, y la forma como el interesado debe acreditar su capacidad jurídica y la experiencia mínima, si se exige esta última, y el cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas.
2. La Entidad Estatal puede exigir una capacidad financiera mínima cuando no hace el pago contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios. Si la Entidad Estatal exige capacidad financiera debe indicar cómo hará la verificación correspondiente.
3. La invitación se hará por un término no inferior a un (1) día hábil. Si los interesados formulan observaciones o comentarios a la invitación, estos serán contestados por la Entidad Estatal antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.
4. La Entidad Estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple con las condiciones de la invitación, la Entidad Estatal debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente.
5. La Entidad Estatal debe publicar el informe de evaluación durante un (1) día hábil.
6. La Entidad Estatal debe aceptar la oferta de menor precio, siempre que cumpla con las condiciones establecidas en la invitación a participar en procesos de mínima cuantía. En la aceptación de la oferta, la Entidad Estatal debe informar al contratista el nombre del supervisor del contrato.
7. En caso de empate, la Entidad Estatal aceptará la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo.
8. La oferta y su aceptación constituyen el contrato.

Como ya se mencionó, en la contratación de mínima cuantía la aceptación y la oferta es la constancia de la celebración del contrato porque no hay una minuta contractual. En esta modalidad de selección de contratación directa no pueden aplicarse las reglas propias de las demás modalidades de selección, sólo resultan aplicables las relativas al procedimiento especial establecido por el legislador.

Como requisitos habilitantes de los oferentes la entidad tiene el deber de verificar directamente la capacidad jurídica, la experiencia y la capacidad financiera, esto porque quienes realizan la oferta no están obligados a acreditar que están inscritos en el Registro Único de Proponentes.

Con respecto a la experiencia que es el tema que interesa en este proceso, las entidades no están obligadas a establecerla como uno de los requisitos habilitantes; pero si lo hacen, la experiencia debe referirse a la que tiene el oferente en las actividades objeto del proceso de contratación y para convalidarla debe solicitar copias de contratos o certificados expedidos por terceros... *que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado (artículo 2.2.1.1.1.5.2 Decreto 1082 de 2015).*

Finalmente, cabe destacar que los plazos del proceso de contratación de mínima cuantía son más cortos que los establecidos para las demás modalidades de selección. El término para presentar ofertas es como mínimo un día hábil contado a partir de la publicación de la invitación, publicación que además debe permanecer por lo menos otro día hábil.

2.3 Subsanabilidad de los requisitos habilitantes.

Sobre el tema el parágrafo 1 de la Ley 1150 de 2007 vigente para la época de los hechos, establecía 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, 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, tendrán en cuenta los siguientes criterios: (...)

PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Esta norma se relaciona con el contenido del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 relativo al principio de economía en la actividad contractual, cuyo numeral 15 establece: *Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas,*

traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

Para el Consejo de Estado³, de las anteriores normas se puede concluir que las autoridades no pueden rechazar las propuestas por cualquier tipo de deficiencia; la ausencia de aquellos requisitos o documentos que no sean indispensables para la comparación de las propuestas no pueden conllevar el rechazo de la oferta. En esta misma providencia explicó que en vigencia de la Ley 1150 de 2007, los requisitos subsanables son aquellos que no son necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, los que no afectan la asignación de puntaje.

Más recientemente el máximo Tribunal, luego de citar algunas decisiones que sobre el tema se han proferido, realizó una síntesis sobre la subsanabilidad en contratación pública en los siguientes términos:

De lo anterior se concluye que tanto en vigencia de la Ley 80 de 1993 como en la 1150 de 2007, las autoridades no pueden rechazar las propuestas alegando omisión o deficiencias habilitantes, con la connotación de subsanables. Así mismo, la posibilidad de aclaración o explicación parte del supuesto de que el requisito se cumpla, en tanto no es posible aclarar o explicar lo inexistente. De ese modo se confirma la inmodificabilidad de las propuestas. Cabe diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen: lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito en sí mismo considerado, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe. Esto supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.⁴

Con el anterior pronunciamiento, el Alto Tribunal deja claro que sí es posible subsanar los aspectos relativos a la prueba de los requisitos habilitantes pero esta hipótesis parte de que el requisito efectivamente exista.

Bajo este marco normativo a continuación se abordará el caso en concreto.

2.4 Caso Concreto:

Para la parte accionante, el contrato conformado por la oferta y la aceptación de la misma mediante oficio No 31002016-0125 del 30 de marzo

³ Sección Tercera, sentencia del 12 de noviembre de 2014, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera Exp 29855.

⁴ Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2018, C.P Stella Conto Díaz del Castillo, Exp 38339

de 2016 con ocasión de la invitación pública de mínima cuantía No I.P-SG-017-2016, debe ser declarado nulo porque durante el proceso de selección se vulneraron los derechos del señor **HERNANDO ANTONIO GALVIS SALAZAR** quien también participó como oferente.

Por su parte, para el ente territorial accionado el demandante no cumplió con uno de los requisitos exigidos en la invitación pública marco bajo el cual debe regirse todo el proceso de selección; este requisito, además no era subsanable. Entre tanto, el vinculado incurrió en una culpa representada en el hecho de que no anunció que allegaría el documento adecuado para acreditar el requisito de la experiencia; el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** no tenía la posibilidad de conocer que el señor **GALVIS SALAZAR** se encontraba gestionando otras certificaciones y por ello no había lugar a la subsanación.

Para resolver el planteamiento es necesario citar el aparte de la invitación pública que refiere a la experiencia como uno de los requisitos habilitantes establecidos por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**:

3.2 FORMA DE ACREDITAR LA EXPERIENCIA MÍNIMA.

El proponente deberá acreditar mediante certificación y/o acta de liquidación la ejecución de dos (2) contratos cuyo objeto sea igual o cumpla con las características del objeto contractual al de la presente invitación pública y que el valor de ambos contratos sea igual o superior al valor estimado del contrato- presupuesto oficial de la presente invitación.

La certificación debe contener los siguientes datos: Objeto, contratista, entidad contratante, valor y fecha de iniciación y terminación del contrato.

Si el proponente ha tenido contratos con la entidad que adelante el proceso, este deberá manifestarlo por escrito y la entidad tendrá la obligación de verificar dicha experiencia son perjuicio que el proponente anexe documento alguno.

Conforme con el texto de la invitación pública, el oferente debía acreditar una experiencia a través de la ejecución de dos contratos de objeto similar cuya cuantía entre ambos equivaliera al presupuesto del contrato del **DEPARTAMENTO DE CALDAS**. De acuerdo con el certificado de disponibilidad presupuestal el valor del contrato se estimaba en treinta millones de pesos (\$ 30.000.000 mcte) (fl 107 C.1)

Mediante comunicación presentada el 14 de marzo de 2016, el accionante presentó una observación referida a este requisito solicitando se eliminara lo concerniente al valor de los contratos... *y limitarlo simplemente a que se acredite experiencia con el objeto* (fl 108 C.1). Lo anterior porque consideraba que tal y como se encontraba establecido el requisito de la

experiencia podría limitar la participación de posibles oferentes. En este mismo sentido, el señor José Orlando Gómez Osorio también presentó una observación (fl 108 vto).

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** dio respuesta a la observación del demandante con oficio SG 0269 del 14 de marzo de 2016, acudiendo al contenido de la normatividad que regula este procedimiento de selección contractual que ya se ha referido en esta providencia; explicó que conforme a estas disposiciones los proponentes debían acreditar la experiencia presentando certificados de contratos ejecutados y con base a ello no accedió a lo solicitado por los proponentes. Según el cronograma la entidad efectivamente contaba hasta esa fecha para dar respuesta a las observaciones; al día siguiente se recibirían las ofertas.

La propuesta del señor **GALVIS SALAZAR** fue presentada el 15 de marzo de 2016 acompañada de los siguientes documentos relativos a la acreditación de la experiencia:

- ✓ Cámara de Comercio de Manizales Valor catorce millones veintiocho mil ochocientos cincuenta y seis pesos (\$ 14.028.856 mcte) (fl 24 C.1)
- ✓ Certificado de la Dirección Territorial de Caldas por un valor de ejecución del contrato equivalente a cuatro millones setecientos cincuenta y dos mil pesos (\$ 4.752.000 mcte) (fl 25 C.1)
- ✓ Certificado expedido por la Cooperativa de Empleados de la Seguridad Social de Caldas COODESS por una suma equivalente a tres millones veinticuatro mil pesos (\$ 3.024.000 mcte) (fl 26 C.1)
- ✓ Certificado expedido por la Cooperativa de Institutores de Caldas CIDECAL por valor de once millones cuatrocientos dieciocho mil cuatrocientos noventa y dos pesos (\$ 11.418.492 mcte) (fl 27 C.1)
- ✓ Certificado de la Cooperativa de Transporte TAX LA FERIA por valor de tres millones seiscientos sesenta mil pesos (\$ 3.660.000 mcte) (fl 28 C.1)

Conforme lo afirma el demandante, a pesar de que fueron varias las certificaciones allegadas, estas no reunían el requisito exigido en la invitación pública porque dos de ellas no sumaban el presupuesto del contrato que pretendía adelantar el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Mediante correo electrónico del 18 de marzo de 2016, el señor **GALVIS SALAZAR** aportó certificación expedida por la empresa Econtact Col S.A.S en la cual se acreditaba la prestación de servicios de gimnasio para sus empleados por un valor equivalente a diecinueve millones quinientos sesenta y cuatro mil quinientos sesenta y dos pesos (\$ 19.564.562 mcte) (fls 114 y 115 C.1). A través de esta comunicación el accionante pretendió subsanar las falencias de los documentos que acreditarían el cumplimiento de la experiencia mínima exigida por el contratante, porque teniendo en cuenta la certificación expedida por la Cámara de Comercio de Manizales

ambos contratos superaban el presupuesto establecido para la invitación pública I.P.S.G-017-2016.

A pesar de lo anterior, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** consideró que el proponente no satisfizo el requisito de la experiencia mínima exigida porque i) el documento fue presentado de manera extemporánea, es decir después de la fecha definida para la recepción y apertura de ofertas; ii) para que el requisito fuera subsanable debía haberse relacionado en el índice de documentos presentados en la propuesta... *con el fin de garantizar el anexo del mismo (fl 117 C.1)* y iii) la certificación de Econtac Col S.A.S no reunía los requisitos exigidos en el numeral 3.2 de la invitación pública.

Respecto a este último argumento el Comité Evaluador del ente territorial explicó que el objeto no se encontraba enunciado y esta descripción es la que permite establecer la experiencia del proponente; indicó que tampoco se evidencia el valor, la fecha de inicio y terminación del contrato ya que el documento hace referencia a un convenio, pero no a la existencia de un contrato (fl 117 C.1).

Luego del anterior recuento sobre lo sucedido en el proceso precontractual correspondiente a la invitación pública I.P.S.G-017-2016, se advierte en primer lugar que la respuesta del contratante a las observaciones presentadas en su momento por el demandante y otro proponente sí constituye un pronunciamiento de fondo y claro a las mismas. De acuerdo con el recuento normativo de las disposiciones aplicables al proceso de selección de mínima cuantía, las entidades públicas pueden establecer la experiencia como uno de los requisitos habilitantes. Cuando lo hacen, deben remitirse a las disposiciones legales que regulan estos requisitos y como fuera anotado en su momento, el Decreto 1082 de 2015 vigente para la época de los hechos, establece que las certificaciones deben corresponder a copias de los contratos o certificaciones de los contratos ejecutados (artículo 2.2.1.1.1.5.2). De ahí que el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** con su pronunciamiento observó las normas aplicables al tema y estableció una exigencia permitida por el legislador.

En lo que respecta a la posibilidad de subsanar el requisito habilitante de la experiencia, el Juzgado observa que el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** con su actuar, no ha vulnerado los derechos del accionante. Si bien es cierto, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, es posible subsanar lo que concierne a la prueba de los requisitos habilitantes y dentro de ellos la experiencia, esta posibilidad parte del supuesto de su existencia.

En este punto, los argumentos expuestos por el vinculado **BENJAMIN JARAMILLO PALACIO** resultan acertados. Al momento de la presentación de la oferta el 15 de marzo de 2016 el accionante no cumplía con el requisito habilitante relativo a la experiencia porque las certificaciones aportadas no reunían las condiciones descritas en la invitación pública; el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** no tenía como prever que el señor **GALVIS SALAZAR** tenía otras certificaciones que sí cumplían con las exigencias, ya

que las mismas no fueron anunciadas en el índice de la oferta allegada, ni en ningún otro documento.

Aunque en apariencia la obligación de haber relacionado en el índice de documentos parece una formalidad excesiva que no tiene lugar en la contratación pública, en este caso era una manera de advertir que el requisito de la experiencia sí existía y para ese momento solamente faltaba allegar la prueba del mismo. Bajo estas circunstancias no era posible subsanar la prueba del requisito de la experiencia, el ente territorial debía evaluar la oferta en las condiciones aportadas el 15 de marzo de 2016 y a partir de verificar la misma solicitar las subsanaciones del caso; sin la advertencia de que existía otra certificación con las exigencias de la invitación pública, el requisito de la experiencia acertadamente se debe dar por inexistente.

Acceder al planteamiento del demandante equivale a dar lugar a mejorar su ofrecimiento inicial y vulnera el principio de preclusión establecido en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y que inspira todo proceso de selección; este principio implica que las etapas y términos deben cumplirse estrictamente y en este sentido la oportunidad que el demandante tenía para demostrar que el requisito de la experiencia sí existía tal y como era exigido por el ente territorial, así la certificación no fuera aportada en ese momento, no fue usada oportunamente por el accionante. La consecuencia de la conducta del accionante es que perdió la oportunidad a ser oído por la administración.

A partir del anuncio del documento nacería el derecho de subsanar al que refiere el señor **GARLVIS SALAZAR** en la demanda; por el contrario, acceder a su planteamiento es vulnerar derecho a la igualdad porque sorprendería a los demás oferentes con un documento que acreditaría su experiencia y que en su debida oportunidad ni siquiera mencionó.

Finalmente, se advierte que no es necesario realizar un análisis para determinar si la certificación de la empresa Econtact Col S.A.S reúne las condiciones señaladas en la invitación pública porque lo que desde el principio la hace no válida para acreditar la experiencia es que no fue allegada oportunamente.

III. CONCLUSIÓN.

Revisado el proceso contractual que corresponde al proceso de selección de mínima cuantía IP-SG-017-2016, con base en los argumentos expuestos por el accionante, no se encuentra vicios que afecten la validez del contrato del **DEPARTAMENTO DE CALDAS**. El rechazo de la oferta presentada por el señor **GALVIS HERNANDEZ** resulta acertado a pesar de que la suya era la más económica, esto se debe a que no acreditó el requisito habilitante de la experiencia. Adicionalmente no era posible la subsanación de este requisito porque para el momento de la presentación de la oferta este no existía en las condiciones descritas por el contratante. Aceptar la certificación allegada

con posterioridad sin previa advertencia de su existencia vulnera el principio de preclusión y el derecho a la igualdad en relación con los demás oferentes, postulados que inspiran la actividad contractual pública.

En consecuencia, teniendo en cuenta los argumentos que las fundamentan, se declaran probadas las excepciones de Inexistencia de daño patrimonial propuesta por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, Validez jurídica en el proceso de selección y Culpa del proponente en el proceso de selección propuestas por el vinculado **BENJAMIN JARAMILLO PALACIO**, sin que sea necesario estudiar la procedencia de los demás medios de defensa.

IV. CONDENA EN COSTAS

Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la parte demandante cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto se evidenció la actividad del abogado de la parte demandada efectivamente realizada dentro del proceso y la generación de gastos procesales, atendiendo el criterio objetivo – valorativo adoptado por Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁵.

Se fijan Agencias en Derecho por el equivalente al 1% del valor de las pretensiones de la demanda⁶.

La liquidación de las costas, se efectuará por la Secretaría del Despacho en los términos señalados en el artículo 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de Inexistencia de daño patrimonial propuesta por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, Validez jurídica en el proceso de selección y Culpa del proponente en el proceso de selección propuestas por el vinculado **BENJAMIN JARAMILLO PALACIO**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por **HERNANDO ANTONIO GALVIS SALAZAR** en contra del **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Expediente N°: 250002342000201200561 02 (0372-2017).

⁶ Según el Acuerdo No. 1887 de 2003, puesto que el Acuerdo PSAA-10-554 de 2016 rige para los procesos iniciados a partir de su vigencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS y agencias en derecho conforme a la parte motiva de esta decisión.

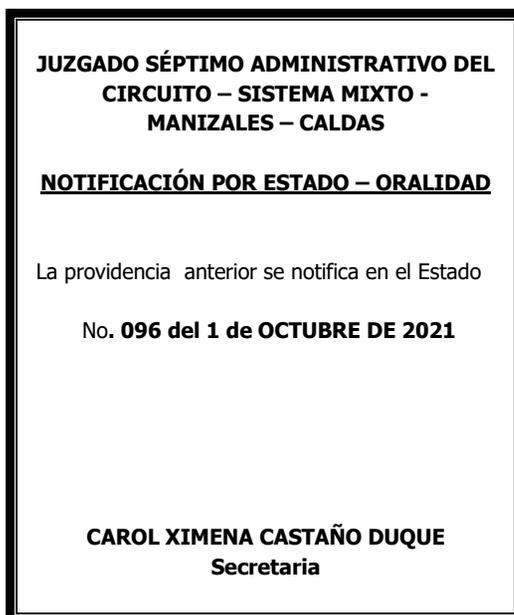
CUARTO: La presente sentencia queda notificada en estados de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A.

QUINTO Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

**JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA**

Pfcr/ P.U



Firmado Por:

*Jackeline Garcia Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
007
Manizales - Caldas*

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 963622c7457eef1627a23935326696c4571f12e7103d621e72de1d6ab85fd324

Documento generado en 30/09/2021 04:12:15 PM

*Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>*