



Tunja, Trece (13) de Octubre de dos mil dieciséis (2016).

Referencia	:	15001333301520160011600
Medio de Control	:	CONTRACTUAL
Demandante	:	SERVIASEO EL PUERTO LTDA
Demandado	:	MUNICIPIO DE PUERTO BOYACÁ.

Decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de CONTRACTUAL número 150013333015-2016-00116-00, promovido por SERVIASEO EL PUERTO LTDA quienes actúan a través de apoderado contra el MUNICIPIO DE PUERTO BOYACÁ.

I. ANTECEDENTES

1.1. OBJETO¹

De acuerdo a lo analizado del petitum, la parte demandante por intermedio de apoderado judicial y conforme al estudio efectuado en el auto admisorio (fls. 48 a 51), lo pretendido de manera principal es la nulidad del acto de adjudicación Resolución número 490 de fecha 8 de abril de 2.014, que derivó en la suscripción del contrato en la misma fecha, cuya finalidad es la nulidad absoluta del acuerdo contractual y en consecuencia de los actos previos.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, solicita se ordene el pagó al demandante en forma indexada las sumas correspondientes a la utilidad esperada de haber resultado adjudicataria de la licitación pública 003 – 2014 y la condena costas derivadas del presente proceso.

1.2 FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como sustento de las pretensiones el apoderado de la parte actora narra, los siguientes hechos **que el Despacho relación de manera sucinta**, en lo que respecta realmente a una situación fáctica:

¹ Declaraciones y condena conforme al **escrito de subsanación** (fls. 95-96):

“Declarar la nulidad de la resolución número 490 de fecha 8 de abril de 2.014, suscrita por el secretario general del Municipio de Puerto Boyacá, por medio del cual se adjudica el contrato 148 de 2014, en desarrollo de la licitación pública número 003 – 2014.

Declarar igualmente la nulidad absoluta del contrato 148 de 2.014 suscrito entre el Municipio de Puerto Boyacá y la sociedad SERVICIOS LATINOS LIMITADA, teniendo como fundamento de esta pretensión la ilegalidad del acto previo de adjudicación cuya nulidad se depreca en el numeral anterior.

Ordenar al MUNICIPIO DE PUERTO BOYACA pagar al demandante en forma indexada las sumas correspondientes a la utilidad esperada de haber resultado adjudicataria de la licitación pública 003 – 2014, en cuantía equivalente a TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$35'000.000,00) o superior a esta si resultare probada en el proceso.(...)”.



Refiere que mediante Resolución N° 361 del 12 de marzo de 2014 se dio apertura a la licitación pública número 003-2014, cuyo objeto fue: **"servicios generales de aseo y cafetería con el fin de garantizar el buen funcionamiento de las instalaciones administrativas del palacio municipal, casa de cultura y biblioteca municipal"** y presentaron propuestas las siguientes personas jurídicas SERVIASEO DEL PUERTO LIMITADA; ASEARS.A; COOPOUTSOURCING C.T.A y SERVICIOS LATINOS LIMITADA.

Manifiesta que la propuesta presentada por SERVIASEO EL PUERTO LIMITADA debió ser la adjudicataria del contrato, por ser la mejor propuesta, de no haber sido porque en el informe de evaluación definitiva se calificaron de manera irregular los siguientes componentes: (i) el factor de calidad por contratación de personal; (ii) la solicitud del anticipo; y, (iii) uno de los requisitos habilitantes del proponente que resultó adjudicatario del contrato, consistente en la duración de la sociedad, la cual debía tener como mínimo el plazo de duración del contrato y CINCO (5) años más.

Acotó que SERVIASEO EL PUERTO LIMITADA, debió ser calificada con la puntuación máxima establecida para el componente de contratación de personal de la región, siéndole asignado apenas veinticinco (25) puntos de CIEN (100) posibles y para el segundo de los componentes debió ser calificada con treinta (30) puntos de los cincuenta (50) posibles para el componente de solicitud.

Señaló que la firma adjudicataria anexó a su propuesta carta de solicitud de anticipo en el que solicitaba por este concepto un pago equivalente al 20%; siendo ello así, de conformidad con lo señalado en los pliegos de condiciones el puntaje por este componente no podía ser el máximo, toda vez que este último estaba reservado a quien solicitare el menor valor en porcentaje para anticipo y SERVIASEO EL PUERTO LIMITADA solicitó cero (0) anticipo y era la llamada a obtener el puntaje máximo.

Manifestó que las reglas señaladas en el pliego de condiciones al no haber la firma adjudicataria solicitado el menor valor en porcentaje de anticipo, debió obtener una puntuación en proporción lineal entre 0 y 30 puntos respectivamente,



siendo o la propuesta que solicite el 50% de anticipo y 30 puntos el menor anticipo solicitado de estas y entonces ser calificada para este componente con un máximo de treinta (30) puntos.

De igual manera indicó que en relación con la contratación de personal de la región, SERVIASEO EL PUERTO LIMITADA debió obtener el puntaje máximo pues todas las personas que ofreció contratar en cantidad de más de (6) seis, aportando copia de su cédula de ciudadanía acreditaron ser naturales de Puerto Boyacá y la puntuación asignada para este componente debió ser de cien (100) puntos no de veinticinco (25), de allí que la sumatoria de la puntuación, sería SERVICIOS LATINOS LIMITADA 579,88 y SERVIASEO EL PUERTO LIMITADA 599,70.

Refirió que la Administración Municipal al adjudicar la licitación en comento violó el deber de selección objetiva, el principio de transparencia y actuó con claro abuso o desviación de poder, al no adjudicar la licitación a la mejor propuesta, determinar la inhabilitación de la propuesta presentada por quien finalmente resultó adjudicatario del contrato y era evidente que del certificado de existencia y representación aportado con la propuesta la sociedad no tenía una duración igual a la del plazo de duración del contrato y cinco años más, tal como lo exigía el capítulo III del pliego de condiciones que se ocupó de establecer "*la determinación y verificación de condiciones habilitantes de la propuesta*"

Precisó que los pliegos de condiciones establecen que el plazo del contrato sería de CINCO (5) meses a partir de la suscripción del acta de iniciación; y habiéndose abierto la licitación en el mes de marzo de año 2.014, la sociedad SERVICIOS LATINOS LIMITADA para encontrarse habilitada debía tener una duración hasta el mes de agosto del año 2.019; esto es, los CINCO (5) meses de duración del contrato y CINCO (5) años más y no obstante es claro en el certificado de existencia y representación que se anexó a su propuesta que su duración se extendía apenas hasta el día 21 de agosto de 2.015.

Finalmente, indicó que la sociedad SERVICIOS LATINOS LIMITADA con las condiciones jurídicas habilitantes y que en consecuencia su propuesta no debió siquiera ser calificada, por cuanto en el numeral 3.2.1. de los pliegos de condiciones se estableció que: "***análisis y verificación por parte del comité evaluador de todos y cada uno de los documentos exigidos y solicitados en el***



numeral 3.1.1. No da derecho a la asignación de puntaje que conducirá a establecer si la propuesta es habilitada o no por esta condición”.

1.3 DEL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte interesada, refiere que la actuación desplegada por el Municipio de PUERTO BOYACA, en desarrollo del proceso licitatorio 003 de 2.014, vulneró el derecho a la igualdad y los principios de transparencia y selección objetiva que gobiernan la actividad contractual de la administración pública.

Preciso que el artículo 5º numeral 1º de la ley 1150 de 2.007, establece que en la construcción de los pliegos de condiciones se incluirán requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y dentro del proceso de selección, se refirió en los pliegos las condiciones habilitantes, específicamente frente al análisis y verificación por parte del comité evaluador de todos y cada uno de los documentos exigidos y solicitados en el numeral 3.1.1., no da derecho a la asignación de puntaje, pero conducirá a establecer si la propuesta es habilitada o no por esta condición.

Arguyó que la sociedad SERVICIOS LATINOS LIMITADA presentó con su propuesta el certificado de la cámara de comercio No 0518446, en el que logra leerse claramente el acápite de vigencia que la persona jurídica no se halla disuelta y duración hasta el 21 de agosto de 2.015, destacando que para el momento de presentación de la propuesta la sociedad no cumplió con uno de los requisitos habilitantes exigidos, razón por la cual su propuesta no podía ser calificada, tal como lo disponen las propias reglas de la licitación, en los términos del numeral 3.2.3 del pliego de condiciones.

Destacando que producto de la rebeldía con las propias reglas de la escogencia pública, el MUNICIPIO DE PUERTO BOYACÁ, habilitó la propuesta de la sociedad SERVICIOS LATINOS LIMITADA, a pesar de incumplir con las condiciones jurídicas que precisamente le imponían a las personas jurídicas proponentes tener una duración igual a la establecida en el contrato y cinco (5) años más, vulnerando el derecho a la igualdad de los demás proponentes, referenciando apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado.



Además de enfatizar que la resolución 490 de 2014, mediante la cual se adjudicó el contrato a la firma SERVICIOS LATINOS LIMITADA, incurre en falsa motivación como quiera que en ella se consigna que la última de las nombradas estaba habilitada jurídicamente, asignándole una calificación equivalente a 599,98 puntos; puntaje que, en primer término, no debió obtener por cuanto su propuesta nunca debió ser habilitada; y, porque, en gracia de discusión sobre su habilitación jurídica, no alcanzaba a dicho guarismo, por valoración equivocada de las reglas de calificación del anticipo y asignación de puntaje por el factor de calidad.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el día 18 de Febrero de 2016, ante el Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos del circuito de Tunja (fl. 13 vto) y por remisión reposa acta individual de reparto (fl. 26) con secuencia 198.

Admitida posterior a la subsanación, mediante auto de fecha 01 de Abril de 2016 en el cual se ordenó notificar personalmente a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se solicitó a la entidad demandada allegar el expediente administrativo completo de conformidad con el parágrafo 1º del artículo 175 del CPACA (fls. 48-51).

La providencia fue debidamente notificada al correo electrónico determinado para notificaciones judiciales a las entidades demandadas el día 18 de abril de 2016 (fls. 55 a 61).

1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Municipio de Puerto Boyacá (fls. 74 a 77), a través de apoderado judicial recorrió la demanda dentro del término concedido para el efecto, indicado que se opone a la prosperidad de todas las declaraciones y condenas toda vez que el Municipio de Puerto Boyacá, actuó bajo absoluta legalidad observando los principios constitucionales de la contratación estatal, limitándose a formular excepción genérica resuelta en la correspondiente audiencia inicial.

Como fundamentos fácticos y jurídicos, refiere el apoderado de la Entidad, que el demandante aduce que se efectuó una calificación de propuestas en el factor de calidad de contratación de personal, en donde no se tuvo en cuenta que fueran personas nacidas en el Municipio de Puerto Boyacá, pese a que el requisito era la



residencia en el Municipio y para el caso de Serviaseo el Puerto se evidenció que solo tres personas cumplieron con dicho requisito, por ello el comité de evaluación procedió a otorgar el puntaje establecido en el pliego de condiciones, observación resuelta por el informe de evaluación 0704/2014.

Arguye que respecto a la forma de evaluar el ÍTEM de anticipo, se establece que el mínimo porcentaje a solicitar es del 20% y que los oferentes que soliciten entre 0 y 20% tendrán un porcentaje de 50 puntos y como quiera que en la evaluación se le adjudicó al proponente SERVIASEO 0 puntos se advirtió el error y se realizó la respectiva corrección en la evaluación definitiva.

Finalmente señala que en el escrito de la demanda, se aduce que no es legal la duración de la sociedad adjudicataria, en donde no lo considera en la solicitud de conciliación elevada ante la Procuraduría, sin embargo refiere que se informó la exigencia de la duración del contrato y 5 años más y el proponente adjudicatario tiene su duración hasta el año 2030.

2. AUDIENCIA

Agotada la etapa del admisorio, de notificación y de traslado, el **11 de agosto de 2016**, se llevó a cabo **audiencia inicial** de que trata el artículo 180 del CPACA (fls. 89 a 96 y CD 97), en la cual se dispuso declarar agotada la etapa de resolución de excepciones **tanto de mérito como de previas** en razón a que la parte demandada **NO** realizó pronunciamiento y no se encontró configuración oficiosa de ninguna excepción previa, **decisión debidamente notificada en estrados, sin manifestación alguna, encontrándose ejecutoriada.**

Agotada dicha etapa se realizó el plan del caso, fijación del litigio, conciliación y se procedió a incorporar las pruebas allegadas y se suspendió la diligencia en razón al decreto oficioso de material probatorio, llevándose a cabo la audiencia del Artículo 181 del CPACA el 05 de Septiembre de 2016 (fls. 149-150 – CD 151) con el fin de incorporar las pruebas decretadas de oficio y donde se dispuso cerrar el debate probatorio, se prescindió de la etapa de alegaciones y juzgamiento **y se corrió traslado de alegatos de conclusión**, decisión notificada en estrados.



3. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN²

La parte demandante: No allegó escrito de alegaciones de conclusión.

La parte demandada: No allegó escrito de alegaciones de conclusión.

Concepto Ministerio Público: No emitió concepto alguno.

III. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se profiere decisión de fondo en el asunto objeto de litis.

1. Problema jurídico

La controversia se contrae en determinar si en efecto la Resolución No. 490 del 8 de abril de 2014, por medio de la cual se adjudica el contrato N° 148 de 2014, en desarrollo de la licitación pública 003-2014, vulneró la selección objetiva, el principio de transparencia, al haber sido expedida con desviación de poder por no atender los requisitos y condiciones registradas en el pliego de condiciones viciando de nulidad absoluta el acuerdo contractual o si por el contrario fue expedida conforme al marco normativo?

Para resolver el problema jurídico planteado el Despacho se pronunciará sobre los siguientes ítems:

I.) **De la Naturaleza del acto impugnado y de la procedencia del medio de control a incoar.**

Tal como fue expuesto, desde el auto admisorio desde el 01 de abril de 2016 (fls. 48 y s.s) y conforme a los poderes del operador judicial como director del proceso, se estudió la naturaleza del medio de control, desde la perspectiva del fenómeno de la caducidad, conforme a la posición actual de la jurisprudencia del

² Ver informe Secretarial folio 253.



órgano de cierre³, se destacan los siguientes apartes:

“(...)

Dicho de otra forma, cuando el acto de adjudicación se involucra dentro de una controversia de nulidad absoluta del contrato, la acción es la consagrada en el artículo 87 del c.c.a, pero en las pretensiones de la demanda debe solicitarse la nulidad del acto de adjudicación como presupuesto del restablecimiento del derecho del demandante, porque de no removerse el acto de adjudicación que continúa produciendo la plenitud de sus efectos en el ordenamiento jurídico y que además se encuentra amparado por la presunción de legalidad, la nulidad absoluta del contrato no podrá tener consecuencias restablecedoras.

(...)

*De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. **Pero una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos.** A partir de ese momento, los referidos actos previos **sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta**, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato”*

(...)

*En este orden de ideas, **si el contrato adjudicado se suscribe antes del vencimiento de los treinta días señalados para la caducidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos**, o vencido este término, quien esté legitimado para impugnarlos, **sólo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir, en ejercicio de la acción contractual y dentro***

³ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA- SUBSECCION C -Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ- Bogotá, D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015) -Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00957-01(29370)



del término de caducidad de dos años previsto en el art. 136 del C.C.A. para las acciones contractuales. Lo cual significa que esa disposición favorece también a aquel proponente o interesado en impugnar cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato y que dejó vencer el término de los 30 días fijados por la ley, háyase celebrado o no el contrato. De persistir su interés en impugnarlos podrá hacerlo a través de la acción contractual, a condición de impugnar no sólo los actos sino necesariamente el contrato, que ya para ese momento debe haberse celebrado."⁴

(...)

En efecto, resulta siendo irracional sostener que cuando se demanda la nulidad absoluta del contrato con fundamento en que los actos previos son ilegales no es necesario solicitar la nulidad de estos, pues tal aseveración equivale a afirmar que en ese caso la nulidad del contrato se genera sin causa alguna, lo cual desde luego repugna a la lógica toda vez que mientras no se declare la nulidad de los actos administrativos estos se presumen válidos y siguen justificando la celebración, la existencia y la validez del contrato.

Con otras palabras, si la invalidez del contrato estatal es la consecuencia de la ilicitud de esos actos administrativos, hay que declarar la ilegalidad de estos para poder decretar la nulidad absoluta de aquel y por supuesto que para que aquello ocurra, tal declaratoria de ilicitud debe haber sido pretendida en la demanda ya que ese extremo no puede ser objeto de un pronunciamiento oficioso como sí lo podría ser la nulidad absoluta del contrato.

(...)"

Pues bien, en términos generales las razones del Tribunal se ajustan a los precedentes que atrás se reseñaron y por consiguiente resulta acertada su decisión de negar el petitum puesto que, se insiste, cuando se pretenda la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en que los actos previos son ilegales, es ineludible pedir también la nulidad de estos"⁵.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-712 de 2005.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", sentencia del 15 de febrero de 2012, radicado: 66001-23-31-000-1999-0551-01 (19.880). M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



II.) Del marco normativo y jurisprudencial general que se desarrollan en los proceso de licitaciones públicas de la Contratación Estatal

El artículo 30 de la Ley 80 de 1993, establece las reglas conforme a las cuales se efectuara la licitación pública o un concurso y dentro de las reglas se precisa en el numeral 8°:

Artículo 30. La licitación o concurso de la entidad se efectuará conforme a las siguientes reglas:

(...)

8° Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaria de la entidad por un término de cinco días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas (...)" (Negrilla y Subrayado fuera del texto Original)

Frente al tema ha señalado el Consejo de Estado:

"El art. 24 de la ley 80 de 1993, en desarrollo del principio de transparencia de la contratación estatal, señala en el numeral 2° que "en los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones". Así, el procedimiento de selección que la ley estructuró en el art. 30, establece el deber de señalar en el pliego de condiciones o términos de referencia, el plazo dentro del cual la entidad elaborará "los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables" (num.7) y el deber de poner ese informe a disposición de los oferentes, por un término de cinco (5) días hábiles, para que éstos lo conozcan y presenten las observaciones que estimen pertinentes (num. 8). La anterior fue una innovación que introdujo la ley 80 de 1993, en cuanto busca, con la colaboración y participación de los proponentes, acertar objetivamente en el estudio de sus ofrecimientos y garantizar que el proceso de selección y particularmente el de evaluación,



*se lleve a cabo libre de interpretaciones o apreciaciones erróneas”⁶
(Negrilla y Subrayado fuera del texto Original)*

Concordante con lo anterior, es importante destacar que el marco dentro del cual se debe calificar la actuación de la administración y de los interesados en participar en el proceso contractual se materializa en los **términos de referencia o pliego de condiciones definitivos que orientan el proceso de selección**, tal como lo ha señalado el Máximo Tribunal Administrativo:

*”**Los pliegos de condiciones** o términos de referencia son, de un lado, la ley del futuro contrato que quedará por lo tanto enmarcado por las estipulaciones que se anuncien desde el mismo proceso licitatorio y deberá interpretarse y ejecutarse con apego a las mismas; y de otro lado, esos pliegos son también la ley que rige el mismo procedimiento de selección, puesto que contienen las reglas a las cuales deben sujetarse durante el trámite de la licitación o concurso tanto los proponentes como la misma entidad interesada en contratar, debiendo indicar aquellos con exactitud y precisión el objeto del futuro contrato, los requisitos que deben cumplir los participantes, las causales de rechazo de las ofertas, los términos para presentarlas y para evaluarlas, el plazo para adjudicar, los factores de evaluación, calificación y ponderación, etc., teniendo siempre en cuenta que la finalidad de la respectiva licitación o concurso es la de escoger la oferta más favorable para la entidad, lo cual se logra mediante el establecimiento de criterios y reglas que permitan la comparación objetiva de las ofertas presentadas; por ello, las estipulaciones del pliego o términos de referencia, constituyen el marco dentro del cual debe efectuarse la correspondiente adjudicación, que en todo caso debe hacerse con miras a seleccionar la oferta más conveniente para la entidad contratante, siempre que cumpla con todos los requisitos que fueron exigidos dentro del proceso de selección”⁷. (Negrilla y Subrayado fuera del texto Original)*

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. 7 de septiembre de 2004. Rad. No. 25000-23-26-000-1995-10784-01(13790) M.C.P. Dra. Nora Cecilia Gómez Molina.

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. 28 de abril de 2005. Rad. No. 05001-23-25-000-1993-01085-01(12025) C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.



Así las cosas, tratándose de acciones judiciales o medios de control dirigidas contra el acto de adjudicación de las licitaciones o concursos para que prosperen las pretensiones, **resulta necesario que el actor demuestre no sólo la ilegalidad del acto administrativo acusado, sino que su oferta era la mejor**, así ha sido estudiado por la jurisprudencia el Consejo de Estado y de la cual se recalca:

*“Cuando alguien **demanda la nulidad del acto de adjudicación y pretende ser indemnizado** por haber presentado la mejor propuesta, adquiere si quiere sacar avante sus pretensiones doble compromiso procesal. **El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración. En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración**”⁸. (Negrilla y Subrayado fuera del texto Original)*

La anterior posición ha sido reiterada en reciente jurisprudencia así:

*“La jurisprudencia de la Sala ha reiterado que en asuntos como el que es objeto de examen, en el cual el demandante pretende la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia de esta declaratoria, el reconocimiento de la respectiva indemnización, por considerar que su propuesta era la mejor, le corresponderá, si quiere lograr la prosperidad de sus pretensiones, **la carga de probar, de una parte, que el acto acusado infringió normas de orden superior y de otra, que efectivamente su propuesta era la más conveniente para la Administración**”⁹*

⁸ Consejo de estado. Sección Tercera. 29 de enero de 2004. Rad. No. 68001-23-15-000-1997-00261-01(13416) C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. 4 de junio de 2008. Rad. No. 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783) C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar- concordante con el pronunciamiento, de marzo nueve (09) de dos mil once (2011)- Radicación número: 19001-23-26-000-1994-09804-01(15550)



Adicional a lo anterior, frente a la pretensión indemnizatoria del proponente no adjudicatario por la privación injusta de la adjudicación del contrato, cuyos **perjuicios se reflejan en el valor de la utilidad esperada, es importante precisar que para acceder a ella el accionante está en la obligación de demostrar la actuación irregular del estado consistente en la adjudicación de un contrato** a quien no formuló la mejor propuesta y el daño ocasionado al mismo con la privación injusta del derecho a ser adjudicatario, tal como lo explica el Consejo de Estado:

***“En cuanto a la pretensión de restablecimiento, conviene tener en cuenta que la prosperidad de la misma está condicionada a la prueba del daño derivado de la privación injusta del derecho de ser adjudicatario. Se precisa también que, la Sala ha considerado en abundantes providencias, que tal restablecimiento no procede mediante la adjudicación del contrato al demandante que demuestra la ilegalidad de la adjudicación. Con fundamento en lo anterior la Sala considera que resulta improcedente ordenar a la entidad pública la celebración de un contrato con el proponente vencido, pues ello traduciría en la intromisión irregular del juez en el ejercicio de la función administrativa de la correspondiente entidad. Es por ello que, **para estos casos, lo procedente es disponer la reparación de los perjuicios que se demuestren en el proceso**”¹⁰.** (Negrilla y Subrayado fuera de texto)*

Cumplido lo anterior, la jurisprudencia ha precisado que en principio el proponente no adjudicatario, tendría derecho al pago del 100% de la utilidad esperada de conformidad con la oferta presentada:

“La indemnización que se debe pagar al oferente que debió ser favorecido con la adjudicación, corresponde al porcentaje de la utilidad que esperaba obtener, según se haya establecido en su oferta. No es posible conceder una indemnización superior, porque cualquier monto por encima de éste constituye un daño eventual, es decir, que carece de certeza, y por eso mismo resulta jurídicamente imposible indemnizarlo. En segundo lugar, la indemnización debe equivaler al 100%, porque no es posible para el juez deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad que esperaba, de haber podido ejecutar el contrato. Es decir, el hecho de que no haya tenido que hacer un esfuerzo,

¹⁰ (13790) Op. Cit.



administrativo, financiero o técnico, no significa que necesariamente su utilidad hubiera sido inferior. Este es el criterio que reiterará la Sala en esta ocasión porque considera que cuando se deja de adjudicar un contrato, a quien debió ser favorecido con esa decisión, se le causa un perjuicio cuya valoración, en principio, corresponde al monto de la utilidad que esperaba si el contrato le hubiera sido adjudicado. **Para que esta forma de valorar el perjuicio pudiera desecharse, sería menester que en el proceso se hubiera discutido la desproporción de la utilidad esperada**, o la existencia de una especial dificultad que tendría el proponente para alcanzarla, lo cual, sin duda alguna, necesita de la prueba correspondiente que desvirtuara el monto de la utilidad”¹¹(Negrilla y subrayado fuera de texto)

2.1 La licitación o concurso público

El Parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, define la licitación pública, como “el procedimiento mediante el cual la entidad formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.”

De esta definición legal debe entenderse la licitación como un procedimiento administrativo, conformado por una serie de actuaciones armonizadas entre sí, que provienen tanto de la Administración como de los oferentes, las cuales son de público conocimiento, con el fin de seleccionar, en condiciones de igualdad, la mejor propuesta que satisfaga el interés público.

También se ha definido la licitación pública como un procedimiento administrativo, preparatorio de la voluntad contractual¹², conformado por un conjunto de actos combinados entre sí, con unidad de efectos jurídicos,¹³ el cual tiene como finalidad escoger al contratista más idóneo y que ofrezca las condiciones más favorables para la Administración, dentro de los límites y formalidades fijados por la ley, en protección de la legitimidad de la contratación y del interés público.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. 1 de marzo de 2006. Rad. No. 66001-23-31-000-1992-01919-01(14576) C.P. Dr. Alíer Eduardo Hernández Enríquez

¹² DROMI, Roberto José; “la Licitación Pública”; Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, Pág. 123.

¹³ ESCOBAR GIL, Rodrigo; “Teoría General de los contratos de la Administración Pública” Ed. Legis, Bogotá, 2000, Pág. 173.



En sentencia de 22 de julio de 1996, nuestro órgano de cierre, se ocupó sobre el tema del procedimiento de la licitación pública, su definición, naturaleza, características y finalidad; puntualizando:

“(...) La licitación es el procedimiento generalmente utilizado. De ella puede decirse, de manera descriptiva, que tiene las siguientes características: 1. Es un procedimiento previo a través del cual se regula la forma de celebración de los contratos administrativos o estatales, con la finalidad de seleccionar a quien ofrece las mejores condiciones. 2. Consiste en una invitación pública para que los interesados hagan propuestas, ciñéndose a las bases previstas, esto es, al pliego de condiciones. 3) De las propuestas la Administración selecciona la más favorable y a ella le adjudica el contrato. 4) El procedimiento se funda, para lograr la finalidad que busca la Administración, entre otros, en los principios de igualdad, transparencia, economía y cumplimiento del pliego de condiciones. (...)”¹⁴.

Sobre la forma en que debe estructurarse el procedimiento de selección del contratista en la modalidad de licitación o concurso públicos, el Estatuto de Contratación actualmente vigente establece, en su artículo 30, las reglas que lo rigen y que, por lo tanto, tienen efectos vinculantes tanto para la Administración pública como para los participantes en la convocatoria, a la vez que señala las etapas que deben ser agotadas.

De conformidad con la disposición referida, antes de ordenar la apertura de la licitación o el concurso, en desarrollo del principio de planeación, la entidad pública deberá verificar que cuenta con la respectiva partida presupuestal para adelantar el proyecto, así mismo deberá elaborar los estudios técnicos y de conveniencia requeridos que justifiquen la contratación y señalen sus principales características junto con las condiciones que al respecto existan en el mercado; igualmente, está facultada para elaborar los respectivos pliegos de condiciones en los cuales se determine claramente el objeto de la contratación, los términos en que ésta se llevará a cabo, los derechos y obligaciones de las partes, la forma en que se hará la selección del contratista con indicación de los respectivos criterios o factores de evaluación; dichos pliegos o términos de referencia deberán acoger las orientaciones contenidas en el numeral 5º del artículo 24 del Estatuto Contractual.

¹⁴ Cfr. Consejo de Estado. gSección Tercera, Sentencia de 22 de julio de 1996, expediente 10313, M.P. Dr. Juan de Dios Montes Hernández.



Al respecto, cobra especial relevancia el hecho de que la ley faculte a la Administración pública para regular, con una amplia libertad de configuración, de manera específica y particular a través del pliego de condiciones, algunos aspectos de la licitación, los cuales, al igual que las disposiciones legales, tendrán fuerza vinculante tanto para la entidad pública como para el convocado.

El mismo artículo 30, también dispone acerca de los actos decisorios que se expiden durante el procedimiento de la licitación o el concurso y sobre aquellos de trámite que se requieren para darle impulso; la oportunidad para hacerlo; las diligencias, actuaciones o audiencias que deben cumplirse durante su desarrollo; el plazo de la licitación o concurso dentro del cual los interesados deben presentar las propuestas y los requisitos que las mismas deben cumplir; el plazo para la evaluación de las ofertas; las formalidades y efectos del acto de adjudicación, así como y su publicidad, entre muchas otras cuestiones de importancia.

Es claro entonces, que el procedimiento de la licitación o concurso público, contenido en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, hace parte de la función administrativa que desarrollan las entidades del Estado y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad. Así mismo, dicha norma legal, por contener y reglar un procedimiento, es de orden público y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, la Administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato.

Además de lo anterior, resulta pertinente destacar, en referencia al concurso público, lo dispuesto por el inciso primero del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en armonía con lo prescrito por el parágrafo de la misma disposición a cuyo tenor “Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública.”; sin embargo, la norma legal en comento unificó el procedimiento para la licitación y el concurso público, al disponer que deben adelantarse con sujeción a las mismas reglas, de tal suerte que la distinción entre uno y otro no se da por el trámite que en ellos se agota, sino en razón del objeto a contratar, (*“estudios o trabajos técnicos, intelectuales o*



especializados”), distinción que en la práctica no tiene mayor incidencia, en la medida en que el procedimiento de selección resulta idéntico y, por ende, a diferencia sólo obedece a un aspecto de nominación dado por la ley, en razón del objeto del contrato.

III.) De los principios de la contratación Estatal

Independientemente del procedimiento de selección del contratista que la ley ha establecido, según cada caso, existen muchos y variados principios de linaje constitucional y legal que informan la actividad contractual como función administrativa que es, los cuales, además, cumplen la función de incorporar en el ordenamiento positivo los valores éticos que deben orientar cada una de las actuaciones que adelantan las entidades del Estado.

Así las cosas, el procedimiento no puede confundirse con los principios que lo orientan, por esto, con justificada razón, la doctrina nacional autorizada ha sostenido que, *“los principios de la contratación estatal son sustancialmente distintos a los simples y formales procedimientos administrativos de escogencia del contratista”*. Así mismo, ha dicho que *“El procedimiento es tan sólo un medio para garantizar los principios”*¹⁵.

De allí y con arreglo a los postulados del artículo 4º constitucional, a cuyo tenor *“la Constitución es norma de normas”* y *“en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales”*, resulta claro que la Constitución como norma de jerarquía superior, así como los principios que de ella emanan, se proyecta sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, incluidas en el tanto las leyes y los actos que se asimilan a ella, como también, todos los demás actos jurídicos¹⁶, de tal suerte que no pueden concebirse sino con base en los principios constitucionales.

Los referidos principios fueron establecidos desde la Ley 80 de 1993 en los términos de las disposiciones que se citan a continuación:

¹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo, Contratación Indebida, Universidad Externado de Colombia, 2004, Bogotá, pág. 226.*

¹⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *“Derecho Administrativo”*. 14ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 2005, Pág. 236.



“Artículo 24º.-. Del principio de transparencia.

En virtud de este principio:

(...)

50. En los pliegos de condiciones:

a) Se indicarán **los requisitos objetivos** necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación.

c) **Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.**

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

(...)

70. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia (...) (Negrilla y subrayado fuera del texto)

A su turno el artículo 28 de la referida, señaló:



“Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales.

*En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, **relativas a procedimientos de selección** o escogencia de contratistas y en las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio de las prestaciones y derechos que caracteriza a los contrato administrativos.” (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

En concordancia con el enunciado principio de interpretación de las reglas contractuales según el cual se debe observar la igualdad y equilibrio de las prestaciones contractuales, se cita para los propósitos del análisis el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 referido al derecho a obtener utilidades, el cual dispone:

“Artículo 3º.- De los Fines de la Contratación Estatal.

Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado¹⁷, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

La regla de la selección objetiva, fijada en el artículo 29 de la Ley 80, disposición derogada por la Ley 1150 de 2007 la cual en su artículo 5, modificado por la Ley 1474 de 2011, así:

“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

¹⁷ Frase derogada por la Ley 1150 de 2007 lo cual, aunado al sistema de distribución de riesgos que implementó esta Ley, significó una precisión en cuanto que no toda utilidad prevista por el contratista está garantizada por el Estado.



*finés 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: (...)" (Negrilla y Subrayado fuera del texto)*

La misma norma se ocupa de definir qué se entiende por ofrecimiento más favorable, **aquel que resulte ser el mejor a la luz de los factores o criterios de selección contenidos en los pliegos de condiciones que sirven de fundamento para la comparación de ofertas y la selección del contratista**; entre ellos se enuncian, el cumplimiento, la experiencia, la organización, los equipos ofrecidos, los plazos propuestos, el precio y la ponderación detallada y concreta de los mismos, sin que la favorabilidad pueda resultar de factores no previstos en los pliegos. Estos aspectos, al tenor de la citada norma, deberán tenerse en cuenta no solo cuando la selección se hace mediante el procedimiento de la licitación o el concurso públicos, sino también cuando ésta se adelanta mediante contratación directa.

Ahora bien, en cuanto al principio de igualdad, el artículo 13 de la Carta consagra con el linaje de fundamental, el derecho a la igualdad, en virtud del cual todas las personas deben tenerse como iguales ante la ley y merecen recibir el mismo trato y protección de las autoridades, así como tienen derecho a gozar de las mismas libertades y oportunidades, sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen, idioma, religión o pensamiento político o filosófico.

De allí que el Constituyente consagró la igualdad como un derecho fundamental en el artículo que ha sido citado, pero a su vez la instituyó como un principio de la actividad administrativa, en el artículo 209, de tal suerte que este postulado tiene una doble connotación: la primera como derecho fundamental y la segunda como principio de la actividad de la Administración.

Y la Ley 80, en sus artículos 24, 29 y 30, contiene valiosas aplicaciones del principio de igualdad en la selección del contratista, toda vez que dicho procedimiento, en cualquiera de sus modalidades -licitación o concurso públicos y



contratación directa-, parte del presupuesto de que todos los participantes deben encontrarse en condiciones de igualdad¹⁸.

Así pues, una vez más se verifica que el principio de igualdad en las actuaciones contractuales lleva implícitos elementos básicos de los principios de transparencia y de selección objetiva, postulados cuya efectividad depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la Administración.

Por ende la base del desarrollo de los principios de la contratación estatal, están dados desde el mismo momento del pliego de condiciones, entendido como el acto reglado y reglamentario del procedimiento de contratación estatal, el cual constituye el compendio de los términos y condiciones para las diversas actuaciones dentro del citado procedimiento, como son la presentación de las ofertas, la evaluación y calificación de propuestas y la adjudicación del contrato o la declaratoria de desierta de la convocatoria, a la vez que define las reglas del contrato respectivo.

IV.) De la nulidad absoluta de los contratos

No han sido pocos los pronunciamientos de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en los cuales se ha convenido que en aquellos casos en los cuales se demuestre la ocurrencia de alguna de las causales de nulidad absoluta del contrato, nada impide que el juez, de oficio, proceda a declararla, con independencia de que la misma no haya sido objeto de solicitud por las partes.

En efecto, el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 estableció que *“la nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público y, por cualquier persona o declarada de oficio,...”*; por su parte, el inciso final del artículo 141 del CPACA, dispuso que *“[E]l juez administrativo queda facultado para declararla de oficio se refiere a la nulidad absoluta] cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las*

¹⁸ En palabras de Marienhoff, la igualdad *“exige que, desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas”*



partes contratantes o sus causahabientes”.

En cuanto a las causales de nulidad absoluta de los contratos del Estado, el artículo 44 de la ley 80 de 1993 prescribe:

“Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

“10. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

20. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

30. Se celebren con abuso o desviación de poder.

40. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

50. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley”.

Ha de precisarse igualmente que por cuenta de la integración normativa que comporta esta disposición legal, no sólo se han adoptado como causales de nulidad absoluta los casos determinados en el artículo transcrito, sino también aquellos eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de nulidad absoluta de los actos o contratos según las previsiones de sus artículos 1519 y 1741.

Así las cosas, forzoso resulta concluir que los contratos estatales serán nulos de manera absoluta i) en los eventos previstos en los artículos 1519 y 1741 del Código Civil y, ii) en los casos específicamente determinados en los numerales del transcrito artículo 44 de la Ley 80.

En ese contexto, al integrar en un solo y único listado todas las causales de nulidad absoluta, resulta posible señalar que las siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales song:

- a).- Los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley;
- b).- Ilícitud en el objeto;
- c).- Ilícitud en la causa;



- d)- Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes;
- e).- Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración;
- f).- Celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley;
- g).- Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal;
- h).- Celebración del contrato con abuso o desviación de poder;
- i).- Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y
- j).- Celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80.

Así se puede colegir conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo siguiente:

“La nulidad absoluta de los contratos se refiere, entonces, a su pérdida de validez con ocasión de vicios imposibles de sanear, y se constituye en la más grave sanción que se pueda imponer a los negocios jurídicos por cuanto hace desaparecer sus efectos al buscar devolver las cosas al estado en el que se encontraban con anterioridad a la suscripción del contrato. En este sentido, con el ánimo de preservar el principio de legalidad y el orden público, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 define expresamente, los eventos que generan nulidad absoluta, así: Art. 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; 3. Se celebren con abuso o desviación de poder; 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y 5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley. Al respecto esta Sala ha dicho que “las nulidades citadas responden a situaciones de orden estrictamente jurídico y por circunstancias



particularmente graves de vulneración del ordenamiento jurídico, pues evidencian que el contrato estatal adolece de irregularidades en su configuración, de tal magnitud, que en el evento de permitir su ejecución se estaría propugnando o removiendo el afianzamiento de un atentado contra la regularidad jurídica, desatendiendo los mandatos que regulan la actividad administrativa, entre ellas la actividad contractual¹⁹ (Negrilla y Subrayado fuera del texto)

V.) De la Responsabilidad por los daños causados por la etapa precontractual

Con fundamento en el desconocimiento de los principios de buena fe y legalidad; sobre el particular la jurisprudencia del órgano vértice de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ha señalado:

“En el ámbito del derecho administrativo la imputación de responsabilidad por los daños causados en la etapa precontractual no se hace con fundamento en la culpa, ni en el riesgo ni en el enriquecimiento injusto, o la reciprocidad de prestaciones del contrato bilateral, sino en los principios de la buena fe y de legalidad. En la etapa de formación de la voluntad contractual las partes deben obrar de buena fe en la preparación del contrato, en el procedimiento de selección y en la fase de perfeccionamiento del mismo, no sólo porque así lo manda la Constitución (art. 83) sino porque es principio general que domina las relaciones jurídicas bilaterales como dan cuenta los artículos 1603 del Código Civil y 863 y 871 del C. de Comercio. Ligado a la buena fe que se deben las partes en la formación de la voluntad para la celebración del contrato está el principio de legalidad, según el cual las partes deben encauzar la formación de esa voluntad dentro de las reglas de la gestión contractual pública prescritas por la ley. Con fundamento en este principio la administración en la gestación de sus contratos debe respetar la ley en su sentido formal y material, como también todas las fuentes del ordenamiento jurídico, en particular las especiales del derecho administrativo, sus reglamentos y los pliegos de condiciones y quienes

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. 31 de enero de 2011. Rad. No. 25000-23-26-000-1995-0867-01(17767)
C.P. Dra. Olga Melida Valle de la Hoz



tengan interés en formalizar compromisos con ella deben sujetarse a esos reglamentos y condiciones especiales de contratación”²⁰.

Y frente a la responsabilidad contractual del Estado el Consejo de Estado ha predicado:

“La ley 80, al regular en su capítulo V la responsabilidad contractual de las entidades públicas, prescribió en el artículo 50 citado que estas últimas responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas, en tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista. En otros términos, este artículo contiene la cláusula general de responsabilidad en materia contractual, la cual en perfecta consonancia con el artículo 90 Superior, comporta una indemnización plena en tanto cobija los siguientes ítems: i) disminución patrimonial que se ocasione; ii) prolongación de la misma y iii) ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista. Por manera que el legislador dejó en claro que en caso de actuaciones de naturaleza antijurídica la compensación debe ser integral, en tanto el proceder irregular de la administración no debe comportar un sacrificio indebido del particular contratista en beneficio del interés general”²¹.

Agotadas las precisiones del marco legal y Jurisprudencial procede el Despacho a efectuar el estudio del fondo para resolver el problema jurídico planteado conforme a lo probado y a las pruebas allegadas al plenario.

VI.) DEL CASO CONCRETO

Conforme a lo expuesto, el Despacho aterrizara el *sub-lite* de la siguiente manera, valorando a través de la sana crítica lo arrimado al plenario debidamente decretado e incorporado tanto en la audiencia inicial como en la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. 7 de junio de 2000. Rad. No. 23001-23-31-000-1995-7068-01(13405) C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. 6 de junio de 2007, Rad No. 25000-23-26-000-1996-02482-01(17253) C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio



De lo allegado por la parte demandante y corroborado con los antecedentes administrativos del proceso de licitación, se encuentra acreditado que mediante la Resolución N° 361 del 12 de marzo de 2014²², el Municipio de Puerto Boyacá, realizó la apertura a la licitación pública No 003 de 2014, fijando en el artículo tercero el cronograma del proceso de licitación No 003 de 2014, señalando las fechas en que podrán consultarse los pliegos de condiciones, acompañado por el certificado de publicidad del proceso del SECOP (fls. 120 a 122), proceso que contó con una adenda N° 001 (fls. 215-217), por medio de la cual se modifica el cronograma de la licitación pública, acompañado de igual manera del certificado del sistema electrónico de Contratación Pública- SECOP (fl.218).

Conforme a lo anterior, se destaca del pliego de **condiciones definitivo** los siguientes aspectos:

"(...)

1.1 OBJETO

EL MUNICIPIO DE PUERTO BOYACÁ, ESTA INTERESADO EN CONTRATAR EL "SERVICIOS GENERALES DE ASEO Y CAFETERIA CON EL FIN DE GARANTIZAR EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTALACIONES ADMINISTRATIVAS DEL PALACIO MUNICIPAL, CASA DE LA CULTURA Y BIBLIOTECA MUNICIPAL" DE CONFORMIDAD CON LAS ESPECIFICACIONES JURÍDICAS, FINANCIERAS, TÉCNICAS, ORGANIZACIONALES Y DEMÁS ASPECTOS CONTENIDOS EN LOS PRESENTES PLIEGOS DE CONDICIONES

(...)

PLAZO DE EJECUCIÓN

La ejecución del contrato resultante de esta convocatoria será de Cinco (05) meses y/o hasta agotar recursos, contados a partir de la suscripción del Acta de Iniciación firmada entre el contratista y el supervisor del contrato, previa legalización y perfeccionamiento del mismo.

1.5 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

Al presente proceso le son aplicables los principios de la Constitución Política, la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, Decreto 1510 de 2013 y demás normas civiles y comerciales, las estipulaciones consignadas en estos PLIEGOS DE CONDICIONES y todos los documentos y resoluciones

²² Ver folios 114 a 117



que sobre la materia se expidan durante el desarrollo del proceso. De conformidad a lo establecido en el literal b) del Artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 y teniendo en cuenta el presupuesto del MUNICIPIO DE PUERTO BOYACA, DEPARTAMENTO DE BOYACA; las entidades que tengan un presupuesto anual inferior a ciento veinte mil (120.000) salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta doscientos ochenta (280) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)

4.2.3 PONDERACIÓN DE LOS FACTORES ECONÓMICOS Y DE CALIDAD DE LAS PROPUESTAS:

La ponderación de las propuestas se establecerá de conformidad con el siguiente cuadro: las propuestas se establecerá de conformidad con el siguiente cuadro:

	CRITERIO	PUNTAJE PARCIAL	PUNTAJE TOTAL
1	FACTOR ECONÓMICO		300
1.1	Propuesta económica	250	
1.2	Solicitud anticipo	50	
2	FACTOR DE CALIDAD		300
2.1	Contratación personal de la región (Municipio de Puerto Boyacá)	100	
2.2	Perfil del equipo de trabajo	100	
2.3	Servicios Adicionales para el servicio	100	
	TOTAL		600

(...)

Solicitud anticipo

Para la ponderación de la solicitud de anticipo se tendrá en cuenta los siguientes aspectos:

El anticipo mínimo se establece en el 20%

El anticipo máximo en el 50%

El puntaje máximo a obtener es de 50 puntos.

Se ordenaran las propuestas de menor a mayor valor de anticipo solicitado

Se otorgaran 50 puntos a la oferta que solicite el menor valor en porcentaje de anticipo.

En caso de empate en este aspecto, se otorgaran los 50 puntos a la oferta que de las empatadas haya presentado el menor valor en su propuesta económica respecto a las otras, las demás ofertas de las empatadas obtendrán 40 puntos.



Las demás ofertas obtendrán puntuación en proporción lineal entre 30 y 0 puntos respectivamente, siendo 0 la propuesta que solicite el 50% de anticipo. Y 30 puntos el menor anticipo solicitado de estas. (...)”²³ (Negrilla y Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con el cronograma, el 19 de marzo de 2016, la Secretaría General del Municipio de Puerto Boyacá, recepcionó las propuestas, con registro de cuatro proponentes denominados SERVIASEO EL PUERTO LTDA, COOPOUTSORURGING CTA, ASEAR S.A ESP y SOCIEDAD SERVICIOS LATINOS LTDA y el **21 de marzo de 2014, se llevó a cabo el cierre** de recepción de postpuesta de la licitación No 003-2014²⁴.

Corroborado con las condiciones del pliego definitivo y el cronograma, se procedió con el **informe de evaluación técnico y económico definitivo**²⁵ con respecto a la licitación pública N° 003 de 2014, del cual se destaca:

“(…)

PROPUESTAS RECIBIDAS

PROPONENTE No 1: *SERVICIOS LATINOS LTDA R/L Jorge Herminio Chacón Meléndez*
 PROPONENTE No 2: *SERVIASEO EL PUERTO LTDA R/L Santos Garzón Triana*
 PROPONENTE No 3: *PROPUESTA ASEAR S.A E.S.P R/L Alberto Antonio García*
 PROPONENTE No 4: *COOPOUTSOURCING C.T.A R/L Angy Carolina Zabala Polo*

**EVALUACIÓN JURÍDICA
LIC NO 003 DE 2014**

SERVICIOS GENERALES DE ASEO Y CAFETERÍA CON EL FIN DE GARANTIZAR EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTALACIONES ADMINISTRATIVAS DEL PALACIO MUNICIPAL, CASA DE LA CULTURA Y BIBLIOTECA MUNICIPAL.

	SERVIASEO	ASEAR	COOPOUTSOURCING	SERVICIOS LATINOS
<i>Índice o Tabla de Contenido</i>	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
<i>Registro Único de Proponentes</i>	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
<i>Carta de Presentación de la propuesta</i>	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
<i>Certificado de Existencia y Representación Legal</i>	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
<i>Certificado de pago de parafiscales y aportes seguridad social</i>	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE

²³ Contenido en el medio magnético CD de pruebas allegadas por la parte demandada (fl. 78).

²⁴ Archivo contenido en el CD folio 78.

²⁵ *Ibidem* y folios 126-148; 163 a 184



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

**JUDICIAL DE TUNJA
ALCALDÍA MUNICIPAL DE PUERTO BOYACÁ**

COMITÉ EVALUADOR

*Contractual
Rad: 2016-00116*

Certificado de Antecedentes de Responsabilidad Fiscal	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
Certificado de Antecedentes de Disciplinarios	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
Garantía de Seriedad de la Oferta	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE

(...)

EVALUACION Y PONDERACION DE LOS FACTORES ECONOMICOS Y CALIDAD DE LAS PROPUESTAS PRESENTADAS EN EL PROCESO DE LICITACION PÚBLICA No. 003 DE 2014

UNA VEZ VERIFICADO POR EL COMITE TECNICO EVALUADOR QUE LAS DOS (02) PROPUESTAS PRESENTADAS POR LAS EMPRESAS SERVICIOS LATINOS LTDA R/L Jorge Herminio Chacón y SERVIASEO EL PUERTO LTDA R/L Santos Garzón Triana, CUMPLEN CON TODOS Y CADA UNO DE LOS REQUISITOS HABILITANTES DE ORGANIZACION Y EXPERIENCIA SE PROCEDE A REALIZAR LA EVALUACION ECONOMICA DE LAS PROPUESTAS HABILITADAS;

1. Se realiza la verificación de las propuestas económicas presentadas para corroborar que las cantidades y unidades sean las establecidas en el ANEXO N°2 de los pliegos de condiciones; así mismo se verifican aritméticamente las operaciones matemáticas realizadas por cada uno de los proponentes en la elaboración del presupuesto,
2. Una vez revisadas las propuestas se pudo establecer que no existió error y por consiguiente no fue necesaria la realización de corrección aritmética en los valores de las propuestas presentadas por SERVICIOS LATINOS LTDA R/L Jorge Herminio Chacón Y SERVIASEO EL PUERTO LTDA R/L Santos Garzón Triana
3. Se verifica que el valor obtenido después de la corrección aritmética no supere el 0,5%, del valor total de la oferta sin corregir; de igual forma se verifica que el valor corregido de la propuesta no sea superior al presupuesto oficial establecido por el Municipio.
4. Teniendo en cuenta todo lo anterior se procede a calificar las propuestas de conformidad con los criterios y formulas establecidas en el numeral 4,2,3 del pliego de condiciones y los resultados obtenidos se consignan en el siguiente cuadro resumen:

(...)

CALIFICACIÓN PRECIO

Pof Presupuesto Oficial	176,860,210.00
N Numero de proponentes hábiles	2
Pa Puntaje máximo a obtener	250
P1 Valor Propuesta proponente 1 SERVICIOS LATINOS LTDA	176,855,688.00
P2 Valor Propuesta proponente 2 SERVIASEO EL PUERTO LTDA	176,329,512.00
X MEDIA ARITMETICA PROPUESTAS	176,592,600.00
n Numero entero inmediata a raíz N	
PM PROMEDIO	176,699,644.00



Pt1 Puntaje proponente 1 SERVICIOS LATINOS LTDA	249.88
Pt2 Puntaje proponente 2 SERVIASEO EL PUERTO LTDA	249.70

CALAFICACION ANTICIPO (Sic)

Valor Anticipo Proponente 1	SERVICIOS LATINOS LTDA	35371137
Valor Anticipo Proponente 2	SERVIASEO EL PUERTO LTDA	0
Máximo puntaje a obtener		50
Mínimo Puntaje a obtener		0
MAYOR ANTICIPO PROPUESTO		35371137
MENOR ANTICIPO PROPUESTO		0
Factor		-707422.74
Puntaje Proponente 1 LTDA	SERVICIOS LATINOS	50
Puntaje Proponente 2	SERVIASEO EL PUERTO	50

(...)

EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS HABILITADAS PRESENTADAS

	CRITERIO	SERVICIOS LATINOS LTDA R/L Jorge Herminio Chacón Meléndez	Serviaseo el puerto LTDA R/L Santos Garzón Triana
1.	FACTOR ECONOMICO		
1.1	Propuesta económica	249.88	249.70
1.2	Solicitud Anticipo	0	50
2	FACTOR CALIDAD		
2.1	Contratación personal de la región (Municipio de Puerto Boyacá)	100	50
2.2	Perfil del equipo de trabajo	100	100
2.3	Servicios Adicionales para el servicios de aseo	100	100
	TOTAL	549.88	549.70

UNA VEZ HECHA LA VERIFICACION DE LOS FACTORES TECNICOS, ECONOMICOS Y DE CALIDAD DE LAS PROPUESTAS HABILITADAS, SE ESTABLECE QUE EL MAXIMO PUNTAJE FUE OBTENIDO POR LA EMPRESA SERVICIOS LATINOS LTDA R/L Jorge Herminio Chacón Meléndez (...).

Y mediante la **respuesta a las observaciones al informe de evaluación el 07 de abril de 2014**, el Municipio de Puerto Boyacá, cumplió con el requisito de las réplicas y los requerimientos efectuados por los proponentes (fls. 219-233), de acuerdo con el informe de evaluación definitiva de las propuestas presentadas y de la cual se destacan los siguientes apartes:

(...)



La Alcaldía Municipal de Puerto Boyacá en la cronología del Proceso de selección de la referencia estableció como plazo para realizar observaciones al informe de evaluación de las propuestas desde el día miércoles 26 de marzo hasta el día martes 01 de abril de 2014.

(...)

Así las cosas el único factor o requerimiento para la asignación del puntaje es el ser natural del Municipio de Puerto Boyacá, lo cual se puede verificar con las copias de las cédulas anexas de las personas presentadas en la propuesta de SERVIASEO EL PUERTO LTDA.

En este orden de ideas no es aplicable ningún otro documento diferente a la cédula de ciudadanía para certificar el nombre de la persona, la edad y el lugar de nacimiento entre otras cosas, aunado a esto es de resorte de la Administración Municipal el arraigo físico de las personas conforme al “Sistema de Identificación y clasificación de potenciales beneficiarios para programas sociales de SISBEN” entre otras herramientas legales que sólo posee cada Administración Municipal.

(...)

Persona Jurídicas

Si el proponente es persona jurídica deberá acreditar su existencia y representación legal con la copia del certificado de la Cámara de comercio de su jurisdicción; En dicho certificado deberán constar claramente. las facultades del Gerente o del Representante Legal, el objeto social, la duración de sociedad, la cual debe ser, como mínimo, igual al plazo de ejecución del contrato y cinco (5) años y dentro de su objeto social se contemplen las actividades correspondientes a la presente licitación.

Llamo la atención en el requisito habilitante referido a la duración de la sociedad, Es un requerimiento claro y concreto que no necesita más que revisarlo en el certificado de existencia y representación emitido por la cámara de comercio. Pues bien, realizada tal solicitud contenida en el pliego definitivo de condiciones encontré que la sociedad SERVICIOS LATINOS LIMITADA, tiene una duración menor, esto es hasta el 21 DE AGOSTO de 2015 y sin embargo es habilitada por la entidad.



(...)

RESPUESTA: Efectivamente como lo manifesté en observante el numeral 3.1.1 del pliego estableció (por error involuntario) que las personas jurídicas debían acreditar una duración por el término del contrato y cinco (5) años más y la firma SERVICIOS LATINOS LTDA, no cumple con ese término de duración. Pero como ya se resolvió en un caso similar y no hay razón alguna de tomar una decisión diferente, el comité determino que la firma cumplió por cuanto, no queda duda que este requisito no opera para este tipo de contratos o que lo convierte en una clausula INEFICAZ (...)

(...)

RESPUESTA: una vez verificada y analizada su observación se pudo establecer que le asiste razón al observante, por cuanto el pliego al momento de establecer la forma de evaluar el anticipo, **establecer de manera clara que el mínimo porcentaje a solicitar es del 20%, por lo que a los oferentes que soliciten entre 0 y 20% deben recibir el máximo puntaje que es 50, por lo que habiendo usted solicitado el 20% el puntaje a obtener por este concepto es 50 y no 0 como se estableció en la evaluación, por lo que se hará la corrección en la evaluación definitiva.**

(...)

RESPUESTA: Se revisó nuevamente al proponente presentado por la firma SERVIASEO EL PUERTO LTDA **y se pudo establecer que del personal propuesto solo dos cumplieron aportando el certificado de residencia, por lo que este factor solo se le otorgó 25 puntos y no 50...**

(...)” (Negrilla y Subrayado fuera del texto)

Así las cosas, se encuentra acreditado que el 08 de abril de 2014, en la Secretaría General del Municipio de Puerto Boyacá, se llevó a cabo la audiencia pública de adjudicación y para el efecto se suscribió la correspondiente acta y a través de la Resolución N° 490 de fecha 8 de abril de 2014, el Secretario General del Municipio de Puerto Boyacá, adjudicó el Contrato N° 148 de 2014, en desarrollo de la licitación pública número 003-2014, suscribiendo ese mismo día el referido acuerdo contractual, entre el Municipio de Puerto de Boyacá y la Sociedad



Servicios Latinos LTDA, acompañado de la respectiva solicitud de registro presupuestal.

Conforme a lo probado y en criterio de este Juzgado, se encuentra demostrado que la entidad demandada, adelanto un proceso de licitación pública N° 003 de 2014, conforme a las pautas del marco normativo de contratación general Estatal, demostrando que adelanto el proceso conforme al principio de publicidad ante el SECOP, donde se encontraban los documentos y actos del proferidos en desarrollo del proceso, permitiendo el acceso de participación de diferentes proponentes u oferentes, respetando el principio de transparencia y publicidad.

De igual manera, se acredita conforme al acervo arrimado que la parte demandada otorgó a los proponentes la posibilidad de controvertir el proceso de licitación público, desde el momento de la apertura del proceso, haciendo observaciones tanto al proyecto de pliego hasta el resultado del comité evaluador, generando las respuestas a las observaciones efectuadas, términos que se encuentran estipulados en el cronograma de la licitación pública N° 003 de 2014 en el acápite de publicación y traslado, conforme a lo cual no se generó ninguna vulneración a los principios básicos de la contratación estatal.

Lo anterior fue objeto de análisis de la **jurisprudencia actual** del Consejo de Estado²⁶ y de la cual se extrae el siguiente aparte:

“La Ley 80 de 1993 dio cabida a la autonomía de la entidad estatal para definir los requisitos que deben acreditar los proponentes en el procedimiento de licitación pública y las reglas de la adjudicación del contrato, pero en todo caso del régimen normativo correspondiente se desprende que la libertad en el diseño del pliego de condiciones debe transitar dentro del marco de las reglas y principios que gobiernan la contratación estatal.”

*Con razón, desde la expedición de la Ley 80 y aún antes de ella, la jurisprudencia advirtió acerca de la existencia de los límites que debe observar la Administración Pública en la definición de todo procedimiento de contratación, **entre otros, los derivados de la aplicación de los siguientes principios: i) transparencia, ii) economía, iii) interpretación de las reglas contractuales bajo los***

²⁶ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A Consejero ponente (e): HERNÁN ANDRADE RINCÓN Bogotá D.C., **primero (1º) de octubre de dos mil catorce (2014)** RADICACIÓN: 25000232600020050021401 EXPEDIENTE: 34778 ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004 DEMANDADO: DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN REFERENCIA: CONTRACTUA



mandatos de la buena fe y la equidad y, iv) selección objetiva, todos los cuales se mencionan aquí por su pertinencia en el análisis del caso sub-lite.

(...)

Con el propósito de adelantar un análisis de los anteriores principios de cara al asunto sub-lite se recuerda previamente lo que el Consejo de Estado puntualizó desde hace varios años: el pliego de condiciones contiene un acto reglado y reglamentario del procedimiento de contratación estatal, el cual constituye el compendio de los términos y condiciones para las diversas actuaciones dentro del citado procedimiento, como son la presentación de las ofertas, la evaluación y calificación de propuestas y la adjudicación del contrato o la declaratoria de desierta de la convocatoria, a la vez que define las reglas del contrato respectivo²⁷.

En este orden de ideas, se enuncia la primera regla en el análisis de legalidad del acto de adjudicación, o en su caso del acto de declaratoria de desierta, según la cual el pliego de condiciones es la ley del procedimiento de contratación y por ello, en el estudio y apreciación del acto atacado en este proceso se debe partir de las reglas del pliego de condiciones. Se pone de presente igualmente la presunción de legalidad que ampara el acto de adjudicación, o de declaratoria desierta, la cual debe ser infirmada para salir avante con la pretensión de nulidad planteada mediante el ataque a las reglas del pliego de condiciones.

Ahora bien, con fundamento en las disposiciones antes citadas la Sala observa que en presencia de una regla del pliego de condiciones, la pretensión orientada a lograr la declaratoria de nulidad del acto administrativo que se funda en la respectiva disposición del pliego debe soportarse en la prueba de la ilegalidad de la regla aplicada, bien sea por violación de alguno de los principios expresados en las normas antes citadas o por la aplicación de una regla que se advierta ineficaz (esto es una regla que ha debido ser inaplicada), de acuerdo con la

²⁷ Dentro de las muchas y similares definiciones y descripciones que tradicionalmente se han expuesto por la Jurisprudencia del Consejo de Estado acerca del pliego de condiciones en vigencia de la Ley 80 de 1993 puede citarse la siguiente: "El pliego de condiciones está definido como el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato. Es un documento que establece una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista, no sólo en la etapa precontractual sino también en la de ejecución y en la fase final del contrato. Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato. Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato. En cuanto a la elaboración del pliego, la Sala ha precisado que la entidad licitante tiene a cuenta suya la carga de claridad y precisión dispuesta, entre otras normas legales, en el artículo 24, numeral 5, literales b, c y e de la Ley 80 de 1993, ya referido, que garantiza la selección transparente y objetiva del contratista." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, 19 de julio de 2001, radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037), actor: Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores - Acic-.



expresa disposición de la normativa transcrita²⁸.

(...)” (Negrilla y Subrayado fuera del Texto)

Concordante y al revisar el pliego de condiciones definitivo del cual se extrajeron algunos apartes, considerando por el Despacho que cuando se efectuó la evaluación por parte del comité técnico, **se atendieron los puntajes descritos allí** y que para el caso de los cuatros proponentes los resultados fueron los siguientes:

PROPONENTE	CALIFICACIÓN POR PROPUESTA ECONÓMICA	CALIFICACIÓN ANTICIPO	CALIFICACIÓN CONTRATACIÓN PERSONAL DE LA REGIÓN	CALIFICACIÓN EQUIPO DE TRABAJO	CALIFICACIÓN SERVICIOS ADICIONALES	RESULTADO TOTAL
SERVICIOS LATINOS LTDA	249.88	0 (Corrección conforme a la respuesta a las observaciones)	100	100	100	549.88
SERVIASEO EL PUERTO LTDA	249.70	50	50	100	100	549.70
PROPUESTA ASEAR S.A. E.S.P						RECHAZO (En razón a que el costo económico de su propuesta fue inferior al 95% del valor del presupuesto oficial).
COOPOUTSORCING C.T.A						RECHAZO (En razón a que el costo económico de su propuesta fue inferior al 95% del valor del presupuesto oficial).

En virtud de lo anterior, efectivamente existe una diferencia en la ponderación del anticipo y de la contratación de personal, sin embargo conforme al criterio de evaluación y de los soportes la demandante SERVIASEO EL PUERTO LTDA, si bien allegó copia de las cédulas de ciudadanía del posible personal a contratar, el comité solo tuvo en cuenta los certificados de existencias, **criterio que se ajusta**

²⁸ Artículo 24, Ley 80 de 1993 “(...) Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.”



en relación con las condiciones del pliego de condiciones definitivo y los límites de interpretación de la entidad contratante y que es criterio que también adopto el Tribunal Administrativo de Boyacá²⁹.

De igual manera se advierte que en relación al criterio económico, la propuesta de la demandante obtuvo mejor puntaje en virtud a que atendiendo el promedio fijado la propuesta del adjudicatario estuvo ajustada, mientras que la de SERVIASEO EL PUERTO LTDA, estuvo muy por debajo del promedio, criterio de calificación que era previamente conocido por los oferentes desde la publicidad del pliego definitivo de condiciones.

Ahora bien, en cuanto a la calificación del anticipo, se advierte que desde el inicio del proceso de la evaluación tuvo una calificación de 0 frente a la demandante, generando con ello que el comité atendiendo los criterios y puntajes descritos de manera previa en el pliego de condiciones, aspecto ampliamente señalado con apartes probatorios.

Conforme a lo cual, es importante destacar que más allá de los requisitos definidos por la ley para la configuración del pliego de condiciones de la contratación estatal, se encuentra el **variado espectro de los criterios técnicos** que se definen en cada procedimiento para la configuración de los puntajes que determinan la adjudicación del contrato, dentro de lo cual se tiene establecido que el Contratante tiene una reconocida discrecionalidad en el Régimen de Contratación Estatal, empero la debe desplegar de acuerdo con los requerimientos de cada contratación y en manera alguna se constituye la libertad o poder omnímodo de definición de los requisitos técnicos y criterios de evaluación; por el contrario, la discrecionalidad administrativa se encuentra marcadamente condicionada por un importante grupo de principios de orden constitucional y legal.

Así que descendiendo a la identificación de los límites de la discrecionalidad administrativa en materia de los criterios y puntajes no tipificados o tarifados por la ley, como suele suceder con los aspectos técnicos de los servicios logísticos, la Administración Pública se encuentra con una discrecionalidad condicionada para

²⁹ SALA DE DECISIÓN DE DESCONGESTIÓN No. 10ª- DESPACHO No. 5 -del veintuno (21) de noviembre de dos mil catorce (2014)- MAGISTRADO PONENTE: Dr. FABIO IGNACIO MEJÍA BLANCO- Expediente No. 15000 23 31 005 2007 00639 00



configurar el pliego de condiciones, la cual se concreta en el imperativo de actuar con arreglo a los *principios generales del Derecho*, en particular de conformidad con los *principios que rigen u orientan el ejercicio de la función administrativa*, aplicables a toda la actividad contractual del Estado por virtud de lo establecido con carácter general, por los artículos 1, 2 y 209 de la Constitución Política, concordante con los principios de la contratación estatal, especialmente expuestos en el régimen contenido en la Ley 80 de 1993 y Ley 1150, vigentes para el caso *sub-judice*.

Por ende y desde la perspectiva de los particulares contratistas, frente al marco de reglas de evaluación de las propuestas definido en el pliego de condiciones subyace la libertad del empresario, que constituye un derecho con raigambre constitucional³⁰, en virtud del cual puede estructurar su oferta acudiendo a la conjugación de los distintos recursos a su alcance, para lograr la propuesta que obtenga el mejor puntaje.

No obstante, tampoco en dicho escenario existe la libre configuración de las posturas, puesto que también los proponentes deben observar una conducta ajustada a los principios constitucionales y legales, dentro de los cuales se referirá, en este caso, al imperativo de la conducta (acción u omisión) ajustada al postulado de la buena fe³¹ y a las reglas de la competencia³²; respecto de lo cual agrega, además, que la libertad de empresa se encuentra delimitada en la Constitución Política³³, por el bien común o el interés social, los derechos colectivos al ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, entre otros.

Lo anterior cuenta con el respaldo del estudio realizado por la doctrina y la jurisprudencia, especialmente la emanada del Consejo de Estado, en torno a los

³⁰ **“ARTICULO 333.** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.” La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

³¹ **“ARTICULO 83.** Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

³² Se tiene que recordar que dentro del Derecho a la Competencia, instituido en Colombia desde hace algo más de medio siglo por la Ley 155 de 1959 y desarrollado –para la época de los hechos– por el Decreto 2153 de 1992 con apoyo en el artículo 333 de la Constitución Política, se encuentran prohibidos los acuerdos que tengan “por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas”

³³ Artículo 333 C.P.



Principios que rigen la contratación estatal y dentro de ellos se advierte la discrecionalidad de las facultades que orientan la actividad de la Administración Pública contratante en la **definición de los criterios técnicos** para la asignación del puntaje de la adjudicación de los contratos y, por esta vía, también se razona en relación con el alcance del poder judicial y su papel frente a las controversias que surgen en la aplicación de tales criterios.

Para el caso en concreto, se citan a continuación unos extractos muy acotados y recortados de las apreciaciones de la doctrina frente a la problemática de la discrecionalidad administrativa y el alcance del Juez³⁴:

“(…) Los poderes de Gobierno y Administración tienen, por tanto, una legitimación constitucional propia (...) nada impide que, fuera del ámbito de la reserva de ley, el Gobierno y la Administración puedan tomar iniciativas en el ejercicio de sus funciones propias. Por otra parte, incluso en las materias reservadas a la ley puede el legislador conferir a aquellos amplios poderes normativos y, desde luego, discrecionales»³⁵.

La incidencia de esta conclusión en el planteamiento sobre el alcance del control judicial de la actividad administrativa es evidente y abundará en los argumentos que se esgrimen en favor del reconocimiento de ámbitos de dicha actividad en los que, por lo menos en línea de principio, la Administración es la llamada a tomar la decisión última, y no porque tales espacios se encuentren exentos de fiscalización judicial —que en todo caso puede llevarse a cabo, incluso, cuando los presupuestos fácticos acreditados en el proceso y las normas y principios jurídicos aplicables al mismo así lo impongan, con alcance no solo anulatorio sino también sustitutorio—, sino debido a la ausencia de parámetros jurídicos de control, dada la manera como las facultades administrativas han

³⁴ MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Discrecionalidad administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 503-510.

³⁵ Cita original del autor de la obra: “SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 105-109. En este sentido suscribiríamos en un todo las afirmaciones de Garrido Cuenca, quien en la misma línea de lo que venimos sosteniendo, igualmente defiende el otorgamiento, por la misma Constitución, de toda una gama de márgenes decisorios tanto al Gobierno como a la Administración, para posibilitarles el cumplimiento de las tareas que por los días que corren se le han asignado a un Estado prestador de servicios de enorme complejidad técnica y funcional, que precisa para tal efecto «de la flexibilidad necesaria para adoptar decisiones, las más adecuadas en ocasiones, las únicas posibles otras veces». Por tal razón es que, a juicio de esta autora, «la Constitución y las leyes atribuyen a los órganos de gobierno una función de dirección política y administrativa, junto a la potestad reglamentaria, que sería imposible cumplir sin gozar de potestades de intervención, de un margen de creación originaria y no subordinada, de valoración de la oportunidad política, de dirección estratégica, incluso de discrecionalidad, mayor o menor según los casos, según también el contenido concreto de la legalidad. Una función constitucionalmente garantizada, y que además debe hacer efectiva, que se corresponde con su inequívoco carácter representativo, en tanto órgano designado democráticamente en virtud del proceso electoral que, a nadie pasa desapercibido, se determina fundamentalmente en base a las directrices sociales del programa político que al ciudadano más convenga o convenga. Además, la función institucional de servicio a los intereses generales que la Administración debe cumplir, por imperativo constitucional bajo la dirección del Gobierno, no puede estar predeterminada absoluta y rígidamente por la ley» (cursiva fuera del texto original). Cfr. GARRIDO CUENCA, N., *El acto de gobierno. Un análisis en los ordenamientos francés y español*, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 508.”



sido configuradas —programando la actuación negativamente o a través de directrices o programas finalísticos— para posibilitar que el órgano actuante pueda satisfacer las expectativas derivadas de la tantas veces mencionada cláusula del Estado Social. (...)

Como lo explica Parejo Alfonso, el dilema actual acerca de si la última palabra la tiene la Administración o, por el contrario, el Juez, resulta especialmente visible en aquellos sectores sociales de elevadas complejidad y variabilidad espacial y temporal —caso del urbanismo, la economía o el medio ambiente— en los cuales el Legislador de hecho se ve imposibilitado para regular la actividad administrativa con un mínimo de densidad ordenadora y, por tanto, de programación o vinculación positivas³⁶. En estos ámbitos que el autor denomina «sectores administrativizados de la vida social», la aludida programación es ya solamente del tipo «relacional en función de fines-objetivos», de suerte que difiere la decisión al orden administrativo, generando el correspondiente «espacio administrativo de configuración social, en el que el poder público administrativo debe actuar bajo la propia responsabilidad. En ese espacio, la Administración pública es hoy, pues, el locus de creación de la regla, por tener conferida la competencia para ello»³⁷.

Así que de conformidad con la Ley 80 expedida en 1993, tales criterios de favorabilidad para adjudicar la oferta o para impedir la adjudicación, debían ser establecidos mediante la ponderación precisa de varios de los factores identificados en la ley, en concordancia con el contenido del artículo 29 de la Constitución Política, aplicable en el asunto en estudio, pues efectivamente la entidad estudio los criterios y valoración de los puntajes indicados en el pliego de condiciones definitivos, por lo tanto no existe vocación de prosperidad en lo pretendido por la demandante SERVIASEO EL PUERTO LTDA, máxime si se advierte que la interesada cuenta con un carga plenamente **indicada en el artículo 167 del**

³⁶ Cita original del Autor: “En estos sectores, continúa Parejo, la Ley ha renunciado a tomar la decisión de fondo, recurriendo cada vez con mayor frecuencia «al simple establecimiento de criterios materiales de ponderación, principios o valores marco, fines y objetivos de la acción, estándares mínimos-máximos, imágenes guía del óptimo social y modelos de referencia; todo ello para la ulterior toma de decisiones (naturalmente, en la fase —tradicional— de «ejecución» de la Ley)». Como es apenas obvio, semejante programación del actuar administrativo dificulta la precisión de los fines y objetivos del mismo, claridad y precisión de ellos que «es condición del control (judicial) efectivo de los medios aplicados y los resultados obtenidos». Cfr. PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar:...*, cit., pp. 70-71.”

³⁷ MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Discrecionalidad administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 503-510. Se destaca un comentario del autor, en la cita a pie de página, recortado para los propósitos de este análisis :

“(...) A esta aserción simplemente añadiríamos el matiz —que dicho sea de paso, Parejo no desestima ni se opone a él de ninguna manera— de acuerdo con el cual esa insustituibilidad de la decisión administrativa adoptada en ámbitos como los descritos no es absoluta ni, por tanto, definible por completo de manera apriorística para uno o varios sectores determinados de actividad administrativa. A nuestro modesto entender, por tanto, el juez puede —y lo reiteramos, aunque sobre este aspecto se profundiza más adelante— no solo anular, sino también sustituir la decisión previa de la Administración, cuando el acervo probatorio que le sea aportado despeje sólo una como la solución ajustada a Derecho, y así se desprenda claramente de éste, porque disponga el juzgador, entonces, de parámetros jurídico-objetivos de control suficientes —en el caso concreto, se repite— sobre la base de los cuales fundamentar jurídicamente —y valga la insistente reiteración— su fallo.”



CGP³⁸ y en desarrollo del medio de control de la referencia, se limitó a efectuar apreciaciones sin el respectivo respaldo probatorio.

Ahora bien, respecto de las reglas de adjudicación que no pueden controvertir los principios esenciales de la contratación estatal, se advierte que la jurisprudencia del vértice, realizó un estudio del cual se advierten las siguientes consideraciones:

“(…)

En los anteriores fallos se identificó la regla de selección objetiva como fundamento para confirmar o anular el acto de adjudicación o el de declaración de desierta en su caso, coincidiendo la jurisprudencia en que el punto de partida base del análisis lo constituyen las disposiciones contenidas en pliego de condiciones que configuren los factores de selección y en tal medida determinen el puntaje sobre los criterios objetivos con arreglo a la ley.

(…)

*Concluyendo **este análisis jurisprudencial se advierte que la Administración es la primera llamada a cumplir con las reglas del pliego de condiciones**, tanto para adjudicar el contrato como en orden a declarar desierta la licitación, razón por la cual, pasando al escenario del litigio judicial, se enuncia una consideración de la mayor importancia: el juzgador sólo puede desconocer las disposiciones del pliego de condiciones cuando se demuestre el supuesto legal de su ineficacia en los eventos definidos en la ley o la transgresión efectiva de las reglas y principios que rigen la actividad de la Administración. En sentido contrario, **en el análisis judicial del procedimiento de contratación estatal, es improcedente desconocer o sustituir una regla objetiva de asignación de puntaje definida de acuerdo con los criterios de Ley, toda vez que se recuerda –cerrando el círculo se está disertación- que el pliego de condiciones es una ley del procedimiento de contratación que puede ser***

³⁸ ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.(…)*”



discrecionalmente configurado por la Administración Pública,
dentro de las reglas y principios de la Ley.

(...)”³⁹

En consecuencia, se observa que el análisis de los casos citados, permiten que confluente una discrecionalidad de la Administración Pública para establecer **los criterios y puntajes de selección de sus contratistas** al tenor del pliego de condiciones, la cual debe ser razonada y racional, motivada justamente en el ámbito de lo que se refiere como la “*lógica de lo racional*”, cuestión que en el aspecto práctico se traduce en que el juzgador tiene que apreciar la etapa precontractual en lo formal y en lo material, analizar el uso de la discrecionalidad administrativa en la configuración del pliego de condiciones con especial detalle y el apoyo técnico respectivo, de cara a definir con certeza si se configuró la transgresión a los principios de la contratación estatal y el daño antijurídico consecuente, conforme a lo cual dentro del presente medio de control, no se encuentra la configuración de ninguna arbitrariedad o desconocimiento de los postulados y principios de la contratación estatal, por las siguientes razones:

1. Atendiendo la documental arrimada y conforme a las consideraciones de este Despacho, el proceso de licitación pública N° 003 de 2014, cumplió con los principios de publicada y transparencia en cuanto permitido que la comunidad conociera y estuviera al tanto del proceso en el SECOP.
2. Los proponentes y especialmente el demandante SERVIASEO EL PUERTO LTDA, tuvo el derecho de controvertir los actos proferidos en desarrollo del proceso de licitación N° 003 de 2014.
3. La connotación, análisis y puntajes establecidos por el comité evaluador, se ajustó conforme a las condiciones técnicas indicadas en el pliego de condiciones definitivo.
4. En efecto, no se probó que el contenido del pliego definitivo de condiciones conllevara la transgresión de norma o principio de la contratación estatal

³⁹ Consejo de estado- Radicación 326000200500214 EXPEDIENTE: 34778- ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004 DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Educación Distrital. REFERENCIA: Acción Contractual



puesto que se formuló en forma previa, clara y completa, con fundamento en un criterio de medición objetivo que se aplicó a los dos proponentes en forma equitativa, transparente y congruente de acuerdo con lo que se estableció en el pliego de condiciones, sin introducir aspectos subjetivos, cambios o modificación de índole alguna en el transcurso del procedimiento respectivo, con el conocimiento de los proponentes, respetando la publicidad.

5. De acuerdo con el pliego de condiciones y con la evaluación de las propuestas debidamente realizada, las propuestas cumplió con el puntaje mínimo requerido, por lo cual era imperativa la declaratoria de adjudicación de la respectiva de la licitación, en respeto del principio según el cual el pliego es una ley del procedimiento de contratación.

Ahora bien, en relación con la pretensión de la parte demandante SERVIASEO EL PUERTO LTDA, en cuanto al restablecimiento o reconocimiento de la utilidad esperada en la forma indexada, correspondiente a las sumas que la sociedad hubiese percibido si hubiese sido la adjudicataria del contrato producto de la licitación N° 003 de 2014, sin embargo tal y como fue indicado en precedencia, la utilidad esperada por el proponente no adjudicatario, debía ser probada y en consecuencia hacerse sobre la propuesta efectivamente presentada por el ofertante no adjudicatario en el proceso para el cual participó, de la cual no se allegó prueba al plenario lo que impide valorar que se haya generado un perjuicio, pues la parte actora omitió acreditar el daño sufrido, elemento esencial para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual.

Finalmente y en relación con el argumento de la parte demandante en cuanto a la vigencia del proponente al cual le fue adjudicado el contrato objeto de la licitación pública N° 003 de 2014, se advierte que en el certificado de existencia y representación, reposan las siguientes anotaciones:

"(...)

CERTIFICA

Vigencia: Que la persona jurídica no se halla disuelta. Duración hasta el 31 de agosto de 2015.



El documento arrimado al plenario, contaba con una nota que determinaba que la información contenida debía ser convalidada, es decir si bien registraba una fecha de duración, para mayor precisión se debía corroborar dicho contenido y en los términos del pliego y de la respuesta a las observaciones, no era procedente atender la literalidad de dicha nota.

CONCLUSIÓN

Para concluir y en consecuencia resolver el problema jurídico planteado atendiendo el marco normativo, criterios jurisprudenciales y material probatorio, se advierte que la decisión contenida en la Resolución No. 490 del 8 de abril de 2014, por medio de la cual se adjudica el contrato N° 148 de 2014, en desarrollo de la licitación pública 003-2014, NO vulneró la selección objetiva, el principio de transparencia, pues no se acreditó que se hubiese expedido con desviación de poder y por el contrario se acreditó que se atendieron los términos y requisitos del pliego definitivo de condiciones registradas, sin que el acuerdo contractual se encuentre viciando de nulidad absoluta, además no haberse probado ningún perjuicio referente a la utilidad, es decir la parte demandante SERVIASEO EL PUERTO LTDA, no logró desvirtuar la violación al principio de la selección objetiva, ni que era la mejor propuesta, conforme a lo cual se deniegan la totalidad de las pretensiones.

COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Por último, como en el presente caso se accede a las pretensiones de la demanda, el Despacho, atendiendo a lo establecido en el artículo 365 del C.G.P. aplicable por remisión expresa dispuesta en el artículo 188 del C.P.A.C.A., condenará en costas a la parte demandante, cuya liquidación deberá elaborarse por Secretaría, en los términos previstos en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Finalmente, conforme a lo prevé actualmente la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el acuerdo **PSAA-16- 10554**⁴¹, expedido el

⁴⁰ Ver folio 235 a 237

⁴¹ "Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho"



05 de agosto de 2016, se fijará como valor de las agencias en derecho el 4% del valor estimado en las pretensiones.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NIÉGUESE la totalidad de las pretensiones, ateniendo todas las consideraciones en precedencia.

SEGUNDO: Condénese en costas a la parte demandante de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Líquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

TERCERO: En los términos del acuerdo **PSAA-16- 10554** y para efectos cumplir lo ordenado en el numeral anterior fijese como agencias en derecho la suma del 4% del valor estimado en las pretensiones.

CUARTO: NOTIFÍQUESE por secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA, art 291 No 1 y 295 del C.GP .

QUINTO: Cumplido lo anterior archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO

Juez

