

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO
BOGOTÁ-CUNDINAMARCA**

ACCION DE TUTELA No. 110013105029202100234-00

**ACCIONANTE: PORTES DE COLOMBIA S.A.S
NIT 830.006.177-3**

**ACCIONADA: INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO -ICA;
AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACION
PUBLICA -COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**

**FECHA: BOGOTA, ONCE (11) DE JUNIO DE DOS MIL
VEINTIUNO (2021).**

ANTECEDENTES

La Empresa PORTES DE COLOMBIA S.A.S con NIT 830.006.177-3 a través de su Representante Legal Ernesto Mancipe Ortiz identificado con cedula de ciudadanía No. 79.345.137 quien actúa en nombre propio, formuló Acción de Tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO -ICA; la AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA -COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, por considerar que dichas entidades han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad con fundamento en los siguientes:

HECHOS

- Manifiesta el representante legal de la empresa accionante que el 20 de febrero de 2021 el Instituto Colombiano Agropecuario abrió proceso de licitación pública N. GC-LP-034-2021 en la página Secop II, mediante la cual se busca “.... Prestar el servicio de envío especializados a nivel nacional para las dependencias del ICA y la prestación del servicio de empaque, embalaje y transporte de muestras a laboratorio de referencia para generar datos estadísticos dentro del plan nacional de residuos...”, con un plazo de validez de las ofertas de 90 días.
- Refiere que el 05 de marzo de 2021, hizo la publicación del aviso, según el artículo 30 de la ley 80 de 1993, que el mismo día se surtió la publicación del aviso de convocatoria pública y la publicación de estudios previos y del proyecto de pliego de condiciones.
- Indica que el 19 de marzo de 2021 se concede plazo para presenta observaciones al proyecto de pliego según el Secop II.

- Que el 25 de marzo de 2021 se publican las respuestas a las observaciones al proyecto de pliego de condiciones.
- Relata que el 19 de abril de 2021 se muestra fecha prevista de publicación del pliego de condiciones definitivo y expedición y publicación del acto administrativo de apertura del proceso de selección.
- Que el 22 de abril de 2021 se realizó audiencia de asignación de riesgos.
- Que el 23 de abril de 2021 se hizo presentación de observaciones a los pliegos definitivos.
- Que el 03 de mayo se dio respuesta al pliego de condiciones.
- Que el 05 de mayo se da plazo para expedir adendas.
- Que el 11 de mayo a las 12:00 se dio presentación de ofertas, cinco minutos posteriores, se dio la apertura de ofertas, y las 12:12 se hizo el informe de presentación de ofertas.
- Que dentro de las empresas oferentes, estuvieron Elite Logística y Rendimiento S.A.S y Portes de Colombia S.A.S., según fecha de publicación en el Secop II del 12 de mayo de 2021 a las 9:41 pm.
- Que uno de los requisitos habilitantes exigidos en el proceso de licitación consiste en “Cubrimiento nacional oficinas”: contar con mínimo 20 establecimiento de comercio.
- Refiere que según la oferta presentada por Elite Logística y Rendimiento observa que no presento en ella el requisito habilitante relacionado en el punto anterior, observación que hizo el 25 de mayo ante la entidad.
- Que el 26 de mayo de 2021 la entidad publico el segundo informe preliminar evaluación técnica del presente proceso, en donde habilita al oferente ELITE LOGISTICA Y RENDIMIENTO S.A.S., a pesar de las advertencias presentadas.
- Por ultimo señala que la de acuerdo al pliego de condiciones de la licitación, las propuestas incompletas deben ser rechazadas, es decir, no dan lugar a subsanar.

TRAMITE

Admitida la presente acción de tutela, se dispuso notificar y correrle traslado a las accionadas, y se vincula a la Empresa Elite Logística y Rendimiento S.A.S.; con el fin que ejerzan su derecho a la defensa, solicitándole, informara sobre la presunta vulneración de los derechos invocados por el accionante. En el mismo auto se resolvió la medida provisional solicitada la cual fue negada.

CONTESTACIONES

La Empresa vinculada **ELITE LOGISTICA Y RENDIMIENTO S.A.S.**, a través de su representante legal Roberto Carlos Muñoz Anacona manifiesta que el accionante busca el amparo constitucional mediante la aplicación desviada, conveniente y

equivoca de las normas jurídicas en busca de sus intereses, que lleve al Comité Evaluador a rechazar su oferta de manera arbitraria y desconociendo de manera sistemática el ordenamiento jurídico, configurando de esa manera un abuso del derecho, ya que supone que el titular haga de una facultad o garantía subjetiva un uso contrapuesto a sus fines, a su alcance y a la extensión característica que le permite el sistema, desbordando los límites que el ordenamiento le impone a este.

Que el proceso como “debido” exige por parte de la administración la aplicación ordenada de las etapas prelucidas determinadas en la ley, en orden al cumplimiento de los principios y finalidades del estado, y que en dicho marco se han encasillado las actuaciones que han tenido lugar en la Licitación Pública GC-LP-034-2021 no solamente en tanto que sus etapas han observado los plazos determinados por la ley, sino que las mismas se han surtido de conformidad con lo dispuesto en la norma.

Señala que no puede alegar la violación del debido proceso por la aplicación de manera correcta de los procedimientos previamente establecidos o del ordenamiento jurídico, no solo esta regla de pliego de condiciones permitía a los proponentes la subsanación de las ofertas, sino que adicionalmente la Ley 1882 de 2018 artículo 5. “... Artículo 5°. Modifíquese el Parágrafo 1 e inclúyanse los párrafos 3,4 y 5 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, los cuales quedarán así:

Artículo 5°. De la selección objetiva.

(...)

Parágrafo 1°. 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, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través de sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso...”

Señala que el requisito del cubrimiento nacional de oficinas fue establecido por el Instituto Colombiano Agropecuario -ICA en el pliego como requisito que no otorga puntaje, por lo que por mandato de la Ley, la ausencia de este y los documentos que lo acreditan pueden aportar durante el traslado del informe de evaluación, y que el Comité Evaluador Técnico no podrá rechazar la oferta de Elite Logística y Rendimiento porque precisamente la norma lo prohíbe.

Informa que el Comité Evaluador del ICA no ha restringido o vulnerado derecho a la igualdad del accionante dentro del proceso de contratación, ya que la entidad ha dado trato igual a todos los oferentes, la entidad no ha establecido cláusulas discriminatorias en las bases del proceso de selección, ni con su comportamiento ha beneficiado a unos de los participantes sobre los demás interesados. Que el Comité Evaluador con la finalidad de materializar el principio de la selección objetiva ha requerido hasta en 4 oportunidades la subsanación y/o aclaración de su propuesta.

Por ende, no puede afirmar la vulneración de derecho a la igualdad cuando el Comité ha maximizado el principio de igualdad dejando que Portes de Colombia subsane la cantidad de veces necesarias pero dentro del periodo del término de traslado del Informe de Evaluación como lo exige la norma.

Indica que la empresa accionante no prueba la existencia de un perjuicio irremediable derivado de la aplicación de la regla de subsanabilidad de las ofertas contenidas en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y del artículo 1882 de 2018, precisamente porque lo que pretende es impedir que sea emitido un informe de Evaluación y la consecuente Adjudicación en favor de su competidor, esta es una situación que pueda remediarse a futuro mediante los medios de control en lo contencioso administrativo, puesto que en el escrito de tutela no se prueba que y como Portes de Colombia está sufriendo un perjuicio de carácter personal, específico y concreto, que se aleje de las consecuencias económicas que pudieran afectar sus intereses.

Por lo expuesto solicita se nieguen las peticiones de la tutela en tanto que no existe ninguna violación a los derechos fundamentales de la compañía Portes de Colombia S.A.S., como tampoco son de resorte de la sede constitucional la situación que somete a conocimiento a través de la acción constitucional sino del contencioso administrativo.

Dentro del término la Doctora Claudia Ximena López Pareja en calidad de Secretaria General de la accionada **AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA- COLOMBIA COMPRA EFICIENTE** comunica que no tiene entre sus funciones, la de asesorar a los participantes del sistema de contratación pública para absolver inquietudes generales como la planteada en la consulta, que no conllevan duda alguna sobre la interpretación y aplicación de las disposiciones contenidas en las leyes y reglamentos que regulan la contratación estatal. Que tampoco cuenta con la competencia para resolver problemas propios que se presentan al interior de las entidades públicas.

Que en consecuencia no puede determinar cuáles son las decisiones que pueden adoptar ni las actuaciones que deben adelantar las entidades públicas en desarrollo de su actividad contractual, bajo ninguna circunstancia. Que se le concedieron a las entidades públicas la capacidad jurídica para llevar a cabo la contratación, lo cual se traduce en que gozan de plena autonomía independencia para gestionar la satisfacción de sus necesidades en ejecución de la actividad contractual.

Refiere que la supuesta vulneración de los derechos al debido proceso y a la igualdad, no se encuentran acreditados y en evento de haber ocurrido le corresponde a actuaciones de una entidad diferente de Colombia Compra Eficiente.

Con base en los fundamentos expuestos, solicita denegar el amparo solicitado por el accionante, ante la ausencia de prueba de los hechos causante de la presunta

violación, así como la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de Colombia Compra Eficiente en calidad de accionada.

Por otro lado la accionada **INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO -ICA**, por intermedio del doctor Juan Fernando Roa Ortiz en condición de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica indica que inicio el proceso de licitación pública GC-LP-034-2021 , cuyo objeto consiste en “...prestar el servicio de envíos especializados a nivel nacional para las dependencias del ICA y la prestación del servicio de empaque, embalaje y transporte de muestras a laboratorio de referencia para generar datos estadísticos dentro del plan nacional de residuos...”

Señala que ha garantizado el debido proceso dentro del proceso de licitación pública GC-LP-034-2021, respetando los términos previstos en la ley para cada una de las etapas. Que se les ha permitido a los oferentes participantes conocer todas las actuaciones administrativas mediante la publicidad que se garantiza a través de la plataforma SECOP II.

Indica que ha dado respuesta a los distintos requerimientos presentados por ellos pese a la radicación extemporánea.

Refiere que a la fecha de contestación de la tutela no se ha tomado decisión de adjudicar el contrato en alguno de los oferentes de la licitación de conformidad con lo dispuesto en inciso 3 del artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015.

“...Artículo 2.2.1.2.1.1.2. Audiencias en la licitación. En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de Riesgos, y b) adjudicación. (...)

La Entidad Estatal debe realizar la audiencia de adjudicación en la fecha y hora establecida en el Cronograma, la cual se realizará de acuerdo con las reglas establecidas para el efecto en los mismos y las siguientes consideraciones:(...)

3. Toda intervención debe ser hecha por la persona o las personas previamente designadas por el oferente, y estar limitada a la duración máxima que la Entidad Estatal haya señalado con anterioridad...”

Revela que la audiencia pública de adjudicación del contrato previsto en el proceso licitatorio, tal como se indicó en el cronograma para el 03 de junio de 2021. Que en dicha audiencia se les permitirá a los proponentes una vez más participar para que expresen su conformidad o inconformidad de la evaluación y donde la entidad analizara las observaciones presentadas o no con su respectiva justificación, y procederá a adjudicar el contrato o a declararlo desierto, mediante la lectura del acto administrativo que ponga fin al proceso licitatorio.

Que es equivocado afirmar que se está violando los derechos al debido proceso y a la igualdad del accionante respecto al proceso de licitación, en razón a que las

instancias o escenarios en los que puede participar y expresar sus inconformidades aún no se han agotado y por lo mismo, no se ha tomado una decisión de fondo.

Señala que al existir oportunidades procesales en las que el accionante puede participar para exponer sus objeciones o inconformidades y con las que pueda influir en la decisión final de adjudicación del contrato, desvirtúan el riesgo inminente de vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y la igualdad que reclama.

Que la garantía del debido proceso en las actuaciones administrativas que culminaran con la expedición de un acto administrativo, implica dar a conocer su existencia al administrado y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción, y que lo que ha ocurrido. Que si la decisión del acto administrativo de adjudicación del contrato le es desfavorable a los intereses del accionante, el ordenamiento jurídico prevé la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como herramienta eficaz e idónea para que este pueda atacar tal decisión. Que si el administrado se considera afectado por un acto de la administración, debe acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para hacer valer el derecho que considere afectado.

Aduce que contra actos administrativos de trámite o preparatorios, de ejecución y, en general, todos los actos de impulso procesal que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica concreta, sino que están encaminados a contribuir con su realización, no procede la acción de tutela.

Reseña que de conformidad con lo expuesto, y en consideración a que las actuaciones administrativas del ICA dentro del proceso de licitación pública GC-LP-034-2021 se han ajustado al ordenamiento jurídico regulatorio de la contratación estatal, y que no se ha demostrado la violación a los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad alegados por el accionante, y que la acción constitucional resulta improcedente para atacar actos de trámite o preparatorios y los actos administrativos propiamente dichos, por las anteriores consideraciones solicita no tutelar los derechos invocados por el accionante.

Para resolver se hacen las siguientes,

CONSIDERACIONES:

La Constitución Política de Colombia en su art. 86 consagra la acción de tutela como un mecanismo *sui generis* para que todo ciudadano acuda cuando considere que se le

han vulnerado derechos constitucionales fundamentales o que estos estén siendo amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad o por particulares en los casos determinados por la ley. Se trata entonces de un procedimiento preferente, sumario, específico y directo que solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, pero excepcionalmente se autorizará como mecanismo transitorio si existe de por medio un perjuicio irremediable.

En el presente caso, lo que se plantea básicamente es que el juez constitucional, ordene la accionada INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO -ICA, RECHAZAR la propuesta de la Empresa Elite Logística y Rendimiento S.A.S., en el proceso licitatorio N. GC-LP-034-2021 por tanto, el problema jurídico consiste en determinar la procedencia de la acción para resolver presuntas irregularidades presentadas en una de las etapas del proceso licitatorio indicado y si en efecto estamos frente a la vulneración de los derechos invocados por el accionante.

En este caso se aducen como vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso:

“(…)

Derecho a la Igualdad

El artículo 13 de la Constitución Política, consagra el derecho fundamental a la igualdad, en los siguientes términos:

“ ... Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan...”

Respecto a la igualdad de trato, se hace necesario desarrollar reglas o criterios de evaluación para determinar cuando una persona se encuentra en una situación de especial protección que amerite utilizar criterios diferentes, los cuales serán usados bajo algunas condiciones especiales.

En estudio del concepto del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional, en Sentencia C-090 de 2001, afirmó:

“... Una simple aproximación a la idea de igualdad, como concepto, como principio, o como derecho reconocido al interior de un ordenamiento jurídico, revela inmediatamente que se trata de una noción que no responde a un sentido unívoco sino que admite múltiples acepciones aplicables de acuerdo con las particularidades de cada caso. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la igualdad se manifiesta como un derecho relacional que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales, y cuya efectiva garantía, no se traduce en la constatación de una paridad mecánica y matemática, sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto”.

(...), entonces, al juicio que se hace sobre una determinada circunstancia, de tal forma que resulta indispensable tomar en consideración las condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los miembros de una comunidad jurídica y el entorno en el que se desenvuelven. Así, puede decirse que la vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente la posibilidad de dar un tratamiento diferente a personas y hechos que, de acuerdo con sus condiciones, hacen razonable la distinción.

De manera que, en aplicación del derecho a la igualdad, las autoridades no pueden hacer distinciones subjetivas que carezcan de justificación alguna, pues, si imparten un trato diferencial, éste debe fundamentarse en consideraciones razonables y objetivas que hagan viable la misma, esto es, que exijan o ameriten un trato diferente por referirse a personas que se encuentran en condiciones distintas.

Derecho al Debido Proceso

En lo que hace al debido proceso la Corte Constitucional frente al particular ha expresado:

“... El debido proceso como derecho fundamental, se encuentra consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, y como primer elemento cabe resaltar su aplicación no solo para los juicios y procedimientos judiciales, sino también para todas las actuaciones administrativas, cuando establece que: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”. La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que la extensión del debido proceso a las actuaciones administrativas, tiene por objeto garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y extiende su cobertura al ejercicio de la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, cobijando todas sus manifestaciones, “en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses”

...”

Ahora bien, a través de la Ley 1150 de 2007, se introdujeron medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictaron otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Es así como, determinó:

*“... **ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN.** La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:*

- 1. **Licitación pública.** La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.*

Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento...”

Asimismo, la citada ley prevé el uso de medios electrónicos para llevar a cabo las actuaciones derivadas de la actividad precontractual y contractual, y en su artículo 3, dispuso:

*“... **ARTÍCULO 3o. DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA.** De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional...”*

Con relación a los requisitos subsanables, el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, estableció:

*“... **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, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.*

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso...”

Así mismo el Consejo de Estado en sentencia radicado N° 25000 23 31 000 2005 01178 01 de 29 de julio de 2015, determinó que con el citado artículo, quedó claro que los requisitos subsanables, eran aquellos que no afectan la asignación de puntaje de la propuesta, así:

“...el criterio para diferenciar los requisitos subsanables de los que no lo son, dejó de ser tan abstracto y empezó a ser determinado, circunscribiéndose a aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, caso en cual pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación del proceso de selección.

Así pues, podrían subsanarse requisitos tales como la falta del certificado de existencia y representación legal, el RUP, la firma de la oferta, el certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad y la autorización al representante legal por parte de la junta directiva de contratar por determinada cuantía. Más no, omisiones tales como el precio de un ítem, el plazo de ejecución de contrato (si se evalúa), etc., por cuanto estos requisitos otorgan puntaje a la propuesta del oferente.”

De otro lado, está establecido que la aclaración es un derecho del proponente dentro del proceso de licitación, en este sentido en Sentencia 2004-00333/34713 de agosto 10 de 2015, diferenció entre la subsanación y aclaración, así:

“... Por otra parte, en cuanto al régimen de aclaración de las ofertas debe precisarse que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 30 numeral 6°, las ofertas deben sujetarse a todos y cada uno de los requisitos contenidos en el pliego, disposición que no rige o aplica a los requisitos simplemente formales, que son presupuestos para participar en el procedimiento y no hacen parte de los elementos que permiten comparar las ofertas puesto que no afectan su contenido, pero sí tienen plena vigencia respecto de los requisitos del pliego que inciden en la valoración de las propuestas, y las demás exigencias sustanciales que contenga, que si bien no afectan la comparación, son requisitos de participación en el procedimiento, y por tanto, fundamentan el rechazo de un ofrecimiento.

Este derecho de aclarar sus propuestas, debe ser garantizado por la entidad a todos los proponentes, y sobre las diferencias existentes con la subsanabilidad de las ofertas ha dicho la Sala:

“...Conforme al artículo 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de aclarar los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de evaluación de las ofertas – que se diferencia de la subsanabilidad –, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta – los que hay que subsanar –, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, así que el requisito que el pliego exige aparentemente lo cumple la propuesta, pero la entidad duda si efectivamente es así. En otras palabras, no se trata de la “ausencia de requisitos o falta de documentos” – a

que se refiere el artículo 25.15 de la Ley 80, y que reitera el párrafo del artículo 5º de la Ley 1150 – ; sino de la posibilidad de aclarar o explicar lo que existe en la propuesta...”

En consecuencia, hay que diferenciar el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas, del régimen de las aclaraciones o explicaciones de las mismas, pues son actuaciones con significado distinto, incluso se apoyan en disposiciones diferentes de la Ley 80:

- i) la subsanabilidad en el artículo 25.15 original, hoy en el párrafo 1 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y
- ii) las aclaraciones y explicaciones en el artículo 30.7 de la Ley 80. (...).

Aclarar o explicar es diferente. El supuesto de partida no presume agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene.

Sin embargo, lo anterior no obsta para que con esa misma finalidad –aclarar, explicar– se aporten documentos que no estaban en la oferta, siempre que no le agregan nada a lo propuesto, en el sentido de que no se adicione un requisito del pliego que se incumplió, sino que tiene por finalidad explicarlo o aclararlo. En consecuencia, se trata de conceptos independientes en significado y alcance durante el proceso de evaluación, sin embargo, persiguen una finalidad coincidente, contribuyen a adecuar las ofertas a los pliegos de condiciones, ya sea: i) para remediar un defecto, por incumplimiento de un requisito sustancial del pliego, o ii) para hacer más perceptible o claro el ofrecimiento hecho, dilucidando un aspecto dudoso o definiendo las incoherencias.

Medios de Control

Para determinar la oportunidad y las acciones que proceden en contra de los actos licitatorios, se observan la etapa en la cual se presentan, la precontractual y la contractual, es así como, el Consejo de Estado, jurisprudencialmente ha establecido que en la etapa precontractual, el control judicial se puede ejercer a través del medio de control de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, siempre y cuando sean actos definitivos o que impidan continuar con el procedimiento de selección, y en el caso de haberse celebrado contrato, la ilegalidad únicamente puede controvertirse por el medio de control de controversias contractuales.

El Consejo de Estado, en sentencia previamente citada, distinguió las distintas categorías de actos que pueden proferirse en un proceso licitatorio, aclarando cuáles de ellos son actos administrativos definitivos. En sus propias palabras, manifestó:

“...Además, y consecuentemente con lo expuesto, encontramos actos administrativos, como el llamado a licitación, la admisión, la exclusión del oferente, la recepción de propuestas, la adjudicación; y si el procedimiento de contratación fuere el concurso, los ejemplos podrían ser: el llamado a concurso, la admisión, la aprobación, el nombramiento, etc. Por otra parte, tienen carácter reglamentario, parcialmente, el pliego de condiciones, las bases del concurso, y en un todo, el reglamento de contrataciones del Estado aplicable al caso. Por último son simples actos de la administración, los informes, dictámenes, proyectos, valoraciones de antecedentes, etc., hechos de la administración, la actuación material de recepción de ofertas, publicaciones, anuncios, registros, etc...”

Procedencia Excepcional

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia SU-772 de 2014 estableció los presupuestos que se deben cumplir, para la procedencia excepcional de la acción de tutela, en este sentido determinó:

“...Acudir a la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de defensa, desconoce que los procedimientos administrativos y los procesos ante la administración de justicia son los primeros y más propicios escenarios para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales. Por estas razones, un requisito de procedencia de la acción de tutela es que se hayan agotado todas las instancias y recursos en los cuales el afectado hubiera podido solicitar la protección del derecho amenazado o vulnerado. No obstante, con base en el artículo 86 superior y el Decreto 2591 de 1991, la Corte ha identificado dos eventos en los que, reconociendo la existencia de otro medio de defensa judicial, es procedente la acción de tutela. Uno de ellos ocurre cuando se determina que el medio o recurso existente carece de eficacia e idoneidad y, el otro, cuando la tutela se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable de naturaleza iusfundamental. La segunda situación excepcional tiene lugar en aquellos eventos en los que, aun existiendo un mecanismo judicial idóneo y eficaz a disposición del accionante, es necesario acudir a la acción de tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Para la Corte esto ocurre cuando se verifican las siguientes características: i) el perjuicio es inminente o está próximo a suceder; ii) el perjuicio que se teme es grave, es decir, en caso de configurarse supondrá un detrimento significativo sobre el derecho fundamental amenazado; iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes, lo que significa que no se puede postergar la intervención del juez so pena de que se cause un daño frente al cual no puedan adoptarse medidas de restitución; esto es, de no adoptarse de forma inmediata las medidas, se corre el riesgo de que sean ineficaces e inoportunas...”

De igual forma, en el citado fallo se pronunció frente a la improcedencia de la acción de tutela, cuando el asunto carece de relevancia iusfundamental:

“... Cuando la controversia verse sobre contratos estatales, se debe hacer uso de los otros mecanismos de defensa judicial creados por la ley, como la acción de controversias contractuales, la acción de responsabilidad contractual del Estado, y dadas las particularidades del caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, la

sola existencia de otros medios de control no se traduce en que a ellos se deba acudir, pues en muchos casos no son idóneos para el amparo de los derechos de los interesados. Para determinar la idoneidad de éstos se deben evaluar aspectos como: i) que el tiempo de trámite no sea desproporcionado frente a las consecuencias de la decisión administrativa, lo cual ocurriría, por ejemplo, cuando a un contratista se le ha declarado la caducidad de su contrato, y al someterlo a la espera de la resolución de las controversias contractuales, se le cercena la posibilidad de presentarse a concursar para la adjudicación de otros contratos; ii) que las exigencias procesales no sean excesivas, dada la situación en que se encuentra el afectado, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando se imponen tasas previas excesivas para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; iii) que el remedio que puede ordenar el juez no sea adecuado para satisfacer el derecho de que se trate, por ejemplo, cuando el juez no pueda ordenar medidas de restablecimiento del derecho; y iv) cuando el otro mecanismo no permita atender las particularidades de los sujetos, como cuando la resolución del problema en el contencioso administrativo dependa estrictamente de criterios legales ajenos a las condiciones particulares y especiales de vulnerabilidad en que se encuentre una persona. Además, es de recordarse que la procedencia de la acción de tutela en estos eventos exige que la controversia contractual comprenda la posible vulneración o amenaza de un derecho fundamental. En otras palabras, si no está involucrado un derecho fundamental, no compete al juez de tutela analizar la inminencia de un perjuicio irremediable para el accionante en el marco de un proceso contractual, o la idoneidad de los medios ordinarios de defensa...”

CASO CONCRETO

El accionante pretende que mediante este fallo se tutelen los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso y como consecuencia se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO -ICA rechazar la propuesta de la Empresa Elite Logística y Rendimiento S.A.S., en el proceso licitatorio N: GC-LP-034-2021.

Señala que se le permite subsanar la propuesta incompleta a la Empresa oferente Elite Logística y Rendimiento S.A.S., en lo referente a la acreditación de mínimo 20 establecimientos de comercio, porque no allegó documentación de establecimientos de comercio, sucursal o agencia, en su oferta inicial, y que no las describió.

Al respecto es necesario recordar que la Corte Constitucional ha determinado que la acción de tutela, no procede para controvertir actos proferidos en las etapas precontractuales y contractuales, puesto que se debe acudir a los medios de control previstos para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, teniendo en cuenta el marco jurídico y probatorio obrante dentro del expediente, no se observa que dentro del proceso licitatorio N. GC-LP-034-2021, la entidad haya desplegado actividad que represente un perjuicio irremediable al accionante, de tal forma que, se habilite la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio para el amparo de los derechos invocados, ya que

al confrontar lo que constituye perjuicio irremediable en términos de la Honorable Corte Constitucional, es decir, un daño o detrimento grave, este no se evidencio en el caso bajo estudio o por lo menos no fue probado.

Toda vez que el conflicto planteado por el tutelante, se centra en controvertir decisiones adoptadas por la accionada ICA, en desarrollo del proceso licitatorio N. GC-LP-034-2021; dicha pretensión se escapa de la esfera de competencia del juez constitucional, máxime si se observa, que la Honorable Corte, en reiteradas oportunidades, ha dejado claro que la acción de tutela, es improcedente para impugnar o controvertir, actos proferidos antes y después de la celebración de contrato, ya que dependiendo de la etapa, los participantes cuentan con medios de control, previstos en la Ley 1437 de 2011.

Así las cosas, la presente acción de tutela no está llamada a prosperar, ni siquiera de forma transitoria, toda vez que no se acredita la existencia o amenaza de un perjuicio irremediable, y por tanto, el objeto planteado ante el juez constitucional, esta fuera del ámbito de protección de los derechos fundamentales, y se concreta es un juicio de legalidad propio de otra jurisdicción, por tanto no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción constitucional, configurándose la causal de improcedencia establecida en el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

En relación con las observaciones presentadas el 25 de mayo de 2021, por la Empresa accionante, se ordenara para que dentro del término establecido por la ley se le otorgue respuesta y sobre todo se ponga en conocimiento del accionante.

Finalmente, se desvinculara de la presente acción constitucional a la Empresa vinculada Elite Logística y Rendimiento S.A.S., toda vez que no se probó que haya vulnerado derecho alguno a la Empresa accionante.

Por lo expuesto, el **JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo de los derechos fundamentales invocados por la Empresa PORTES DE COLOMBIA S.A.S., representada legalmente por el doctor ERNESTO MANCIPE ORTIZ identificado con la C.C. N. 79.345.137, contra el INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO -ICA y la AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA - COLOMBIA

COMPRA EFICIENTE, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR a la Empresa vinculada ELITE LOGISTICA Y RENDIMIENTO S.A.S., de la presente acción constitucional.

TERCERO: EXHORTAR al INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO -ICA, para que dentro del término establecido por la ley, resuelva de fondo las observaciones presentadas el 25 de mayo de 2021 por la Empresa accionante, la cual deberá ser notificada en debida forma

CUARTO: NOTIFIQUESE a las partes de la presente determinación. Contra la presente providencia procede el recurso de IMPUGNACION, el cual debe ser interpuesto dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

QUINTO: En caso de no ser impugnada, **REMÍTASE** el expediente a la H. CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

CÚMPLASE.

La Juez,

NANCY MIREYA QUINTERO ENCISO