

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. Cuantía / MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. Regulación normativa

De acuerdo con lo establecido en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 del Consejo de Estado -modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en las controversias de naturaleza contractual. En el asunto que nos ocupa, la demandante presentó -en primera instancia- acción contractual contra el municipio de Magangué, por la declaratoria de desierta de la licitación pública No. GP-001-98 y por la posterior contratación directa que hizo del mismo negocio. Finalmente, cuando se presentó la demanda -19 de abril de 1999- para que un proceso fuera de doble instancia la cuantía debía exceder de \$18'850.000, y en el caso bajo estudio la pretensión mayor fue de \$103'041.371.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 129 / ACUERDO 55 DE 2003

EVALUACION DE LAS OFERTAS - En vigencia de la ley 80 de 1993 / EVALUACION DE LAS OFERTAS - Régimen jurídico de la subsanabilidad de requisitos / EVALUACION DE LAS OFERTAS - Observaciones al informe de evaluación

Uno de los aspectos más sensibles de los procesos de selección de contratistas es la evaluación de las ofertas, y dentro de ella la calificación del cumplimiento de los requisitos que exigen los pliegos de condiciones, la ley y los reglamentos. (...) la Sala recuerda que en el tema propuesto se presentó una ruptura ideológica entre los estatutos contractuales anteriores a la Ley 80 de 1993 (Decreto-ley 150 de 1976 y Decreto-ley 222 de 1983) y el régimen que impuso ésta. La diferencia consistió en que antes de 1993 era muy limitada la posibilidad que se concedía a los proponentes para “subsanar” los errores en que incurrían, para satisfacer las exigencias previstas en las leyes, decretos y sobre todo en el pliego de condiciones, porque en esa época prevaleció la cultura del formalismo procedimental, que sacrificó lo esencial o sustancial de las ofertas por lo procedimental. Esta ideología jurídica condujo a que las entidades rechazaran las ofertas, indiscriminada e injustificadamente, que no cumplían algunos requisitos establecidos en el pliego de condiciones y el resto del ordenamiento, bien porque se trataba de requisitos esenciales del negocio o bien de formalismos insustanciales, de esos que no agregaban valor a los ofrecimientos hechos. (...) Con el advenimiento de la Constitución de 1991 se irradió a lo largo y ancho del sistema jurídico, incluido el administrativo, un nuevo valor para las actuaciones judiciales y administrativas. En particular, el art. 228 estableció que en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial sobre el procedimental, y el art. 209 incorporó principios más versátiles y eficientes para el ejercicio de la función administrativa. Esto, y otros cambios propios de la gerencia de lo público –es decir, de sus entidades-, transformaron la perspectiva y la mirada del derecho, en cuanto a la aproximación a los problemas jurídicos y a su solución, y también en el abordaje de las tensiones entre los derechos y las actuaciones del Estado. Concretamente, en 1993, con la expedición de la Ley 80, en materia contractual, se incorporó esta filosofía a la normativa de los negocios jurídicos del Estado. (...) De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo in limine de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará “a los

proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare. (...) las ofertas se pueden corregir y aclarar lo confirma el art. 30.7 de la Ley 80.

FUENTE FORMAL: DECRETO-LEY 150 DE 1976 / DECRETO-LEY 222 DE 1983 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2228 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.15 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30.7

SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS - Solución anti formalista / EVALUACION DE LAS OFERTAS - La etapa de las observaciones al informe de evaluación / ADICION, MODIFICACION O MEJORAMIENTO DE LA OFERTA - Procedencia durante el término que existe para presentar observaciones al informe de evaluación / SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS - La regla debe entenderse conforme al principio / SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS - Artículo 25.15 de la ley 80 de 1993. Aplicación del principio de economía

La etapa de “observaciones al informe de evaluación” corresponde al momento posterior a la primera evaluación de las propuestas que realiza la entidad. La parte final de la disposición transcrita [ley 80 de 1993 - artículo 30.8] la entendieron muchos con un doble sentido, de ahí parte de los problemas: i) para algunos significó que como no es posible completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, entonces las entidades no podían recibir documentos adicionales que explicaran sus insuficiencias, pues claramente se trasgredía esta norma; ii) para otros la comprensión debía hacerse de conformidad con el art. 25.15 citado, armonizándolos, es decir, que durante el término que existe para presentar observaciones al informe de evaluación sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas, pero en los aspectos que permite el art. 25.15, y no en los aspectos que prohíbe. Para la Sala la segunda solución es la correcta, porque si el art. 30.8 se aísla para leerlo, significaría que si falta, por ejemplo, una copia de la propuesta, entonces no se podía pedirla al oferente para que subsanara el requisito, porque al aportarla necesariamente completaría o adicionaría lo que no estaba. De admitir este entendimiento surgiría, de un lado, una contradicción lógica grave, profunda e irreconciliable, entre los artículos 25.15 y 30.7 con el art. 30.8; y del otro lado, si las reglas hermenéuticas permiten entender todas las normas en su propio contexto, conservando la filosofía que inspiró el cambio de la regulación sobre la subsanabilidad de ofertas, se debe optar por ese entendimiento. Además, el art. 25.15 contiene un principio general del derecho administrativo –el principio de economía–, mientras que el art. 30.8 contiene una regla específica de aplicación en la licitación, así que el orden en que se interpretan y la coherencia que hay que hallar entre ellos indica que la regla debe entenderse conforme al principio, pues éste inspira su alcance e indica la mejor forma de aplicarla. En conclusión, pese a que la aceptación de la nueva filosofía de la evaluación de las ofertas no fue fácil, por la fuerte tradición que se arraigó en la entrañas de la administración, los operadores del derecho administrativo contractual entendieron, finalmente, que no cualquier omisión en que incurriera el proponente justificaba el rechazo automático de la oferta; en su lugar, había que ponderar si lo omitido “era o no necesario para la comparación de las propuestas”. (...) Durante muchos años estas tres disposiciones apoyaron en la administración la toma de las decisiones de cada evaluación de ofertas en cada proceso de selección; no obstante, frente a la ambigüedad parcial que pese a todo subsistió, pues algunas entidades aún calificaron ciertos requisitos insustanciales como “necesarios para la comparación de las ofertas” –por tanto, rechazaron propuestas porque, por ejemplo, no estaban ordenados los documentos o no estaban numeradas las hojas, como lo exigía el pliego de condiciones

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.15 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30.7 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30.8

SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS - Regulación normativa / SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS - Procedencia en vigencia de la ley 1150 de 2007 / SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS - Solución sustancialista

La Ley 1150 de 2007 –catorce años después- reasumió el tema, para aclararlo más, darle el orden “definitivo” y también algo de previsibilidad, en todo caso con la intención de conservar y profundizar la solución anti-formalista que introdujo la Ley 80, es decir, para asegurar más y mejor la solución sustancialista a los problemas de incompletitud de las ofertas. La nueva norma dispuso, en el art. 5, parágrafo 1, que: (...) El nuevo criterio derogó el inciso segundo del art. 25.15, y lo reemplazó por esta otra disposición, que conservó, en esencia, lo que aquél decía, pero lo explicó, añadiendo un texto que lo aclara, para garantizar que su entendimiento fuera generalizado y uniforme. Por esto declaró que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son: “todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación...”. En adelante, el criterio de diferenciación entre los requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto, “aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas”; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables “... todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje”, los que “... podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.15 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 5 PARAGRAFO

EVALUACION DE LAS OFERTAS - Requisitos subsanables y no subsanables. Evolución normativa

A partir de la Ley 1150 de 2007 el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad y la libertad de comprensión que tuvo la administración en vigencia del art. 25.15 de la Ley 80, para establecer qué o cuáles exigencias eran necesarias para comparar las ofertas. Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que “asignan puntaje”, de allí que si en un proceso de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -!debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás. (...) No obstante la claridad que ofrece esta norma, se insiste: porque redujo la discrecionalidad que tenía la administración de definir, en cada caso, qué aspectos de la oferta eran subsanables, atendiendo a la necesidad de ellos para compararlas; por introducir un criterio objetivo: no es subsanable lo que otorgue puntaje, lo demás sí; al poco tiempo el Gobierno reglamentó la Ley 1150, y señaló, en el art. 10 del Decreto 066 de 2008, que en ejercicio de esta facultad –la de subsanar ofertas- no era posible “... permitir que se subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.” Esta norma introdujo una gran contrariedad, y por ende provocó un gran debate de legalidad entre los operadores jurídicos de la contratación, porque mientras la Ley 1150 exigió subsanar cualquier defecto o insuficiencia de una oferta, con la condición de que el defecto no asignara puntaje; el reglamento introdujo una limitación a la subsanabilidad de algunos de esos defectos, relacionada con dos criterios nuevos: i) falta de capacidad y ii) ocurrencia de circunstancias después de presentadas las ofertas. Esto significó que a pesar de que

los defectos o falencias observadas de una oferta no asignaban puntaje, no se podían corregir o cumplir -es decir, no eran subsanables-, si se trataba de alguna de las dos circunstancias prohibidas por el decreto –tres circunstancias contando la ausencia de póliza de seriedad-. (...). Poco tiempo después, la misma norma la reprodujo el Decreto reglamentario 2474 de 2008 –que derogó al Decreto 066 de 2008-. Dispuso el art. 10, de manera idéntica, que las entidades estatales tampoco pueden: “... permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.” La garantía de seriedad de la oferta conservó el mismo tratamiento (...) A su vez, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 734 de 2012, que sobre el mismo tema dispuso que la entidad tampoco podía: “... permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta.” La garantía de seriedad de la oferta conservó el mismo tratamiento expresado al pie de página pertinente, pero ahora en el artículo 5.1.7.1. del Decreto 734. Hasta este año los tres decretos –más el 4828 de 2008- conservaron el problema jurídico comentado: la contradicción parcial entre ellos y el art. 5 de la Ley 1150, puesto que tergiversaron buena parte de la regla que estableció la ley, porque mientras ésta permitió subsanar todos los defectos que no asignaran puntaje, sin importar el momento del procedimiento contractual en que se haga -incluso la norma dispone que hasta la adjudicación-; los reglamentos impidieron subsanar muchos requisitos que no asignaban puntos, porque se referían a la capacidad para contratar o porque se trataba de requisitos cumplidos después de presentadas las ofertas. Así se crearon dos sub-reglas –tres con la norma sobre la insubsanabilidad de la ausencia de póliza de seriedad-, autónomas, separadas de la ley, por tanto no ajustadas a ella. Finalmente, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 1510 de 2013, que a diferencia de los anteriores no reprodujo la norma que se viene citando. Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 14 de abril de 2010, exp. 36054

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 5 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO - 25 / DECRETO 066 DE 2008 - ARTICULO 10 / DECRETO REGLAMENTARIO 2474 DE 2008 / DECRETO REGLAMENTARIO 734 DE 2012 - ARTICULO 5 / DECRETO 4828 DE 2008

EVALUACION DE LAS OFERTAS - Requisitos subsanables y no subsanables / **REQUISITOS SUBSANABLES** - Los que no se evalúan con puntos / **REQUISITOS NO SUBSANABLES** - Los que asignan puntaje

Para bien del principio de legalidad, del derecho a acceder a los contratos estatales, del derecho a participar en las contrataciones públicas, y de los principios de economía, eficiencia y eficacia de la gestión administrativa, desaparecieron los dos criterios de insubsanabilidad que crearon los primeros tres decretos reglamentarios; en adelante regirá uno solo, el legal -como siempre debió ser-: defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la

evaluación de las ofertas –usualmente indicado en los pliegos de condiciones-, sin exceder del día de la adjudicación.

ESTADOS FINANCIEROS - Aval del contador público. Firma / ESTADOS FINANCIEROS - Aval del contador público. Exigencias / ESTADOS FINANCIEROS - Aval del contador público. Evolución normativa

La obligación de aportar los estados financieros es una exigencia que nadie discute en este proceso, ni siquiera la parte demandante; la diferencia de criterio radica en si un profesional de la contaduría los debió firmar o no. El municipio considera que sí, porque la Ley 43 de 1990 lo exige; el demandante considera que no, porque el pliego de condiciones no lo impuso expresamente. (...) Para resolver esta discrepancia la Sala examinará la regulación del tema, empezando por la Ley 43 de 1990, “Por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones”, que estableció (...) Esta norma es clara en establecer tres exigencias: i) que sólo los contadores públicos certifican o dictaminan estados financieros, ii) que este requisito es obligatorio en las licitaciones públicas, y iii) en todo caso, el presupuesto oficial de la licitación debe ser superior a 2.000 SMLMV; de ser inferior, aunque se trate de una licitación, no lo requiere. En el caso concreto, en el año en que se adelantó el proceso de licitación su monto ascendía a 3.185 SMLMV, de manera que el requisito aplicaba. Posteriormente, esta ley fue desarrollada por el Decreto 2694 de 2003, “Por el cual se reglamenta la Contabilidad en General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia.” Luego, la Ley 222 de 1995 también reguló algunos aspectos relativos los estados financieros de las sociedades, que esencialmente coinciden con lo establecido hasta ese momento. Al amparo de estas normas se concluye que es necesario aportar los estados financieros junto con la oferta que se presenta en una licitación –cuando la entidad los exige para compararlas-, y además deben estar suscritos por un contador público si la licitación excede de 2000 SMLMV. Esta idea ha sido reiterada en diferentes conceptos proferidos por el Consejo Técnico de Contaduría Pública, que tienen como referente la Ley 43 de 1990 y el Decreto 2649 de 1993. (...) es determinante que el contador público suscriba los estados financieros cuando el presupuesto de la licitación pública excede 2.000 salarios mínimos, porque este profesional es quien tiene la idoneidad y pericia que avala la contabilidad de una sociedad. (...) tratándose de estados financieros certificados, dictaminados o certificados y dictaminados, se requiere acompañarlos del aval de un contador público. En efecto, el concepto No. 020 de 2002 también distingue las clases de estados financieros, y arribó a la misma conclusión, es decir, que en uno y otro evento el contador público es el profesional idóneo y competente para avalar tales documentos: (...) para avalar los estados financieros no basta la firma del profesional de la contaduría, por el contrario, incluso éste goza de libertad para exponer las consideraciones que merezca su expedición. Además, en el concepto No. 002 de 2003, el Consejo destacó la importancia de que los contadores suscriban los estados financieros, porque se trata de documentos que revisten un valor probatorio significativo, en virtud de los cuales se determina el estado de cuentas de una sociedad: (...) el Consejo se pronunció sobre la validez de los estados financieros, en el concepto del 21 de marzo de 2012. Concluyó que no tiene validez si no están avalados por un contador y por el respectivo representante legal de la sociedad, porque desconocen los principios del Decreto 2649 de 1993 y de la Ley 222 de 1995: (...) los estados financieros suscritos por un contador deben cumplir las exigencias a que se refieren las normas citadas, para que tengan valor probatorio pleno en un proceso de licitación pública. (...) la Sala encuentra que tenía razón la entidad estatal en no aceptar la acreditación de los estados financieros del proponente Germán Eduardo Zea Gómez, por no estar suscritos por un contador público, pues estableciendo la ley la obligación de que este requisito cumpla esta formalidad, mal

podría restársele importancia y valor a su ausencia.

FUENTE FORMAL: LEY 145 DE 1960 / LEY 43 DE 1990 / DECRETO 2694 DE 2003 / LEY 222 DE 1995 / LEY 43 DE 1990 / DECRETO 2649 DE 1993 / CONCEPTO DEL CONSEJO TECNICO 020 de 2002 / CONCEPTO DEL CONSEJO TECNICO 002 DE 2003

ESTADOS FINANCIEROS - Aval del contador público. Firma / REQUISITOS SUBSANABLES - Los que no se evalúan con puntos / REQUISITO SUBSANABLE - Improcedencia de rechazar la oferta / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - No conceder la oportunidad de corregir la oferta por ser un requisito subsanable / PERDIDA DE OPORTUNIDAD DE CORREGIR EL REQUISITO SUBSANABLE EN UN OFERTA - Consecuencia. Nulidad

Todo conduciría a confirmar que fue correcta la decisión del municipio de rechazar la oferta del demandante; sino fuera porque la omisión que se echó de menos era de aquella consideradas como subsanable, porque en la época en que se realizó la licitación pública –septiembre de 1998- la regla de subsanabilidad vigente –art. 25.15 de la Ley 80 de 1993- (...) el municipio no podía rechazar la oferta por aspectos puramente formales; en palabras de la Ley, por la ausencia de requisitos “no necesarios para la comparación de propuestas”, como en este caso fue la firma del contador sobre los estados financieros. Además, téngase en cuenta que este documento ni siquiera era evaluable en esa licitación, porque los factores empleados –precio, programa de inversión, equipo ofrecido, experiencia y capacidad de contratación disponible- no incluían la necesidad de contar con este documento. No obstante, es claro que sí se exigió el requisito, sólo que no era necesario para evaluar las ofertas, de ahí que la Sala no entiende por qué no se concedió la oportunidad de subsanarlo, cuando era insustancial, por tanto susceptible de corregirse en caso de ausencia. (...) Está probado que el municipio no lo hizo, es decir, no concedió la oportunidad de corregir la oferta, debiendo hacerlo, y por tratarse de un requisito elemental, muy simple de corregir, la Sala entiende que esa pérdida de oportunidad para corregir la propuesta se habría satisfecho fácil y efectivamente, en atención a dos consideraciones que facilitan ponderar este criterio: i) lo elemental del requisito que faltaba, así que era muy fácil corregirlo; y ii) el estímulo o motivación elevada que tenía el proponente en esa licitación, porque a juzgar por las ofertas rechazadas, él sólo necesitaba ajustar la firma de sus estados financieros al requisito de la Ley 43 para aspirar a obtener, con cierta seguridad, la adjudicación. Estas razones son suficientes para que la Sala entienda que al negarse la oportunidad de corrección, el proponente habría satisfecho el requisito echado de menos por la administración, y por esta razón fue errada la decisión del municipio, así que se anulará este aspecto del acto administrativo demandado, toda vez que no se ajustó a la ley de contratación estatal.

ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA DESIERTA LA LICITACION PUBLICA - Deber de notificar a los oferentes / OMISION DE NOTIFICAR ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA DESIERTA LICITACION PUBLICA - Trae como consecuencia la nulidad del mismo, por la violación al derecho del oferente a impugnar la decisión / PROHIBICION DE AGOTAR LA VIA GUBERNATIVA DE ACTO ADMINISTRATIVO - Trae como consecuencia la nulidad del mismo, por la violación al derecho del oferente a impugnar la decisión

Expresa el demandante que la Resolución -a la fecha de presentación de la demanda- no se le notificó, y que el acto administrativo tampoco contempló la procedencia de recursos, razón por la que se le vulneró el derecho a agotar la vía gubernativa. En este aspecto, se le concederá la razón al ingeniero Zea Gómez, porque en el expediente no está demostrado que la entidad haya

notificado esta resolución, siendo su obligación hacerlo, pues se trata de un acto administrativo definitivo, que puso fin a un procedimiento administrativo. En efecto, la Sala entiende que como la entidad no realizó una audiencia pública para adoptar la decisión de declarar desierta la licitación, debió notificar personalmente este acto a los no favorecidos, y sólo si esto no era posible debió hacerlo por edicto, en los términos previstos en los arts. 44 y ss. del Código Contencioso Administrativo. Incluso, al contestar la demanda el municipio admite dos cosas, que confirman la conclusión de la Sala: i) que no notificó al decisión, porque –aseguró- no era necesario hacerlo; y ii) no admitió expresamente la procedencia de recursos contra ella. Por este sólo aspecto se concluye que se violaron varias normas del procedimiento contractual, que exigen notificar las decisiones definitivas a quienes participan de una actuación administrativa, como la contractual, y que la resolución dispuso expresamente que contra ella no procedían recursos, cuando es incorrecto, por la razón que pasa a exponerse. (...) si contra los actos administrativos particulares y definitivos, proferidos durante la actividad contractual, procede el recurso de reposición, era obvio concluir que el que declaró desierta la licitación procedía y era susceptible de ese medio de impugnación, para permitir que los participantes ejerzan el derecho de defensa frente a las explicaciones del municipio a las observaciones presentadas contra el informe de evaluación. (...) Esto acredita con suficiencia el error de derecho en que incurrió la entidad, porque al amparo del art. 30.11 de la Ley 80 de 1993 no es cierto que el acto que declara desierta una licitación no deba notificarse personalmente, y tampoco que no procedan recursos administrativos. (...) se violó el derecho del oferente a impugnar la declaración de desierta de la licitación, y que este vicio, que afecta el derecho al debido proceso, tiene envergadura suficiente para afectar la validez de lo decidido, por eso se anulará la resolución impugnada”

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULOS 44 Y SS
/ LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30.11

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 13001-23-31-000-1999-00113-01(25804)

Actor: GERMÁN EDUARDO ZEA GOMEZ

Demandado: MUNICIPIO DE MAGANGUE

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 2003, por el Tribunal Administrativo de Bolívar –fls. 325 a 331, cdno. ppal.-, que negó sus pretensiones, en los siguientes términos:

“1. Deniéguense las pretensiones del accionante.”

ANTECEDENTES

1. La demanda

Germán Eduardo Zea Gómez -en adelante el demandante o la parte actora- en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda, el 19 de abril de 1999 –fls. 2 a 19, cdno. 1- contra el Municipio de Magangué –en adelante el demandado- con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones -fls. 7 y 8, cdno. 1-:

“DECLARACIONES Y CONDENAS

“1°. Declárese la nulidad de la Resolución No. 4232 del 24 de Diciembre de 1998 'por medio de la cual se declara desierta la Licitación Pública No. GP-001-98', emanada de la Secretaría de Obras Públicas de la Alcaldía Municipal de Magangué (Bolívar).

“2°. Declárese igualmente la nulidad del Contrato de Obra No. SOP-OC-102-98 de fecha Diciembre 28 de 1998, suscrito entre la Alcaldía Municipal de Magangué (Bol.), por intermedio del Secretario de Obras Públicas y el Contratista ENRIQUE NADAD MEJIA, para la construcción de la 1ª y 2ª etapa de la red vial CHaparral-Cascajal Municipio de Magangué.

“3°. En el orden del restablecimiento del derecho, condénese al MUNICIPIO DE MAGANGUE (BOLIVAR), a título (sic) de indemnización, a cancelar a mi patrocinado GERMAN EDUARDO ZEA GÓMEZ, la cantidad de \$103.041.371,00.

“4°. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el art. 178 del C.C.A. y se reconocerán los intereses legales liquidados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha en que se violó el derecho hasta cuando quede ejecutoriado el fallo que le dé fin al proceso.

“5°. La cantidad Líquida antes indicada devengará intereses comerciales corrientes durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso y moratorios de ahí en adelante, hasta cuando se efectúe el pago.

“6° Condénese en costas al MUNICIPIO DE MAGANGUE (Bol.).”

Manifestó que mediante la Resolución No. SOP-001-98, del 18 de septiembre de 1998, el municipio abrió la licitación pública No. GP-001-98, con el objeto de contratar las obras para la construcción de la 1ª y 2ª etapa de la red vial Chaparral - Cascajal. Asimismo, el Alcalde delegó en el Secretario de Obras Públicas la ordenación de gastos y la competencia para celebrar los contratos.

El 26 de octubre de 1998 se cerró la licitación, y se recibieron siete (7) ofertas: Hernán Fonseca Garrido; Isaac y Durán; Construcaribe Ltda.; Carlos Caez - Luis Narváez - Sergio Torres Reatiga Unión Temporal; Construcciones Hilsaca - Movicom S.A.; Germán Zea Gómez; e Ingeniar Ltda.

La evaluación jurídica de las propuestas consta en el Acta del 11 de noviembre de 1998, pero no se realizaron los estudios técnicos ni económicos de la oferta del demandante, porque se calificó como “incompleta”, pues no cumplió la exigencia prevista en los artículos 11 y 13 literal e), de la Ley 43 de 1990, es decir, los estados financieros que aportó no fueron firmados por un contador público.

El actor presentó las siguientes observaciones al informe de evaluación: “Dice el ordinal A) del

numeral 29 del Pliego de Condiciones, Intitulado Estudio Jurídico: Se estudiaran y analizaran los requisitos esenciales de orden legal y técnico exigidos en el pliego de condiciones (...) lo anterior concuerda con el art. 25, numeral 15 de la Ley 80/93, cuando afirma que las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales, etc., ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan las leyes especiales y la ausencia de ellos no servirá de título suficiente para el rechazo de la oferta, pues la firma del contador en los estados financieros no es necesaria para la evaluación de la propuesta, los estados financieros se requieren para evaluar la capacidad económica de oferente, más no para comparar las propuestas.” –fls. 3 y 4, cdno. 1-

Adujo que para que la firma del contador fuera obligatoria debió exigirse en el pliego de condiciones. Agregó que aun cuando no se resolvieron las objeciones hechas a su evaluación, el Secretario de Obras Públicas declaró desierta la licitación mediante la Resolución No. 4232 del 24 de diciembre de 1998. Asimismo, el funcionario precisó en las consideraciones de dicho acto administrativo que el demandante era el único oferente que cumplió las especificaciones técnicas exigidas.

Además, la Resolución -a la fecha de presentación de la demanda- no se le notificó, y el acto administrativo no contempló la procedencia de recursos, razón por la que se le vulneró el derecho a agotar la vía gubernativa.

Con fundamento en la Resolución No. 4232, el Secretario de Obras Públicas celebró con el Ingeniero Enrique Nadad Mejía el contrato de obra No. SOP-OC-102-98, cuyo objeto era el mismo de la licitación GP-001-98, sin que se respetaran los términos para notificar el acto administrativo que declaró desierto el proceso de selección, comoquiera que éste era del 24 de diciembre de 1998, y el contrato se suscribió el día 28 del mismo mes.

Reclama que la licitación debió adjudicársele y que la motivación de la Resolución No. 4232 fue subjetiva, por eso es nula, porque violó el principio de selección objetiva que consagra el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Igualmente, señaló que también es nulo el contrato suscrito a continuación, porque se celebró con fundamento en el acto administrativo que, sin soporte constitucional, declaró desierta la licitación pública.

Finalmente, con la expedición del acto administrativo se violaron los artículos 83 y 273 de la Constitución; y los artículos 24 numerales 5, 7 y 8; y 25 numerales 6 y 7 de la Ley 80 de 1993; los artículos 44, 45 y 47 del C.C.A.; y el artículo 29, literal a) del pliego de condiciones de la licitación pública No. GP-001-98.

El demandante también señaló que la entidad territorial desconoció el principio de la buena fe, presumible en todas las actuaciones que los particulares adelantan ante las autoridades, porque a pesar de que satisfizo las exigencias del pliego, le exigieron un requisito “de ley o legal” que no existió antes de que se presentaran las ofertas. También considera que el municipio transgredió el artículo 273 de la Constitución, porque omitió la exigencia que hizo la Contraloría Municipal de adjudicar el contrato en audiencia pública; y reprochó que no se resolvieron en el acto administrativo demandado las objeciones que hicieron los proponentes.

De otro lado, señaló que la Resolución demandada también violó el artículo 24 de la Ley 80, porque la finalidad de un proceso de selección es la adjudicación y no la declaratoria de desierto, en este orden, el acto administrativo se motivó subjetivamente, determinado por intereses particulares. Por otra parte, aseguró que la demandada no indicó en forma clara y precisa los

requisitos objetivos necesarios para participar en la licitación.

Señaló que la motivación del acto administrativo fue incompleta, y que al eludir la adjudicación del contrato, la entidad actuó con desviación de poder, porque la propuesta del demandante cumplió los requisitos establecidos en el pliego de condiciones. Además, la demandada desconoció el principio de economía -artículo 25 de la Ley 80 de 1993-, porque rechazó su oferta por ausencia de un requisito innecesario para evaluarla.

Incluso, la entidad también violó el principio de selección objetiva, porque declaró desierta la licitación con base en criterios subjetivos, y rechazó la propuesta más favorable para la administración so pretexto de exigir requisitos no contemplados en el pliego de condiciones.

En el mismo sentido, los literales u) y v) de la Resolución demandada desconocieron los numerales 6 y 7 del artículo 30 del estatuto de la contratación pública, porque allí se hicieron estudios técnicos vencido el plazo para ello, aun cuando la norma establece que las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones.

Asimismo, reprochó la forma de notificación del acto administrativo, porque no se hizo personalmente, ni por edicto; y luego la administración contrató directamente, sin considerar del término de ejecutoria del acto, hecho que impidió que procedieran los recursos de la vía administrativa.

2. Contestación de la demanda

El municipio y el contratista contestaron la demanda.

2.1. Municipio de Magangué: Propuso la excepción de caducidad de la acción, porque la demanda se presentó el 19 de abril de 1999, y como el término es de 30 días -no de 4 meses- porque el acto que declara desierta una licitación es precontractual, su caducidad se cuenta como lo señala el art. 32 de la ley 446 de 1.998 –fl. 264, cdno. 1-.

2.2. El contratista: aceptó unos hechos, negó otros y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Señaló, entre otras cosas, que la propuesta del demandante no se desestimó únicamente por estar incompleta. Además, aclaró que la comisión nunca consideró que la oferta de la parte actora era la única que cumplió las especificaciones exigidas.

Afirmó que como la licitación terminó en forma anormal –declaración de caducidad-, el contratista no tenía que escogerse en audiencia pública, y que aun cuando contra la resolución demandada no procedían recursos, no se omitió la vía gubernativa para el demandante porque la decisión se fundamentó en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993. En conclusión, defendió la legalidad del contrato celebrado entre el Municipio y él.

3. Alegatos de conclusión

3.1. Del demandante: Reiteró algunos argumentos de la demanda, y aseguró que no podía desestimarse su oferta y menos procedía la declaratoria de desierta de la licitación, por la inobservancia de requisitos innecesarios o insubstanciales. Asimismo, aclaró que aun cuando la firma de un contador a los estados financieros la exige el ordenamiento jurídico, también debía incluirse en los pliegos de condiciones, porque son ley para las partes.

Reprochó la falta de motivación de la Resolución No. 4232, y la posterior adjudicación del

contrato, porque de las pruebas aportadas al proceso se advierte que se trató del cumplimiento de compromisos adquiridos previamente por el Alcalde municipal. Por último, aclaró que la acción no caducó, porque la resolución demandada no se le notificó.

3.2. De los demandados: No alegaron de conclusión.

3.3. Concepto del Ministerio Público: Se opuso a las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones: i) en primer lugar, consideró que las ofertas fueron evaluadas en los aspectos que echó de menos la parte actora, es decir, técnico y económico; ii) también señaló que la inobservancia de la ley no podía excusar la omisión del oferente, porque a pesar de que la exigencia de la firma del contador no se estableció en el pliego de condiciones, el ordenamiento la exige como requisito para evaluar las propuestas; en estos términos, no era un requisito insustancial o innecesario; iii) la falta de notificación de la Resolución no afectó la esencia del acto administrativo.

Igualmente, no comprende la conclusión a la que llegó el demandante, porque la resolución demandada no señaló que el señor Germán Eduardo Zea fuera el mejor oferente.

4. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones de la demanda. En primer lugar, consideró que no se configuró la caducidad de la acción, porque era de cuatro meses. Respecto al juicio de legalidad del acto administrativo señaló que en el pliego de condiciones sí se requirieron los estados financieros de los oferentes, y debía entenderse que serían aportados en las condiciones que la ley establece. Asimismo, el municipio actuó correctamente al declarar desierta la licitación, porque ningún oferente cumplió las exigencias del pliego de condiciones.

También aclaró que era necesaria la firma del contador público en los estados financieros del oferente, porque el artículo 25 de la Ley 80 establece la prohibición de solicitar formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en norma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales., como sucede en este caso, donde la Ley impuso obligaciones especiales relativas a la contabilidad y a los estados financieros, para que tuvieran validez ante terceros. En conclusión, el tribunal negó las pretensiones de la demanda.

5. El recurso de apelación

El demandante apeló la decisión. A su juicio, el requisito de la firma de un contador público en los estados financieros es insustancial, y contradice los principios de la Ley 80 de 1993. En este sentido, reprochó que el Tribunal haya sustentado su decisión en la Circular No. 37 de 2001, expedida por la Junta Central de Contadores, comoquiera que ésta es aplicable siempre que en el pliego de condiciones se exijan estados financieros certificados y/o dictaminados, situación que no es predicable en el caso sub examine.

De otro lado, inexplicablemente para la Sala el demandante también cuestionó de la sentencia la decisión que adoptó sobre la excepción de caducidad de la acción que propuso el municipio, y que negó, así que favoreció sus intereses. No obstante, las razones que expuso el tribunal para justificar esta decisión no le parecen adecuadas, por eso considera que si bien la decisión es correcta la razón no lo es.

6. Alegatos en el trámite del recurso

Ni las partes, ni el Ministerio Público alegaron de conclusión.

CONSIDERACIONES

Previo al estudio que corresponde hacer para decidir el recurso, advierte la Sala que no revocará la sentencia, por las razones que pasan a exponerse, siendo necesario analizar: A) la competencia de la Corporación para conocer del presente asunto; B) lo probado en el proceso; C) el caso concreto, que conducirá a estudiar: a) La evaluación de las ofertas en la Ley 80 de 1993, es decir: i') La evaluación de las ofertas, y el régimen jurídico de la subsanabilidad por la omisión de requisitos; ii') necesidad de contar con la firma de un contador público que avale los estados financieros de una empresa; iii') incidencia del análisis realizado en los dos puntos anteriores sobre el caso concreto, es decir: la ausencia de firma del contador en los estados financieros de la oferta del demandante; b) la presunta omisión del oferente en la “dosificación 1:1 del material cementante –recebo seleccionado- y material arenoso –material de Yati-“; y otros cargos de ilegalidad expresados en la demanda: c) la repuesta del municipio a las observaciones presentadas por el actor contra el informe de evaluación; y d) la violación al derecho a impugnar el acto administrativo que declara desierta la licitación pública.

Competencia del Consejo de Estado

De acuerdo con lo establecido en el artículo 12

del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 del Consejo de Estado -modificado por el Acuerdo No. 55 de 200

-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en las controversias de naturaleza contractual.

En el asunto que nos ocupa, la demandante presentó -en primera instancia- acción contractual contra el municipio de Magangué, por la declaratoria de desierta de la licitación pública No. GP-001-98 y por la posterior contratación directa que hizo del mismo negocio. Finalmente, cuando se presentó la demanda -19 de abril de 1999- para que un proceso fuera de doble instancia la cuantía debía exceder de \$18'850.000, y en el caso bajo estudio la pretensión mayor fue de \$103'041.371.

No obstante, antes de avanzar hay que precisar que la competencia en segunda instancia no comprenderá el pronunciamiento del a quo sobre la excepción de caducidad de la acción que propuso el municipio, porque el tribunal lo resolvió favorablemente a sus intereses; así que no estudiará este tema por falta de interés del municipio para recurrir.

Lo probado en el proceso

Para orientar el alcance de la controversia y su solución, se hará un recuento de las pruebas aportadas y practicadas en el proceso que resultan relevantes para decidir el caso sub iudice, y sobre todo para apoyar el sentido de la decisión que se anunció.

- a. En el volumen I, Sección II, numeral 11, del pliego de condiciones se establecieron los documentos que debía tener la oferta, en los siguientes términos –fl. 180, cdno. 1-:

“11. DOCUMENTOS INTEGRANTES DE LA OFERTA Y CONFORMIDAD DE LA OFERTA CON LOS MISMOS

“La oferta constará de los documentos que se relacionan a continuación:

“Formulario de la Propuesta, documentos e información que se soliciten en éste, diligenciados de conformidad con los numerales relacionados con la preparación de las ofertas y las instrucciones en él contenidas

“Garantía de Seriedad de la Oferta.

“Certificado de Existencia y Representación Legal, si fuere el caso.

“Estados Financieros del oferente.

“Documento de Constitución del Consorcio o Unión Temporal, de acuerdo con los requerimientos de ley, si fuere el caso.

“Certificado de Inscripción en el Registro Único de la Cámara de Comercio, vigente a la fecha de cierre de la presentación de la licitación.

“Los documentos soportes para determinar la Capacidad Residual del oferente.”

- b. El municipio especificó las características de la base o subrasante compactada para la vía -en el numeral 4.5 del pliego de condiciones-, del siguiente modo: “Esta especificación se refiere a la construcción de una capa de base de grava y/o piedra partida extendida y compactada para soporte del pavimento, en espesor compacto de 30 cms o de acuerdo con los alineamientos y perfiles indicados en los planos ordenados por interventor” –fl. 228, cdno. 1-, la combinación sería de material cementante -Recebo seleccionado- y material arenoso -Material de Yati-, en proporción de 1:1.
- c. A folio 245 del cuaderno 1 se observa el cuadro de cantidades y precios, donde se estableció que la base del material seleccionado tendría un espesor de 10 cms.:

MUNICIPIO DE MAGANGUE

LICITACION PUBLICA GP-001-98, CONSTRUCCION DE LA 1a. y 2a. ETAPA
DE LA RED VIAL CHAPARRAL - CASCAJAL

PROPONENTE:

LONGITUD DE LA VIA: 2500 ML

ANCHO DE LA VIA: 6,00ML

FORMATO No. 1

CUADRO DE CANTIDADES Y PRECIOS

ITEM	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VR. UNITARIO	VR. PARCIAL
1	DESCAPOTE GENERAL	M2	3150,00		

2	CORTE EN AREA DE CALZADA	M3	1500,00	
3	SUB-BASE GRANULAR e=0,10 CM	M3	1500,00	
4	BASE MATERAIL SELECCIONADO e=0,10 MTS	M3	1500,00	
5	TELA ASFALTICA O TELA PLASTICA IMPERMEABLE	M2	15000,00	
6	PAVIMENTO CONCRETO 4000 PSI e=0,15 MTS (CON PEIDRA -sic- CHINA, ARENA LAVADA, CEMENTO PORTLANDO, JUNTAS EN ASFALTO RC.90, ANTISOL)	M2	15000,00	
7	ACERO PARA REFUERZO EN JUNTAS TRANSVERSAL Y LONGITUDINAL DE 60000 PSI	KG	25000,00	
8	BORDILLOS B=0,10 A= 0,10 H=0,15 CONCRETO 2500 PSI	ML	5000,00	
9	ACERO 40000 PSI PARA BORDILLOS	KG	7000,00	
COSTO DIRECTO				

COSTO INDIRECTO (AUI 25%)
VALOR TOTAL
PROPONENTE -----

- a. El 11 de noviembre de 1998, el Comité Evaluador de la licitación No. GP-001-98 –fl. 78, cdno. 1- consideró, en primer lugar, que el pliego de condiciones era legal, porque no se solicitó su nulidad judicialmente. Luego verificó el cumplimiento de los requisitos de la licitación –fl. 12 del pliego- y concluyó: i) que ninguno de los siete (7) proponentes estaba incurso en causales de inhabilidad o incompatibilida-; y ii) que las ofertas de: a) el Consorcio Luis Narváez R- Carlos Caez T - Sergio Torres Reatiga; b) Unión Temporal Construcciones Hilsaca Ltda., Movimientos de Tierras, Vías y Construcciones S.A. Movicon S.A.; y c) Hernán Fonseca Garrido, no cumplieron con la exigencia del pliego, de la Ley 80 de 1993, del Decreto 856 de 1994 y del Decreto 92 de 1998, porque la inscripción en el Registro Único de Proponentes –RUP- debía estar vigente el 26 de octubre de 1998, fecha del cierre de licitación, lo que no ocurrió con estos proponentes, por eso su rechazo.

Asimismo, el Comité Evaluador señaló -en el Acta de Evaluación- que en el numeral 11 del pliego –fl. 6-, se relacionaron los documentos que debían acompañar las ofertas, y entre ellos se encontraban los “estados financieros” debidamente suscritos por un contador público, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 11 la Ley 43 de 1990, solamente los contadores pueden “expresar dictamen profesional e independiente o emitir certificaciones sobre balances generales y otros estados financieros” –fl. 80, cdno. 1-.

Concluyó que la oferta del Ingeniero Germán Eduardo Zea Gómez –parte demandante en este proceso-, no cumplió la exigencia del pliego, porque presentó los estados financieros suscritos por un economista, razón por la que se rechazó la oferta. En el mismo sentido, el Comité precisó que la sociedad Ingeniar Ltda. tampoco atendió esta exigencia, porque sus estados financieros tampoco fueron certificados por un contador.

De otra parte, el Comité concluyó que en el adenda No. 1, ítem 2, se estipuló que: “El proponente deberá **demostrar**, que posee o cuenta con disponibilidad para la ejecución de las obras con el siguiente equipo: Mezcladoras (4), Vibrador, Vibro compactador, Carro tanque, **Volqueta**”, y que a folio 1, numeral 29, del pliego, se indicó que en la evaluación se advertiría el cumplimiento del equipo mínimo requerido. En este sentido, concluyó que la propuesta de la sociedad Isaac y Duran Ltda. se rechazaría, porque aun cuando precisó que contaba con 5 volquetas alquiladas, en perfecto estado de funcionamiento, no acreditó este hecho.

Señaló que la oferta de la sociedad Construcaribe y Cia Ltda. incumplió el pliego, porque allí se ordenó -para acreditar la observancia de los requisitos de elegibilidad- que los proponentes

suministrarían una autorización para solicitar referencias bancarias, exigencia sustancial porque se dirigía a indagar por la capacidad financiera de los proponentes, lo que no cumplió la proponente.

Finalmente, se concedieron 5 días hábiles para que los proponentes presentaran las observaciones que estimaran pertinentes en contra del informe de evaluación.

e. El 24 de diciembre de 1998 la entidad profirió la Resolución No. 4232, por medio de la cual declaró desierta la Licitación Pública No. GP-001-98. Señaló que con fundamento en el examen realizado por el Comité Evaluador, se concluyó que ninguna oferta se ajustó al pliego de condiciones. Asimismo, se resolvieron las objeciones presentadas por algunos proponentes, en el siguiente orden:

i) En primer lugar, las certificaciones que acompañaron las observaciones de Hernán Fonseca Garrido y del Consorcio Luis Narváez R. –Carlos Caez –Sergio Torres Reatiga, y que pretendían aclarar o modificar los registros de proponentes anexos a las ofertas iniciales, contradecían el numeral 29 del pliego, porque tales documentos debían ser aportados con la presentación de la oferta, momento en el que se concluyó que Sergio Torres Reatiga no renovó su registro a la fecha de cierre de la licitación. No obstante, a continuación reconoció que las observaciones presentadas por Hernán Fonseca y la Unión Temporal, Construcciones Hilsaca - Movicon S.A., tenían razón al señalar que actualizaron el RUP conforme al Decreto 92 de 1998.

Respecto a las objeciones que presentó el ahora demandante, el municipio insistió en que era obligatorio aportar los estados financieros suscritos por un contador público, aun cuando el pliego no lo dijo expresamente, porque lo exige la Ley 43 de 1990. En el mismo sentido, afirmó que “[e]l requisito de los estados financieros, auditados, complementados con la exigencia de que los oferentes informen sobre sus cuentas bancarias y autoricen todas las solicitudes de información que al respecto considere conveniente la entidad contratante, no es una simple formalidad, al contrario es una de las exigencias más sustanciales que se le hacen al oferente, porque ella está encaminada a despejar cualquier duda sobre la capacidad financiera actual del que podría ser el futuro contratista...”.

A continuación, la entidad ratificó que los estados financieros contenidos en la propuesta de la firma Ingeniar Ltda. no estaban avalados por ningún profesional, y que la sociedad Construcaribe Ltda. omitió, en su oferta, la autorización para solicitar referencias bancarias.

De otro lado, le concedió la razón a la sociedad Isaac y Durán Ltda., porque en el registro de proponentes se hizo una relación del equipo con que contaba. También resolvió los señalamientos técnicos formulados a las observaciones de los proponentes, y declaró fundadas las siguientes: i) **Ingeniar Ltda.:** no presentó la garantía como lo estableció el pliego, omitió la autorización para solicitar referencias bancarias, no relacionó el vibrador de concreto –equipo mínimo requerido-, modificó el ítem 4 “base en material seleccionado” presentando otro, denominado “material seleccionado”, y al hacer el análisis unitario no consideró los componentes de este ítem, establecido en las especificaciones técnicas.

ii) **Construcaribe Ltda.:** presentó las mismas inconsistencias de la sociedad Ingeniar Ltda., y además, acreditó aportó un arrendamiento que no estaba a su nombre.

iii) **Isaac y Duran Ltda.:** Se advirtió que: a) como pavimento de 4.000 PSI -exigido en el pliego de condiciones- presentó un concreto 1:2:2. “fabricando así un producto que en obra puede dar o no la resistencia dependiendo del tipo de materiales que se utilice; dando de esta manera mayor

importancia a la dosificación de la mezcla y no responsabilizándose por la resistencia final del pavimento” –fl. 22, cdno. 1-, y que b) en el formato No. 1 modificó la denominación del ítem pavimento y en el mismo cuadro no colocó los costos directos sino el total. c) Además, al hacer el análisis de “los precios unitarios y de la base material seleccionado” –fl. 22, cdno. 1- no modificó las cantidades que se exigieron en las especificaciones técnicas, porque no utilizó lo requerido, que era una capa de base de grava y/o piedra china con material cementante –recebo seleccionado- y material arenoso –material de Yati- en proporción 1:1.

iv) **Consorcio Luis Narváez R. - Carlos Caez - Sergio Torres Reatiga:** a) en la cláusula segunda del documento de constitución del consorcio se estableció que en caso de adjudicación éste se comprometía en forma conjunta a presentar la licitación, celebrar y ejecutar el contrato en las condiciones exigidas por el departamento de Atlántico, que no hizo parte del proceso de selección controvertido. Asimismo, b) en el programa de inversión se incluyó la colocación de acero del bordillo un mes después de empezar la construcción del pavimento, no obstante, éste debe ser anclado anticipadamente-, c) también presentó el valor del acero de 4.000 PSI de \$2.000, cifra que no coincidió con la establecida en los análisis unitarios, toda vez que allí le asignó un valor de \$0.01.

Igualmente, afirmó que la base material seleccionada no cumplió los requisitos técnicos de los numerales 1.5 y 4.5 del pliego de condiciones, pues no determinó sus componentes, en este orden, no incluyó la capa de grava ni la combinación del material cementante –recebo seleccionado- con el material arenoso –material de Yati- en proporción 1:1.

v) **Hernán Fonseca Garrido:** No cumplió las especificaciones técnicas requeridas en el pliego de condiciones, al hacer el análisis unitario en la base material seleccionado, porque no incluyó todos sus componentes.

Asimismo, el municipio concluyó que el pliego de condiciones exigió tres clases de materiales para la base: una capa de grava y/o piedra triturada extendida y compactada para soporte del pavimento en espesor compactado de 30 cm y una combinación en proporción 1:1 de material cementante –recebo seleccionado- y material arenoso –material de Yati-, exigencia que no correspondió al cuadro de cantidades de obras, situación que debía interpretarse en forma restrictiva conforme a la siguiente estipulación contenida en el volumen II, numeral 1.5: “El contratista no aprovechará ningún error u omisión en las especificaciones suministrada (sic)”

También afirmó que los oferentes no manifestaron en el proceso la falta de correspondencia entre las especificaciones y el formato de cantidades, que por el contrario aprovecharon el error para su beneficio, a excepción del demandante, quien ofreció la capa de grava de acuerdo a las especificaciones, pero quien omitió la dosificación 1:1 del material cementante –recebo seleccionado- y material arenoso –material de Yati-.

En este sentido, concluyó que la conducta de los proponentes pasó por alto la estipulación contenida en el último párrafo del numeral 1.5., volumen II, del pliego de condiciones: “Es entendido que los planos y especificaciones se complementan mutuamente, de tal manera que cualquier cosa que muestren los planos pero que no muestran las especificaciones o viceversa, se tomará como especificada y mostrada en ambas. En caso de discrepancias entre las especificaciones y los planos el contratista deberá consultar por escrito, pero primordialmente regirá las especificaciones”.

Finalmente, se le concedió la razón al Ingeniero Zea Gómez –demandante en este proceso-, quien

le formuló observaciones a todos los oferentes por el aspecto técnico en mención, comoquiera que no se pueden adoptar, por parte de los evaluadores ni del “adjudicatario”, comportamientos discriminatorios, “porque con el (sic) se beneficiarían unos licitadores en perjuicio de los demás...” –fl. 24, cdno. 1-. En este sentido, aseguró que el aspecto en cuestión era de tal importancia que por sí sólo constituyó la médula de la decisión.

3. El caso concreto

De acuerdo con lo probado en el proceso, fueron dos razones las que invocó el municipio para justificar el rechazo de la oferta de la parte demandante -Ingeniero Germán Eduardo Zea Gómez- : i) que los estados financieros aportados con la oferta no los firmó un contador público, exigencia que a pesar de no estar expresamente contenida en el pliego de condiciones se entendía incluida, porque la estableció la Ley 43 de 1990, y ii) que la Resolución No. 4332 de 1998 estableció que aun cuando el demandante fue el único oferente que no incurrió en error sobre las cantidades de obra y sus especificaciones -falta de correspondencia entre las especificaciones técnicas de la obra y el formato de cantidades de obra-, en todo caso omitió la dosificación 1:1 del material cementante –recebo seleccionado- y material arenoso –material de Yati-.

3.1. La evaluación de las ofertas en la Ley 80 de 1993

a) La evaluación de ofertas, y el régimen jurídico de la subsanabilidad de requisitos.

Uno de los aspectos más sensibles de los procesos de selección de contratistas es la evaluación de las ofertas, y dentro de ella la calificación del cumplimiento de los requisitos que exigen los pliegos de condiciones, la ley y los reglamentos. No cabe duda de que a la entidad estatal que dirige el proceso administrativo es a quien le corresponde adoptar esa decisión, en primera instancia; la cual puede ser controvertida por los proponentes –a través de sus observaciones contra el informe de evaluación

-, para que de nuevo la administración estudie el tema; y finalmente es eventual la posibilidad de que intervenga el juez para controlar los actos de la administración donde adopta esas decisiones, como sucede en el caso sub iudice, donde el demandante, que fue participante de un proceso de licitación, acudió a esta jurisdicción para buscar lo que considera es la corrección de las decisiones adoptadas.

Pero para comprender íntegramente el tema sometido a juicio de la Corporación, se analizarán dos aspectos básicos: i) el régimen jurídico de la evaluación de las ofertas en la ley de contratación estatal, y ii) en especial, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las mismas.

Como punto de partida, la Sala recuerda que en el tema propuesto se presentó una ruptura ideológica entre los estatutos contractuales anteriores a la Ley 80 de 1993 (Decreto-ley 150 de 1976 y Decreto-ley 222 de 1983) y el régimen que impuso ésta. La diferencia consistió en que antes de 1993 era muy limitada la posibilidad que se concedía a los proponentes para “subsanar” los errores en que incurrían, para satisfacer las exigencias previstas en las leyes, decretos y sobre todo en el pliego de condiciones, porque en esa época prevaleció la cultura del formalismo procedimental, que sacrificó lo esencial o sustancial de las ofertas por lo procedimental.

Esta ideología jurídica condujo a que las entidades rechazaran las ofertas, indiscriminada e injustificadamente, que no cumplieran algunos requisitos establecidos en el pliego de condiciones y el resto del ordenamiento, bien porque se trataba de requisitos esenciales del negocio o bien de formalismos insustanciales, de esos que no agregaban valor a los ofrecimientos hechos. Por esto,

se desestimaban propuestas aduciendo que ofrecían: especificaciones técnicas diferentes a las exigidas en el pliego, porque condicionaban la oferta, no acreditaban la capacidad para contratar, etc., lo que era razonable; no obstante, también se rechazaban por no aportar el índice de los documentos entregados, o una o más copias junto con el original, o por no aportar los documentos en el “orden” exigido por la entidad, etc. De esta manera, sucedió que muchas ofertas técnicas y económicas extraordinarias fueron rechazadas por obviar exigencias sustanciales del negocio; pero también por no cumplir aspectos adjetivos, que en nada incidían en la comparación de las ofertas y en general en el negocio jurídico potencial.

Con el advenimiento de la Constitución de 1991 se irradió a lo largo y ancho del sistema jurídico, incluido el administrativo, un nuevo valor para las actuaciones judiciales y administrativas. En particular, el art. 228 estableció que en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial sobre el procedimental, y el art. 209 incorporó principios más versátiles y eficientes para el ejercicio de la función administrativa

. Esto, y otros cambios propios de la gerencia de lo público –es decir, de sus entidades–, transformaron la perspectiva y la mirada del derecho, en cuanto a la aproximación a los problemas jurídicos y a su solución, y también en el abordaje de las tensiones entre los derechos y las actuaciones del Estado.

Concretamente, en 1993, con la expedición de la Ley 80, en materia contractual, se incorporó esta filosofía a la normativa de los negocios jurídicos del Estado. De manera declarada, en franca oposición a la cultura jurídica formalista que antes aplicaba la administración pública a los procesos de selección de contratistas, que sacrificaron las ofertas so pretexto de hacer prevalecer una legalidad insulsa -no la legalidad sustancial y protectora de los derechos y las garantías-, la nueva normativa incorporó un valor diferente, incluso bajo la forma de principio del derecho contractual, que debía invertir o reversar la lógica que regía los procesos de contratación. En virtud de ese nuevo pensamiento rector de los procedimientos administrativos, en adelante las ofertas no podrían desestimarse por irregularidades, insuficiencias o incumplimientos frívolos y triviales, en relación con las exigencias que hiciera el ordenamiento jurídico y sobre todo el pliego de condiciones para cada proceso de contratación. Finalmente, tres normas, que se deben armonizar, expresaron la moderna filosofía:

i) El numeral 15 del artículo 25, centro de gravedad de la nueva lógica de los procesos de selección, que contiene el principio de la economía, dispuso que:

“15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.”

Al amparo de esta disposición, la principal de las normas que se refieren al tema, las entidades públicas ya no podían rechazar ofertas por aspectos puramente formales, en palabras de la Ley: por requisitos **“no necesarios para la comparación de propuestas”**. **La nueva filosofía del derecho constitucional, recibida ahora como filosofía del derecho contractual, dispuso con total claridad que las ofertas incompletas -por falta de requisitos o documentos- no se rechazarán automáticamente por cualquier tipo de deficiencia; es necesario que la entidad**

estatal pondere la decisión alrededor de un concepto jurídico indeterminado, que la conducirá a la decisión correcta: le corresponde valorar si lo que falta es “necesario para la comparación de propuestas”, si concluye que es indispensable debe rechazarla, pero si no lo es debe concederle al proponente la oportunidad de subsanarla, para luego admitirla y evaluarla.

ii) Más adelante, el art. 30.7 retomó el tema, para agregar elementos de valoración sobre la subsanabilidad de las ofertas. Expresó que durante el lapso en que la administración las evalúa, debe pedirle al oferente que **“aclare” y “explique” lo que necesite esclarecimiento.**

“7o. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar 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.” (Negrillas fuera de texto)

De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo in limine de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad **solicitará “a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare.**

De esta manera, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse- violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley.

En conclusión, que las ofertas se pueden corregir y aclarar lo confirma el art. 30.7 de la Ley 80. Si no se pudiera, ¿para qué “solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, si lo que respondieran no se pudiera tener en cuenta?

iii) El artículo 30, numeral 8, de la misma Ley 80, también se refirió al mismo tema, porque reguló parte de la etapa de evaluación de las ofertas en los procesos de licitación pública, y señaló que esa actividad se **efectuará conforme a las siguientes reglas:**

“8. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) 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.”

La etapa de “observaciones al informe de evaluación” corresponde al momento posterior a la primera evaluación de las propuestas que realiza la entidad. La parte final de la disposición transcrita la entendieron muchos con un doble sentido, de ahí parte de los problemas: i) para algunos significó que como no es posible completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, entonces las entidades no podían recibir documentos adicionales que explicaran sus insuficiencias, pues claramente se trasgredía esta norma; ii) para otros la comprensión debía

hacerse de conformidad con el art. 25.15 citado, armonizándolos, es decir, que durante el término que existe para presentar observaciones al informe de evaluación sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas, pero en los aspectos que permite el art. 25.15, y no en los aspectos que prohíbe.

Para la Sala la segunda solución es la correcta, porque si el art. 30.8 se aísla para leerlo, significaría que si falta, por ejemplo, una copia de la propuesta, entonces no se podía pedirla al oferente para que subsanara el requisito, porque al aportarla necesariamente completaría o adicionaría lo que no estaba. De admitir este entendimiento surgiría, de un lado, una contradicción lógica grave, profunda e irreconciliable, entre los artículos 25.15 y 30.7 con el art. 30.8; y del otro lado, si las reglas hermenéuticas permiten entender todas las normas en su propio contexto, conservando la filosofía que inspiró el cambio de la regulación sobre la subsanabilidad de ofertas, se debe optar por ese entendimiento. Además, el art. 25.15 contiene un principio general del derecho administrativo –el principio de economía–, mientras que el art. 30.8 contiene una regla específica de aplicación en la licitación, así que el orden en que se interpretan y la coherencia que hay que hallar entre ellos indica que la regla debe entenderse conforme al principio, pues éste inspira su alcance e indica la mejor forma de aplicarla.

En conclusión, pese a que la aceptación de la nueva filosofía de la evaluación de las ofertas no fue fácil, por la fuerte tradición que se arraigó en la entrañas de la administración, los operadores del derecho administrativo contractual entendieron, finalmente, que no cualquier omisión en que incurriera el proponente justificaba el rechazo automático de la oferta; en su lugar, había que ponderar si lo omitido “era o no necesario para la comparación de las propuestas”.

No obstante, esa expresión es demasiado amplia, general, vaga e imprecisa –se trata de un típico concepto jurídico indeterminado–, de ahí que si bien la nueva constitución y la nueva legislación contractual avanzaron en la solución de los problemas del pasado, en todo caso aún se carecía de certeza y objetividad sobre el significado de esa expresión, de manera que en cada entidad estatal, y para cada proceso de contratación, se debió calificar qué repercusión tenía.

Durante muchos años estas tres disposiciones apoyaron en la administración la toma de las decisiones de cada evaluación de ofertas en cada proceso de selección; no obstante, frente a la ambigüedad parcial que pese a todo subsistió, pues algunas entidades aún calificaron ciertos requisitos insustanciales como “necesarios para la comparación de las ofertas” –por tanto, rechazaron propuestas porque, por ejemplo, no estaban ordenados los documentos o no estaban numeradas las hojas, como lo exigía el pliego de condicione–

–, la Ley 1150 de 2007 –catorce años después– reasumió el tema, para aclararlo más, darle el orden “definitivo” y también algo de previsibilidad, en todo caso con la intención de conservar y profundizar la solución anti-formalista que introdujo la Ley 80, es decir, para asegurar más y mejor la solución sustancialista a los problemas de incompletitud de las ofertas. La nueva norma dispuso, en el art. 5, parágrafo 1, que:

“Art. 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

(...)

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

El nuevo criterio derogó el inciso segundo del art. 25.15, y lo reemplazó por esta otra disposición, que conservó, en esencia, lo que aquél decía, pero lo explicó, añadiendo un texto que lo aclara, para garantizar que su entendimiento fuera generalizado y uniforme. Por esto declaró que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son: “todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación...”.

En adelante, el criterio de diferenciación entre los requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto, “aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas”; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables “... **todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje**”, los que “... **podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.**”

Como es apenas comprensible, a partir de la Ley 1150 de 2007 el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad y la libertad de comprensión que tuvo la administración en vigencia del art. 25.15 de la Ley 80, para establecer qué o cuáles exigencias eran necesarias para comparar las ofertas. Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que “asignan puntaje”, de allí que si en un procesos de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir - ¡debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás.

A partir de esta norma resulta sencillo concluir, por ejemplo: que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje. Si se permitiera enmendar lo que asigna puntaje sería fácil para el proponente defraudar a los demás participantes en la licitación, ofreciendo un dato irrisorio, porque para ese instante conoce los valores ofrecidos por sus competidores. En tal evento, es seguro que obtendría el máximo puntaje en el ítem o aspecto omitido, y es bastante probable que ganaría la licitación.

No obstante la claridad que ofrece esta norma, se insiste: porque redujo la discrecionalidad que tenía la administración de definir, en cada caso, qué aspectos de la oferta eran subsanables, atendiendo a la necesidad de ellos para compararlas; por introducir un criterio objetivo: no es subsanable lo que otorgue puntaje, lo demás sí; al poco tiempo el Gobierno reglamentó la Ley 1150, y señaló, en el art. 10 del Decreto 066 de 200

, que en ejercicio de esta facultad –la de subsanar ofertas- no era posible “... permitir que se

subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.”

Esta norma introdujo una gran contrariedad, y por ende provocó un gran debate de legalidad entre los operadores jurídicos de la contratación, porque mientras la Ley 1150 exigió subsanar cualquier defecto o insuficiencia de una oferta, con la condición de que el defecto no asignara puntaje; el reglamento introdujo una limitación a la subsanabilidad de algunos de esos defectos, relacionada con dos criterios nuevos: i) falta de capacidad y ii) ocurrencia de circunstancias después de presentadas las oferta

. Esto significó que a pesar de que los defectos o falencias observadas de una oferta no asignaban puntaje, no se podían corregir o cumplir -es decir, no eran subsanables-, si se trataba de alguna de las dos circunstancias prohibidas por el decreto –tres circunstancias contando la ausencia de póliza de seriedad-.

En este escenario, los administradores debieron estimar que hasta tanto el Consejo de Estado no anulara o suspendiera esa disposición –lo que, por cierto, no sucedió, porque la norma no se demandó-, las entidad públicas y los oferentes la debieron presumir legal, es decir ajustada a derecho, y por tanto la aplicaron obedientemente, porque en Colombia la excepción de ilegalidad no la pueden aplicar la administración ni los particulares; salvo el juez administrativ

.

Poco tiempo después, la misma norma la reprodujo el Decreto reglamentario 2474 de 2008 –que derogó al Decreto 066 de 200

-. Dispuso el art. 10, de manera idéntica, que las entidades estatales tampoco pueden: “... permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.” La garantía de seriedad de la oferta conservó el mismo tratamiento expresado al pie de página pertinente.

A su vez, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 734 de 201

, que sobre el mismo tema dispuso que la entidad tampoco podía: “... permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta.” La garantía de seriedad de la oferta conservó el mismo tratamiento expresado al pie de página pertinente, pero ahora en el artículo 5.1.7.1. del Decreto 734.

Hasta este año los tres decretos –más el 4828 de 2008- conservaron el problema jurídico comentado: la contradicción parcial entre ellos y el art. 5 de la Ley 1150, puesto que tergiversaron buena parte de la regla que estableció la ley, porque mientras ésta permitió subsanar todos los defectos que no asignaran puntaje, sin importar el momento del procedimiento contractual en que se haga -incluso la norma dispone que hasta la adjudicació–

-; los reglamentos impidieron subsanar muchos requisitos que no asignaban puntos, porque se referían a la capacidad para contratar o porque se trataba de requisitos cumplidos después de presentadas las ofertas. Así se crearon dos sub-reglas –tres con la norma sobre la

insubsanabilidad de la ausencia de póliza de seriedad-, autónomas, separadas de la ley, por tanto no ajustadas a ella.

Finalmente, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 1510 de 2013, que a diferencia de los anteriores no reprodujo la norma que se viene citando. Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente.

En la sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera –exp. 36.054- expresó sobre la evaluación de las ofertas y los requisitos subsanables, en el mismo sentido que se comenta, que: “La ley señala principalmente como requisitos habilitantes la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y las condiciones de organización. Estos factores no se pueden evaluar con puntos, sino con el criterio admisión/rechazo. Estas exigencias, vienen a constituir así, mínimos que cualquier sujeto interesado en ser proponente debe cumplir.

“A la lógica anterior obedece el contenido del parágrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, **no necesarios para la comparación de las propuestas** no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”. Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, “ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”

Para bien del principio de legalidad, del derecho a acceder a los contratos estatales, del derecho a participar en las contrataciones públicas, y de los principios de economía, eficiencia y eficacia de la gestión administrativa, desaparecieron los dos criterios de insubsanabilidad que crearon los primeros tres decretos reglamentarios; en adelante regirá uno solo, el legal -como siempre debió ser-: defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas –usualmente indicado en los pliegos de condiciones-, sin exceder del día de la adjudicación.

b) Necesidad de contar con la firma de un contador público que avale los estados financieros de una empresa.

Precisada la normativa en torno a la cual se enmarca la problemática jurídica que propone la parte actora en su recurso de apelación, la Sala analizará la primera razón por la cual el municipio de Magangué rechazó la oferta del demandante en el proceso de licitación pública: falta de firma de un contador de los estados financieros aportados con la propuesta.

La obligación de aportar los estados financieros es una exigencia que nadie discute en este proceso, ni siquiera la parte demandante; la diferencia de criterio radica en si un profesional de la contaduría los debió firmar o no. El municipio considera que sí, porque la Ley 43 de 1990 lo exige; el demandante considera que no, porque el pliego de condiciones no lo impuso expresamente.

Para resolver esta discrepancia la Sala examinará la regulación del tema, empezando por la Ley 43 de 1990, “Por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones”, que estableció, en los arts. 11 y 13, lo siguiente:

“Art. 11. Es función privativa del Contador Público expresar dictamen profesional e independiente o emitir certificaciones sobre balances generales y otros estados financieros.

“Art. 13. Además de lo exigido por las Leyes anteriores, se requiere tener la calidad de Contador Público en los siguientes casos:

“2. Por la razón de la naturaleza del asunto.

“e) Para certificar y dictaminar sobre los balances generales y otros estados financieros y atestar documentos contables que deban presentar los proponentes a intervenir en licitaciones públicas, abiertas por instituciones o entidades de creación legal, cuando el monto de la licitación sea superior al equivalente a dos mil salarios mínimos.” (Negrillas fuera de texto)

Esta norma es clara en establecer tres exigencias: i) que sólo los contadores públicos certifican o dictaminan estados financieros, ii) que este requisito es obligatorio en las licitaciones públicas, y iii) en todo caso, el presupuesto oficial de la licitación debe ser superior a 2.000 SMLMV; de ser inferior, aunque se trate de una licitación, no lo requiere. En el caso concreto, en el año en que se adelantó el proceso de licitación su monto ascendía a 3.185 SMLMV, de manera que el requisito aplicaba.

Posteriormente, esta ley fue desarrollada por el Decreto 2694 de 2003, “Por el cual se reglamenta la Contabilidad en General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia.

Luego, la Ley 222 de 1995 también reguló algunos aspectos relativos los estados financieros de las sociedades, que esencialmente coinciden con lo establecido hasta ese momento.

Al amparo de estas normas se concluye que es necesario aportar los estados financieros junto con la oferta que se presenta en una licitación –cuando la entidad los exige para compararlas-, y además deben estar suscritos por un contador público si la licitación excede de 2000 SMLMV. Esta idea ha sido reiterada en diferentes conceptos proferidos por el Consejo Técnico de Contaduría Pública, que tienen como referente la Ley 43 de 1990 y el Decreto 2649 de 1993.

Para empezar, vale la pena determinar las condiciones para que en una licitación pública se exijan estados financieros suscritos por un profesional de la contaduría. Para ello es necesario acudir a lo que establece el literal e) numeral 2 del artículo 13 de la Ley 43 de 1990, a la que se refirió el Consejo Técnico en el concepto No. 020 de 2002:

“El artículo 13 de la ley 43 de 1990, expresa los casos en los que se requiere la calidad de Contador Público, en razón de la naturaleza del asunto, en el numeral 2º literal e: 'Para certificar y dictaminar sobre Balances Generales y otros Estados Financieros y atestar documentos contables que deban presentar los proponentes a intervenir en licitaciones públicas, abiertas por instituciones o entidades de creación legal, cuando el monto de la licitación sea superior o equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos' ”

En estos términos, es determinante que el contador público suscriba los estados financieros

cuando el presupuesto de la licitación pública excede 2.000 salarios mínimos, porque este profesional es quien tiene la idoneidad y pericia que avala la contabilidad de una sociedad. Asimismo, el concepto precisó que la falta de firma del contador es un problema de fondo, que afecta la elección del contratista:

“Por otro lado, haciendo una interpretación exegética de la norma (literal e), numeral 2 del artículo (sic) 13 de la Ley 43 de 1990), estarían obligados a certificar y dictaminar sus estados financieros todos los proponentes, si el contrato tiene una cuantía superior a dos mil (2.000) salarios mínimos, en razón a la naturaleza del asunto, o cuando el pliego lo exige. En consecuencia, el hecho de no dictaminar los estados financieros cuando los términos de referencia de la licitación lo requieren, en concepto de este Consejo, se constituye en un problema de fondo.”

En el concepto No. 212, de diciembre 28 de 1998, El Consejo Técnico reiteró que cuando se trata de la participación de una sociedad en una licitación pública, los estados financieros –certificados o dictaminados- necesariamente deben estar suscritos por un profesional de la contaduría. Ahora, para mayor claridad cabe precisar que los estados financieros pueden ser, genéricamente, de dos clases: i) certificados y ii) dictaminados. Esta distinción también procede de los artículos 34 a 43 de la Ley 222 de 1995, y se desarrollaron en el concepto No. 258, del 14 de diciembre de 1999, donde se concluyó:

“La Ley 222 de 1995 en sus artículos 34 a 43, introdujo importantes modificaciones a las normas que sobre estados financieros trae el Decreto 2649 de 1993. Es por ello que en lo relacionado con certificaciones y dictámenes de estados financieros se hace imprescindible recurrir a la Ley 222 para resolver cualquier inquietud relacionada con estados financieros de la índole a que venimos refiriéndonos.

“En primer lugar es preciso tener en cuenta que el artículo 37 de la aludida Ley 222, expresa: 'El representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposición de los asociados o de terceros. La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros'.

“De otro lado el artículo 38 de la ya aludida Ley, refiriéndose a los estados financieros dictaminados, expresa: 'Son dictaminados aquellos estados financieros certificados que se acompañen de la opinión profesional del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas...'. ”

En los tres eventos, es decir, tratándose de estados financieros certificados, dictaminados o certificados y dictaminados, se requiere acompañarlos del aval de un contador público. En efecto, el concepto No. 020 de 2002 también distingue las clases de estados financieros, y arribó a la misma conclusión, es decir, que en uno y otro evento el contador público es el profesional idóneo y competente para avalar tales documentos:

“En relación con lo anterior, los 'estados financieros certificados' son los que, suscritos por el representante legal y el Contador Público, bajo cuya responsabilidad se prepararon, para ser puestos en conocimiento de los asociados o terceros, contienen la 'certificación' de ser reflejo fiel de los libros y de haber sido objeto de previa comprobación, según el reglamento. Sobre esta

base, los 'estados financieros dictaminados' son aquellos estados financieros certificados que, por haber sido objeto de la verificación del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiera confrontado, cuentan, de acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas y las obligaciones propias del revisor fiscal, con el correspondiente concepto o dictamen. Dichos estados deben estar suscritos por los citados profesionales. Pero, puesto que la razón de ser de las intervenciones de estos profesionales, por lo menos en relación con los estados financieros, es la manifestación de un concepto de auditoría, no basta que puedan suscribirlos, sino que es menester que, sin perjuicio de las manifestaciones mínimas a que los obliga el ordenamiento jurídico, tengan también el derecho de exponer libremente lo que a bien tengan sobre la razonabilidad de los instrumentos examinados, según sus apreciaciones éticas y sus propias capacidades como expertos en la materia...”

Nótese, de acuerdo con lo expuesto por el Consejo Técnico, que para avalar los estados financieros no basta la firma del profesional de la contaduría, por el contrario, incluso éste goza de libertad para exponer las consideraciones que merezca su expedición.

Además, en el concepto No. 002 de 2003, el Consejo destacó la importancia de que los contadores suscriban los estados financieros, porque se trata de documentos que revisten un valor probatorio significativo, en virtud de los cuales se determina el estado de cuentas de una sociedad:

“Conviene recordar que los Estados Financieros junto con sus notas cuando están debidamente certificados como lo estatuye el artículo 37 de la Ley 222 de 1995 en concordancia con el artículo 57 del Decreto antes mencionado, gozan de la presunción de autenticidad amparada por el artículo 39 de la citada Ley 222 de 1995. Ello quiere decir que en cualquier circunstancia y salvo prueba en contrario (que debe ser determinada por la autoridad competente), dichos estados son plena prueba y constituyen el único medio para evaluar la situación financiera de un ente económico. De ahí la importancia de que se ajusten a los principios de contabilidad generalmente aceptados y, en caso de alguna desviación respecto de éstos, se corrijan con base en las normas existentes, entre ellas las consagradas en el artículo 106 del Decreto 2649 de 1993.”

Finalmente, el Consejo se pronunció sobre la validez de los estados financieros, en el concepto del 21 de marzo de 2012. Concluyó que no tiene validez si no están avalados por un contador y por el respectivo representante legal de la sociedad, porque desconocen los principios del Decreto 2649 de 1993 y de la Ley 222 de 1995:

“... [D]ado que los estados financieros deben ser certificados por el representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad está la preparación y presentación de los mismo, y que en el caso objeto de su consulta fueron firmados por una persona que no tiene el título profesional como contador público, dichos estados financieros así como su dictamen no tiene validez en la medida en que fueron presentados sin cumplir con los requisitos establecidos en el Decreto 2649 de 1993 y 222 de 1995.”

En conclusión, los estados financieros suscritos por un contador deben cumplir las exigencias a que se refieren las normas citadas, para que tengan valor probatorio pleno en un proceso de licitación pública.

c) Incidencia sobre el caso concreto del análisis realizado: consecuencias de la ausencia de firma del contador en los estados financieros de la oferta del demandante.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala encuentra que tenía razón la entidad estatal en no

aceptar la acreditación de los estados financieros del proponente Germán Eduardo Zea Gómez, por no estar suscritos por un contador público, pues estableciendo la ley la obligación de que este requisito cumpla esta formalidad, mal podría restársele importancia y valor a su ausencia.

Por esto, tuvo razón el municipio en exigir que los estados financieros estuvieran suscritos por el contador, a pesar de que el pliego de condiciones de la licitación no lo estableció expresamente - sólo expresó que se debían aportar, sin más especificaciones (fl. 180, cdno. 1)-, porque no es admisible lo que plantea el demandante: que sólo si el pliego de condiciones lo establece la entidad podrá exigirlo. Este entendimiento es inaceptable, porque si la ley consagra esa obligación, mal podría subordinarse su vigencia a que un acto administrativo general -como lo es el pliego de condiciones-, lo reproduzca para que tenga efectos. Por el contrario, los requisitos previstos en las leyes o en los reglamentos rigen de manera autónoma, y el pliego de condiciones y los interesados sencillamente debe admitirlos tal como están regulados.

Claro está -quién lo niega- que sería muy útil para quienes participan en los procesos de selección de contratistas que el pliego esclarezca muy bien todos y cada uno de los requisitos de participación, para evitar errores y pérdida de tiempo y esfuerzos. Sin embargo, de esta verdad pragmática no se sigue que sólo si el pliego los incorpora, incluso los requisitos de origen legal, entonces serán exigibles.

Desde este punto de vista, todo conduciría a confirmar que fue correcta la decisión del municipio de rechazar la oferta del demandante; sino fuera porque la omisión que se echó de menos era de aquella consideradas como subsanable, porque en la época en que se realizó la licitación pública –septiembre de 1998- la regla de subsanabilidad vigente –art. 25.15 de la Ley 80 de 1993- dispuso que:

“15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.”

De esta manera, el municipio no podía rechazar la oferta por aspectos puramente formales; en palabras de la Ley, por la ausencia de requisitos “no necesarios para la comparación de propuestas”, como en este caso fue la firma del contador sobre los estados financieros. Además, téngase en cuenta que este documento ni siquiera era evaluable en esa licitación, porque los factores empleados –precio, programa de inversión, equipo ofrecido, experiencia y capacidad de contratación disponible (pliego de condiciones, fl. 189, cdno. 1)- no incluían la necesidad de contar con este documento.

No obstante, es claro que sí se exigió el requisito, sólo que no era necesario para evaluar las ofertas, de ahí que la Sala no entiende por qué no se concedió la oportunidad de subsanarlo, cuando era insustancial, por tanto susceptible de corregirse en caso de ausencia. Por esta razón el municipio debió aplicar el art. 30.7 de la misma ley, que exige a la entidad pública: “7. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato... señalar(á) el plazo razonable dentro del cual... deberá elaborar 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.” (Negrillas fuera de texto)

Está probado que el municipio no lo hizo, es decir, no concedió la oportunidad de corregir la oferta, debiendo hacerlo, y por tratarse de un requisito elemental, muy simple de corregir, la Sala entiende que esa pérdida de oportunidad para corregir la propuesta se habría satisfecho fácil y efectivamente, en atención a dos consideraciones que facilitan ponderar este criterio: i) lo elemental del requisito que faltaba, así que era muy fácil corregirlo; y ii) el estímulo o motivación elevada que tenía el proponente en esa licitación, porque a juzgar por las ofertas rechazadas, él sólo necesitaba ajustar la firma de sus estados financieros al requisito de la Ley 43 para aspirar a obtener, con cierta seguridad, la adjudicación.

Estas razones son suficientes para que la Sala entienda que al negarse la oportunidad de corrección, el proponente habría satisfecho el requisito echado de menos por la administración, y por esta razón fue errada la decisión del municipio, así que se anulará este aspecto del acto administrativo demandado, toda vez que no se ajustó a la ley de contratación estatal.

No obstante, para establecer si son o no correctas las demás razones que expuso el municipio para rechazar la oferta del demandante –omisión de la dosificación 1:1 del material cementante (recebo seleccionado) y material arenoso (material de Yati)-, se tiene que estudiar el otro aspecto no satisfecho por el oferente, lo que se analizará a continuación.

3.2. Presunta omisión del oferente en la “dosificación 1:1 del material cementante –recebo seleccionado- y material arenoso –material de Yati-”.

La Resolución demandada estableció, a folio 23 del cuaderno 1, que en el ítem 4 de las especificaciones, numeral 4.5, se exigieron tres clases de materiales para la construir la “base”:

“Una carga de grava y/o piedra triturada extendida y compactada para soporte del pavimento en espesor compactado de 30 cm y una combinación en proporción 1:1 de material cementante (recebo seleccionado) y material arenoso (material de Yati) exigencia esta que no corresponde al cuadro de cantidades de obras (formato 1) del pliego de condiciones, situación que debe interpretarse de manera restrictiva conforme la siguiente estipulación contenida en el volumen II, numeral 1.5 del pliego de condiciones: 'El contratista no aprovechará ningún error u omisión en las especificaciones suministrada (sic).' ”

El acto administrativo demandado señaló, como se expuso en lo probado en el proceso, que los oferentes aprovecharon el error del pliego en beneficio propio, porque no pusieron de presente la situación que se presentó –falta de correspondencia entre las especificaciones y el formato de cantidades-, a pesar de estar obligados a ello, porque así lo estableció el último párrafo del numeral 1.5 volumen II del pliego, en los siguientes términos: “Es entendido que los planos y especificaciones se complementan mutuamente, de tal manera que cualquier cosa que muestren los planos pero que no muestras (sic) las especificaciones o viceversa, se tomará como especificada y mostrada en ambas. En caso de discrepancias entre las especificaciones y los planos el contratista deberá consultar por escrito, pero primordialmente registrará las especificaciones” –fl. 23, cdno. 1-

En el mismo sentido, aseguró que el pliego también estableció que el contratista estaba obligado a examinar cuidadosamente todas las especificaciones y a notificar prontamente al contratante sobre los errores o discrepancias que descubriera. A pesar de lo expuesto –es decir, del provecho que sacaron los oferentes de las discrepancias de las especificaciones y el cuadro de cantidades de obras- la entidad pública precisó que el único proponente que ofreció la capa grava de acuerdo a las especificaciones del pliego fue el Ingeniero Germán Zea Gómez, quien, además, en su

escrito de objeciones puso de presente el yerro de la administración. No obstante, acto seguido, la entidad afirmó:

“... es de advertir que el ingeniero ZEA omitió la dosificación 1:1 del material cementante (recebo seleccionado) y material arenoso (material de Yati).” –fl. 233-

En otros términos, a pesar de que la entidad admitió que el demandante no se aprovechó del error anterior, de todas maneras su oferta no cumplió esta exigencia técnica del pliego –que podía cumplir toda vez que las discrepancias se presentaron únicamente en el grosor de la capa de grava- porque omitió la “dosificación 1:1 del material cementante y del arenoso”.

En estos términos, entiende la Sala que para la entidad el demandante incurrió en dos falencias en la oferta, aunque a su juicio ésta se le rechazó, únicamente, por la falta de firma del contador público en los estados financieros. No obstante, no es cierto que la única razón por la que su oferta se desestimó fuera esa, porque según el municipio tampoco cumplió el aspecto técnico en mención, exigido en el pliego.

Precisamente, para que el juez acceda a la pretensión de nulidad y el posterior restablecimiento del derecho del actor, debió demostrar los defectos del acto demandado no sólo relacionados con la falta de razón de la administración cuando exigió la firma del contador público, sino que además debió acreditar que cumplió con todas las especificaciones técnicas que exigía el pliego de condiciones. Para el municipio de Magangué, el proponente Germán Zea Gómez no se ajustó a una parte de las exigencias técnicas, y por esta razón también rechazó la oferta; ahora, como la demanda no desvirtuó este aspecto del acto administrativo, entonces continúa presumiéndose legal, y por eso no se accederá a la solicitud de anulación del acto demandado, ni a la pretensión de restablecimiento del derecho.

En este horizonte, la Sala negará la pretensión de nulidad total del acto administrativo, pero accederá a decretar la nulidad parcial del mismo, y por su puesto negará la pretensión indemnizatoria. En efecto, no es posible anular totalmente el acto administrativo por dos razones: primero, porque el demandante, a pesar de que lo conoció, no demandó en su integridad los motivos del rechazo; segundo, porque no desvirtuó el otro incumplimiento del pliego, endilgado por la administración.

En conclusión, en el acto administrativo demandado no se concluyó, como erradamente lo interpretó el demandante, que él era el mejor proponente, y que sólo por la ausencia de la firma del contador se rechazó su oferta y consecuentemente se declaró desierto el proceso de selección. En realidad la entidad tuvo en cuenta dos (2) razones para rechazar la propuesta, uno de los cuales –reiteradamente se ha expuesto- no se demandó.

En este orden, si se pretendía la declaración de nulidad del acto y el restablecimiento del derecho, se debió desvirtuar la omisión en la “dosificación” del material que le endilgó el acto administrativo; como esta situación no fue objeto de análisis en la demanda ni en los medios de prueba, habrá que negar las pretensiones formuladas. Entre otras cosas, en esta etapa del proceso no es posible determinar si el actor cumplió con la exigencia técnica, porque los medios de convicción, y en especial el dictamen pericial practicado en el proceso, no permiten determinar el cumplimiento en esa dosificación de la combinación de la grava, y siendo que este no es una cuestión de derecho sino técnica, no es posible que esta Corporación determine si se trató de la inobservancia o no de aspectos técnicos de las especificaciones del contrato.

3.3. Otros cargos de ilegalidad expresados en la demanda

3.3.1. Respuesta del municipio a las observaciones presentadas por el actor contra el informe de evaluación.

Explicó el actor en su demanda que la entidad estatal no resolvió las observaciones que presentó contra el informe de evaluación de su oferta, y que el Secretario de Obras Públicas declaró desierta la licitación, mediante la Resolución No. 4232, del 24 de diciembre de 1998.

Esta causal de nulidad del proceso de licitación tampoco puede prosperar, sencillamente porque está acreditado que el municipio sí respondió las observaciones que presentó el ingeniero ZEA al informe de evaluación, al amparo del art. 30.8 de la Ley 80 de 199. En efecto, al leer la resolución demandada –No. 4232 de 1998- se advierte que el municipio respondió las observaciones presentadas por el actor, mediante comunicación dirigida a la alcaldía el 23 de noviembre de 1998 –fls. 68 a 74, cdno. 1-.

En ese acto se respondió que la falta de firma de los estados financieros sí era necesaria para evaluar la oferta, porque la Ley 43 de 1990 la exigía, aunque el pliego no fuera explícito en esto, y frente a otras observaciones presentadas contra otros proponentes, negó unas y accedió a otras. En estos términos, no es cierto que la entidad se hubiera abstenido de responder las inquietudes que formuló el ingeniero Zea Gómez contra la evaluación de las ofertas.

3.3.2. Violación al derecho a impugnar el acto que declara desierta la licitación pública.

Expresa el demandante que la Resolución -a la fecha de presentación de la demanda- no se le notificó, y que el acto administrativo tampoco contempló la procedencia de recursos, razón por la que se le vulneró el derecho a agotar la vía gubernativa.

En este aspecto, se le concederá la razón al ingeniero Zea Gómez, porque en el expediente no está demostrado que la entidad haya notificado esta resolución, siendo su obligación hacerlo, pues se trata de un acto administrativo definitivo, que puso fin a un procedimiento administrativo. En efecto, la Sala entiende que como la entidad no realizó una audiencia pública para adoptar la decisión de declarar desierta la licitación, debió notificar personalmente este acto a los no favorecidos, y sólo si esto no era posible debió hacerlo por edicto, en los términos previstos en los arts. 44 y ss. del Código Contencioso Administrativo.

Incluso, al contestar la demanda el municipio admite dos cosas, que confirman la conclusión de la Sala: i) que no notificó al decisión, porque –aseguró- no era necesario hacerlo; y ii) no admitió expresamente la procedencia de recursos contra ella –fl. 279, cdno. 1-. Por este sólo aspecto se concluye que se violaron varias normas del procedimiento contractual, que exigen notificar las decisiones definitivas a quienes participan de una actuación administrativa, como la contractual, y que la resolución dispuso expresamente que contra ella no procedían recursos, cuando es incorrecto, por la razón que pasa a exponerse.

El artículo 77 de la Ley 80 establece que: i) los vacíos de procedimiento administrativo que se encuentran en la actividad contractual se suplen con las normas de CCA., y en defecto de éste las del CPC., ii) que, como regla general, contra los actos administrativos dictados durante la actividad contractual sólo procede el recurso de reposición, y ii) como excepción a la anterior regla, contra el acto de adjudicación no proceden ningún recurso en la vía administrativ

Al amparo de esta disposición resulta obvio entender que si contra los actos administrativos particulares y definitivos, proferidos durante la actividad contractual, procede el recurso de reposición, era obvio concluir que el que declaró desierta la licitación procedía y era susceptible de ese medio de impugnación, para permitir que los participantes ejerzan el derecho de defensa frente a las explicaciones del municipio a las observaciones presentadas contra el informe de evaluación. En sentido contrario, la entidad dijo, en el Artículo segundo de la parte resolutive de la resolución 4232 de 1998, que:

“Artículo segundo: Comuníquese a os oferentes dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de expedición de la presente resolución. Contra el cual no procede ningún recurso por la vía gubernativa (Ley 80 de 1993, Artículo 30, numeral 11)” –fl. 24, cdno. 1-

Esto acredita con suficiencia el error de derecho en que incurrió la entidad, porque al amparo del art. 30.11 de la Ley 80 de 199

no es cierto que el acto que declara desierta una licitación no deba notificarse personalmente, y tampoco que no procedan recursos administrativos. Sólo dispone que contra el acto que adjudica no proceden recursos, pero al acto que declara desierta no es ese, sino su contrario.

Por lo analizado, se concluye que se violó el derecho del oferente a impugnar la declaración de desierta de la licitación, y que este vicio, que afecta el derecho al debido proceso, tiene envergadura suficiente para afectar la validez de lo decidido, por eso se anulará la resolución impugnada; decisión que tiene apoyo en otros precedentes judiciales -que se citarán extensamente por su valor para justificar la decisión del caso concreto-, por violación al derecho a impugnar los actos administrativos a través del recurso de reposición. Se trata de la sentencia de la Sección Tercera proferida el 30 de marzo de 2011 –exp. 20.917-, que expresó que el rechazo indebido del recurso de reposición presentado contra una decisión administrativa viola el derecho al debido proceso; tesis que aplica al caso concreto, donde ni siquiera se admitió la posibilidad de controvertir la decisión:

“4.2. La violación a los derechos a la defensa, a presentar pruebas y a impugnar el acto administrativo desfavorable.

“Se debe analizar otro aspecto cuestionado por el recurrente, en relación con la vulneración al debido proceso: el rechazo del recurso de reposición, por parte de INDUMIL, aduciendo que el impugnante no indicó la dirección de las oficinas de la compañía de seguros, teniendo en cuenta que el artículo 52 CCA. lo exige, y que el art. 53 del mismo estatuto establece que de no cumplirse los requisitos del artículo anterior se rechazará el recurso.

“La Sala considera, en forma coincidente con el Ministerio Público, que la decisión de INDUMIL vulneró el derecho al debido proceso, porque la resolución número 007 del 18 de enero de 1993 rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, por infringir normas legales y constitucionales a las cuales debía sujetarse. Dos argumentos apoyan este criterio.

“De un lado, la aplicación prevalente del derecho sustancial sobre el procedimental –art. 228 CP.-, que exige otorgarle preeminencia al derecho constitucional al debido proceso sobre la disposición del CCA. que establece que este requisito debe satisfacerlo el recurso, so pena de su rechazo. En efecto, una interpretación exegética, como la que adoptó la entidad, repulsa al ordenamiento jurídico, porque es desproporcionado que una simple exigencia formal dé al traste con un derecho de mayor rango, sacrificándolo injustificadamente.

(...)

“La Sala llama la atención sobre la circunstancia de que un derecho fundamental, como el debido proceso, no puede sujetarse a lecturas tan limitadas y exegéticas de la ley, porque subordinan las garantías ciudadanas mínimas a los textos legales preconstitucionales, que tuvieron un contexto restringido de creación. La realidad fundada por la Constitución Política de 1991 es mucho más rica en contenido axiológico y cuando extendió el derecho al debido proceso a todas las actuaciones administrativas se hizo necesario -para el operador jurídico- vaciar su contenido a toda la normativa administrativa, hasta alcanzar una incorporación dirigida por la nueva Carta Fundamental.

“Al producirse esa transformación se hizo evidente que la ausencia de requisitos puramente formales no podía sujetar la garantía de los derechos individuales a las formas insustanciales, y que desconocer el debido proceso equivale a violar un derecho humano, de la misma valía que tantos otros, como la vida, la libertad personal, la igualdad, la libertad de cultos, que siendo más sensibles a la protección del cuerpo y del espíritu, no admiten la menor vulneración; lógica con la que se debe observar el nuevo derecho fundamental aplicable a las actuaciones administrativas, a partir de 1991.

“En conclusión, la trasgresión de este derecho, en materia administrativa, no tiene un rango menor ni una importancia reducida en comparación con todos otros derechos humanos –con este rigor debe verse hoy en día-, cuya afectación exige de una intervención protectora inmediata, capaz de reparar o de inhibir cualquier poder que lo afecta o haya disminuido, para reparar el daño y ejemplarizar a la autoridad responsable.

“Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala encuentra que la resolución No. 249 de 1992 - impugnada por el actor mediante el recurso de reposición-, ordenó en su artículo tercero de la parte resolutive notificar a la Compañía de Seguro Generales de Colombia SA. la declaración del siniestro que allí se adoptó, y luego, en la parte motiva de la resolución No. 007 de 1993, se expuso que, efectivamente, la aseguradora fue notificada, de donde colige esta Subsección que es incomprensible que INDUMIL, al resolver el recurso de reposición, lo negara aduciendo que no se indicó la dirección de la sociedad aseguradora. Una pregunta basta para evidenciar la contradicción imperdonable: ¿no era acaso la dirección del recurrente la misma donde se notificó o debió notificar la decisión recurrida?

(...)

“Definido lo anterior, al romperse surge la conclusión de que la demandada violó el derecho al debido proceso del actor, representado bajo la figura de tres de sus principios integrantes: i) el derecho a impugnar la decisión desfavorable; ii) el derecho de defensa y iii) el derecho a presentar pruebas, solicitarlas o controvertir las allegadas en su contra.

“El primero se desconoció porque al no poder controvertirse la resolución que declaró el siniestro se impidió su contradicción, y es claro que si a la autoridad administrativa la dotó la ley del poder de autotutela declarativa, también es cierto que debe hacerlo observando un procedimiento debido, convertido en derecho fundamental en materia administrativa, y que le asigna al administrado el derecho a ser escuchado antes de que se adopte una decisión, manifestación que se materializa a través de la posibilidad de la impugnación. Al no poder hacerlo, porque la autoridad pública rechazó indebidamente el recurso, se vulnera esta garantía constitucional, que sirve para controlar, en la vía administrativa, el poder sancionatorio e

impositivo general de la administración.

“En estos términos, el rechazo del recurso de reposición o de apelación, sin causa justificada, riñe con la garantía constitucional del debido proceso, porque limita hasta su probable anulación las posibilidades de defensa del ciudadano, frente a una decisión que esencialmente es cuestionable por el afectado.

“El segundo derecho mencionado también se desconoció, porque no es posible ejercer una parte importante de la defensa, al interior de un procedimiento administrativo, cuando los argumentos de inconformidad que contiene el recurso de reposición –o el de apelación, en otros casos- no son escuchados. Y aunque podría pensarse que el afectado pudo defenderse en etapas anteriores del procedimiento, sería inaceptable sostenerlo y admitirlo, porque la defensa se debe garantizar en todas las ocasiones o momentos donde sea válido ejercerla, sin que unos momentos o circunstancias anulen aquellos donde también se debe garantizar.

“En esta ocasión –particularmente en esta- la defensa se redujo, incluso excesivamente, porque las razones que expuso la compañía de seguros, en el recurso de reposición, no fueron leídas y contestadas por la administración. Al actuar así INDUMIL impuso una decisión de plano, porque sin formula de juicio razonó según sus exclusivas reflexiones técnicas y jurídicas.

“Incluso, la Sala no desconoce que podrían ser las correctas, en el caso concreto, pero debe tenerse en cuenta que el debido proceso no sólo protege la verdad –desde luego que ese también es su fin-, sino igualmente la dignidad del ciudadano y la oportunidad de ser oído, aunque al final se concluya que no tiene la razón. Tanto es así que una decisión administrativa puede ser correcta en su contenido pero nula en su formación, no por falta de razones, sino por violar algunas garantías del debido proceso que no admiten de su disposición.

“Para la Sala, entonces, no queda duda que el derecho de defensa se desconoció con la actuación de la demandada, si se tiene en cuenta un dato adicional: Al revisar cuidadosamente los dos actos administrativos demandados, la Sala observa las pruebas tenidas en cuenta en el procedimiento, y advierte que la única oportunidad dentro de él donde actuó la Compañía de Seguros Generales de Colombia SA. fue al recurrir la resolución No. 249 de 1992 –porque no fue vinculada al procedimiento previo-, de manera que su defensa se circunscribió a ese exclusivo momento, pero desgraciada y finalmente también fracasó la oportunidad, con el argumento espúreo de INDUMIL de que no se anotó la dirección de la compañía en el escrito que contiene el recurso.

“En circunstancias como esta, el derecho de defensa de los ciudadanos exige la máxima protección, para que la administración realmente conciba el debido proceso no como un obstáculo sino como una garantía fundamental de las personas, tan similar en su naturaleza como el derecho a la igualdad, a la vida, y a tantos otros derechos humanos que se consideran intocables por el poder público.

“Finalmente, la Sala también concluye que la misma actuación administrativa vulneró el derecho a presentar pruebas y a solicitar y controvertir las allegadas en su contra, porque con el recurso –incorporado a fls. 59 a 73, cdno. 1- se aportaron medios documentales y también se solicitó un peritazgo –fls. 71 a 72-, con los cuales el interesado esperaba convencer a INDUMIL de la posición que sostendría el –no se olvide que sólo desde allí iba a ser escuchado-. En ninguna otra ocasión del procedimiento la compañía de seguros tuvo esta oportunidad, de ahí el celo con que debe valorarse el rechazo fútil del recurso de reposición que ejercitaba esta garantía del debido proceso.

(...)

“De acuerdo con esto, para la Sala no pasará desapercibido que el 'simple rechazo' de un recurso de la vía gubernativa, que por motivos baladíes fue desechado -rindiéndosele culto a la forma sobre la sustancia (art. 228 CP.)-, merece el máximo reproche que el control judicial puede ejercer -la nulidad de la decisión-, sin que sea menester desorientarse pensando en que posiblemente la administración tenía razón en la decisión de fondo, porque es claro, desde hace siglos, que no basta tener la razón para que el Estado pueda actuar de cualquier manera cuando declara los derechos y menos si impone cargas u obligaciones. Admitirlo regresaría el sistema jurídico moderno al estado anterior al derecho, cuando el autoritarismo suponía que el funcionario oficial tenía la razón, y que no era necesario el ciudadano para hallar la verdad, porque aquél era capaz de tomar decisiones justas y equitativas. El tiempo enseñó que no era así, y que a los afectados con una decisión se les debía oír, y no sólo eso, se le debían extender todas las garantías del debido proceso, como lo viene haciendo el derecho moderno, a partir de la Constitución de 1991, en nuestro medio.

“En otros términos, no le es dable al juez administrativo abstenerse de corregir una situación claramente ilegal que compromete al debido proceso, en un caso concreto, pensando en que en esa situación el actor carece del derecho sustantivo de fondo para su protección. Una actitud semejante no haría más que legitimar, a largo plazo, y para cualquier evento, también concreto y futuro, todo género de violaciones al derecho al debido proceso por parte del Estado.

“De alguna manera, a esta situación -que la Sala pretende proteger- aplica aquella expresión inmemorial cargada de sabiduría, atribuida a Sócrates, por boca de Platón, según la cual un hombre puesto ante la elección entre un bien y un mal debe escoger el bien, por razones éticas; pero enfrentado a dos males debe escoger el menor en lugar del mal mayor, para evitar sufrimientos innecesarios; y enfrentado a una situación más compleja –como la del caso sub iudice- que implica escoger entre un mal presente pequeño y un mal grande futuro debe preferir aquél, por la sencilla razón de que conviene más padecer a tiempo un sufrimiento llevadero, que someterse a un tormento eterno más intenso.

“Aplicada esta filosofía al derecho, y específicamente al caso sub iudice, resulta ajustado a la rectitud y a la probidad que esta jurisdicción corrija oportuna y ejemplarmente a la administración pública, anulando los actos administrativos que aparentemente son correctos en la decisión, pero que también violan garantías irrenunciables e indisponibles –como las que representan los derechos humanos-, porque admitir y darle largas a las desviaciones significativas de los derechos fundamentales, en el mediano y largo plazo, degeneran en toda clase de conductas perversas, imposibles de corregir después por no hacerlo a tiempo. Se trata de una lectura de los efectos deseados y correctos de las decisiones judiciales.

“Con Sócrates y Platón habría de concluirse, en La Apología de Sócrates, que ”... Lo que sé de cierto es que cometer injusticias y desobedecer al que es mejor y está por encima de nosotros, sea Dios, sea hombre, es lo más criminal y lo más vergonzoso. Por lo mismo, yo no temeré ni huiré nunca de males que no conozco y que son quizá verdaderos bienes; pero temeré y huiré siempre de males que sé con certeza que son verdaderos males.

“En estos términos, el rechazo de un recurso de la vía gubernativa no puede ser visto –menos hoy en día- como una formalidad cualquiera, que no afecta las decisiones administrativas ni los procedimientos al interior de los cuales se adopta, de lo contrario se relajaría excesivamente la protección al derecho fundamental al debido proceso, aduciendo que al fin y al cabo la

administración o el juez no le darían la razón al ciudadano. Pero sobre todo, no puede olvidarse que el derecho a impugnar una decisión también incorpora los derechos a ejercer la controversia probatoria y el derecho de defensa en general, mensurándose así el impacto real de una decisión aparentemente simple como es el rechazo de un recurso que procede a favor del afectado.

“Una razón adicional muestra de mejor manera el equivalente a la importancia de esta decisión, esto es, del valor que tienen los recursos administrativos. Resulta que el art. 52 del CCA., concordado con el art. 135 del CCA., dispone que para demandar ante esta jurisdicción, cuando se trate de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es necesario agotar la vía gubernativa, siendo obligatorio interponer el recurso de apelación, si procede. De no hacerlo se rechazará la demanda, porque a la administración se le concede la oportunidad de revisar su propio acto, oportunidad que surge con la obligación de que se interponga la apelación.

“En el caso inverso, sería maniqueo tolerar que al ciudadano no le permitan desatar el recurso administrativo procedente, porque al fin y al cabo tiene la posibilidad de demandar el acto, consolándolo con la idea de que el juez estudiará sus peticiones, agregando que por cierto es mejor que la administración para hacerlo. ¿Por qué no se responde lo mismo cuando es a la administración a quien se le pretende llevar ante el juez, en aquellos casos en que no se interpuso la apelación? Una actitud similar se mantendría anclada al pasado, desconocería que el derecho al debido proceso no es hoy lo que fue, porque ya adquirió la importancia y autonomía que se le había negado, y que no basta la intervención del juez para paliar su violación en la vía administrativa.”

Según este precedente, como la administración no permitió controvertir el acto administrativo, susceptible del recurso de reposición –que negó expresamente-, entonces vulneró a la parte actora su derecho de defensa, y el juez administrativo debe ser celoso en protegerlo no sólo en los procesos judiciales –donde una falta semejante no cabe duda tiene consecuencias jurídicas- sino también en los procedimientos administrativos, hasta lograr que la administración respete siempre este derecho fundamental.

Finalmente, recuérdese que la parte actora propuso varias razones o cargos de ilegalidad que, en su criterio, apoyan la declaración de nulidad de la actuación administrativa sub lite, pero como lo analizado ya produjo esa consecuencia, la Sala se exime de analizar todos los cargos, por razones de economía procesal y porque al prosperar uno de ellos es innecesario estudiar los otros –orientación que proviene del inciso segundo del art. 306 CPC.-, pues ningún valor adicional agrega a la decisión que se adoptará.

Sin embargo, queda por precisar que entre las pretensiones de la demanda también se solicitó la declaración de nulidad del contrato suscrito entre el municipio y el señor Enrique Nadad Mejía, puesto que se celebró con fundamento en el acto administrativo que, sin soporte constitucional, declaró desierta la licitación pública.

No se accederá a esta pretensión, porque de conformidad con lo analizado el demandante no demostró tener derecho a la adjudicación, y ni siquiera que otro participante fuera beneficiario de ella; así que la declaración de desierta de la licitación era la opción razonable, de ahí que la Sala conservará la validez del negocio jurídico celebrado con posterioridad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. Revócase la sentencia proferida el 27 de mayo de 2003, por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que negó las pretensiones de la demanda. En su lugar:

Segundo. Declárase la nulidad de la Resolución No. 4232 del 24 de diciembre de 1998.

Tercero. Niéganse las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G. OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

