



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C., primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Expediente: 38711
Radicación: 25000-23-26-000-2006-00214-01
Actor: Fundación Educacional Nuevo Retiro
Demandado: Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Educación
Naturaleza: Acción de controversias contractuales

Procede la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia del 3 de marzo de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección “B”, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, decisión que será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

La Fundación Educacional Nuevo Retiro presentó oferta de contrato en la licitación SEC-003 adelantada por la Secretaría de Educación de Cundinamarca para la prestación del servicio de educación básica y media en un colegio del Municipio de Sopó. El contrato le fue adjudicado a Colsubsidio, siendo rechazada la oferta de la Fundación por no cumplir con el requisito de “capital de trabajo”. La institución vencida en el procedimiento licitatorio formula demanda de nulidad absoluta del contrato estatal por considerar inválidas las razones que dieron lugar al rechazo de su oferta.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. Mediante escrito presentado el 19 de diciembre de 2005, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 3-44 c. 1), la Fundación Educacional Nuevo Retiro (en adelante, "la Fundación"), a través de apoderado, demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra el Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Educación de Cundinamarca (en adelante, el "Departamento", la "Secretaría" o la "Fundación") en busca de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas¹:

Primera: Que se declare la nulidad de las siguientes resoluciones, emitidas por la Secretaría de Educación Departamento de Cundinamarca:

- Resolución 005764 del 23 de diciembre de 2003, proferida por la Secretaría de Educación mediante la cual se adjudicó la licitación SEC 003 para la prestación del servicio educativo en el Colegio oficial Complejo Educativo Integral, Sopó, a la Caja Colombiana de Subsidio Familiar "Colsubsidio".
- Resolución 002138 del 11 de junio de 2004, proferida por la Secretaría de Educación, mediante la cual no se accede a la revocatoria directa y en consecuencia se confirma la resolución 005764 de 2003 (licitación SEC 003).

Segunda: Que se declare la nulidad del siguiente contrato de la Secretaría de Educación de Cundinamarca:

- Contrato n° 455 del 30 de diciembre de 2003, celebrado entre la Secretaría de Educación de Cundinamarca, con la Caja de Colombiana (sic) de Subsidio Familiar "Colsubsidio", NIT 960007776 y sus modificaciones.
- Así como las prórrogas, Otro Si (sic) y demás modificaciones hechas al citado Contrato No. 455 del 30 de diciembre de 2003.

Tercera: Que se condene a la Secretaría de Educación – Departamento de Cundinamarca al pago de los perjuicios que resulten probados con ocasión del proceso, consistentes en el daño emergente y el lucro cesante sufridos por mi mandante con ocasión de los hechos de que se ocupa ésta demanda, desde cuando se causaron y hasta que se verifique su pago.

3.1. Que se condene a la Secretaría de Educación – Departamento de

¹ Conforme a la aclaración y corrección presentada por la actora el 23 de febrero de 2006, antes de ser admitida la demanda (f. 47-61, c.1).

Cundinamarca al pago de los perjuicios en su valor, debidamente actualizado el valor en su poder adquisitivo con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE o por la entidad que haga sus veces, desde la fecha en que se causaron y que se demuestre en el proceso, hasta la fecha en que se verifique el pago.

Cuarta: *Que se condene a la Secretaría de Educación – Departamento de Cundinamarca, a pagar a la demandante, intereses corrientes causados, liquidados a la tasa máxima mensual bancaria corriente autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia y reajustada a 1 de enero de cada año calendario siguiente al 2003 de acuerdo con el índice de devaluación certificado por el Banco de la República, desde 30 de diciembre de 2003, fecha en que se firmó el contrato hasta la fecha en que se verifique el pago, de los perjuicios reconocidos por la sentencia.*

Quinta: *Que se condene a la Secretaría de Educación – Departamento de Cundinamarca a pagar a la demandante intereses moratorios liquidados a la tasa autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia y reajustada a 1 de enero de cada año calendario siguiente al 2003 de acuerdo con el índice de devaluación certificado por el Banco de la República, desde 30 de diciembre de 2003, fecha en que se firmó el contrato hasta la fecha en que se verifique el pago, de los perjuicios reconocidos por la sentencia.*

Sexta: *Que se condene en costas a la entidad demandada.*

2. La demanda expuso las siguientes circunstancias, como hechos para sustentar sus pretensiones:

2.1. El 20 de noviembre de 2003, mediante la resolución n° 004602 la Secretaría de Educación de Cundinamarca ordenó la apertura de la licitación pública SEC-003-2003, cuyo objeto era *“la prestación del servicio público formal en la planta física del colegio oficial Complejo Educativo Integral, ubicado en el municipio de Sopó del Departamento de Cundinamarca”*.

2.2. El 24 de noviembre de 2003, se celebró la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones. Un día después, mediante el adendo n° 1 los pliegos fueron modificados estableciendo que *“el orden de elegibilidad de los proponentes se haría ordenando las propuestas según el puntaje total obtenido por las mismas, de mayor a menor, asignándose el primer puesto en el orden de adjudicación al mayor puntaje”*.

2.2.1. De acuerdo a los pliegos de condiciones y al adendo, la valoración técnica y económica se consignaría en el informe de evaluación, del cual se daría traslado a los diferentes proponentes.

2.2.2. Dentro del factor de evaluación financiero, los pliegos desarrollaban el denominado "capital de trabajo", que debía garantizar por lo menos el valor equivalente al 15% del valor promedio mensual de la propuesta. Si el capital de trabajo era menor al valor promedio mensual de la propuesta, esta sería rechazada.

2.3. El 1º de diciembre de 2003 se cerró la licitación. La Caja Colombiana de Subsidio Familiar (Colsubsidio) y la Fundación presentaron ofertas, destacando que la de esta última institución cumplía con el factor de evaluación "capital de trabajo" toda vez que superaba el 15% del valor promedio mensual de la propuesta, tal como lo señalaba el pliego de condiciones.

2.4. La calificación jurídica de las ofertas determinó que ambas propuestas cumplieran con estos requisitos, mientras que en la calificación técnica Colsubsidio recibió 185 puntos y la Fundación 235 puntos.

2.5. No obstante, el informe de evaluación determinó que la propuesta de la Fundación no cumplía financieramente porque el capital de trabajo *"era menor al 100% del valor promedio mensual de la propuesta"*.

2.5.1. Durante el término de observaciones al informe de evaluación, el 12 de diciembre de 2003, la Fundación alegó que los evaluadores incurrieron en ilegalidades al aplicar la fórmula de la propia Secretaría de Educación para determinar el capital de trabajo.

2.5.2. El 18 de diciembre de 2003, el Director Administrativo y Financiero de la Secretaría de Educación manifestó que las observaciones de la

Fundación eran improcedentes, y por ello la calificación hecha sobre la propuesta se mantenía igual.

2.5.3. El 22 de diciembre de 2003, la Fundación solicitó la revocatoria de la decisión de "no cumple financieramente", para que en su lugar su propuesta fuera habilitada para participar. Mediante comunicación DAJ-3522 esta petición fue denegada, confirmándose en consecuencia la decisión inicial, a pesar de que allí manifestó que las fórmulas de los pliegos de condiciones SEC-003 y SEC-004 eran "*dos fórmulas opuestas y más aún contradictorias*".

2.6. Mediante la Resolución n.º 005764 del 23 de diciembre de 2003, la Secretaría de Educación de Cundinamarca adjudicó la licitación SEC-003 a Colsubsidio.

2.7. El 30 de diciembre de 2003 se celebró el contrato de prestación de servicio educativo n.º 455 entre la Secretaría de Educación – Departamento de Cundinamarca y Colsubsidio, cuyo objeto era que la contratista se encargaría de prestar el servicio educativo en el Complejo Educativo Integral de Sopó, por un valor de \$ 978 000 000.

2.8. La Fundación solicitó la revocatoria directa de la resolución de adjudicación el 19 de abril de 2004. La administración no accedió a la solicitud, y confirmó la resolución en todas sus partes.

3. El fundamento jurídico de la demanda establece que fueron violados los artículos 29 de la Constitución Política de Colombia, así como los artículos 27, 28 y 29 del Código Civil, y los artículos 24, 26 y 29 de la ley 80 de 1993. Como concepto de la violación, adujo que le fue violado el debido proceso porque no se siguieron las reglas consignadas en el pliego de condiciones, se interpretaron erróneamente las disposiciones allí contenidas, y se dejaron de aplicar o fueron equivocadamente aplicadas las reglas de los artículos del estatuto de contratación pública. En ese orden de ideas,

formuló ocho cargos en contra de los actos administrativos demandados:

3.1. Violación del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia. En este punto se alega que el acto de adjudicación y sus confirmaciones son *"nulos, por cuanto con ellos se violó el principio del debido proceso, al haberse cambiado las condiciones con base en las cuales se "juzgó" –a la Fundación- dentro del proceso de selección"*. Expone que la propuesta de la actora cumplió con los requisitos jurídicos, y fue mejor en los aspectos técnicos y económicos, no obstante fue descalificada por la administración aplicando de forma *"arbitraria e ilegal"* la fórmula de capital de trabajo plasmada en los pliegos de condiciones, sin contar con la oportunidad de controvertir las evaluaciones que condujeron a tal resultado.

3.2. Violación de los *"términos de referencia"* por *"aplicación indebida"*. Indica que si la demandada hubiera aplicado la fórmula referente al capital de trabajo de forma adecuada, la propuesta de la Fundación habría sido la seleccionada para celebrar el contrato, circunstancia que se produjo en las diversas etapas del procedimiento administrativo en donde el rechazo de la propuesta se basó en que el capital de trabajo allí plasmado era inferior al valor promedio mensual reflejado en la oferta. Allí explica que de acuerdo con una interpretación ceñida a los pliegos, la proposición superaba el valor mínimo del 15% del valor promedio mensual para que esta fuera tomada en cuenta.

3.3. Violación de los artículos 27, 28 y 29 del Código Civil sobre interpretación de normas jurídicas.

3.4. Falta de aplicación del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, porque la demandada desconoció el principio de transparencia al interpretar a su antojo la disposición que generó el rechazo de la propuesta.

3.5. Aplicación indebida del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 porque, de aceptarse que la cláusula era ambigua, la entidad departamental tenía la

obligación de elaborar los pliegos de forma clara y precisa, siendo responsable en los eventos en que haya desatendido este deber.

3.6. Inobservancia del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, que consagra la selección objetiva en los contratos estatales, porque en su parecer los postulados de este principio no se observaron al descartar la oferta de la Fundación.

3.7. Los actos administrativos y el contrato celebrado con la adjudicataria adolecen de desviación de poder, porque en uno y en otro se evidenció el uso abusivo de las facultades administrativas, cambiando las reglas de juego de la licitación bajo criterios meramente subjetivos.

3.8. Violación del artículo 25 numeral 18 de la Ley 80 de 1993, porque dejó de aplicarse al excluir de las ofertas habilitadas la de la demandante.

II. Trámite procesal

4. El 15 de junio de 2006 (f. 121, c.1), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección “B” admitió la demanda y dispuso la notificación de dicha decisión al Gobernador de Cundinamarca (f. 7, c. 1). La entidad demandada **contestó** oportunamente la demanda, oponiéndose a las súplicas allí formuladas (f. 124-143, c. 1):

4.1. La contradicción inició sosteniendo que la acción precedente no era la de controversias contractuales sino la de nulidad y restablecimiento del derecho. Así mismo, sostuvo que los actos demandados debían preservar su legalidad porque la Secretaría de Educación departamental se avino a las normas jurídicas rectoras del procedimiento de licitación.

4.2. Adicionalmente, la actora no invoca ninguna causal de nulidad del contrato para que sus pretensiones de nulidad prosperen.

4.3. Sostuvo, en esta oportunidad, que: (i) la actora no contaba con poder para actuar en el proceso judicial, (ii) el documento de apoderamiento no contaba con la aceptación correspondiente, (iii) la demanda era inepta, (iv) la acción está caducada, (v) hay indebida acumulación de pretensiones, (vi) hay falta de legitimación en la causa por pasiva.

5. El 29 de agosto de 2007, se dispuso la vinculación de Colsubsidio como litisconsorte necesario (f. 310-312, c.1) debido al interés en los resultados que a dicha entidad le asistía como adjudicataria del contrato. Una vez efectuada la notificación correspondiente, mediante apoderado, Colsubsidio respondió a la demanda el 11 de febrero de 2008 (f. 333-344) oponiéndose a todas las pretensiones, así:

5.1. No existió una inadecuada interpretación de los pliegos de condiciones por parte de la administración departamental, por el contrario, la norma establecida era clara, y la parte demandante pretende extraer una conclusión favorable a sus intereses de una lectura parcial y sesgada de la cláusula referente a la habilitación por capital de trabajo. El porcentaje del valor promedio mensual de la oferta (15%) era una garantía mínima, no un indicador para establecer si la propuesta cumplía o no con los requerimientos financieros, y como en este aspecto no se precisó porcentaje alguno debía entenderse que se trataba del 100% del valor promedio.

5.2. La respuesta de la Secretaría de Educación de Cundinamarca a las peticiones de la actora respaldaron acertadamente ese entendimiento. Por ello, no es posible manifestar que la entidad haya modificado el pliego de condiciones puesto que las manifestaciones de la Secretaría fueron acordes con la disposición plasmada en los pliegos.

5.3. De cualquier modo, aunque se considera que la cláusula no daba lugar a confusión alguna, la Fundación debió solicitar aclaración de este precepto en la oportunidad destinada a ello, y la Administración tenía la potestad de

interpretar el pliego, facultad que se encuentra ajustada a derecho.

6. Una vez surtido el periodo probatorio, el Tribunal corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión en primera instancia (f. 407 – c.1), las partes manifestaron lo siguiente:

6.1. La parte actora (f. 408-457, c.1) solicitó la prosperidad de sus pretensiones, recalcando –en primera medida- su interés directo en la controversia. Sostiene, con fundamento en las opiniones técnicas contenidas en los testimonios practicados en el proceso, que le fue violado el debido proceso porque, a pesar de contar con una propuesta elegible, fue rechazada a través de una aplicación arbitraria y carente de imparcialidad de la fórmula referida al capital de trabajo. Igualmente, no se proporcionaron las oportunidades para *“conocer y controvertir los documentos y decisiones que se rindieron y se adoptaron, así como cuando se hicieron nugatorias las etapas que se establecen para permitir el conocimiento de dichas actuaciones y de otorgar la posibilidad de expresar observaciones.”*

6.2. Colsubsidio reiteró los planteamientos formulados al momento de contestar la demanda (f. 450-457, c.1). Así mismo, el Departamento de Cundinamarca (f. 458-469, c.1) mantuvo los argumentos esgrimidos anteriormente.

7. La **sentencia de primera instancia**, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, el 3 de marzo de 2010 (f. 471-489 – c. ppl.), denegó las solicitudes de la demanda, fallo en donde constan estos razonamientos:

7.1. La acción interpuesta es la procedente, porque habiéndose celebrado el contrato, la demanda contra el acto de adjudicación debía incoarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. El actor invocó el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 (nulidad del contrato por declararse

nulos los actos administrativos en que se fundamenten). Por ello, las excepciones de ineptitud de la demanda y de indebida acumulación de acciones propuestas por la actora fueron desestimadas por el *a quo*.

7.2. Al definir el problema jurídico, el Tribunal lo limitó al contexto de la etapa precontractual comoquiera que, en su parecer, el actor controvertió la *"aplicación errónea o indebida de la fórmula"* por parte de la demandada a la hora de seleccionar al contratista, independientemente de las razones técnicas y financieras para justificar la exigencia de los pliegos de cara a la ejecución del contrato. Por ello, el Tribunal ciñó la disyuntiva del presente asunto a *"si la entidad aplicó adecuadamente lo dispuesto en el pliego de condiciones al momento de verificar los requisitos habilitantes de las propuestas, o si por el contrario, alteró el contenido de sus disposiciones y por ello las decisiones atacadas se encuentran viciadas de nulidad"*.

7.3. Para el Tribunal, establecer el capital de trabajo de los proponentes era de suma relevancia *"pues de ahí era posible establecer la capacidad económica con la que contaba el proponente para llevar a cabo la ejecución del contrato, haciéndose necesario entonces incluirlo como factor excluyente, sin el cual no era posible entrar a calificar la propuesta"*.

7.4. Analizando la regla contenida en los pliegos en donde se genera la controversia, el Tribunal sostuvo que su redacción fue *"inadecuada"* pero no confusa. Si bien en el primer aparte del precepto refiere que el proponente debía garantizar como mínimo el 15% del valor promedio mensual de la propuesta, es en su párrafo final en donde se señala que la oferta se rechazaría si el capital de trabajo era inferior a su valor promedio mensual. Añade el fallo que, por este motivo:

... no puede censurarse a la administración por hacer efectivas las condiciones previstas en el pliego, máxime cuando el último de los apartes de la cláusula si previó de manera expresa una causal de rechazo, que no podía entrar a ser desconocida, pretendiendo favorecer los intereses del hoy demandante, y en contra de quien

finalmente resultó siendo el adjudicatario, dado que si atendió los requisitos financieros contemplados.

7.5. Además, dice la sentencia, que la demandante asumió como cierta su interpretación de la cláusula bajo su responsabilidad, *“y sin advertir en manera alguna a la administración durante la audiencia de aclaración, sobre las posibles vías en que la misma podría ser entendida, circunstancias que analizadas en su conjunto constituyen un comportamiento contrario al de una persona de negocios, con experiencia en la contratación pública”.*

7.6. De manera que, si a la Administración se le exigen ciertos requisitos para estructurar un pliego de condiciones, los administrados también tienen el deber de comportarse de forma leal y diligente, en donde:

... se dé cuenta de su planeación, evaluación y análisis sobre los proyectos que la entidad pone a su disposición, para que de manera armónica entre a alimentar con sus conocimientos y experiencia, el contenido (sic) de las condiciones previstas, pues no de otra forma se concibe una etapa de aclaración de los pliegos, antes de la presentación de la oferta.

7.7. Por el actuar *“omisivo y pasivo”* de la demandante, el Tribunal señaló que esta debe asumir los resultados negativos de la interpretación hecha sobre las disposiciones de los pliegos, más aún cuando la Fundación manifestó tener conocimiento pleno de las condiciones previstas en los pliegos cuando presentó su oferta.

8. Inconforme con la decisión de primer grado, el 12 de marzo de 2010 la parte demandante mediante apoderado interpuso oportunamente **recurso de apelación** (f. 491 – c. ppal.), en donde solicitó la revocatoria de la decisión de instancia (f. 499-541 – c. ppal.) manifestando, en primera medida, que los ocho cargos planteados en contra de los actos administrativos impugnados no fueron decididos por el Tribunal, por tanto reiteró los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión para que sean tenidos en cuenta por esta instancia.

8.1. Además, manifestó que el silencio de la actora en la audiencia de aclaración de pliegos se dio porque *“la fórmula para calcular el capital de trabajo, no tenía ningún problema en su interpretación y así lo entendió la Fundación”*. También señaló que no era la primera vez en donde participaba en procedimientos contractuales ante la entidad demandada.

8.2. Por otro lado, si el Tribunal entendió que la regla era *“inadecuada”*, demostrando así su mala formulación, esta circunstancia probada debió ser interpretada en contra de la administración.

9. En la oportunidad procesal para presentar **alegatos de conclusión en segunda instancia**, la parte demandada (f. 546-557, c. ppal.) reiteró los argumentos utilizados a lo largo del proceso para mantener incólume el sentido del fallo de primera instancia. La litisconsorte necesaria (f. 602-613, c. ppal.) también se pronunció igual. Mientras que la actora (f. 558-613, c. ppal.), buscando en esta instancia que la decisión se revierta en su favor, nuevamente alude a los argumentos del recurso, y añade que el Tribunal: (i) se equivocó en apreciar que la propuesta de la Fundación no fue evaluada técnicamente; (ii) interpretó indebidamente el alcance de las declaraciones del testigo experto en matemáticas; (iii) no tuvo en cuenta que la contratante pasó por alto el 15% del capital de trabajo plasmado en la propuesta y; (iv) le otorgó al *“capital de trabajo”* una dimensión exagerada para un proyecto como el licitado.

10. La Procuraduría Cuarta Delegada ante esta Corporación emitió concepto el 25 de octubre de 2010 (f. 617-636, c.1) en el cual solicitó que se mantuviera el sentido de la sentencia de primera instancia.

10.1. Para el Ministerio Público, de acceder a la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, no son procedentes los reconocimientos económicos perseguidos por la parte demandante porque la posibilidad para ello feneció al producirse la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

10.2. Por otro lado, manifiesta que la causal de rechazo de la propuesta sustentada en la insuficiencia del capital de trabajo en relación con el valor promedio mensual de la propuesta fue clara, a tal punto que la actora manifestó conocer la totalidad del pliego cuando presentó la propuesta. De esta forma no está acreditada la violación a los principios de transparencia, imparcialidad, igualdad y debido proceso en desmedro de la Fundación.

10.3. La inconformidad de la actora nace de la interpretación de la fórmula para determinar el capital de trabajo. Sin embargo, en los pliegos se señala que los oferentes se hacían responsables de las interpretaciones y deducciones que estos hicieran sobre el contenido de los pliegos, y que con la presentación de la propuesta se aceptaba haber recibido todas las aclaraciones sobre puntos dudosos o inciertos del pliego. Por ello, si esta regla no era clara, la licitante debió solicitar aclaración, como no lo hizo mal podría alegar el actuar ilegal o arbitrario de la entidad demandada.

11. El consejero Ramiro Pazos Guerrero, integrante de esta Subsección, manifestó su impedimento para conocer del presente asunto en razón a que participó en las deliberaciones del fallo de primera instancia como Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 660, c. ppal.), impedimento que fue aceptado por el despacho ponente el 27 de abril de 2017 (f. 663-664, c. ppal.)

CONSIDERACIONES

I. Competencia

12. La Sala es competente para decidir el caso por ser un asunto contractual en el que es parte una entidad estatal de las enunciadas en el

artículo 2 de la Ley 80 de 1993, según lo dispone el artículo 75² del mismo estatuto; y por cuanto se trata de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso que, por su cuantía³, tiene vocación de doble instancia.

II. Valoración de medios de prueba - Objeción al dictamen pericial

13. De las pruebas practicadas durante el proceso judicial, resalta la del dictamen pericial solicitado por la parte actora con el propósito de que: (i) se estimaran los perjuicios supuestamente ocasionados por la demandada al rechazar su propuesta, (ii) efectuara el cálculo de lo que la Fundación habría percibido si hubiera sido adjudicataria del contrato, (iii) hiciera una *“definición de la fórmula matemática que se aplicaría a Capital de Trabajo y a la definición de los componentes de la misma, según los términos de referencia de la licitación SEC-003 de 2003 así como para que determine la correcta aplicación de la fórmula matemática indicada”* (f. 102, c.1).

13.1. La definición de lo que los pliegos de condiciones dieron en llamar “capital de trabajo” que, como se verá, es un tema relevante en el asunto aquí tratado, hizo parte del pronunciamiento del perito, cuyo primer dictamen fue objeto de aclaraciones y complementaciones, así como de la objeción por error grave hecha por Colsubsidio (f. 384-387, c.1), sujeto procesal que además solicitó el decreto y práctica de pruebas para demostrar sus inconformidades frente al peritaje, petición a la que el *a quo* accedió parcialmente (f. 399-401, c.1).

² “Artículo 75.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo (...)”.

³ En la demanda se estimó la cuantía del proceso en la suma de \$ 300 000 000 (f. 98, c.1). De acuerdo con el artículo 42 de la Ley 446 de 1998 (que introdujo el artículo 134B del Código Contencioso Administrativo), aplicables a este asunto, la acción de controversias contractuales sería conocida por los Tribunales Administrativos en primera instancia, siempre que la cuantía del proceso superara los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el momento de la presentación de la demanda. En este caso, para el año 2005, ese tope equivalía a \$ 190 750 000, monto superado por la cuantía formulada por el actor en este proceso.

13.2. A pesar de que el Tribunal manifestó en su momento que decidiría sobre la objeción por error grave en la sentencia, la Sala encuentra que este aspecto no fue objeto de pronunciamiento en primera instancia debiendo serlo, según lo establecido por el artículo 238 – numeral 6 del Código de Procedimiento Civil⁴. Por tratarse de un medio de prueba que estaría llamado a definir un aspecto de remarcada importancia en el presente litigio, tal como lo ha hecho la Sala en anteriores ocasiones⁵ deberá estudiarse la objeción formulada por Colsubsidio. Para tal efecto, (i) se expondrá en lo que resulte relevante el contenido del peritaje, junto con las aclaraciones y complementaciones rendidas; (ii) se señalarán los argumentos del objetante y, por último, (iii) se indicará si está o no acreditado el error grave del dictamen.

14. El economista Luis Germán Castro Martínez, nombrado y posesionado en este litigio como perito, allegó su dictamen el 15 de noviembre de 2006 (c.4), en donde consignó las siguientes apreciaciones, empezando sobre lo inquirido en la demanda en torno al concepto técnico de “capital de trabajo” (f. 3-4, c.4) y su “estructura” (f. 4 – 5, c.4):

2.1. CAPITAL DE TRABAJO

El capital de trabajo es la inversión de una empresa en activos a corto plazo (efectivo, valores negociables, cuentas por cobrar e inventarios).

El capital de trabajo neto se define como los activos circulantes menos los pasivos circulantes; estos últimos incluyen préstamos bancarios, papel comercial y salarios e impuestos acumulados.

⁴ Señala este precepto “ARTÍCULO 238. Para la contradicción de la pericia se procederá así: (...) 6. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare.”

⁵ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 29 de agosto de 2007. Rad. 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854). C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 4 de junio de 2008. Rad. 66001-23-31-000-1995-04169-01(14169). C.P. Myriam Guerrero de Escobar y; del 25 de agosto de 2011. Rad. 25000-23-26-000-1993-08365-01(14461). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

Siempre que los activos superen a los pasivos, la empresa tendrá capital neto de trabajo, casi todas las compañías actúan con un monto de capital neto de trabajo, el cual depende en gran medida del tipo de industria a la que pertenezca; las empresas con flujo de efectivo predecibles, como los servicios públicos, pueden operar con un capital de trabajo negativo, si bien la mayoría de empresas deben mantener niveles positivos de este tipo de capital.

La administración del capital de trabajo, es importante por varias razones ya que los activos circulantes de una empresa típica industrial representan más de la mitad de sus activos totales.

En el caso de una empresa distribuidora representan aún más. Para que una empresa opere con eficiencia es necesario supervisar y controlar con cuidado las cuentas por cobrar y los inventarios.

Para una empresa de rápido crecimiento, esto es muy importante debido a la que (sic) inversión en estos activos puede fácilmente quedar fuera de control.

Niveles excesivos de activos circulantes pueden propiciar que la empresa obtenga un rendimiento por debajo del estándar sobre la inversión.

Sin embargo las empresas con niveles bajos de activos circulantes pueden incurrir en déficit y dificultades para mantener operaciones estables.

En el caso de las empresas más pequeñas, los pasivos circulantes son la principal fuente de financiamiento externo. Estas empresas simplemente no tienen acceso a los mercados de capital a más largo plazo, con la excepción de hipotecas sobre edificios.

Las decisiones del capital de trabajo tienen sobre la naturaleza global de riesgo-rendimiento y el precio de las acciones de la empresa.

La administración de capital de trabajo abarca todos los aspectos del capital requiriendo una comprensión de las interrelaciones entre los activos circulantes y los pasivos circulantes, y entre el capital de trabajo, el capital y las inversiones a largo plazo.

Suele emplearse como medida de riesgo de insolvencia de la empresa, cuando más solvente y líquida sea menos probable será que no pueda cumplir con sus deudas en el momento de vencimiento. Si el nivel de capital de trabajo es bajo indicará que su liquidez es insuficiente por lo tanto dicho capital representa una medida útil de riesgo. Otra definición menciona que es la parte del activo circulante de la empresa financiado con fondos a largo plazo. Una empresa debe mantener un nivel satisfactorio de capital de trabajo.

El activo circulante debe ser lo suficientemente grande para cubrir el pasivo a corto plazo, con el fin de consolidar un margen razonable de seguridad.

El objetivo de este tipo de administración es manejar cada uno de los activos y pasivos a corto plazo de la empresa de manera que se alcance un nivel aceptable y constante de capital neto de trabajo.

Para determinar la forma correcta, o el nivel de activos circulantes óptimo la administración debe considerar la interacción entre rentabilidad y riesgo, al hacer esta evaluación es posible realizar tres supuestos: que la empresa es manufacturera, que el activo circulante es menos rentable que el activo fijo y que los fondos a corto plazo son menos costosos que los de largo plazo.

Cuando mayor sea la razón o índice de activo circulante a total, tanto menos rentable será la empresa y por lo tanto menos riesgosa. O cuando mayor sea la razón de pasivo circulante a activo total, tanto más rentable y más riesgosa será la empresa. Dado que el capital neto de trabajo puede considerarse como parte del activo circulante de una empresa financiado con fondos a corto y largo plazo se asocia directamente a la relación rentabilidad - riesgo y capital neto de trabajo.

2.2. ESTRUCTURA DE CAPITAL DE TRABAJO

Sus componentes son el efectivo, valores negociables, cuentas por cobrar e inventario y por su tiempo se estructura o divide como permanente o temporal.

El capital de trabajo permanente es la cantidad de activos circulantes requerida para hacer frente a las necesidades mínimas a largo plazo. Se le podría llamar capital de trabajo puro. El capital de trabajo temporal es la cantidad de activos circulantes que varía con los requerimientos estacionales.

El primer rubro principal en la sección de fuentes es el capital de trabajo generado por las operaciones. Hay dos formas de calcular este rubro. El método de la adición y el método directo.

Las ventas a los clientes son casi siempre la fuente principal del capital de trabajo, mientras los desembolsos para el costo de las mercancías vendidas y los gastos de operación son casi siempre el principal uso del capital de trabajo.

El exceso de las ventas sobre todos los gastos que requieren capital de trabajo, es por definición, el capital de trabajo generado por las operaciones.

La administración del ciclo del flujo de efectivo es la más importante para la administración del capital de trabajo para lo cual se distinguen dos factores ciclo operativo y ciclo de pagos que se combinan para determinar el ciclo de conversión de efectivo.

El ciclo de flujo de efectivo se determina mediante tres factores básico de liquidez: el periodo de conversión de inventarios, el de conversión de cuentas por cobrar y el de diferir las cuentas por pagar, los dos primeros indican la cantidad de tiempo durante la cual se congelan los

activos circulantes de la empresa; esto es el tiempo necesario para que el efectivo sea transformado en inventario, el cual a su vez se transforma en cuentas por cobrar, las que a su vez se vuelven a transformar en efectivo. El tercero indica la cantidad de tiempo durante la cual (sic) la empresa tendrá el uso de fondos de los proveedores antes de que ellos requieran el pago por adquisiciones.

El ciclo de operación también se llama el ciclo del capital de trabajo debido a que envuelve una circulación continua y rítmica entre los activos corrientes y los pasivos corrientes. La razón probable del por qué el estado de cambios se ha centrado en el capital de trabajo es que éste proporciona una perspectiva sobre el ciclo operacional natural completo y no sólo de una parte (...)

14.1. Posteriormente, el dictamen hizo alusión al pliego de condiciones de la licitación SEC-003. En primera medida, a partir de la forma de pago que constaba en la minuta del contrato, en el que se señalaba que se pagaría un 30% del valor pactado al primer mes de ejecución, 30% al cuarto mes, 20% al octavo mes y el restante 20% al finalizar la ejecución del contrato, sostuvo que existen "*puntos críticos (donde se debe contar con recursos propios, para financiarse)*" en los flujo de caja para instituciones educativas: el primer mes y al final de la ejecución del contrato. No obstante, en su opinión, esta situación es "*manejable*" en virtud de la actividad educativa:

... en la medida que la institución cuente con una adecuada infraestructura, que no le implicaría adecuaciones para atender el incremento del número de estudiantes, y el pago de los docentes se haría por prestación de servicios y de acuerdo al pago de la Gobernación de Cundinamarca, así como los términos de referencia no indican una erogación inicial para iniciar labores, fuera de las normales de un centro educativo.

14.2. El economista Castro Martínez sostuvo en su dictamen inicial que, en su criterio y "salvo mejor apreciación", la evaluación financiera de Colsubsidio en el capital de trabajo no cumplía con los términos de referencia "*y en el formato de evaluación indica que sí (...) acogiendo[se] a la interpretación de la Gobernación de Cundinamarca según*" la resolución 2138 de 2004, que negó la revocatoria directa del acto de adjudicación pedida por la Fundación. Agregó también:

EN MI CONCEPTO PERSONAL Y COMO ESPECIALIZADO EN FIANZAS, NO LE ENCUENTRO LOGICA A UN REQUISITO DEL

100% CUANDO EL RIESGO DE DICHO PROYECTO ES MÍNIMO, PARTIENDO DEL HECHO QUE ES UNA ACTIVIDAD EDUCATIVA, DONDE LOS RECURSOS INVOLUCRADOS SE DAN A POSTERIORI.

14.3. También el perito se manifestó sobre la cuantificación y determinación de perjuicios a los que aspira la actora, diciendo –entre otras cosas- que por el excedente dejado de percibir estos se sitúan en el 15% del valor de la propuesta *“guardando relación con un AIU de un contrato público sin riesgo, y de una actividad educativa”*. Los tasó en \$ 138 600 000.

15. Ante estas apreciaciones, tanto la parte demandante como la adjudicataria y litisconsorte Colsubsidio presentaron solicitudes de aclaración y complementación al dictamen.

15.1. El apoderado de la Fundación solicitó la aclaración y complementación al dictamen (f. 279-282, c.1) porque en su parecer las respuestas del perito fueron incompletas.

15.2. Mientras que Colsubsidio (f. 360-364, c.1) controversió las apreciaciones del perito según las cuales su propuesta no se ajustaba a los requerimientos del pliego de condiciones, así mismo acotó que las afirmaciones del experto no eran técnicas ni objetivas, razón por la cual solicitó al experto que complementara el dictamen para precisar *“desde el punto de vista de la finalidad de la garantía, cuál era la correcta aplicación de la fórmula matemática indicada”*, igualmente pidió que rectificara lo relacionado con la tasación de perjuicios sobre el supuesto excedente dejado de percibir puesto que las afirmaciones en las que se basó fueron, según la adjudicataria, subjetivas y carentes de fundamento.

16. Frente a la solicitud elevada por la actora, el perito respondió (f. 287-293, c.1) reproduciendo buena parte de sus opiniones iniciales. Sobre la aplicación que, en su criterio, debía tener la fórmula de “capital de trabajo”, sostuvo que *“la aplicación e interpretación del coeficiente financiero es el adecuado”* a través de la fórmula en la que se indica que el capital de trabajo

equivale a la diferencia entre activo corriente y pasivo corriente "CT= AC-PC". Además manifestó que

*Cuando se indica en los términos de referencia, que si el CT (capital de Trabajo) (\$ 25.790.391.00), es menos al promedio mensual de la propuesta (\$ 92.400.000.00), esta será rechazada. **LO ANTERIOR NO TIENE SENTIDO POR CUANTO CON ELLO SE GARANTIZARÍA EL 100%, EN PRINCIPIO EL PROYECTO, Y SOBRARÍA LO ENUNCIADO DEL 15%** (Negrillas y mayúsculas originales del texto).*

17. Al responder a la petición de Colsubsidio (f. 380-381, c.1), el experto sostuvo que su concepto es técnico, *"solo da unas luces para que se le de la interpretación por parte del señor Magistrado, lo cierto y bajo otra interpretación para la Gobernación de Cundinamarca, es una mayor garantía el 100%, por ello el requisito mínimo del 15%, con otra interpretación sobraría"*. De otra parte, sobre el aspecto del "excedente dejado de percibir", precisó que *"el 15% es un estándar en contratación administrativa cuando no hay riesgo en la actividad"*.

18. Ante estas últimas respuestas del perito, el representante judicial de Colsubsidio formuló **objeción por error grave** del dictamen pericial (f. 384-386, c.1). Arguyó que el economista aceptó que puede haber otra interpretación de la fórmula, pero no hizo explícitas las razones que la sustentarían *"pues la ausencia de fundamentos impide tener una correcta aplicación de la fórmula matemática"*. Dice el escrito que *"[s]i el perito manifiesta en el escrito de complementación que pueden darse dos interpretaciones técnicas, igualmente válidas, de suyo implica que la correcta aplicación de la misma, permite dos aplicaciones diferentes, sin embargo el perito señala que sobraría una de las dos, dependiendo de la interpretación, lo cual genera error grave."* También alegó la irregularidad del dictamen en lo referente al porcentaje de excedentes, y para rebatir las conclusiones del perito en este aspecto solicitó que la Secretaría de Educación certificara los costos normales de un establecimiento educativo

para determinar excedentes, y la forma de vinculación de los docentes a los establecimientos educativos oficiales⁶.

19. En este punto de la exposición y del presente fallo la Sala se pronunciará sobre la objeción presentada por Colsubsidio en relación con las respuestas rendidas sobre la aplicación correcta de la fórmula matemática para calcular el "capital de trabajo". El análisis de las impugnaciones presentadas en contra del cálculo pericial de perjuicios sobre el porcentaje de excedentes dependerá de si se accede a las pretensiones económicas formuladas por el demandante, situación que se dilucidará más adelante.

20. Ahora bien, teniendo por sentado que la objeción por error grave *"procede no por la deficiencia del dictamen ante la falta de fundamentación o sustento técnico y científico o por la insuficiencia o confusión de los razonamientos efectuados por los peritos, sino por su falencia fáctica intrínseca, a partir de la cual no puede obtenerse un resultado correcto, por cuanto parte de premisas falsas o equivocadas en relación con el objeto mismo materia de la experticia"*⁷, es evidente que los reproches del objetante en torno a la manifestación del experto sobre las posibles interpretaciones de la fórmula matemática del capital de trabajo son insuficientes para configurar la falencia alegada, puesto que su ataque recae sobre la falta de fundamentación del criterio pericial y no sobre la tergiversación que las conclusiones arrojen sobre el objeto analizado (la fórmula matemática) que es, en esencia, de lo que se trata el error grave, tal como lo ha comprendido la jurisprudencia nacional:

Ahora, como por "error" se entiende el "concepto equivocado o juicio falso" y por "grave" lo que es "grande, de mucha entidad o importancia", según se define en el Diccionario de la Real Academia

⁶ Estos documentos fueron decretados por el Tribunal mediante auto del 30 de junio de 2009 (f. 399-401, c.1), y allegados por la Secretaría de Educación el 1 de septiembre del mismo año (f. 173-183, c.2).

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección "B". Sentencia del 27 de marzo de 2014. Rad. 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

Española, es claro que no cualquier tacha contra el dictamen conduce a descalificarlo. Los reparos procedentes al respecto son los que, amén de protuberantes, en términos generales, se oponen a la verdad o a la naturaleza de las cosas, a tal punto que si no se hubieren cometido los resultados habrían sido diametralmente distintos.

La Corte, reiterando doctrina anterior, en el punto tiene explicado que las características de los errores de ese linaje y que permiten diferenciarlos de otros defectos imputables al dictamen pericial, "es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven"^{8,9}.

21. Empero, que no exista error grave en el dictamen bajo análisis no implica que sus posibles contradicciones, imprecisiones o confusiones no afecten la credibilidad y la eficacia de este medio de convicción. La ley obliga a que el auxiliar de la justicia rinda su concepto técnico de forma clara, detallada, precisa y debidamente sustentada en criterios científicos, artísticos y técnicos. La ausencia de estas cualidades, cuando no desemboca en el error grave, tiene la trascendencia de desestimar la experticia para llevar el conocimiento de un hecho al juez, cuando este encuentre que el raciocinio del experto es intrínsecamente infundado o cuando no guarde relación con las demás pruebas recaudadas en el juicio.

21.1. Así lo ha entendido hace mucho tiempo la jurisprudencia de esta Corporación¹⁰:

También ha dicho la jurisprudencia que no se deben confundir dos factores jurídicamente distintos: el error grave en un dictamen pericial y la deficiencia en la fundamentación del mismo.

⁸ [3] "Auto de 8 de septiembre de 1993, CCXXV-455."

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de diciembre de 2005. Exp. C-2530731840012001-00005-01. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Reiterado por la misma Corporación en sentencia del 6 de julio de 2007. Exp. 7504. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

¹⁰ Postura reiterada por la Sección Tercera – Subsección B en sentencias del 30 de enero de 2013. Rad. 25000-23-26-000-1998-02371-01(25741). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, y del 8 de julio de 2016. Rad. 13001-23-31-000-1998-02067-02(34130). C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

El error supone concepto objetivamente equivocado y da lugar a que los peritos que erraron en materia grave sean reemplazados por otros. La deficiencia en la fundamentación del dictamen no implica necesariamente equivocación, pero da lugar a que dicho dictamen sea descalificado como plena prueba en el fallo por falta de requisitos legales necesarios para ello.

Como lo sostiene el proveído recurrido es al juzgador a quien corresponde apreciar el dictamen pericial, examinar si los juicios o razonamientos deducidos por los peritos tienen un firme soporte legal, o si los demás elementos de convicción que para apoyar las respectivas conclusiones del peritazgo, y que éste es precisamente el sentido natural y obvio del Artículo 720 del C. J.¹¹

21.2. Lo anterior guarda coherencia con la postura que debe asumir el juez cuando valora la prueba pericial, en la medida en que los criterios allí vertidos por el experto no tienen la virtualidad de suplantar al juzgador en su función, sino que hacen parte del conjunto de pruebas que han de ser valoradas. Así, en palabras de la Sección:

... el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma.¹²

22. Por lo anterior, no prospera la objeción por error grave del dictamen propuesta por Colsubsidio en lo tocante con los conceptos de la fórmula de capital de trabajo, lo que no significa que serán acogidas ciegamente sus apreciaciones como acaba de señalarse.

III. Hechos probados

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 1973. Rad. 1260. C.P. Carlos Portocarrero Mutis. Cita la providencia de la misma Corporación de fecha 26 de octubre de 1967. Exp. 742.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de julio de 2008. Rad. 25000-23-26-000-1995-01099-01(16706). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

23. De conformidad con las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos relevantes para este asunto:

23.1. La Secretaría de Educación Departamental de Cundinamarca dio inicio al procedimiento licitatorio SEC-003-2003 a través de la Resolución 4602 del 20 de noviembre de 2003 (f. 126-127, c.3).

23.2. El pliego de condiciones de la licitación (f. 79-117, c.3) tuvo por objeto "la prestación del servicio público educativo formal en la planta física del Colegio Oficial denominado Complejo Educativo Integral ubicado en el municipio de Sopó del departamento de Cundinamarca" para 1200 alumnos entre los grados cero y noveno, previamente matriculados a través de la Secretaría de Educación del Municipio de Sopó, durante un año escolar, y que contaba con un presupuesto de \$ 1 080 000 000. De las disposiciones que allí constan, son destacables las que se mencionan a continuación:

23.2.1. En el cronograma, se fijó como actividad la realización de audiencia de aclaración de pliegos, programada para el 24 de noviembre de 2003.

23.2.2. La regla atinente a la interpretación de los pliegos de condiciones, redactada en estos términos:

3.7.3. INTERPRETACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES

Todo proponente deberá examinar cuidadosamente los pliegos de Condiciones e informarse cabalmente de todas las circunstancias que puedan afectar de alguna manera las actividades y el plazo de ejecución.

Serán de exclusiva responsabilidad de los proponentes, las interpretaciones y deducciones que hagan de las estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones y/o aclaraciones hechas por el Departamento.

La presentación de la propuesta, será evidencia de que el proponente ha examinado el pliego de condiciones y ha obtenido del Departamento aclaraciones satisfactorias sobre cualquier punto incierto o dudoso. Que ha aceptado que los documentos de la

licitación están completos y son compatibles y adecuados para la realización de las actividades a ejecutar y que conoce y acepta las normas que rigen la contratación para el Departamento.

23.2.3. En el numeral 3.8. de los pliegos de condiciones se estableció que la Secretaría de Educación de Cundinamarca aceptaría o rechazaría las propuestas que se encontrasen "en concordancia con esta licitación y el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y sus normas reglamentarias". Las causales de rechazo contenidas en los pliegos se citan a renglón seguido:

- a. *Cuando no presente los documentos exigidos NO SUBSANABLES o que siendo subsanable no se aporte dentro del término fijado para tal fin.*
- b. *Cuando se encuentre que el proponente o uno de los miembros del consorcio o de la unión temporal o de la Alianza esté incurso en alguna de las incompatibilidades o inhabilidades previstas en la Constitución o en la Ley.*
- c. *Cuando las condiciones ofrecidas por el proponente no cumplan con los requisitos mínimos establecidos en los presentes pliegos de condiciones.*
- d. *Cuando no coincida o no exista correspondencia entre la información diligenciada en los formatos y la de los documentos soporte solicitados como aclaración por parte de la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca y que no sea justificada plenamente.*
- e. *Cuando el proponente omita alguno de los datos necesarios para la comparación de propuestas.*
- f. *Cuando no se presente la póliza que garantice la seriedad de la propuesta en las condiciones exigidas, salvo que se trate de error en el valor o en el NIT o en el beneficiario o en las fechas de cubrimiento y semejantes, caso en el cual podrá subsanarse hasta el momento de adjudicarse.*
- g. *Cuando la propuesta se presente extemporáneamente.*
- h. *Cuando el valor de la propuesta sobrepase el presupuesto asignado para la presente LICITACION PUBLICA.*
- i. *Cuando no aporte la certificación expedida por el Revisor Fiscal o el Representante Legal, sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 50 de la ley 789 de 2002.*

23.2.4. En el capítulo destinado a factores de evaluación de las propuestas (capítulo 4), la Secretaría indicó que serían factores excluyentes (punto 4.1.) *“aquellos requisitos mínimos sin cuya verificación y cumplimiento la propuesta no será objeto de calificación”*. Y agregó:

El Departamento de Cundinamarca, a través del Comité Evaluador, una vez haya realizado el estudio jurídico de las propuestas, procederá a realizar la verificación del cumplimiento de estos requisitos mínimos.

23.2.5. Los pliegos indicaron que estos factores eran: (i) la capacidad jurídica –literal B- que se acreditaría con los documentos atinentes a requisitos subsanables (existencia y representación legal del proponente, carta de presentación de la propuesta, etc.) y no subsanables (certificación del revisor fiscal sobre cumplimiento de obligaciones de salud, constitución de garantía de seriedad de la oferta, etc.); y (ii) la capacidad financiera del oferente –literal A- que con *“el fin de garantizar la solvencia económica y patrimonial del proponente”* incluía la realización de un estudio financiero basado en el balance general presentado a diciembre de 2002 (numeral 1), el índice de liquidez (numeral 1.2.)¹³, el nivel de endeudamiento (numeral 1.3.)¹⁴, y el capital de trabajo del proponente (numeral 1.1.) cuya explicación y cálculo se expuso así:

1.1. Capital de trabajo

El capital de trabajo del proponente debe garantizar como mínimo el 15% del valor promedio mensual de la propuesta el cual se obtiene (VPMP), el cual se obtiene (sic) dividiendo el valor total de la

¹³ Este acápite señalaba: **“1.2. Índice de liquidez // Se conceptúa aceptable que los proponentes demuestren un respaldo de 1,0: 1,0, es decir, que por cada \$1,00 de obligaciones a corto plazo, (Pasivo Corriente), disponga de \$1,00 de sus activos corrientes, para atender los compromisos exigibles a corto plazo. // Se determina el índice de liquidez dividiendo el Activo Corriente sobre el Pasivo Corriente, reflejado en el Balance general a diciembre 31 de 2002. // Fórmula: Activo Corriente / Pasivo Corriente = No. De veces // Si No. De veces es menor a 1,0 la propuesta será rechazada.”**

¹⁴ **“1.3. Nivel de Endeudamiento // El proponente deberá demostrar un nivel de endeudamiento total (NET), menor o igual al 70% de sus activos totales. El mismo se determina dividiendo el Pasivo Total (PT) sobre el Activo Total (AT), reflejados en el balance general a 31 de diciembre de 2002, y el resultado se multiplicará por 100. // Fórmula: (Total Deudas o Pasivo Total / Activo Total o Patrimonio Bruto) * 100 // Si NET es > al 70 % la propuesta será rechazada.”**

propuesta del proponente (VP) por el número de meses de ejecución del contrato (No. MEC)

$$VPMP = VTP/No. MEC$$

Se determina el Capital de Trabajo (CT) restando al Activo Corriente (AC) el valor del Pasivo Corriente (PC) reflejado en el Balance general a 31 de diciembre de 2002.

Fórmula: $CT = AC - PC$

Si CT es < al valor promedio mensual de la propuesta (VPMP), ésta será rechazada.

23.2.6. En el acápite titulado "REQUISITOS TÉCNICOS DE LA PROPUESTA CALIFICABLES", los pliegos incluyeron tres aspectos: (i) la experiencia, cuyo examen se disgregaba en el tiempo de funcionamiento de la institución oferente (experiencia institucional), y en el personal dispuesto para ofrecer el servicio educativo (talento humano); (ii) la idoneidad institucional, valorable con los puntajes obtenidos por los estudiantes en los exámenes de estado y en el Proyecto Educativo Institucional (PEI) y; (iii) en los aportes de cooperación y mejoramiento de la calidad de la educación que haya realizado la institución.

23.2.7. En torno a la calificación de la propuesta económica, se indicó que a aquella oferta elegible en donde se presente "el menor valor se le asignará el mayor puntaje, es decir, doscientos cincuenta (250) puntos" y para las restantes ofertas se aplicaría una fórmula.

23.2.8. En el anexo nº 5 del pliego de condiciones figuró la minuta del contrato, que establecía en sus cláusulas primera, segunda, tercera, quinta y séptima las previsiones atinentes a: el objeto contractual, el alcance de dicho objeto, las obligaciones del contratista, la forma de pago y el plazo de ejecución y vigencia del contrato, en estos términos:

PRIMERA: OBJETO.- Por el presente CONTRATO [EL CONTRATISTA] se obliga a la prestación del servicio público educativo formal en la planta física del Colegio Oficial denominado Instituto Integral ubicado en el municipio de Sopo del Departamento de Cundinamarca. SEGUNDA: ALCANCE DEL OBJETO: El servicio

público se prestará a 1.200 alumnos (grados cero a noveno) en la planta física denominada Instituto integral del municipio de Sopo. TERCERA. OBLIGACIONES DE EL (sic) CONTRATISTA: El contratista deberá: a) Operar, mantener y prestar el servicio de educación formal en los niveles de preescolar y básica, con prioridad para niños y niñas de familias residentes principalmente del Municipio de Sopo y de municipios circunvecinos de estratos 1, 2 y 3 del Sisben. b) Mantener un promedio mínimo de 25 alumnos por grupo para el nivel de educación preescolar, 35 alumnos para el ciclo de básica primaria y 40 alumnos para el ciclo de básica secundaria. c) Asignar los cupos en el establecimiento educativo con prioridad a niños y niñas habitantes del Municipio de Sopo preferiblemente clasificados en estratos 1, 2 y 3 del SISBEN u otro medio de certificación (servicios públicos). d) Prestar el servicio educativo en la forma y términos previstos en el presente pliego de condiciones y en el contrato que se celebre. e) El servicio pedagógico y administrativo que se obliga a prestar la Institución Educativa deberá ser el adecuado para atender, en jornada única, el número de alumnos que se describe en cada establecimiento educativo. (...) QUINTA: El Departamento pagará al contratista de la siguiente forma: Un 30% al primer mes de ejecución previo informe de ejecución parcial, un 30% al cuarto mes de ejecución previo informe de avance, al octavo mes de ejecución el 20% previo informe de avance y al finalizar la ejecución del contrato el 20% previo informe final (...) SÉPTIMA: PLAZO DE EJECUCIÓN Y VIGENCIA DEL CONTRATO: El plazo de ejecución, es decir el tiempo durante el cual el contratista se compromete a ejecutar el objeto del contrato es de un (1) año escolar y la vigencia contendrá dos (2) meses de más para efectos de su liquidación (...)

23.2.9. El pliego de condiciones fue modificado mediante el adendo n° 1 (f. 118-124, c.3), en donde se variaron algunos aspectos atinentes a los requisitos para participar (trayectoria, idoneidad, experiencia institucional y talento humano), a la acreditación de estos factores, y a los puntajes máximos para "ponderar la elegibilidad".

23.3. El 24 de noviembre de 2003, se realizó la audiencia de aclaración de pliegos de la licitación SEC-003-2003 (acta de la audiencia - f. 168-169, c.3) en donde participaron delegados de varias entidades. Entre ellas, el asistente que intervino a nombre de la Fundación formuló dos inquietudes: (i) en relación con el resumen total de las calificaciones de las ofertas que "no es coherente" con las de requisitos técnicos; (ii) indagó si era necesario "adjuntar las hojas de vida del personal docente-directivo y administrativo a la propuesta". No se expresó ninguna interrogante sobre la evaluación de

la capacidad financiera en general, ni en relación con el capital de trabajo¹⁵. En el acta no quedó constancia de que se hayan expresado respuestas a las observaciones formuladas durante la diligencia.

23.4. El 1º de diciembre de 2003 se cerró la licitación SEC-003-2003. En el acta en donde se refleja la apertura de la urna contentiva de las propuestas (f. 164-165, c.3) se menciona que fueron postuladas las ofertas de las entidades Colsubsidio (f. 71-209, c.7) y Fundación Educacional Nuevo Retiro (c.8).

23.5. La Fundación, que según sus estatutos (f. 11-15, c.8) tiene como objeto principal "proporcionar educación formal e informal y fomentar el conocimiento y la cultura en todos los niveles, grados y campos", acreditó haber suscrito 10 contratos antes del presente procedimiento licitatorio con la Secretaría de Educación de Cundinamarca entre el año 1998 y el 2003 (f. 204-247, c.3), enlistados por la demandante así (f. 201-203, c.3):

No. Contrato	Descripción del contrato, tiempo ejecución
04 de 1988	FORMACIÓN DE DOCENTES SOBRE ESTRATEGIAS PEDAGÓGICAS APOYADAS EN LOS MATERIALES DE BAÚL JAIBANA

¹⁵ En el acta se reflejaron estas intervenciones:

1. CECILIA URREGO – ASOCIACIÓN ALIANZA EDUCATIVA // Preguntas: A- La idoneidad y trayectoria de que habla el Decreto 1528 se puede certificar con uno de los componentes del proponente asociativo? B- Se puede incluir en la minuta del contrato fechas de pago, en lugar de meses?

2. ALFONSO BERNAL – FUNDACION EDUCACIONAL NUEVO RETIRO // A. ¿Punto 4.4. no es coherente con las calificaciones parciales del punto 4.2. B. (sic) ¿Es necesario adjuntar las hojas de vida del personal docente – directivo y administrativo a la propuesta? ¿o no sería más práctico adjuntarlas en el momento de la adjudicación previo requisito del perfil mínimo?

3. MAGOLA DELGADO – COLSUBSIDIO // A. Cómo contempla la Secretaría de Educación el manejo de la póliza de manejo de accidentes escolares? C- La certificación de no sanción la debe expedir la Secretaría de Educación o vale la manifestación juramentada del rector? D. Se debe aclarar en el contrato que la idoneidad se demuestra con uno de los colegios que cumpla con los requerimientos.

4. MARÍA LUCIA CASAS – COMPENSAR // A. Qué gastos debe asumir el contratista? Dotación. Alimentación. Transporte. Mantenimiento B. ¿Qué exigencia hay en cuanto a la contratación de personal administrativo y docente? C. Idoneidad: entidad debe acreditar puntaje ICFES. Si no se trata de una entidad educativa, cómo lo hace?

NORBERTO LUNA – CORPORACIÓN EDUCATIVA SOPO // Manifiesta no tener preguntas, pues con las intervenciones anteriores se subsumen las inquietudes que tenía.

ROBERTO CORREDOR VALDERRAMA LICEO CULTURAL BILINGÜE DE ZIPAQUIRA // No tiene preguntas. // Siendo las 12:00 m se termina la audiencia.

	Ejecución: 2 de febrero – 2 de mayo 1999. Invitación. Monto \$ 60.240.000
08 de 1988	ARTICULACIÓN DE LOS NIVELES DE PRE-ESCOLAR Y BASICA Ejecución: 2 de febrero de 1999 – 3 de mayo de 1999. Invitación. Monto \$ 75.300.000
07 de 1988	FORMACIÓN DE DOCENTES DEL NIVEL DE PREESCOLAR Ejecución: 2 de febrero de 1999 – 2 de mayo de 1999. Monto \$75.300.000
247 de 1999	PROYECTO DE CAPACITACIÓN “ESTRATEGIAS PEDAGÓGICAS APOYADAS EN LOS MATERIALES DEL BAÚL DE JAIBANA” Ejecución: Agosto 4 de 1999 Octubre 04 de 1999. Invitación. Monto \$25.000.000
237 de 1999	Articulación de preescolar y básica en 60 instituciones con el propósito de impulsar nuevas formas de organización y participación, en particular el componente administrativo y pedagógico dentro de cada uno de sus PEI de los colegios básicos del Departamento de Cundinamarca Ejecución: Agosto 4 de 1999 – diciembre de 1999. Invitación. Monto \$55.000.000
258 de 1999	PROFESIONALIZACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DEL EDUCADOR CUNDINAMARQUEZ PROYECTO “CAPACITACIÓN, ASESORÍA, SEGUIMIENTO, SISTEMATIZACIÓN Y EVALUACIÓN PROCESOS PARA DOCENTES DE PREESCOLAR”. Ejecución 7 de septiembre de 1999 16 de noviembre de 1999, invitación. Monto \$65.000.000
236 de 2002	CAPACITACIÓN POR COMPETENCIAS Ejecución: 13 de junio de 2002 – 13 de Agosto de 2002. Invitación. Monto \$10.000.000
004 de 2003	CAPACITACIÓN A DOCENTES OFICIALES DEL DEPARTAMENTO CUNDINAMARCA EN EVALUACIÓN, COMPETENCIAS, LINEAMIENTOS Y ESTÁNDARES BÁSICOS EN LAS ÁREAS DE MATEMÁTICAS, ESPAÑOL, CIENCIAS NATURALES, Y CIENCIAS SOCIALES. Ejecución: 14 de Julio de 2003 14 de agosto de 2003. Pedido de propuesta. Monto \$43.150.000
127 de 2003	CAPACITACION A DOCENTES OFICIALES DEL DEPARTAMENTO CUNDINAMARCA EN EVALUACIÓN, COMPETENCIAS, LINEAMIENTOS Y ESTÁNDARES BÁSICOS EN LAS ÁREAS DE MATEMÁTICAS, ESPAÑOL, CIENCIAS NATURALES Y CIENCIAS SOCIALES Ejecución: 14 de Julio de 2003 14 de Agosto de 2003. Invitación. Monto \$ 18.000.000
364 de 2003	Implementar la propuesta curricular sobre etnoeducación, en instituciones educativas que atienden grupos étnicos en los Municipios de Chía, Cota a través de la formación docente. Líderes y autoridades tradicionales de los resguardos. Ejecución: 24 de octubre 2003 - 24 de julio 2004. Invitación directa No. SE 012-2003. Monto \$ 45.000.000

23.5.1. La Fundación indicó en su propuesta económica (f. 19, c.8) que por “la suma de NOVECIENTOS VEINTICUATRO MILLONES DE PESOS (\$ 924.000.000)” participaba para la prestación del servicio educativo “de 1200 alumnos por el año lectivo del 2004, que corresponde a SETECIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$ 770.000) por alumno”.

23.5.2. La representante legal de la Fundación, al presentar su oferta, suscribió lo siguiente (f. 18, c.8):

... declaro expresamente que:

1. Conozco la totalidad del pliego, anexos y sus adendos por tanto acepto todos los requisitos y condiciones en ellos exigidos.
2. He tenido en cuenta todas las circunstancias que inciden en la determinación de precios de la propuesta.

23.6. El 4 de diciembre de 2003, la Directora de Organización Escolar de la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca allegó a la Dirección de Asuntos Jurídicos de la misma entidad los resultados de la evaluación de las propuestas de Colsubsidio y la Fundación (f. 129, c.3).

23.6.1. La evaluación técnica fue realizada por las profesionales Alcira Martínez y María Elizabeth Coy Africano quienes indicaron que, sobre 250 de puntaje máximo, la propuesta de la Fundación obtuvo 235 puntos (f. 159-161, c.1), mientras que la oferta elevada por Colsubsidio alcanzó un puntaje de 185/250 (f. 162, c.1).

23.6.2. La evaluación jurídica de las propuestas (f. 174, c.1) arrojó estos resultados:

REQUISITOS	PROPUESTA No. 1	PROPUESTA No.2
	COLSUBSIDIO	FUND. E. NUEVO RETIRO
DOCUMENTOS	OFERTA	OFERTA
1) Carta de presentación	Cumple	Cumple
2) Certif. de Exist y Representación	Cumple	Cumple
3) Autorización Junta de Socios para contratar	Requiere	Cumple
4) Póliza de seriedad de la oferta	Cumple	Cumple
5) Aporte de anexos 2 y 3 Trayectoria e Idoneidad	Cumple	Cumple
6) Balance General	Cumple	Cumple
7) estados de Resultados+A4	Cumple	Cumple
8) Aportes parafiscales y Seguridad Social	Cumple	Cumple

23.6.3. En cuanto a las condiciones financieras de las ofertas, los evaluadores Víctor Hugo Useche y Orlando Humberto Garnica Blanco, este último en calidad de Director Administrativo y Financiero de la Secretaría de Educación de Cundinamarca, indicaron lo siguiente (f. 172-173, c.1):

LICITANTE	COLSUBSIDIO		
	BALANCE DIC 31-2002	INDICADOR	CONDICION
<u>LIQUIDEZ</u>			SUPERIOR O IGUAL A 1,0
<u>ACTIVO CORRIENTE</u>	155.651.000.000	1,55	CUMPLE

PASIVO CORRIENTE	99.812.000.000		
INDICE DE ENDEUDAMIENTO			MENOR O IGUAL A 70%
PASIVO TOTAL ACTIVO TOTAL	142.020.000.000 651.948.000.000	21,78	CUMPLE
CAPITAL DE TRABAJO			SUPERIOR O IGUAL A 97.800.000
ACTIVO CORRIENTE MENOS PASIVO CORRIENTE	155.651.000.000 MENOS 99.812.000.000	55.839.000.000	CUMPLE

LICITANTE	FUNDACION EDUCACIONAL NUEVO RETIRO		
INDICADORES	BALANCE DIC 31-2002	INDICADOR	CONDICION
LIQUIDEZ			SUPERIOR O IGUAL A 1,0
ACTIVO CORRIENTE PASIVO CORRIENTE	540.420.788 514.630.397	1,05	CUMPLE
INDICE DE ENDEUDAMIENTO			MENOR O IGUAL A 70%
PASIVO TOTAL ACTIVO TOTAL	529.630.397 761.708.762	69,53	CUMPLE
CAPITAL DE TRABAJO			SUPERIOR O IGUAL A 92.400.000
ACTIVO CORRIENTE MENOS PASIVO CORRIENTE	540.420.788 MENOS 514.630.397	25.790.391	NO CUMPLE

23.7. El 12 de diciembre de 2003, la representante legal de la Fundación manifestó sus observaciones sobre el informe de evaluaciones en donde sostiene que en los aspectos jurídico y técnico, su oferta se ajustó y superó a su contendiente dentro del procedimiento. Y en relación con la evaluación financiera, más exactamente al ítem de capital de trabajo, en donde la evaluación no le fue favorable, solicitó la corrección del análisis con base en estos argumentos (f. 142, c.3):

Tal y como lo establece la lógica y los procedimientos matemáticos nuestro análisis se ciñe paso a paso por lo determinado por ustedes, en los términos de referencia, con respecto a la definición de la fórmula que se aplicaría en Capital de Trabajo (CT) y a la definición de los componentes de la misma.

(...)¹⁶

De acuerdo con el texto anterior el capital de trabajo exigido en estos términos se calcula del valor total del contrato dividido por diez meses que es el tiempo de duración del contrato al tenor de la cláusula SEPTIMA del contrato, y a este resultado se le calcula el 15% que

¹⁶ Cita el numeral atinente al capital de trabajo, ver supra. párr. 23.2.5.

debe garantizarse como mínimo, esto constituye la definición de este término de la fórmula que **se simboliza por ustedes con VPMP en el primer párrafo.**

En este orden de ideas, en el caso particular de la evaluación financiera de las cifras presentadas por la FUNDACION EDUCACIONAL NUEVO RETIRO, tenemos:

Valor total de la propuesta: \$ 924.000.000 (VP)
Plazo del contrato: 10 meses (No. MEC)
Valor mensual: \$92'400.000
Porcentaje mínimo 15% del valor mensual: \$ 13'860.000 o sea el **VPMP que definen los mismos término (sic) de referencia.**

El Capital de Trabajo (CT) de la FUNDACION es: \$25.790.391, como consta en los estados financieros y que ustedes lo ratifican. Suma que supera ampliamente el 15% mínimo, exigido en los pliegos de referencia.

Luego el CT de \$25.790.391 es > que el VPMP que es \$ 13'860.000 es decir cumple y no puede ser rechazada.

En la evaluación que hizo la Secretaría de Educación de Cundinamarca. No tuvieron en cuenta el 15% del promedio mensual de la propuesta, establecido en los términos de referencia como mínimo de CT y que simbolizaron con **VPMP.**

Pero además si no hubiera sido como lo es, una fórmula y un procedimiento claros, primero se hubieran solicitado aclaraciones y segundo hubiera sido obvio para nosotros, que por demás no tenemos ningún problema a ese respecto, de haber realizado unión temporal o consorcio según fuera el caso para garantizar todos y cada uno de los ítems de la capacidad financiera. (Negrillas originales del texto).

23.8. En la misma fecha de la comunicación referida en el punto anterior, la Fundación mediante apoderado, solicitó la revocatoria de la decisión de rechazo de la oferta (f. 147-152, c.3). Igualmente, allegó el concepto firmado por el matemático Carlo Federici Casa de fecha 22 de noviembre de 2003 (f. 195-196, c.3) quien señaló que el inciso primero del numeral 1.1. referente al "capital de trabajo" era "gramaticalmente incorrecto" y presentó las cifras que –en su parecer- eran las adecuadas:

Para la licitación SEC 003-2003 la operación efectuada es la siguiente:

Valor total de la propuesta \$ 924.000.000 (VP)
Plazo del contrato: 10 meses (No. MEC)
Valor mensual: \$ 92'400.000
Porcentaje mínimo: 15% del valor mensual: \$ 13'860.000 o sea

el VPMP que ustedes definen en los mismos términos (sic) de referencia.

El Capital de Trabajo (CT) de la FUNDACIÓN es: \$ 25.790.391, como consta en los estados financieros y que ustedes ratifican en los cuadros de elegibilidad.

Luego el CT de \$25.790.391 es > que el VPMP que es \$ 13'860.000. (Negrillas originales del texto)

23.9. La Secretaría de Educación de Cundinamarca se pronunció (f. 154-159, c.3) sobre estas observaciones en dos oportunidades:

23.9.1. Primero, a través del oficio DA/GP/OF.13988 del 18 de diciembre de 2003 (f.154, c.3) en el que el evaluador Garnica Blanco ratificó los resultados con base en que *“la condición establecida para éste indicador, está definida en el último inciso del numeral 1.1. y no como se anota en las observaciones del proponente, refiriéndose al inciso primero del mencionado numeral, el cual se entiende como una estimación mínima de garantía y respaldo para la SEC sobre la capacidad operativa del proponente, según los datos de la propuesta económica.”* Y agrega que *“el contenido del primer inciso ya mencionado no se refiere al indicador del Capital de Trabajo objeto de la evaluación, sino a un valor de cálculo que debe ser comparado con el indicador del Capital de trabajo exigido en los términos de referencia”.*

23.9.2. En el oficio DAJ-3522 sin fecha (f. 155-159, c.3) la entonces Secretaria de Educación, Piedad Caballero Prieto, respondió a las observaciones de la representante legal de la Fundación, ratificando la calificación efectuada sobre la propuesta, sustentándose desde la óptica financiera en el oficio citado en el párrafo anterior, y en lo normativo en los artículos 2 y 5 de la Ley 153 de 1887, y en los artículos 27 y 32 del Código Civil. De esta manera, señaló:

En efecto, el texto de los Pliegos de Condiciones, respecto de la evaluación que debía hacerse a los Estados Financieros para determinar el Capital de Trabajo de todos los proponentes y concretamente de la FUNDACION NUEVO RETIRO, indicaba

inicialmente lo que dicha Fundación afirma, esto es que la garantía de Capital de Trabajo para poder contratar, debía de ser cuando menos el 15% del promedio mensual de la propuesta, esto es el 15% de una décima parte del valor total del contrato.

Pero ese mismo texto de los Pliegos, al final aclaraba la regla anterior y disponía con claridad que Capital de Trabajo exigido, so pena (sic) de rechazo, debía ser del 100% del valor promedio mensual, esto es, cuando menos equivalente a la décima parte del valor total del contrato.

Este texto aclaratorio que figura en el capítulo 4 número 4.1. Factores excluyentes, literal A- Capacidad Financiera, numeral 1.1. Capital de Trabajo dice así: "(...)"¹⁷

Los Pliegos de Condiciones que constituyen las normas a que deben ajustarse tanto la Secretaría de Educación de Cundinamarca como los proponentes, en las Licitaciones Públicas SEC-003 (...) de 2003, deben aplicarse en su integridad y en el caso de incongruencia o contradicción entre disposiciones establecidas en ellos, debe acudir a los mecanismos establecidos en el Derecho Colombiano para determinar el efecto y alcance de las normas y precisar el sentido e interpretación que se debe dar a ellas.

Este es el caso en cuestión, pues efectivamente respecto de la fórmula de cálculo para determinar la capacidad contractual por Capital de Trabajo, aparecen en los Pliegos de Condiciones de las Licitaciones SEC-003 (...) dos fórmulas opuestas y más aún contradictorias: Capital de Trabajo del valor mensual de la propuesta y Capital de Trabajo del 100% del valor promedio mensual de la propuesta, es ahí en donde se debe acudir a las reglas de efecto de la Ley y de interpretación de la Ley.

Respecto del efecto de la Ley, en este caso, los Pliegos de Condiciones que constituyen la Ley de las licitaciones en comento, lo que se pretendía era garantizar una suficiencia de Capital, que asegurara el debido cumplimiento del contrato a celebrarse. Esta fue la pretensión del segundo texto, contenido en el nombrado numeral 1.1. Capital de Trabajo (100% del Valor promedio mensual), todo ello porque debía resultar equitativo al tipo y valor del contrato una suma o un Capital de Trabajo que brindara respaldo suficiente y ésta no podía resultar ficticia o pírrica.

De ahí que hubieran de aplicarse dos de los principios relativos al efecto de la Ley, contenidos en el Artículo 24 del C.C. y provenientes de la Ley 153 de 1887.

Estos son:

Primer principio (Art. 2 de la Ley 153 de 1887) "Le ley posterior prevalece sobre la Ley anterior. **En caso de que una Ley posterior**

¹⁷ Cita el último párrafo del mencionado numeral, ver supra. párr. 23.2.5.

sea contraria a una Ley posterior (sic), y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la Ley posterior." Esto fue lo que se aplicó en la evaluación.

Segundo principio (Art. 5 de la Ley 153 de 1887) "**Dentro de la equidad natural y la doctrina Constitucional la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes**". Entre las dos normas incongruentes para el cálculo del Capital de Trabajo exigido como requerimiento para las contrataciones derivada de las licitaciones en comento, resulta naturalmente equitativa aplicar aquella regla que determine un valor de cálculo que responda efectivamente al valor del contrato y es por ello, más razonable entonces, la fórmula jurídica que efectivamente se aplicó en la evaluación.

También debieron de aplicarse (sic) dos de los principios sobre la interpretación de la Ley, contenidos en los Artículos 27 y 32 del C.C. así:

Primer principio (Art. 27 del C.C.) "**Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal** a pretexto de consultar su espíritu. **Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.**" Es lo que se aplicó en la evaluación ante la duda producida por la coexistencia de dos disposiciones contrarias y la intención expresa de la Secretaría para asegurar en los posibles proponentes la suficiencia en su capacidad financiera de contratación y dar aplicación al principio de responsabilidad dispuesto en el Art. 26 del Estatuto Contractual (Ley 80 de 1993).

Segundo principio (Art. 32 del C.C.) "**En los casos ha que (sic) no pudieran aplicarse las reglas de interpretación anteriores se interpretarán los pasajes oscuros del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.** Es lo que se aplicó en la evaluación. Debe haber armonía natural entre el valor del contrato y la capacidad financiera del contratista. Los pliegos deben interpretarse armonizándolos con el estatuto contractual.

(...)

Debe además agregarse que todos los proponentes tuvieron oportunidad para consultar y observar los Pliegos de Condiciones y que la falta de claridad del número 1.1. (Evaluación del Capital de Trabajo) no fue objeto de consulta alguna. Es más, en el caso de los otros proponentes la interpretación de dicho numeral se acogió a lo que sí era claro en el último inciso o párrafo de dicho texto (Capital de Trabajo calculado como del 100% del valor promedio mensual, esto es una décima parte de la propuesta económica (...)).

De esta manera cabe ratificar en todas sus partes los informes de evaluación dentro de las licitaciones SEC 003 de 2003... (Negrillas

originales del texto)

23.10. El 23 de diciembre de 2003, por medio de la Resolución 005764 (f. 160-163, c.3) fue adjudicada la Licitación Pública No. SEC-003-2003 a Colsubsidio, porque la propuesta de la Fundación no cumplió con los requisitos financieros plasmados en el pliego. Según consta en las copias aportadas al plenario, este acto fue notificado en la misma fecha del acto al señor Wilmar Alexander Chinchilla (f. 163 – reverso, c.1 y f. 233 – reverso, c.7), quien representó en la adjudicación a Colsubsidio (f. 228, c.7). Decisión que fue antecedida por varios considerandos, entre los que es pertinente mencionar:

Que las propuestas presentadas por las entidades anteriormente mencionadas fueron evaluadas jurídica y financieramente como requisitos mínimos para ser evaluados técnicamente y seleccionados en la presente licitación, por los comités evaluadores designados por la Secretaría de Educación para tal efecto.

Que de conformidad con la evaluación jurídica fueron admitidas las entidades COLSUBSIDIO Y LA FUNDACION NUEVO RETIRO.

Que la evaluación financiera las propuestas anteriormente enunciadas, en la parte financiera la entidad de COLSUBSIDIO cumple con los requisitos exigidos EN EL PLIEGO DE CONDICIONES y la entidad FUNDACION NUEVO RETIRO no cumple con el CAPITAL DE TRABAJO.

Que la evaluación técnica solo fue efectuada a la entidad Colsubsidio, teniendo en cuenta que la FUNDACION NUEVO RETIRO no cumplió con la Capacidad Financiera, siendo este factor excluyente como lo determina el Pliego de Condiciones en el Capítulo 4 numeral 4.1.

23.11. El 30 de diciembre de 2003, la Secretaría de Educación de Cundinamarca y Colsubsidio suscribieron el contrato 455 (f. 72-74, c.3), cuyo objeto fue la *“prestación del servicio público educativo formal en la planta física del Colegio Oficial denominado Complejo Educativo Integral, ubicado en el municipio de Sopó del departamento de Cundinamarca”*, con un plazo de ejecución de un año.

23.12. El apoderado de la Fundación solicitó la revocación directa del acta de adjudicación aquí mencionada, en memorial presentado el 19 de abril

de 2004 (f. 172-186, c.3). Esta petición fue resuelta en sentido desfavorable a la Fundación a través de la Resolución 2138 del 11 de junio de 2004 (f. 68-71, c. 3), que trajo a colación los argumentos esgrimidos durante el procedimiento de adjudicación.

23.13. Según lo certificó la Dirección de Contratación y Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Educación de Cundinamarca (f. 75-76, c.3) las partes del contrato 455 de 2003 suscribieron dos contratos adicionales que ampliaron el término de ejecución hasta el 30 de junio de 2005, y señaló que el objeto contractual fue cumplido.

23.14. Durante el proceso se practicaron los siguientes testimonios:

23.14.1. El señor Hildebrando Leal Contreras, matemático y físico de profesión fue indagado en la diligencia del 9 de febrero de 2007 (f. 137-139, c.2) por la interpretación técnica de la fórmula referida al capital de trabajo, coincidiendo con la interpretación de la parte demandante. Afirmó que la decisión de rechazar la oferta fue adoptada por la Administración porque *"no tuvieron en cuenta en la condición del párrafo inicial para este indicador el 15% del Valor Promedio Mensual de la Propuesta; sino que simplemente tomaron el Valor promedio Mensual de la propuesta así: $CT := \$ 25.790.391 < 92.400.000(VPMP)$ ".* Sostuvo adicionalmente que el procedimiento matemático correcto partía de considerar que *"la condición a tener en cuenta respecto a que el capital de trabajo del proponente debe garantizar como mínimo el 15% del VPMP"*, desacierto que, en su parecer se produce *"cuando en el último párrafo no la aplican ya que en la relación solo aparece el VPMP sin haberle sacado el 15%"*.

23.14.2. El señor Alfonso Bernal Pineda, de profesión contador, quien según la demanda asesoró a la Fundación en la presentación de la propuesta (f. 101, c.1), rindió testimonio el 12 de febrero de 2007 (f.154-157, c.2) en el que manifestó que la oferta de la aquí demandante satisfacía los requisitos para participar en la licitación, en particular con la exigencia

del capital de trabajo en la que, en sus palabras, la propuesta cumplía "con suficiente amplitud".

23.14.2.1. En dicho sentido, expresó en la diligencia ante las preguntas de la parte actora:

... PREGUNTA: Qué es y para qué se utiliza el Capital de Trabajo
CONTESTO: El capital de trabajo es la diferencia que existe entre el Activo Corriente y el Pasivo Corriente, si ese resultado es positivo, el Capital de Trabajo se utiliza entre otras cosas para desarrollar el objeto social de una empresa. Para aclaración el Activo Corriente está compuesto por Activos de la Empresa de Fácil realización para convertirlos en dinero y el Pasivo Corriente son las exigencias en dinero que tiene la empresa para cancelar a corto plazo.
PREGUNTADO: Para que se utiliza el Capital de Trabajo en un contrato de Prestación de servicios
CONTESTO El capital de trabajo en un contrato de prestación de servicios se utiliza precisamente para cumplir o para ayudarse financieramente con el cumplimiento del contrato.
PREGUNTADO: En un Contrato de Prestación de Servicios para ejecutarse en 10 meses cuya forma de pago es el 30% al primer mes de ejecución, 30% al cuarto mes, 20% al Octavo mes y al final del contrato el restante 20%, cuál sería el porcentaje razonable de Capital de trabajo a exigir dentro de unos pliegos de condiciones
CONTESTO: El Capital de trabajo, requerido para ejecutar un contrato de prestación de servicios es menor en la medida que las condiciones de pago apalanquen el desarrollo del mismo contrato, es decir, si en un contrato de prestación de servicios está contemplado el pago del mismo con anticipos en esas circunstancias el capital de trabajo requerido debe ser menor, si el contrato de Prestación de Servicios contempla por ejemplo que la forma de pago es al final de la ejecución, las exigencias del capital de trabajo son mayores, en el caso que nos acompaña las formas de pago contempladas en el contrato apuntan a que los requerimientos de capital de trabajo son de porcentajes menores y tanto es así que el contratante así lo manifiesta en el pliego de condiciones fijando un 15% del capital de trabajo en relación con la propuesta económica para el desarrollo del contrato. Dadas las condiciones de la forma de pago en mi concepto es suficiente el porcentaje del 15%
PREGUNTADO: en su calidad de testigo cómo interpreta la fórmula inserta en el numeral 1.1 de los pliegos de condiciones (...) CONTESTO: En el numeral 1.1 titulado Capital de Trabajo existen dos fórmulas, la primera dice "VPMP = VTP/No. MEC" esa fórmula quiere decir que el valor de la propuesta mensual del proponente es igual al valor total de la propuesta dividido en el número de meses de ejecución del contrato, es decir que el contratante solicita saber cuánto cobra el proponente mensualmente por la ejecución del contrato debiendo garantizar con su capital de trabajo un mínimo del 15% del valor promedio mensual de la propuesta; es claro que a manera de ejemplo si el valor propuesto mensualmente para ejecutar el contrato es de 100 pesos el proponente debe demostrar que tiene un capital de trabajo igual o superior a 15 pesos, existe adicionalmente

otra fórmula que dice que $CT=AC-PC$, que es la fórmula que inicialmente había comentado en la primera respuesta, que traduce que el capital de trabajo, es igual al activo Corriente menos pasivo corriente PREGUNTADO: Si tenemos en cuenta que la propuesta de la Fundación FENUR era de 924.000.000, su Activo Corriente de 540.420.788 y por último su pasivo Corriente de 514.630.397, en su opinión cumplía con el Capital de Trabajo exigido en el numeral 1.1 de los pliegos de condiciones CONTESTO: Teniendo en cuenta que el Valor promedio mensual de la propuesta era de 92.400.000 el 15% será de \$13.860.000, y la diferencia entre el Activo Corriente y Pasivo Corriente, da un Capital de trabajo de 25.790.391, que a todas luces es superior al valor correspondiente al 15% de la propuesta que es de \$13.860.000.

23.14.2.2. El apoderado del Departamento de Cundinamarca cuestionó al deponente sobre si en el proceso de elaboración de la propuesta de la Fundación, en cuya confección participó desde que conoció los términos de referencia, él era *"consciente de la existencia en el pliego de condiciones de dos fórmulas de trabajo como lo afirmó"*. El testigo contestó en estos términos:

Nunca he afirmado que hay dos fórmulas del Capital de trabajo, he afirmado que hay dos fórmulas una de ellas es de Capital de trabajo, que entre otras razones no existe sino una fórmula de capital de trabajo de aceptación contable universal, la otra fórmula es una ecuación en la cual menciona que el valor promedio mensual del proponente debe ser igual al valor total de la propuesta dividido el número de meses de ejecución del Contrato, eso no tiene nada que ver con la fórmula del capital de trabajo, la segunda fórmula indica solamente cuánto va a cobrar el proponente mensualmente por la ejecución del contrato.

23.14.3. Las señoras Reinalda Bayona de Maichel y Alcira Martínez Guarín (f. 158-161, c.2), exfuncionarias de la Secretaría de Educación, dieron su versión en diligencia del 13 de febrero de 2007 sobre la evaluación de las propuestas y en particular sobre la decisión de excluir a la Fundación por no cumplir con la exigencia denominada "Capital de Trabajo".

23.14.3.1. La señora Martínez se encargó de la evaluación técnica de las propuestas dentro del procedimiento de la licitación SEC 003 de 2003, que según ella correspondía *"a la experiencia, en cuanto a la parte institucional, el talento humano, ver con qué contaba cada una de las entidades; la*

idoneidad y los aportes que ellos ofrecían para el mejoramiento de la calidad de educación". Sobre el puntaje obtenido por la Fundación, manifestó que, en su parecer, esta institución era técnica y pedagógicamente apta para manejar un colegio en concesión. Dijo desconocer si su evaluación a la Fundación fue tomada en cuenta dentro de la licitación.

23.14.3.2. La señora Bayona de Maichel dijo que para la época de la adjudicación del contrato se desempeñaba como Directora de Organización Escolar de la Secretaría de Educación de Cundinamarca que se encargaba de la evaluación técnica de las propuestas en los procesos de licitación pública. Dijo que en lo que a ella concernió la Fundación superó la evaluación, y que ignoraba lo ocurrido con dicha propuesta en los aspectos jurídico y financiero.

IV. Problema jurídico

24. A partir de los argumentos de las partes a lo largo del trámite procesal, así como de la decisión de primera instancia, la Sala considera que deberá establecer si la entidad interpretó y aplicó correctamente el pliego de condiciones para determinar el capital de trabajo de la proponente. Una vez fijado ese aspecto, determinará si cabe declarar la nulidad absoluta del contrato por la nulidad del acto de adjudicación.

V. Análisis de la Sala

25. Previo a definir el asunto de fondo que fue sometido a conocimiento de la Sala, retomando los criterios que esta Corporación ha expuesto para estudiar casos como el presente, es necesario precisar el alcance de la acción interpuesta por el demandante de acuerdo con las normas procedimentales vigentes para el momento de la demanda.

V.I. Procedencia de la acción de controversias contractuales para declarar la nulidad del contrato estatal por ser nulos los actos administrativos previos. Cómputo de caducidad. Aplicación al caso concreto

26. Para precisar el marco de la decisión que aquí se adopta debe tenerse en cuenta que, mediante las pretensiones primera y segunda de la demanda (párr. 1) la parte actora solicita la nulidad: (i) de la Resolución 005764 del 26 de diciembre de 2003 acto administrativo por medio del cual la Secretaría de Educación de Cundinamarca adjudicó el contrato de prestación del servicio educativo, objeto de la licitación SEC-003, a Colsubsidio; (ii) del acto que el 11 de junio de 2004 negó la revocatoria directa del acto anteriormente mencionado, solicitada por la misma Fundación; (iii) y en consecuencia de lo anterior, del contrato celebrado el 30 de diciembre de 2003 con Colsubsidio, y de sus prórrogas. Como secuela de estas declaraciones, la actora pidió el resarcimiento económico de los perjuicios a los que, en su sentir, tendría derecho por no haber sido adjudicataria del contrato a pesar de haber presentado una mejor propuesta. Fue sobre estas últimas que la demandada hizo énfasis en su defensa, alegando su improcedencia por caducidad de la acción.

27. Dada la fecha de interposición de la demanda (19 de diciembre de 2005), el escenario normativo del enjuiciamiento de los actos previos a la celebración del contrato estaba marcado por las modificaciones que Ley 446 de 1998 (artículo 32) introdujo explícitamente al artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.:

Art. 87.- Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso.

dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil. (Se subraya)

28. En un sinnúmero de ocasiones, la jurisprudencia de la Sala se ha referido a esta norma legal cuando de decidir la nulidad absoluta del contrato por la ilegalidad de los actos que lo precedieron se trata. Entendimiento que, dicho sea de paso, coincide con el de la Corte Constitucional al momento de estudiar la exequibilidad de la norma arriba citada¹⁸. Recientemente, la Subsección volvió a referirse al tema en estos términos:

12. De acuerdo con lo anterior, es claro que el legislador decidió establecer un término especial y diferente para el ejercicio de las acciones encaminadas a cuestionar judicialmente la validez de los actos administrativos precontractuales, es decir aquellos proferidos en la etapa previa a la suscripción de los contratos estatales, que si bien serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho a las que aluden los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, la oportunidad para la presentación de la demanda varió, pues tratándose de la acción de

¹⁸ “[L]os terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato”. (Corte Constitucional. Sentencia C-1048 del 4 de octubre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

simple nulidad, que en relación con los demás actos administrativos carece de término de caducidad, cuando se refiere a los precontractuales, se le estableció un límite temporal de 30 días; y en cuanto a la de nulidad y restablecimiento del derecho, que por regla general tiene un término de caducidad de 4 meses, para aquella clase de actos, se redujo a los mismos 30 días.

13. *Por otra parte, la norma también estableció que una vez celebrado el contrato, resultan improcedentes las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos precontractuales, pues a partir del perfeccionamiento del negocio jurídico, ya sólo será posible cuestionar la validez de esa clase de actos, como causal de impugnación del contrato mismo, a través de la acción relativa a controversias contractuales, mediante demanda en la que se pida la declaratoria de nulidad del acuerdo de voluntades.*

14. *Dicho en otras palabras, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta improcedente cuando se trata de demandar un acto administrativo precontractual, como lo es el de adjudicación del contrato, cuando éste ya ha sido celebrado, así no hayan transcurrido aún los 30 días del término de caducidad de aquella acción. Porque en tal caso, sólo resulta posible demandar el contrato para pedir que se declare su nulidad, en ejercicio de la acción contractual, aduciendo como causal para ello, precisamente, la ilegalidad de los actos previos que le sirvieron de fundamento, de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, de conformidad con el cual:*

*Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:
(...)*

4º Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.

15. *Y será aplicable el artículo 87 del C.C.A., que consagra la acción relativa a controversias contractuales, en virtud de la cual puede elevarse en la demanda, entre otras, la pretensión de declaratoria de nulidad del contrato estatal, acción cuya caducidad, cuando es esta la pretensión, es de 2 años contados a partir del perfeccionamiento del contrato y hasta de 5, en caso de que el término de vigencia sea superior a 2 años, según lo dispuesto por el artículo 136 del mismo Código –modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998–.*

16. *Lo anterior no significa, de manera alguna, que quienes participan en los procesos de selección de contratistas puedan ver conculcado su derecho a reclamar judicialmente cuando consideren que han sufrido un daño antijurídico proveniente de los actos precontractuales, cuando la entidad procede a celebrar el negocio jurídico adjudicado antes de que transcurran los 30 días del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues aún en tal evento, será posible demandar con fines indemnizatorios, aún en*

*ejercicio de la acción contractual, siempre que ella se presente dentro de los referidos 30 días...*¹⁹

29. Sobresale el último párrafo del pronunciamiento citado porque, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, cuando se interpone la demanda contra el acto precontractual por fuera del término de los 30 días posteriores a su comunicación, publicación o notificación, fenece la oportunidad de reclamar la reparación de los perjuicios ocasionados por las decisiones administrativas, y solo deja abierta la posibilidad de invocar la nulidad del acto previo como causal de nulidad absoluta del contrato en el marco de la acción contractual. Ello armonizando lo dispuesto por el legislador con los derechos de los licitadores vencidos. En extenso, estos han sido los argumentos de la Sala para arribar a esta conclusión:

Las anteriores disposiciones, como es bien sabido, tienden a proteger los procedimientos de selección y contratación estatales, para blindarlos ante ataques injustificados que pueden afectar de manera directa el correcto funcionamiento de la Administración y en forma refleja el cumplimiento de los cometidos estatales y la correcta prestación de los servicios a cargo del Estado, al entorpecer la celebración y ejecución de los contratos que se requieren para ello, mediante la presentación de demandas temerarias cuyo único resultado sea precisamente el de afectar el buen desarrollo de la actividad contractual; para minimizar el riesgo de que ello suceda, el legislador decidió establecer un término apremiantemente corto -30 días- dentro del cual tales actos administrativos pueden ser demandados individualmente, bien sea en ejercicio de la acción de nulidad -que como es bien sabido corresponde a una acción pública que puede ser ejercida por cualquier persona en la sola defensa del ordenamiento jurídico, razón por la cual constituye una excepción este término para atacar los actos precontractuales, dado que en general el ejercicio de esta acción no se encuentra sometido a límite temporal alguno-, o bien en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuya finalidad principal es la de obtener la nulidad del acto y la consiguiente reparación de los daños sufridos con ocasión del acto administrativo que se demanda, acción frente a la cual, se produjo una disminución del término de caducidad común o general de 4 meses, regulado en el artículo 136 del CCA.

No obstante, no puede perderse de vista el hecho de que en tales eventos también están en juego los derechos de quienes participan

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 5 de diciembre de 2016. Rad. 41001-23-31-000-2004-00105-01(37766). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

en los procesos de selección de contratistas con miras a obtener la adjudicación del respectivo contrato, los cuales merecen igualmente la protección por parte del ordenamiento jurídico, el cual debe garantizar a sus titulares la posibilidad de reclamar judicialmente por la vulneración y desconocimiento que de tales derechos se pueda presentar con ocasión de las decisiones que la Administración adopta en esa etapa precontractual y, por lo tanto, protege su derecho a obtener la reparación de los daños que de tal situación se puedan desprender para el afectado.

Se trata pues, de garantizar la protección del derecho constitucional de acceso a la Administración de Justicia²⁰ mediante la interpretación armónica de las normas legales que lo regulan, como son las concernientes a los términos de caducidad de las acciones contencioso administrativas.

Y en este punto, la Sala advierte cómo, una interpretación exegética de la norma contenida en el artículo 87 del CCA, puede conducir, en un momento dado, a la privación del derecho de acceso a la Administración de Justicia, puesto que al disponer que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca en treinta días a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual o una vez celebrado el contrato –lo cual puede suceder antes de transcurrido aquel lapso–, se estaría dejando en manos de la Administración el poder de truncar aquel derecho, mediante el simple expediente de celebrar cuanto antes el contrato, pues inclusive puede suceder que éste sea suscrito el mismo día de la adjudicación, con lo cual, virtualmente se habría privado a los proponentes inconformes con dicha decisión, de las posibilidad de cuestionar judicialmente su validez.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas; para el exacto cumplimiento de este mandato constitucional, resulta indispensable otorgar a las víctimas de tales daños la posibilidad real de reclamar judicialmente su reparación a través de los mecanismos procesales apropiados, es decir, mediante el ejercicio de las distintas acciones dispuestas para acceder a la jurisdicción, dependiendo del origen del daño –acto administrativo, contrato estatal, hechos, omisiones u operaciones administrativas– acciones respecto de las cuales, no obstante, puede el legislador disponer la forma y el plazo para ejercerlas, así como podrá consagrar los términos de caducidad que considere apropiados.

En virtud de lo expuesto, considera la Sala que un correcto entendimiento del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo reformado por la Ley 446, permite concluir que los actos

²⁰ [8] "Constitución Política, Art. 229.- "Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado"."

administrativos producidos por la Administración dentro de los procesos de selección de contratistas y con anterioridad a la celebración del respectivo contrato, permite que los mismos sean demandados a través de las acciones y dentro de los términos que, a manera de ilustración, se precisan a continuación:

1º. En ejercicio de la acción de simple nulidad dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;

2º. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;

3º. En ejercicio de la acción contractual, la cual supone la celebración previa del correspondiente contrato adjudicado y sólo como causal de nulidad del mismo, dentro de los dos años siguientes a tal celebración.

4º. En este último caso, si la demanda se presenta por quien pretende obtener la reparación de un daño derivado del acto administrativo previo y lo hace dentro de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del mismo, debe tenerse presente que la ley exige o impone una acumulación de pretensiones, esto es las que corresponden a las acciones contractual y las propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto en este caso el demandante, al ejercer la acción contractual, deberá solicitar tanto la declaratoria de nulidad del contrato estatal como la declaratoria de nulidad del acto administrativo precontractual, que a su vez le servirá de fundamento a aquella y como consecuencia de tal declaratoria, podrá pedir la indemnización de los perjuicios que tal decisión le haya infligido.

Contrario sensu, es decir, si han transcurrido más de 30 días desde la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual, si bien en principio el ordenamiento en estudio parece autorizar la presentación de la demanda en ejercicio de la acción contractual con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del respectivo contrato con base en o partir de la nulidad del acto precontractual, que también deberá pretenderse, lo cierto es que en este caso no podrá ya elevarse pretensión patrimonial alguna, puesto que habrá caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se habría podido acumular en la misma demanda; en consecuencia, en esta hipótesis fáctica, sólo habrá lugar a analizar y decidir sobre la validez del contrato demandado, a la luz de la validez o invalidez del acto administrativo que se cuestiona, sin que haya lugar a reconocimiento patrimonial alguno a favor del demandante.²¹
(Subrayas ajenas al original de la sentencia)

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de febrero de 2010. Rad. 25000-23-26-000-1994-09827-01(16540). C.P. Mauricio Fajardo Gómez (E).

30. De manera que, en el régimen jurídico procesal instaurado por la Ley 446 de 1998, el margen temporal para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de los actos anteriores a la celebración del contrato fija a su vez la oportunidad de quienes participaron del procedimiento de selección para reclamar la reparación de los perjuicios derivados de las decisiones que los privaron de ser adjudicatarios porque:

... mal podría considerarse que quien dejó operar la caducidad administrativa para demandar el acto previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiese encontrar entonces en la acción contractual una oportunidad nueva para demandar aquello que no cuestionó judicialmente dentro del plazo que la ley le estableció para ese propósito²².

En consecuencia, la alternativa que le abre la ley para que pueda demandar la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en, o como consecuencia de, la ilegalidad de los actos administrativos previos, si bien le permite elevar pretensiones para que dichos actos previos también sean judicialmente declarados nulos, lo cierto es que ya no podrá pretender y menos obtener resarcimientos o indemnizaciones de carácter económico o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de sus derechos, puesto que en cuanto dicho interesado dejó operar la caducidad en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la oportunidad que tiene en esta nueva etapa para demandar esos mismos actos previos se encuentra limitada, como el propio texto de la ley lo determina, a reclamar la declaratoria de "... ilegalidad de los actos previos solamente como fundamento de [la] nulidad absoluta del contrato".²³

31. En el presente caso, la decisión de adjudicar el contrato licitado data del 23 de diciembre de 2003. Si bien es cierto consta que este acto fue

²² [16] "Se acude aquí tanto a la interpretación gramatical como sistemática del texto del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo modificado por la Ley 446 de 1998, de conformidad con las reglas de interpretación de los artículos 27 y 30 del Código Civil, para lo cual se emplea una técnica de hermenéutica jurídica conocida como la reducción al absurdo, puesto que evidentemente si la interpretación fuera la contraria, se llegaría a la consecuencia de que el término de 30 días fijado en la norma no tendría ningún alcance y que su vencimiento no conllevaría ningún efecto -puesto que estaría subsumido en el término general de 2 años- con lo cual se llegaría al absurdo de una disposición legal sin sentido u objeto, cuestión que resultaría contraria al principio de interpretación normativa, reiteradamente aplicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, del efecto útil de la norma."

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección "A". Sentencias del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25000-23-26-000-2001-02922-01(28479) y del 12 de febrero de 2014. Rad. 73001-23-31-000-2000-03414-01(31753). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

notificado al proponente ganador de la licitación el mismo día (párr. 23.10.), no obra en el expediente prueba alguna de la comunicación al oferente vencido y aquí demandante. Tampoco hay muestra de que la adjudicación de la licitación SEC 003 se haya adelantado en audiencia pública, o que se haya comunicado la decisión dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que se profirió el acto, como lo ordenaba el artículo 30 numeral 11 de la Ley 80 de 1993 – inciso primero²⁴, vigente para la fecha de adjudicación del contrato.

31.1. En este contexto, debe tenerse en cuenta que el plazo preclusivo de los 30 días para demandar en nulidad y restablecimiento del derecho el acto previo; o para pretender la nulidad del contrato con fundamento en la ilegalidad de los actos administrativos anteriores a su suscripción, y simultáneamente el resarcimiento económico de perjuicios, inicia necesariamente cuando el titular de la acción, quien se considera afectado por el acto, conoce del mismo *“toda vez que es la única forma en que puede realizar un análisis sobre la decisión de la administración y concluir si se está de acuerdo o no con ella, así como determinar, a su juicio, si quiere o no fundadamente ejercitar la acción contra el acto de adjudicación, por considerar que le quebranta o vulnera derechos amparados en las normas jurídicas que deban ser restablecidos con la consiguiente reparación del daño que entiende sufrido”*²⁵.

31.2. También ha sido postura de la Sección señalar que la decisión en donde la administración adjudica el contrato estatal es un acto administrativo de contenido particular y concreto, y por lo tanto, si no se practicó audiencia, este debe serle notificado personalmente al licitante

²⁴ Antes de la Ley 1150 de 2007, el mencionado precepto disponía: *“11. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes.”*

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2006. Rad. 66001-23-31-000-1997-03637-01(16041). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

ganador y comunicársele a los oferentes vencidos²⁶ en la medida que *“los actos de la administración solo le son oponibles al afectado, a partir de su real conocimiento, es decir, desde la diligencia de notificación personal o, en caso de no ser ésta posible, desde la realización del hecho que permite suponer que tal conocimiento se produjo, ya sea porque se empleó un medio de comunicación de aquellos que hacen llegar la noticia a su destinatario final...”*²⁷.

31.3. En ese orden de ideas, la Sección²⁸ también ha entendido que la prueba del conocimiento del acto de adjudicación y del momento en que ello se produjo también puede darse por conducta concluyente, una de las variantes de la notificación personal²⁹, cuando la parte interesada pone de manifiesto el conocimiento del acto que debía notificársele o comunicársele.

31.4. Precisamente, para el asunto bajo estudio cabe entender, razonablemente, que en total ausencia de elementos de convicción demostrativos de la celebración de una audiencia de adjudicación o de comunicación al proponente derrotado, el momento en que este se notificó del acto endilgado fue aquel en que presentó la solicitud de revocatoria directa a dicho acto, es decir, el 19 de abril de 2004 (párr. 23.12), y que para la Sala constituye el instante en que se notificó por conducta

²⁶ *“Por lo tanto, cuando la notificación del acto de adjudicación se surta en estrados, porque ésta se realizó en audiencia o diligencia, se entienden notificados tanto los que concurrieron como a los que no, en cuanto fueron vencidos, porque el beneficiario en todo caso debe ser notificado personalmente; así lo prevé la norma al indicar que se comunicará a los no favorecidos cuando no se hubiere adjudicado en audiencia.”* (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 25 de enero de 2007. Rad. 25000-23-26-000-2005-00357-01(30904). C.P. Enrique Gil Botero).

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-096 del 31 de enero de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁸ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencias del 9 de octubre de 2013. Rad. 25000-23-26-000-2002-01282-01(30763), y del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25000-23-26-000-2001-02922-01(28479). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁹ Cfr. Corte Constitucional. Auto 074 del 27 de abril de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo, reiterado en Sentencia T-661 del 5 de septiembre de 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez (E). Igualmente, en la doctrina ver: López Blanco, Hernán Fabio. *“Instituciones de Derecho Procesal Civil”*. Parte General. 9ª ed. Dupré Ediciones. Bogotá D.C. 2005, p. 732.

concluyente e inició el cómputo de la caducidad de las acciones contra el acto de adjudicación. De esta manera, se determina este aspecto capital para fijar el alcance de la decisión que ahora atañe a la Sala.

32. Ello no implica, empero, que se esté desconociendo el contenido del artículo 72 del Código Contencioso Administrativo aquí aplicable³⁰. En manera alguna se está reviviendo el término de caducidad fenecido a través de la solicitud de revocación directa, sino que se acude a este entendimiento jurídico como consecuencia de lo efectivamente demostrado por las partes en el caso concreto, en donde no hay prueba alguna de haberse surtido la comunicación a la Fundación antes del 19 de abril de 2004. En otras palabras, el razonamiento hasta aquí expuesto únicamente compromete a este pleito judicial.

33. Dicho lo anterior, es evidente que la Sala no podrá estudiar de fondo las pretensiones económicas incoadas por la parte actora y deberá denegarlas, porque para el 19 de diciembre de 2005 ya habían expirado los 30 días dispuestos por la norma procesal para reclamar el resarcimiento económico posiblemente ocasionado por la ilegalidad del acto de adjudicación a través de la demanda de nulidad absoluta del contrato. Y es que, contados desde el 19 de abril de 2004, se tiene que el término referido venció el 1º de junio de 2004³¹, plazo ampliamente superado para el momento en que la demanda fue presentada. Por esta misma razón se hace innecesario el pronunciamiento de la Sala acerca de la objeción al dictamen pericial en lo atinente a la cuantificación de perjuicios.

³⁰ Dice esta norma: "Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo."

³¹ Según el artículo 62 de la Ley 4 de 1913: "En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil." En este caso, se suprimen del cómputo los días sábados (24 de abril, 1º, 8, 15, 22 y 29 de mayo de 2004), domingos (25 de abril, 2, 9, 16, 23 y 30 de mayo de 2004) y festivos (lunes 24 de mayo de 2004).

34. Ello, empero, no impide que la Sala se pronuncie sobre la legalidad del contrato celebrado entre la Secretaría de Educación de Cundinamarca y Colsubsidio, porque para el 19 de diciembre de 2005 no habían transcurrido aún los dos años desde el momento en que se perfeccionó el contrato (30 de diciembre de 2003). Este será, entonces, el margen de juzgamiento de esta sentencia.

V.II. Interpretación de la demanda presentada por la Fundación: cargos de nulidad absoluta del contrato

35. En sintonía con el punto anterior, la Sala al igual que el *a quo* entiende que la Fundación persigue la nulidad del contrato 455 de 2003 acusando la ilegalidad del acto administrativo de adjudicación. Es importante señalarlo porque la actora, en desarrollo de los cargos contra las actuaciones de la Administración, únicamente alegó la causal 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 para atacar el contrato, supuestamente porque se celebró con abuso o desviación de poder (párr. 3.7.).

35.1. Leída íntegramente la demanda, en el capítulo donde desarrolla la procedencia de la acción (f. 63, c.1), en el escrito se señala que la ilegalidad de los actos previos puede invocarse para fundamentar la nulidad absoluta del contrato, de allí que resulte indudable que su pretensión es basada en la causal 4 del mismo artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sin que interese la mención explícita de otros supuestos expresados por la norma.

35.2. Y aunque esto no hubiere sido señalado por el demandante, como se ha dicho con antelación es claro que –en vigencia de la Ley 446 de 1998– una vez celebrado el contrato la única alternativa que quedaba para demandar los actos administrativos previos era demandando la nulidad absoluta del contrato, siendo necesario que se formulen tanto la pretensión de nulidad de los actos previos como la del contrato, algo que aquí ocurre.

V.III. La cuestión de fondo: Estudio de los cargos de nulidad de la demanda

36. Retomando el asunto de fondo, la Sala estima que los ocho cargos de nulidad enervados por la Fundación gravitan sobre la decisión de la Administración de rechazar su propuesta porque, en criterio de la entidad demandada esta no cumplía con la exigencia plasmada del capital de trabajo del proponente, conforme lo disponía el pliego de condiciones (párr. 23.2.3.).

36.1. Es notorio que todos y cada uno de los reproches que la demanda plantea están marcados por la exclusión de la oferta con fundamento en ese ítem financiero. Esta sola conducta, en criterio de la actora, violó el ordenamiento jurídico de ocho formas distintas, contrariando el debido proceso, los criterios de interpretación normativa del Código Civil, los artículos de la Ley 80 de 1993 y las mismas disposiciones del pliego de condiciones que se aplicaron de manera irregular en su contra, e igualmente genera que el contrato se haya celebrado con desviación de poder.

36.2. De allí que la respuesta de la parte demandada y de su litisconsorte, y el razonamiento del Tribunal hayan coincidido en que la materia clave a dilucidar dentro de este asunto sea, necesariamente y como se dijo al formular el problema jurídico (párr. 24), establecer si el rechazo de la propuesta de la demandante fue ajustado o no a derecho, porque darle respuesta a dicha problemática implica la contestación de cada una de las censuras enunciadas por la demandante.

36.3. Así las cosas, a partir del marco conceptual aplicable a este asunto (1), será prioritario establecer si la interpretación de la Administración a la regla de "capital de trabajo" era válida para excluir la propuesta de la Fundación (2), y posteriormente (3) dar respuesta a cada cargo formulado.

1. Marco conceptual: Pliego de condiciones. Discrecionalidad. Deber de claridad de la administración en la confección de los pliegos. Regla general y excepción sobre la interpretación de disposiciones confusas. Interpretación de los pliegos de condiciones. Audiencia de aclaración de pliegos como expresión del principio/ derecho/ deber del buen gobierno en general, y de participación de los oferentes en particular

36. La jurisprudencia de esta Corporación, de manera copiosa y recurrente, ha desarrollado la **naturaleza jurídica del pliego de condiciones**, su importancia dentro de los procedimientos de selección del contratista, su contenido, limitaciones y demás características, lo que da cuenta de su innegable importancia dentro de la fase precontractual. En postura que aquí se reitera, la Sala ha dicho sobre el particular:

29. Para garantizar la transparencia y la selección objetiva, la ley de contratación exige la existencia de unas bases que deben regir la licitación pública, razón por la cual ordena la elaboración de los pliegos de condiciones en donde se indican los requisitos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, se definen reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación, y se precisan las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, entre otros aspectos (artículo 24 numeral 5 en armonía con los artículos 25 numeral 3 y ss.; 26 numerales 1 y 3, 29 y 30 numeral 2, entre otros, de la Ley 80 de 1993).

30. El pliego de condiciones es un acto prenegocial que contiene un conjunto de cláusulas predisuestas y con efectos obligatorios, elaboradas unilateralmente por la administración para disciplinar el desarrollo y las etapas del proceso de selección y el contrato ofrecido a los interesados en participar en el mismo con la aspiración legítima de que les sea adjudicado para colaborar en la realización del fin general perseguido, todo lo cual, como se indicó, ha de hacerse con plenas garantías para los oferentes, con sujeción a los principios de libertad de concurrencia, igualdad, buena fe, transparencia, economía, responsabilidad, planeación, selección objetiva, moralidad, celeridad, eficacia, eficiencia, imparcialidad, publicidad y contradicción, entre otros y las reglas jurídicas de la contratación pública, de conformidad con la Constitución Política y la ley.

31. Se trata de un acto administrativo general que recoge las reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras exigidas a los aspirantes a contratar, los criterios de selección del contratista y los derechos y obligaciones de las partes del contrato, que deberán ser acatadas durante el proceso de formación de la voluntad contractual y en la ejecución del futuro negocio jurídico estatal. De ahí que el pliego de condiciones constituye la ley del proceso de la licitación pública y del contrato a celebrar con ocasión a él, toda vez que contiene la voluntad unilateral de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido, carácter vinculante y obligatorio del mismo que implica, por regla general, que una vez cerrada la licitación sean inalterables o inmodificables, con el fin de garantizar la libre concurrencia y la igualdad de los oferentes³².

32. Ahora, en el proceso de licitación pública la evaluación, estudio, calificación, rechazo o descalificación de las ofertas no es una decisión discrecional de la administración, toda vez que está sujeta a lo consagrado en el pliego de condiciones y la ley. En efecto, la administración, so pena de que se incurra en un vicio de nulidad en el acto de la adjudicación o de declaratoria de desierta del mismo y por ende, en responsabilidad, está obligada a respetar la totalidad de los principios que lo rigen y los criterios de selección establecidos en el pliego de condiciones, los cuales debe analizar y evaluar con el fin de determinar y elegir en forma motivada el ofrecimiento más favorable, según lo previsto en el artículo 29 -original- de la Ley 80 de 1993.

33. Esto significa que a la administración en el procedimiento de licitación pública regulado por la ley, no le es jurídicamente permitido separarse de los criterios o factores de escogencia consagrados en el pliego de condiciones, ni desconocer su contenido ni la forma de ponderarlos y por lo mismo, se encuentra obligada a elegir aquella oferta que se ajusta a todos y cada uno de los puntos exigidos y a adjudicar al proponente que supera a los demás. Pero al mismo tiempo, los particulares se encuentran también forzados a que sus propuestas u ofertas cumplan con los requisitos y elementos previstos para que puedan ser objeto de estudio y comparación objetiva respecto de sus competidores, debiendo demostrar, con posterioridad, que se trata de la opción más favorable técnica, jurídica y económicamente para que puedan ser seleccionadas de manera definitiva.³³

37. La anterior cita jurisprudencial expresa, en resumen, cómo la expedición de pliegos de condiciones necesariamente está sujeta en su integridad al ordenamiento jurídico, en particular a los principios que le dan sustento, que

³² [7] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de enero del 2013, expediente 21492, C.P. (E) Danilo Rojas Betancourth."

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de agosto de 2016. Rad. 25000-23-26-000-2004-00249-01(33361). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

se dirigen tanto a la satisfacción del interés general inmerso en la actividad contractual del Estado como a garantizar las condiciones que permitan la concurrencia de los particulares interesados, la competencia leal entre los oferentes, la transparencia en las etapas del procedimiento y el escogimiento de la oferta más favorable para los fines públicos.

38. Igualmente, del extracto citado se evidencia que el **grado de discrecionalidad** con el que cuenta la Administración es significativamente amplio al confeccionar el pliego de condiciones en donde fija las reglas de participación y las cláusulas del negocio jurídico a celebrar, de acuerdo con las necesidades objetivas que requieren ser satisfechas a través del contrato. También deja entrever cómo ese margen se reduce una vez se publican los proyectos de pliegos y los pliegos definitivos, y conforme avanza el procedimiento de selección, acentuándose el carácter vinculante de los actos expedidos por la misma Administración, generando espacios de participación para los interesados. Posteriormente, esas reglas de participación se vuelven inmutables luego del cierre de la presentación de ofertas, y más adelante algunas disposiciones del pliego se transforman en verdaderas cláusulas contractuales luego de celebrado el acuerdo. En palabras de la doctrina, ocurre lo siguiente:

Las normas jurídicas que atribuyen potestades discrecionales establecen simplemente unas reglas de juego, un punto de partida. Posteriormente, en la realidad, esas normas se ponen en práctica y se proyectan al mismo tiempo en una doble dirección: por un lado, modifican el margen de discrecionalidad de la Administración –o del ente adjudicador, en el caso de la contratación pública–; por otro lado, modulan las posiciones jurídicas de los particulares. Cuando se abre un procedimiento de adjudicación de un contrato el ente adjudicador goza de un amplio margen de decisión para determinar quién puede concurrir a la licitación. Según sus necesidades elige el tipo de contrato que quiere celebrar –conforme a las disposiciones legales–, su cuantía aproximada, el tiempo de duración del contrato, las prestaciones que quiere recibir y la calidad que deben tener, entre muchos otros elementos. Una vez se han definido esos aspectos y se han fijado en los documentos de contratación, el órgano de contratación abre un procedimiento competitivo al que pueden acudir distintos licitadores –según los casos–. Pues bien, a partir de ese momento el ente adjudicador ha quedado vinculado a los criterios que él mismo ha fijado. La consecuencia es la reducción del margen de

discrecionalidad inicial de que disponía como efecto de sus propias actuaciones. (...)

Al determinar los criterios que van a condicionar la adjudicación del contrato, el ente adjudicador reduce el margen de discrecionalidad de que dispone en un momento inicial para cada caso. Esto se traduce en un refuerzo de la posición jurídica de los particulares. Los interesados en el procedimiento no sólo tienen derecho a que se cumplan las normas legales sobre la adjudicación, también tienen derecho a que el ente adjudicador aplique los criterios que él mismo ha definido en los documentos precontractuales. Por eso, en estos casos, el juez no sólo se basa en la letra de la Ley para controlar la actuación del ente adjudicador. El parámetro de control de su actuación se extiende a las actuaciones previas del ente adjudicador que –en la medida en que se ajusten a la Ley- le vinculan a la hora de adjudicar el contrato.³⁴

39. Por supuesto que, **siendo un acto administrativo expedido en ejercicio de potestades públicas, y en el marco de un Estado de Derecho, las cargas legales del contenido del pliego de condiciones recaen en la entidad pública contratante, encargada de adelantar el procedimiento de selección de su contratista, conforme al principio/deber de planeación. De esas exigencias, consignadas no solo en la ley de contratación estatal sino en la propia Carta Política, sobresale el deber de confeccionar de forma clara las cláusulas que hacen parte del pliego de condiciones.** De acuerdo con los artículos 24 numeral 5 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993³⁵:

ARTÍCULO 24. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

(...) 5o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

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

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

³⁴ Díez Sastre, Silvia. "La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos". Marcial Pons. Madrid. 2012, p. 107-108.

³⁵ Antes de las modificaciones introducidas por la Ley 1150 de 2007.

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

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

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

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

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

ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

(...) 2. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

39.1. De los preceptos citados es visible que de un sistema jurídico orientado a la satisfacción del interés general y a la garantía de los derechos individuales de los participantes, la claridad en el contenido del pliego de condiciones tiene, entre sus múltiples propósitos, hacer posible que los particulares presenten ofertas que realmente correspondan a las necesidades de la Administración, algo que sólo se consigue estableciendo con nitidez tanto los términos del contrato a celebrar como las reglas y condiciones de la licitación que observará la entidad para evaluar y calificar al oferente y a su oferta.

39.3. De modo que, cuando existe una redacción adecuada del pliego de condiciones, el beneficio es múltiple y bifronte: no sólo la Administración facilita la consecución de sus fines obteniendo la recepción de propuestas acordes a lo que busca en desarrollo de pautas diáfanas, también los oferentes cuentan desde un principio con parámetros inteligibles para competir por la adjudicación del contrato, y así buscar favorecer sus intereses particulares.

39.4. Por el contrario, cuando el pliego carece de la cualidad expuesta, la ley determina que es la entidad pública creadora la primera llamada a responder por el incumplimiento de este deber, tal como lo especifica el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 cuando desarrolla el principio de responsabilidad:

Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos. (Subraya la Sala)

39.5. En ese contexto, esta Corporación ha comprendido que las cláusulas confusas, ambiguas u oscuras que hagan parte del pliego de condiciones se interpretan en contra de la Administración. Esta posición ha sido aludida tanto en casos donde se evalúa la legalidad de las decisiones de la entidad pública en la etapa precontractual, como en asuntos cuya problemática se desarrolló durante la fase contractual, eventos en los que se verificó la responsabilidad del Estado por uso ilegal de sus potestades contractuales, a partir de las imprecisiones evidenciadas en el pliego de condiciones³⁶. En

³⁶ Así, la Sección declaró la nulidad de actos de liquidación e imposición de multas al contratista, indicando entre otras consideraciones que: "En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, debe aceptarse que las cláusulas pobres o confusas, que en tales piezas contractuales aparezcan, deben interpretarse en contra de la administración, que fue la que en su momento tuvo todo el tiempo y el equipo de técnicos necesarios para hacer las cosas bien. El contratista, al fin y al cabo, llega a la contratación administrativa

el primero de los escenarios, más relevante para este caso, se ha sostenido lo siguiente:

El pliego de condiciones, tal y como se explicó, recoge las condiciones y reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras a las cuales debe sujetarse tanto el proceso licitatorio como la posterior relación contractual.³⁷ Es por eso que la obligación por parte de la administración de fijar previamente y consignar en los pliegos de condiciones o términos de referencia los criterios de selección y la forma de evaluarlos según dimana de la Ley 80 de 1993, en condiciones de objetividad, igualdad y justicia, comporta una extraordinaria carga de corrección, claridad y precisión al momento de su redacción³⁸, tanto para garantizar la libre concurrencia de los interesados al proceso de selección, quienes de antemano deben conocer esos criterios y reglas que regirán en el estudio de sus ofertas en caso de que decidan participar, como para su válida aplicación por

dominado por los poderes exorbitantes de la administración y haciéndole la venia a la filosofía que informa los contratos de adhesión. Al valorar la conducta de las partes, en el manejo del contrato, se impone indagar también si dadas las calidades que ellas detentan, habida consideración de su profesión u oficio, el error o desfase resulta excusable, pues a la negligencia per se no se le puede hacer producir dividendos de ninguna naturaleza.” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de mayo de 1991. Rad. 3577. C.P. Juan de Dios Montes Hernández). Más recientemente, esta Subsección motivó la declaratoria de nulidad del acto de caducidad y de liquidación unilateral del contrato con fundamento en esta posición, en un caso en el que se evidenció la falta de claridad en los pliegos de condiciones que no estipularon las condiciones técnicas conforme a las cuales debía ejecutarse el contrato, algo que según este fallo no podía ir en contra de los derechos del particular contratista “toda vez que la Administración es la encargada de efectuar la planeación que precede a la apertura de los procesos de contratación y en consecuencia, no sólo le corresponde realizar los estudios, análisis y cálculos previos que se requieran, sino también la elaboración del respectivo pliego de condiciones y del futuro contrato. Sobre ella pesa una carga de corrección, claridad y precisión en la elaboración y redacción de tales documentos de contratación, que se traduce en el deber de soportar las consecuencias que se deriven de la buena o mala confección de los mismos, de manera que los pasajes oscuros, confusos, incompletos y ambiguos que se encuentren en ellos, deben ser interpretados en su contra, precisamente por haber sido quien los elaboró y quien falló en esa tarea.” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 10 de marzo de 2011. Rad. 52001-23-31-000-1996-07742-01(15666). C.P. Danilo Rojas Betancourth)

³⁷ [26] “Como anota CASSAGNE “Los pliegos de las licitaciones y concursos públicos contienen un conjunto de prescripciones que comprenden desde reglas de procedimiento, requisitos técnicos y financieros de las ofertas, criterios de selección hasta cláusulas de naturaleza contractual que regirán la futura relación con el adjudicatario.” Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999, pág 50. Es decir, como lo manifestado de antaño la Sala, los pliegos contienen dos tipos de normas, unas definen las condiciones jurídicas y técnicas que regirán la futura relación contractual, y las otras las condiciones jurídicas y técnicas exigidas a los candidatos y los criterios de selección del contratista.”

³⁸ [27] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12.294. C.P. Alier Hernández Enríquez. Dijo la Sala que “...la entidad licitante tiene a cuenta suya la carga de claridad y precisión dispuesta, entre otras, normas legales. En el artículo 24, literales b, c, y e de la ley 80 de 1993...”

parte de la entidad estatal (numeral 2 del artículo 30 y numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otras), de suerte que en el estudio de las propuestas esas reglas no se presten a confusión o dudas y permitan en condiciones de transparencia e igualdad el cotejo y la comparación de las ofertas presentadas, y con la atribución de los efectos que animaron su concepción en el proceso, que no pueden ser otros que asegurar una escogencia objetiva y evitar la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

Un proceder contrario, no se ajusta al principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, según el cual las entidades y los servidores públicos entre otros aspectos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación (No. 1º), y responderán en el caso de que hubieren abierto licitaciones o concursos “cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos” (No. 3).

Se recuerda también que el numeral de 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, al cual ya se hizo referencia en la presente providencia, consagró las pautas y parámetros que, en armonía con los principios y otras disposiciones de la citada ley, debe cumplir con estricto rigor la entidad estatal al elaborar los pliegos de condiciones, so pena de ineficacia por violación a las mismas y del control de legalidad por parte del juez por vía de las acciones correspondientes; y además, que las cláusulas confusas o pobres serán interpretadas en contra de la administración, por ser quien las elaboró.³⁹ ⁴⁰

39.6. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sección también ha indicado que **esta regla hermenéutica no es absoluta**. Mediante la sentencia del 12 de agosto de 2014⁴¹, la Subsección C juzgó un asunto en donde también el oferente vencido en un procedimiento de selección demandó la nulidad del acto de adjudicación, con la particularidad de que la discrepancia alegada por el actor en dicho caso no era entre la oferta presentada y los pliegos de condiciones, sino entre su propuesta y los avisos de prensa que anunciaron un plazo de ejecución contractual distinto al del acto que rigió el trámite precontractual.

³⁹ [28] *En este sentido ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 30 de mayo de 1995, C.P. Julio César Uribe Acosta; y de 26 de septiembre de 1996, C.P. Juan de Dios Montes.*

⁴⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 26 de abril de 2006. Rad. 16041, ya citada.

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2014. Rad. 25000-23-26-000-1995-10866-01(26332). C.P. Enrique Gil Botero.

39.6.1. Con ese escenario fáctico la Sala reiteró que, por lo general, las cláusulas vagas e imprecisas del pliego de condiciones se interpretan en contra de quien tuvo el deber de garantizar la calidad de la información técnica, financiera y jurídica utilizada para construir el documento base de la licitación, es decir, en contra de la Administración, salvo en el evento en que “la información, pese a que la elabora una parte del negocio, no vincula de manera necesaria, fatal e imprescindible a la parte interesada en el negocio, es decir, puede separarse, incluso en ocasiones tiene el deber de revisar, examinar, hasta corregir la información suministrada, porque posee mejores datos y conocimiento del negocio y su alcance.” Circunstancia excepcional que exige del juzgador el examen detallado de “lo que sucede en la etapa precontractual que da origen al negocio, para establecer con certeza y justicia si la carga fuerte que radica en cabeza de quien elabora la información debe romperse y trasladarse a quien ofrece ejecutar el contrato. Incluso, la prudencia e imprudencia al actuar y la buena o mala fe inciden en la determinación de la responsabilidad que se insinúa en la etapa precontractual, o con ocasión del trato, o en la relación entretejida por las partes negocio futuro.”

39.6.2. Esta tesis fue desarrollada del siguiente modo por la sentencia comentada:

Para empezar, y con fundamento en lo expresado, para la Sala no basta que objetivamente exista una contradicción en los documentos que formaron parte del proceso de licitación, para aplicar -llana y acriticamente- aquella regla hermenéutica que dispone que si un documento es confuso se interpreta en contra de quien lo redactó. Para usarla hay que corroborar que realmente exista confusión, no sea que se trate de una mala lectura o indebida comprensión del texto.

Precisamente, la contradicción típica de la contratación estatal se presenta al interior de un mismo documento -principalmente el pliego de condiciones, pero también en la oferta-, cuando en un lugar se permite lo que en otro prohíbe, o cuando en un párrafo exige u ofrece algo -según el caso- que en otro minimiza o maximiza. En tales circunstancias, si no existe razón que justifique la diferencia de contenido, la regla que más se ajusta a la solución es la que dispone que las cláusulas confusas se interpretan en contra de quien las redactó, para proteger al afectado y castigar al redactor.

Sin embargo, esta regla tampoco aplica sin un juicio previo y moderadamente crítico sobre la prudencia o imprudencia de quien incurre en el error. En este sentido, pese a que se redacte una regla ambigua o contradictoria, es posible -en casos concretos- exigir razonablemente que quien incurre en el error se haya esforzado en resolverlo, como cuando se percata de él pero aprovecha la circunstancia, de mala fe, para sacar ventaja; circunstancia que, no obstante, exige prueba de la conducta.

En el mismo sentido, tampoco es admisible que, so pretexto de existir un error o ambigüedad en una cláusula, se incurra en ellos con ingenuidad inaceptable, como cuando se toman datos de la fase preparatoria de la contratación que están revaluados en otro documento o que claramente no rigen la contratación.

40. Dicho esto, ha de advertirse que la regla anotada y su aplicación conforme al escenario fáctico que se presenta, se circunscribe a una actividad más amplia y genérica como es la de **interpretar el pliego de condiciones** y que *“consiste en desentrañar, precisar y determinar el alcance de su contenido y su relevancia jurídica. Aun siendo claro el sentido idiomático, literal o textual de las palabras empleadas en la norma, se impone esta tarea hermenéutica frente a toda divergencia en cuanto el alcance de su contenido y aplicación. Es decir, la interpretación de la norma o normas es necesaria no sólo cuando sus términos son oscuros, ambiguos, imprecisos, insuficientes o contradictorios, sino también cuando siendo claros su lenguaje y términos, se le atribuye un significado o entendimiento divergente o diferente por varios operadores.”*⁴²

40.1. Significa lo anterior que la interpretación del texto del pliego de condiciones no es una herramienta utilizable únicamente en casos de confusión u oscuridad de las disposiciones que la integran, sino que es una actividad propia de todos quienes interactúan con el texto para atribuirle determinado significado. De modo que es tan intérprete la Administración respecto de las reglas que confecciona, como el interesado en participar que estudia las condiciones contractuales y reglamentarias del pliego, y

⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de enero de 2013. Rad. 15001-23-31-000-1996-06610-01(21492). C.P. Danilo Rojas Betancourth (E).

tanto más el juez –entre otros eventos- cuando para adoptar su providencia requiere precisar el alcance y contenido de dicho documento.

40.2. Siendo considerado como un texto normativo, se ha admitido que al pliego de condiciones pueden aplicársele los principios, reglas y métodos de interpretación jurídica, sin pasar por alto aquellas que son propias de la misma actividad contractual pública, como los principios de los contratos predispuestos o de condiciones generales⁴³. En esa medida, el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 establece que *“las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos”* deberán interpretarse de conformidad con los principios y fines contenidos en dicha ley (transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva y ecuación contractual), y además con arreglo a *“los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”*. En relación con el uso de los métodos de interpretación, la Sala ha expuesto lo siguiente:

8.3 Para efectos de determinar si la propuesta de los actores se sujetó a lo exigido en los pliegos de condiciones, corresponde adelantar un proceso de interpretación, en desarrollo del cual ha recordarse que la hermenéutica de los objetos jurídicos –ley, contrato, acto administrativo, sentencia, etc.– es un proceso que tiene como propósito desentrañar el sentido de los textos respectivos y que el primer instrumento que debe utilizarse para ello es la materia sobre la cual se exterioriza la voluntad de quien lo ha creado, es decir, el texto jurídico.

8.3.1 Diferentes fuentes de la tradición jurídica romana –“cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio”⁴⁴– y medieval –“in claris non fit interpretatio”–, incorporadas ampliamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico –“Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consulta su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.” “Artículo 1618.- Conocida claramente la intención

⁴³ Cfr. Consejo de Estado. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 1999. Exp. 12344. C.P. Daniel Suárez Hernández.

⁴⁴ [3] “D.32, 25,1 PAULO.”

de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras.”— guían al intérprete judicial en el sentido señalado, al poner de presente cuán importante es lo literal para interpretar un objeto, como punto de partida del trabajo respectivo. Si bien es cierto que el artículo 1618 establece que la intención de los contratantes prevalece sobre el sentido gramatical, también lo es que, de manera armónica con el artículo 1627 —“El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación...”—, impone al intérprete tomar el texto como primer elemento, pues se entiende que la voluntad del autor reside en su declaración final, salvo que se conozca claramente y que se acredite en el proceso judicial, que su intención era diferente a la que aparece en el texto.

8.3.2 En ningún momento sugiere la Sala una posición literal o exégeta que agote el proceso hermenéutico en el texto —algo así constituiría claramente un error, pues el texto obedece a un contexto que habrá lugar a analizar para discernir el significado relevante para el derecho, pero sí afirma que el primer paso que se debe adelantar con el propósito de entender jurídicamente el pliego de condiciones y la propuesta de los oferentes, precisa de atención, detenimiento y cuidado en el sentido gramatical correspondiente, como reflejo de la intención final del autor del texto, pues en muchos casos este criterio será preponderante y suficiente.

(...) 9. No obstante lo anterior, la Sala encuentra pertinente recordar que existe una regla de interpretación, consagrada en diferentes artículos de nuestro ordenamiento jurídico⁴⁵, denominada interpretación sistemática o coherente, la cual pone de presente la correlación entre las partes constitutivas de un discurso, como de cada manifestación del pensamiento, y su referencia común al todo del que hacen parte —“incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere”⁴⁶—. La correlación y

⁴⁵ [4] En relación con la interpretación de la ley, el Código Civil dispone: “Art. 30.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”. A propósito de la interpretación de los contratos, el artículo 1622 del Código Civil establece: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”. Por su parte, el Código de Procedimiento Civil prescribe: “Artículo 187.- Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos...” “Artículo 250.- Apreciación de los indicios. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso. “Artículo 258.- Indivisibilidad y alcance probatorio del documento. La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, y comprende aun lo meramente enunciativo siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.”

⁴⁶ [5] “D.1,3,24 CELSO: Es contra derecho juzgar o responder en vista de alguna parte pequeña de la ley, sin haber examinado atentamente toda la ley.”

referencia posibilitan la iluminación recíproca del significado entre el todo y los elementos constitutivos^{47, 48}

40.3. Así las cosas, de acuerdo con las reglas de interpretación del derecho contenidas en el Código Civil, el intérprete de los pliegos de condiciones inicialmente acude a la fase o **método gramatical** que, si bien difícilmente baste por sí sola para concluir con el proceso interpretativo⁴⁹ es indispensable porque el texto al componerse de palabras y proposiciones gramaticales solo se comprende si sus vocablos son igualmente entendidos⁵⁰. Sucesivamente, se acude a la fase o **método de interpretación lógica** que no es independiente de la gramatical sino uno de sus elementos⁵¹, y su propósito es indagar el pensamiento o el sentido que subyace tras la redacción de la norma bien sea a través de la intención del autor y de las concepciones culturales vigentes para el momento en que se interpreta. Y de otra parte, como lo menciona la cita anterior, existe la regla de **interpretación sistemática o coherente** que conmina al operador a comprender el texto como parte de un todo que le da sentido.

41. Ahora, con el claro objetivo de precaver que los pliegos contengan disposiciones confusas capaces de generar consecuencias nocivas para las partes del contrato, y evitar prácticas malsanas y contraproducentes en la gestión contractual administrativa, el legislador previó expresamente la oportunidad para que los interesados en la licitación discutan el pliego de

⁴⁷ [6] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente n.º 40.124, C.P. Danilo Rojas Betancourth."

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de agosto de 2012. Rad. 25000-23-26-000-1997-03808-01(21077). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁴⁹ V. gr. Cuando no hay muchas posibilidades interpretativas dependiendo del contexto en que se inserte la norma. Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-054 del 10 de febrero de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁰ "La deficiencia más grave del método de los glosadores o de los exegetas consiste en haber creído que la sola interpretación gramatical era suficiente para conocer el derecho. Los métodos modernos no condenan la exégesis, pues toda ley consta de palabras y proposiciones gramaticales que es necesario conocer en primer término; simplemente sostienen que la sola exégesis no es suficiente, y que de las palabras debemos remontarnos hasta los principios esenciales del sistema jurídico." (Valencia Zea. Arturo y Ortiz Monsalve. Álvaro. "Derecho Civil. Parte General y personas." 15ª ed. Temis. Bogotá D.C. 2002, p. 115.)

⁵¹ *Ibid.*

condiciones que se les ha dado a conocer: **la audiencia de aclaración de pliegos**. Según el artículo 30 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, en su versión vigente para la época de los hechos bajo juzgamiento⁵²:

Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia.

41.1. Según se desprende del precepto citado, transcurridos tres días del inicio del término para presentar propuestas, a petición de quienes concurren a la licitación, la Administración deberá adelantar una audiencia pública cuyo objetivo es detallar las disposiciones contenidas en los documentos precontractuales, así como de fijar el alcance e interpretación de las mismas. Cabe señalar que nada impide que sea la misma Administración la que disponga el desarrollo de esta diligencia en los pliegos de condiciones, obligándose a sí misma a llevarla a cabo. Tampoco cohibe la facultad que la misma Administración tiene para expedir modificaciones, si así lo estima conveniente; o de recibir y atender las peticiones de aclaración formuladas por los interesados incluso por fuera de la audiencia, todo ello en aras de garantizar la claridad del pliego.

41.2. Ahora, lo recolectado durante estas deliberaciones no puede quedar en letra muerta. El hecho de que el legislador haya contemplado el

⁵² Modificado por el Decreto Ley 19 de 2012 – artículo 220.

mecanismo de audiencia para adelantar esta fase del trámite previo al contrato no solo lleva consigo el acercamiento de los posibles ofertantes a la autoridad que adoptará la decisión que les afecta, sin trabas que alteren la inmediatez en la comunicación, sino que compele a la Administración a que, de preferencia, adopte las determinaciones a que haya lugar en el mismo escenario oral o, de requerir una solución calificada o al tratarse de una observación compleja en donde necesariamente exija mayor tiempo de contestación, a que emita sus decisiones luego del término estrictamente necesario⁵³ para proferirlas.

41.3. En todo caso, la ley conmina a la Administración a una respuesta acorde con la trascendencia de las observaciones que le formulen los participantes. Respuesta que podrá traducirse en una modificación, una adición (adenda) o una aclaración interpretativa del pliego de condiciones, dependiendo del grado de incidencia que tenga la nueva disposición en el trámite del procedimiento de selección. La jurisprudencia se ha pronunciado en tal sentido:

... cuando la Administración no cumple a cabalidad las cargas de claridad y precisión que deben informar la elaboración de los pliegos de condiciones o los términos de referencia, al punto que una vez publicados susciten entre los respectivos interesados en participar en el procedimiento de selección, dudas o inquietudes fundadas y reiterativas respecto de determinados ítems o elementos integrantes del mismo, la Administración está en la obligación de absolverlas con absoluta nitidez, del tal modo que zanje cualquier dualidad interpretativa que frente al mismo hubiere lugar. En tal virtud ante cualquier respuesta a una inquietud surgida del pliego de condiciones o términos de referencia que le confiera un significado definitivo y trascendente que antes de resolver el interrogante y de cara a su imprecisión no tenía, a juicio de la Sala, la Administración no puede quedar relevada de su estricta observancia pretextando que la susodicha aclaración no tiene fuerza vinculante por no estar contenida en un adendo.

⁵³ Ley 80 de 1993 – Artículo 25 numeral 1: “En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.”

A propósito de la formalidad del adendo a la que alude la parte demandada apelante, sea esta la oportunidad para precisar que si bien normativamente se ha establecido que cualquier modificación al pliego de condiciones o términos de referencia está llamada a implementarse a través de adendos⁵⁴, lo cierto es que la norma no estableció algún tipo de exigencia formal para su expedición.⁵⁵

41.4. Esta etapa es, entonces, una oportunidad legalmente establecida para modificar el pliego de condiciones siempre conforme a límites estrictos, y una excepción a la regla de invariabilidad de estos actos administrativos⁵⁶ de acuerdo con la cual este documento precontractual *“únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación”*⁵⁷. La Sección se ha pronunciado frecuentemente en esa dirección:

Bueno es anotar que el contenido del pliego de condiciones, cuyos efectos en el mundo del derecho se generan a partir del momento en que se adopta o se expide la orden de apertura de la correspondiente licitación (artículo 30-1, Ley 80), resultan vinculantes tanto para la respectiva entidad estatal, la cual no podrá sustraerse válidamente a la observancia y aplicación de sus disposiciones y previsiones como

⁵⁴ [36] Art. 7 del Decreto 2474 de 2008. Derogado por el art. 9.2 del Decreto 734 de 2012. Artículo 7º. Modificación del pliego de condiciones. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 2025 de 2009. La modificación del pliego de condiciones se realizará a través de adendas. La entidad señalará en el pliego de condiciones el plazo máximo dentro del cual puedan expedirse adendas, o, a falta de tal previsión, señalará al adoptarlas la extensión del término de cierre que resulte necesaria, en uno y en otro caso, para que los proponentes cuenten con el tiempo suficiente que les permita ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas. En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello. Los efectos del texto subrayado fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 1 de abril de 2009, Rad. 2009-00024-00(36476), confirmado mediante providencia de mayo 27 de 2009.

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 16 de septiembre de 2013. Rad. 25000-23-26-000-2003-00113-01(30571). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterado por la misma Subsección en sentencia del 27 de enero de 2016. Rad. 19001233100020010068101. Exp. 30543. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁵⁶ Sobre la inmodificabilidad de los pliegos luego de abrirse la licitación, la Sección ha señalado: *“Como acto administrativo que es su revocatoria o modificación estará sujeta a las reglas generales. Pero una vez hecha la invitación a contratar por parte de la administración no podrá ser alterado ni modificado; alteración o modificación que, con mayor razón, no podrá producirse después del cierre de la licitación o de la presentación de las propuestas, so pena de nulidad.”* (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 1992. C.P. Carlos Betancur Jaramillo).

⁵⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 3 de mayo de 1999. Exp. 12344, ya citada.

también lo será para los proponentes, como quiera que las ofertas que no se ajusten "... a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones ...", no podrán ser destinatarias de la correspondiente adjudicación.

Así pues, en atención al carácter vinculante de los pliegos de condiciones y en virtud de diversos principios como el de buena fe (artículo 83 C.P.), el de igualdad (artículos 13 y 209 C.P.), el de moralidad (artículo 209 C.P.), el de imparcialidad (artículo 209 C.P.), el de transparencia (artículo 24, Ley 80) y el de selección objetiva (artículo 29, Ley 80), resulta indiscutible que las entidades estatales se encuentran obligadas a cumplir de manera estricta y rigurosa las disposiciones que ellas mismas, con amplia libertad, han diseñado y consagrado en dichos pliegos.

2.3.3.- Las limitaciones a la facultad de introducir cambios en el pliego de condiciones.

Lo antes expuesto no excluye la facultad que le asiste a las entidades estatales para introducir ajustes, variaciones, adiciones, supresiones o, en general, cambios en relación con el contenido de los pliegos de condiciones –tal como incluso lo prevé y autoriza el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 80, al hacer referencia expresa a las modificaciones que se consideren pertinentes con ocasión de lo debatido en la(s) audiencia(s) de aclaración de los pliegos-, pero claro está en el entendido de que esa atribución no es absoluta sino que, muy por el contrario, se encuentra sometida a límites de orden material y también de índole temporal, los cuales emanan de la naturaleza misma del procedimiento administrativo de selección contractual y de los principios que lo inspiran e informan.

En ese sentido se tiene que en atención a los primeros, esto es los límites materiales, resulta evidente que las entidades contratantes no podrán alterar aspectos sustanciales o esenciales del pliego de condiciones (como por ejemplo: el objeto, los criterios de selección, la ponderación de los criterios de escogencia, entre otros).

Por razón de los segundos, es decir los límites temporales, es claro que tales cambios únicamente podrán hacerse con anterioridad al cierre de la licitación, pero sin tomar ese momento de manera absoluta sino como un referente que sin poder ser rebasado, servirá para que en cada caso, de conformidad con el contenido, el alcance, la extensión o la complejidad de la modificación respectiva, la misma deba adoptarse con una prudente antelación al momento del cierre, necesaria y suficiente para que los interesados puedan conocerla y asimilarla e incluso, si fuere el caso, para que puedan cumplir con las nuevas exigencias o condiciones, sin que las modificaciones que se adopten en relación con el pliego de condiciones puedan servir de pretexto para sorprender a los interesados y excluirlos del procedimiento, imposibilitándoles su participación, por la introducción de cambios a las reglas de juego ya en el momento mismo del vencimiento del plazo de la licitación pero sin que puedan reaccionar y disponer del tiempo necesario para adecuar sus ofertas a tales modificaciones. Naturalmente en sede administrativa, en cada caso

*concreto corresponderá al jefe de la entidad contratante, o a su delegado, valorar la anticipación prudencial que, respecto del cierre de la licitación, demande la adopción del cambio correspondiente al pliego de condiciones y al ejercer el control jurisdiccional, será el juez de lo contencioso administrativo quien deberá ponderar, también según las características de cada caso particular, si las modificaciones correspondientes fueron adoptadas con antelación razonable en función del momento del cierre de la licitación.*⁵⁸

41.5. Desde la óptica doctrinal la audiencia de aclaración de pliegos es una instancia de garantía del debido proceso⁵⁹, concebida para que la entidad explique, a petición de los aspirantes, el alcance y contenido del pliego de condiciones, ilustrando de este modo a los interesados sobre los aspectos neurálgicos del proceso de selección y del contrato a celebrarse, de manera que se trata de una *“trascendental instancia para corregir los errores cometidos y para aclarar las dudas. En últimas es un momento que debe ser considerado por la entidad en provecho del proceso de selección, particularmente para retirar estipulaciones ambiguas o contrarias a derecho y para precisar su contenido”*⁶⁰. En ese sentido, también se ha señalado:

*Desde su concepción, la audiencia fue pensada como una oportunidad para discutir el contenido de los pliegos de condiciones – es decir, el instrumento llamado a convertirse en ley del contrato-, incluyendo aquellas cláusulas que al parecer de los eventuales proponentes fueran de imposible cumplimiento o pudieran afectar la libre concurrencia sin justificación válida para ello. Lo anterior, con el fin de realizar modificaciones y ajustes pertinentes o de precisar el alcance de las obligaciones a cargo del eventual contratista, evitando así posibles incumplimientos, rupturas del equilibrio económico del contrato y librando a la administración de la necesidad de acudir a cláusulas excepcionales como las de interpretación o modificación unilateral del contrato.*⁶¹



contratación
en línea.co

Soluciones jurídicas en línea

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Rad. 19001-23-31-000-9509290007-01. Exp. 16305. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterado por la Subsección B en sentencias del 30 de abril de 2012. Rad. 19001233100019990011601(21571) y del 20 de febrero de 2014. Rad. 25000-23-26-000-1997-15290-01(28342), ambas con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo.

⁵⁹ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *“Tratado de derecho administrativo”* Tomo IV *“Contratación indebida”*. Universidad Externado de Colombia. 1ª ed. Bogotá D.C. 2004, p. 206.

⁶⁰ Dávila Vinuesa. Luis Guillermo. *“Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993”*. 2ª ed. Legis. Bogotá D.C., 2003, p. 277.

⁶¹ Deik Acostamadiedo. Carolina. *“Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección”*. 1ª ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2014, p.179-180.

41.6. A partir de lo anterior cabe puntualizar que la audiencia de aclaración de pliegos se acompasa con la totalidad del sistema de principios rectores de la Administración Pública en general, y de la contratación pública en particular.

41.6.1. En la medida en que se trata de una expresión concreta y sistemática de todo el catálogo axiológico que rige la actividad pública porque es perfectamente posible encontrar que, en mayor o menor medida, la realización de esta audiencia desarrolla cada postulado orientador de la función administrativa. Ello no ignora que, a primera vista puedan reconocerse algunos principios y garantías que resultan primordialmente materializados con la realización de esta actuación, verbigracia, los principios de transparencia y publicidad, así como los de derechos e intereses subjetivos de los participantes a la libre concurrencia, al debido proceso, a la confianza legítima, y a la participación en la gestión pública entre otros. Pero va mucho más allá.

41.6.2. En efecto, la aclaración del pliego de condiciones incide directamente en el buen funcionamiento de la Administración a través de la utilización de la técnica contractual, asunto que no se enfoca exclusivamente en garantizar los derechos e intereses individuales de los oferentes o del contratista. Por tal motivo, ello concierne a todos los intervinientes en la contratación pública (llámese oferente, contratista, interventor, supervisor, servidor público u ordenador del gasto) porque la escogencia objetiva de un contratista idóneo y la adecuada realización de los fines públicos a través de las etapas contractuales son asuntos que trascienden la relatividad del contrato y comprometen a la comunidad en su conjunto.

41.7. En concordancia con lo hasta acá expuesto, es interesante destacar lo que en el derecho europeo⁶² e iberoamericano⁶³, y más recientemente en la doctrina⁶⁴ y jurisprudencia⁶⁵ colombianas se ha desarrollado sobre el concepto de buena administración o de buen gobierno como un principio, derecho y deber jurídico. Como principio, se fija como fundamento, parámetro de interpretación y fuente integradora de las normas jurídicas del derecho administrativo⁶⁶; en su formulación como derecho conjuga y sintetiza los derechos individuales y colectivos exigibles ante la Administración, dispersos en las normas convencionales, constitucionales y legales; y entendido como deber, establece la obligación de todas las entidades públicas componentes del aparato estatal al cumplimiento de los

⁶² La Carta Europea de Derechos Humanos, conocida también como Carta de Niza, señala en su artículo 41 el "derecho fundamental" a la buena administración en estos términos: "Artículo 41. Derecho a una buena administración. 1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. // 2. Este derecho incluye en particular: // - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, // - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, // - la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. // 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. // 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua".

⁶³ El Código Iberoamericano de Buen Gobierno, adoptado en Montevideo el 23 de junio de 2006, y suscrito por representantes de varios gobiernos (entre ellos, el de Colombia) desarrolla varios postulados dirigidos a que los Estados adopten conductas vinculadas a la "naturaleza democrática del gobierno, a la ética gubernamental y a la gestión pública" los poderes públicos actúen en concordancia con el derecho al buen gobierno, entendido como "aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho" (Disponible en página web: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0054001.pdf> Consultado el 13 de julio de 2017).

⁶⁴ Ver: Quintero Navas, Gustavo. "El derecho al buen gobierno en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Énfasis en las normas del procedimiento administrativo." En: Alviar García, Helena (coord.). "Nuevas tendencias del derecho administrativo". Universidad de los Andes. Temis. Bogotá D.C. 2016, p. 121-154.

⁶⁵ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 10 de octubre de 2016. Rad. 11001-03-26-000-2015-00165-00 (55813). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶⁶ Sobre estas características de los principios, ver: Corte Constitucional. Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005.

derechos y garantías de la ciudadanía, su promoción y aplicación permanente.

41.7.1. Llama la atención que este concepto se explique como la expresión de una *"nueva cultura de la gestión pública"* en donde se busca *"aproximar la Administración, hacerla más participativa, facilitar el ejercicio de derechos y [el] cumplimiento de las obligaciones de los ciudadanos"*⁶⁷ de conformidad con las normas vigentes. Pero también que sea la respuesta del derecho, en clave de garantía ciudadana, frente a lo que podría llamarse una *"mala administración"*, de suerte que un acercamiento al alcance y contenido del principio, derecho y deber de buen gobierno bien puede hacerse identificando su carácter negativo, esto es, una administración pública injusta, discriminatoria, negligente, ineficiente, dilatoria, que abusa del poder e irrespeta los derechos fundamentales⁶⁸. Esto es, una administración pública propensa a la corrupción.

41.7.2. Justamente, uno de los efectos perseguidos a través del reconocimiento de la existencia y efectividad del principio, derecho y deber de buen gobierno es obrar como *"rompiente frente a posibles malas prácticas administrativas o incluso supuestos de corrupción pública"*⁶⁹, entendiendo que una Administración que actúa adecuadamente es *"a priori, incompatible"*⁷⁰ con estas malas prácticas pero, según este planteamiento, ello no se agota allí. También suscita la mejora de la calidad de la administración pública, la generación de la confianza en los ciudadanos, la

⁶⁷ Nevado – Batalla Moreno, Pedro T. *Legalidad y buena administración. Garantías del ciudadano frente a la corrupción y las malas prácticas en la gestión pública.* Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibañez. Colección Internacional No. 19. Bogotá D.C. 2009, p. 27.

⁶⁸ En este sentido, puede consultarse el trabajo de la profesora Beatriz Tomás Mallén, en donde se analizan los tratados comunitarios europeos que exponen el significado de "mala administración" como una aproximación a la definición positiva de lo que se entiende por "buena administración". Ver: Tomás Mallén, Beatriz. *El derecho fundamental a una buena administración* 1ª ed. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 2004, p. 68-72

⁶⁹ Nevado Batalla-Moreno. Ob. cit. p. 29.

⁷⁰ *Ibid.*

legitimación de las actuaciones públicas y el rendimiento democrático del sistema jurídico a través del cumplimiento de normas.

41.7.3. Empero, nada de esto resulta posible sin la participación del ciudadano. La concepción de un buen gobierno, impulsado dentro de un Estado social y democrático de derecho, concede un estatus especial a los ciudadanos, quienes dejan de ser considerados como “*sujetos inertes, simples receptores de bienes y servicios*” para asumir un lugar de “*protagonistas principales de los asuntos de interés general, hasta tal punto (...) que son los legítimos dueños del poder público y de sus estructuras*”⁷¹, y por supuesto la puesta en funcionamiento de sus garantías solo resulta factible si estos adoptan un rol activo en las decisiones públicas, así:

*En la medida que la ciudadanía ponga en valor su condición central en el sistema público, más fácil será que pueda exigir un funcionamiento de calidad de los Gobiernos y las Administraciones públicas. Si el ciudadano reclama ordinariamente, y de forma extraordinaria cuando sea menester, los derechos que se derivan del fundamental a un buen gobierno, a una buena administración pública, el hábito de la rendición de cuentas y de la motivación de todas las decisiones de los poderes del Estado será una realidad.*⁷²

41.7.4. En la misma dirección, en palabras de otro de los autores citados:

Como principal garantía del derecho/deber al buen gobierno se configura la propia conducta de las partes implicadas respecto al mismo, esto es, los ciudadanos y la Administración. De nada sirve la formulación de un derecho si quienes (...) lo han de ejercer o facilitar su ejercicio proceden de manera inadecuada o impropia.

Comenzando por la posición de los ciudadanos, el ejercicio de los derechos que integrarían el concepto síntesis del derecho a la buena Administración resulta fundamental. Obviamente la falta de ejercicio de un derecho no justifica su preterición o directo quebranto por quien tiene la obligación de darle cumplimiento, pero qué duda cabe que una situación de desinterés o de auténtico abandono imposibilita el buen rendimiento del derecho/deber al buen gobierno, favoreciendo

⁷¹ Rodríguez-Arana, Jaime. “La administración pública en España (1913-2013)”. Cap. XII. “La buena administración y el buen gobierno en el proyecto de ley de transparencia y acceso a la información (2013)”. Grupo Editorial Ibáñez. Universidad del Rosario. Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá D.C. 2017, p. 177.

⁷² *Ibid.* p. 179.

incluso la consolidación de malas prácticas y el surgimiento de casos de corrupción.

Es lógico pensar que frente a la Administración, los ciudadanos, ejercen sus derechos, exigen, se informan, solicitan esa información, participan, recurren, pero la realidad nos muestra que pese al cada vez mejor conocimiento de las reglas que disciplinan el actuar de las organizaciones públicas, los esfuerzos de los Poderes Públicos al respecto y, por tomar un dato de gran significación, el general aumento del número de recursos administrativos y contencioso-administrativos, los niveles de exigencia y participación de los ciudadanos es aun relativamente bajo.

Bien es verdad que existe una imparable tendencia al alza, pero es igualmente cierto que no hay proporción entre la formulación del derecho/deber al buen gobierno y el general comportamiento de los ciudadanos, alejándonos intencionadamente de puntuales grupos en concretos sectores.

Podría decirse que existe un cierto déficit en el comportamiento de los ciudadanos respecto al haz de derechos del que son titulares. Falta que debe ser cubierta mediante una mejor educación de los ciudadanos y, quizá, la recuperación de esos valores respecto al interés general que en estos tiempos de grandilocuente solidaridad y globalización se encuentran bastante difuminados o completamente enterrados bajo el peso de un severo materialismo individualista que conduce a la más absoluta indiferencia por los asuntos públicos.⁷³

41.8. Lo anterior, traído al escenario concreto de la audiencia de aclaración de pliegos de condiciones, significa que en su desarrollo existe una fuerte carga de la Administración que consiste, entre otras cosas y como ya se dijo, en actuar de forma abierta, transparente, pública, y garantista de los derechos de los concurrentes, entre otros, de acceso a la información; en instruir y programar la audiencia cuando así lo soliciten los interesados en participar de la licitación; en responder de fondo y por igual a las observaciones formuladas contra las disposiciones reglamentarias y contractuales del pliego, y en modificar, adicionar o interpretar los pliegos, según corresponda, de acuerdo con lo debatido en esta instancia, y dentro de los límites fijados por las normas superiores. Esta audiencia —como todas las que se producen en la etapa previa al contrato— es, se insiste, un mecanismo de participación que desarrolla los principios y deberes de la

⁷³ Nevado Batalla-Moreno. Ob. cit. p. 35-36.

contratación pública,⁷⁴ todos como parte del principio, derecho y deber del buen gobierno o buena administración⁷⁵.

41.9. Sin embargo, los interesados en participar no pueden adoptar un rol pasivo de meros espectadores respecto de lo que se discuta en la audiencia. Si, en el contexto de una buena administración, del ciudadano común se espera que conozca sus derechos y los ejercite de forma adecuada ante la Administración, tanto más puede pedírsele al aspirante a ser adjudicatario, quien busca convertirse en un contratista, en un colaborador de la Administración que a través de la prestación contractual contribuirá a la consecución del interés general perseguido por el contrato público.

41.10. Lo anterior no niega que en la fase precontractual es notoria la desigualdad entre la Administración y los interesados, toda vez que la fijación del pliego de condiciones plasmada en un acto administrativo es una actividad marcada por la potestad de imperio y la unilateralidad en cabeza de la entidad pública. De lo que se trata es de situar al interesado en licitar en su justa dimensión: se presume de él su conocimiento de las condiciones del mercado concerniente al objeto a contratar, y también del conocimiento de sus propias capacidades técnicas, jurídicas y financieras

⁷⁴ En el mismo sentido, consultar: Ivanega. Miriam Mabel. *Participación ciudadana y contratos administrativos*. En Revista *Aída. Opera prima de Derecho Administrativo* n.º 6. Julio-Diciembre 2009. Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de México. Pág. 171-179. Disponible en página web: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/operas-primas-derecho-admin/article/download/1414/1315> (Consultada el 13-jul-17)

⁷⁵ Es tal la importancia de la participación ciudadana en el buen actuar de la Administración que, según la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada en el ordenamiento interno colombiano mediante la Ley 970 del 13 de julio de 2005, sostiene como uno de sus considerandos que *“la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que éstos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces”*. Además, dispone en su artículo 13 que es obligación de los Estados Parte del tratado, en la medida de sus posibilidades y de manera armónica con sus disposiciones internas, fomentar *“la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público”* adoptando, entre otras medidas, la de *“Aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones”* (literal a.).

para postular una propuesta de contrato que se ajuste al contenido del pliego, a tal punto que, cuando concursa, se supone convencido de que su oferta será la mejor para la contratante.

41.10.1. Por ello, también se presume que al participar se ha informado minuciosamente tanto de las condiciones de la licitación como del mismo contrato, y ha estudiado de tal manera las disposiciones del pliego que, analizadas sus propias cualidades, así como los costos y beneficios de celebrar el negocio, buscará mediante su oferta convertirse en el contratista de la entidad.

41.10.2. Sería equivocado estimar que en un sistema de derechos no exista una contrapartida razonable de deberes. Así mismo no resulta lógico consagrar un plexo de derechos subjetivos y de garantías durante la etapa de formación del contrato estatal, sin que existan deberes a cumplir. Uno en particular: obedecer las disposiciones del pliego de condiciones. Y como al ser oferente, el aspirante se adhiere a las pautas sustanciales del contrato y a las procedimentales fijadas por la Administración, también es esperado su interés y empeño en que estas queden lo suficientemente claras para precaver problemas futuros que lo comprometen a él como licitante y como parte de una sociedad comprometida con el buen funcionamiento de la Administración.

41.10.3. Por estas razones, es posible inferir que la participación de quien asiste a la audiencia de aclaración de pliegos debe ser activa, e ir orientada a contribuir a la confección de reglas apropiadas, congruentes, bien redactadas, lógicas y, en definitiva, claras. Más aun teniendo en cuenta que luego del cierre de la licitación, las disposiciones del pliego se hacen completamente inmodificables, siendo prohibida cualquier variación posterior por parte de la entidad licitadora.

41.10.4. En este orden de ideas, es comprensible la excepción a la regla de interpretación contraria a la Administración de las cláusulas confusas del

pliego de condiciones reseñada anteriormente (párr. 39.6. a 39.6.2.) en consideración a las especiales condiciones que tiene el oferente dentro de un procedimiento de selección precontractual. No sobra agregar, como lo hizo la Sala en aquella ocasión, que en otras latitudes –más exactamente en la doctrina argentina- se ha señalado que el no ejercicio de la solicitud de aclaración del pliego no favorece al licitante afectado, al considerarse una conducta culposa por la que debe soportar sus consecuencias. La próxima cita sirve como colofón a este capítulo:

La innegable significación jurídica del pliego de condiciones en el procedimiento licitatorio, implica una serie de consecuencias jurídicas. Son derechos y deberes de las partes intervinientes, en principio los siguientes:

(...) Si la contratista considera que las condiciones del pliego requieren una aclaración, dispone de la facultad para pedirla de modo general para todos los oferentes. Si no la ejerce antes de ofertar, cualquier duda o error será considerado resultado de su negligencia y no tendrá eficacia alguna para modificar o alterar las condiciones estipuladas.

En ese sentido se ha expresado la Corte Suprema de Tucumán al decir que: "Los pliegos de bases y condiciones deben contener reglas formuladas de manera impersonal y que sirven para mantener la igualdad de los oferentes. Son éstos la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes contratantes, debiendo sus previsiones respetarse y cumplirse sin que puedan modificarse una vez efectuado el llamado a licitación" (CS Tucumán, 13/3/87, ED, 126-131)⁷⁶

2. Caso concreto:



2.1. Interpretación de la regla de exclusión de capital de trabajo a través de los métodos de interpretación del derecho

42. A partir de este punto, la Sala se concentrará en analizar si la exclusión de la Fundación del análisis de las ofertas participantes en la licitación SEC-003 de 2003 fue ajustada a derecho, con el fin de puntualizar si la

⁷⁶ Dromi. José Roberto. "Licitación Pública". 2ª ed. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1995, p. 262-263.

adjudicación del contrato a Colsubsidio fue válida o debe ser anulada, y por consiguiente debe sancionarse de igual modo al contrato celebrado entre la entidad y la empresa adjudicataria. Para tales efectos, se deberá interpretar el contenido de la fórmula de capital de trabajo (párr. 23.2.5.) a la luz de lo probado en este juicio, seguidamente se puntualizará si el Tribunal acertó en la calificación otorgada a la conducta desplegada por la oferente durante el trámite de la licitación y, a modo de conclusión, se responderá al problema jurídico, es decir, si la decisión administrativa fue acorde con el pliego de condiciones, y con las normas superiores en que esta determinación debía basarse.

43. Lo primero que debe señalarse es que el denominado "capital de trabajo" es un estándar que determina, a partir de la diferencia entre activos y pasivos, la capacidad financiera del contratista para desarrollar normalmente las obligaciones contractuales sin necesidad de acudir a recursos diferentes a los propios, y que en el contexto de la licitación SEC-003 fue considerado como un criterio de garantía y de solvencia económica, útil para determinar si el contratista contaba con el patrimonio suficiente para adelantar la prestación del servicio de educación básica y secundaria. Esto se deduce no solo de las mismas expresiones del precepto analizado, sino de las distintas afirmaciones empleadas por el evaluador de la propuesta financiera (párr. 23.8.1.), del testimonio concedido por el contador que apoyó a la Fundación en la presentación de la oferta (párr. 23.14.2.1.), y del concepto técnico emitido por el perito economista (párr. 14).

43.1. A simple vista, este criterio de calificación del oferente es razonable frente al servicio que se quería satisfacer. Sin embargo, la problemática no surge de haber exigido este aspecto financiero del oferente en la licitación, sino en la forma como se expuso este criterio en el pliego de condiciones, en donde aparentemente se entremezclaron las fórmulas para calcular las cifras correspondientes al valor mensual de la propuesta y, en el mismo numeral, se mencionó el porcentaje mínimo que el oferente debía

garantizar patrimonialmente por "capital de trabajo" (primer párrafo) con la regla de exclusión de la oferta según la cual si el "capital de trabajo" era menor al valor promedio mensual de la propuesta, esta sería rechazada (último párrafo).

43.2. Para las partes, la regla del capital de trabajo (párr. 23.2.5.) dio lugar a dos lecturas distintas:

43.2.1. Para la demandante, (párr. 2.3. y 23.7.), la mención de un porcentaje mínimo del 15% del valor promedio mensual de la propuesta dentro del primer párrafo del numeral atinente a la exigencia del capital de trabajo obliga a que la interpretación de la causal de rechazo sea efectuada en el sentido de que bastaba con cumplir el mínimo delimitado en el primer párrafo para entenderse completada la exigencia incluida en el último párrafo, aspecto que la actora dijo cumplir.

43.2.2. En cambio, la entidad demandada (párr. 23.9.1. y 23.9.2.), basándose en que la cláusula contenía "dos fórmulas opuestas y más aún contradictorias", sostuvo que la causal de rechazo obligaba al oferente a satisfacer el 100% de ese valor promedio mensual de su oferta, parámetro que en su parecer resultaba "equitativo" conforme "al tipo y valor del contrato", porque ofrecía un respaldo financiero suficiente, acorde con las reglas de interpretación del derecho, y con el principio de responsabilidad desarrollado en la Ley 80 de 1993. El primer párrafo, en donde se aludía al 15% del valor promedio mensual no era –según la administración– el factor objeto de evaluación sino un mero "valor de cálculo" que debía "ser comparado con el indicador del Capital de trabajo exigido en los términos de referencia".

44. Ante este escenario, la Sala deberá interpretar jurídicamente la cláusula que suscita este conflicto, desarrollando y profundizando las pautas mencionadas renglones atrás (párr. 40 a 40.3.). En este ejercicio, debe privilegiarse el entendimiento del texto analizado que tenga efectos y

consecuencias en el ordenamiento jurídico y, en lo que interesa a este caso, a la consecuencia del rechazo de la oferta. Se trata, siguiendo a Emilio Betti⁷⁷, más que de “*volver a conocer una manifestación del pensamiento*” se trata de “*volver a conocerla para integrarla y realizarla en la vida de relación*”, de modo que en este contexto:

La interpretación no tiene una función meramente reconocitiva del pensamiento (de un pensamiento cerrado en su histórica peculiaridad), tiene por función desarrollar normas directivas para la acción práctica o para una opción, y así asume la tarea de mantener siempre viva, mediante el entender, la exigencia de un orden para el obrar, y fundamentalmente asume la tarea de conservar en perenne eficiencia en la vida social normas, preceptos y valoraciones normativas que son destinadas a regularla o servirla de orientación.

44.1. Así, las palabras adoptadas por la administración al confeccionar la regla de la licitación que excluía las propuestas insatisfactorias de determinado margen de capital de trabajo son el imprescindible elemento de esta actividad, en tanto la interpretación jurídica indubitadamente pertenece al género de la interpretación textual⁷⁸. De allí que inicialmente deba emplearse el **método gramatical o literal** de interpretación, que busca darle significado a los vocablos y las frases que integran la norma, como lo devela la doctrina:

Ante todo, en la interpretación gramatical existe lo que podríamos llamar una interpretación semántica o filológica. Mediante ella se trata de fijar el sentido o los posibles sentidos que posee cada una de las palabras intercaladas en el texto, considerando cada palabra en sí misma. La palabra utilizada en la ley opera como un instrumento del pensamiento. Refleja el pensamiento que guio al que pronunció la palabra o redactó el texto. Al mismo tiempo, la palabra sirve de instrumento y de vehículo en el proceso de comunicación y suscita una serie de ideas en el destinatario, es decir, en el lector o en el oyente. La palabra funciona así como expresión de la idea del emiteente y en cuanto causa de la idea del destinatario. Pues bien, la interpretación semántica es una fijación de la relación entre la palabra y las ideas de las que puede ser reflejo o causa. Esta fijación debe

⁷⁷ En: “*Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*”. Reimpresión 2015. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, p. 96-97.

⁷⁸ Guastini, Riccardo. (Álvarez Medina, Silvina. trad.) “*Interpretar y argumentar*”. 2ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2014, p. 25.

hacerse en una forma que sea coherente con el conjunto del texto y con el contexto o situación que el texto presupone.

La fijación semántica del sentido de la palabra adquiere una gran importancia cuando la palabra, como ocurre con una cierta frecuencia, es equívoca. Son equivocaciones aquellas palabras cuyas posibles significaciones son varias o, dicho de otro modo, aquellas que pueden ser reflejo de o suscribir ideas diferentes. La función de la interpretación se presenta entonces como una opción o decisión entre los diferentes sentidos posibles. Esta actividad no es ya, en rigor, una actividad gramatical. La gramática interviene sólo suministrando cada una de las variantes.⁷⁹

44.2. Este método está contemplado en los artículos 27 y 28 del Código Civil colombiano:

Artículo 27. *Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.*

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Artículo 28. *Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.*

44.3. En ese sentido, lo que de entrada constata la Sala es que la expresión "Valor Promedio Mensual de la Propuesta", o en su forma abreviada "VPMP" aparece replicada tanto en el primer párrafo como en el último. En el inciso inicial se señala que el VPMP se obtiene a través de una operación aritmética: la división del "Valor Total de la Propuesta", "VTP" o "VP", por el número de meses de ejecución del contrato o "No. MEC". Este último periodo ("No. MEC.") siempre equivaldría a 10 meses o a las 40 semanas que -para la época de la licitación- comprendían el trabajo académico a realizar durante un año escolar⁸⁰, tiempo determinado por la minuta

⁷⁹ Diez Picazo. Luis. "Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho". Ed. Ariel. Barcelona. 1979, p. 252.

⁸⁰ Decreto 1850 de 2002 – Artículo 14 (hoy día, Decreto 1075 de 2015 – artículo 2.4.3.4.1.): "CALENDARIO ACADÉMICO. Atendiendo las condiciones económicas regionales, las tradiciones de las instituciones educativas y de acuerdo con los criterios establecidos en el presente Título, las entidades territoriales certificadas expedirán cada año y por una sola vez, el calendario académico para todos los establecimientos

contractual contenida en los pliegos como el término de ejecución del contrato (párr. 23.2.8.).

44.4. Ahora, el uso literal que el primer inciso y el último inciso le dan al vocablo "VPMP" es notoriamente distinto. En efecto, mientras en el párrafo inicial refiere cómo el capital de trabajo (CT) del proponente debía representar una garantía mínima del 15% del VPMP, en el último se indicaba bajo la estructura lógica de una prescripción condicional⁸¹ que: Si el capital de trabajo ("CT") era menor (">") al valor promedio mensual de la propuesta ("VPMP"), la propuesta sería rechazada.

44.5. Es este último precepto el que concita toda la atención de la Sala porque se trata, ni más ni menos, que de la regla de rechazo de la oferta aplicada por la administración departamental en contra de los intereses de la demandante. Así mismo, los oferentes al momento de presentar propuesta debieron atender primordialmente a lo manifestado por el último inciso para satisfacer la exigencia del capital de trabajo, toda vez que la consecuencia de no superar el VPMP –cuyo resultado era el de dividir el valor total de la propuesta presentada sobre 10- era clara: el rechazo de la oferta.

educativos estatales de su jurisdicción, que determine las fechas precisas de iniciación y finalización de las siguientes actividades: 1. Para docentes y directivos docentes: // a) Cuarenta (40) semanas de trabajo académico con estudiantes, distribuido en dos períodos semestrales; // b) Cinco (5) semanas de actividades de desarrollo institucional; y // c) Siete (7) semanas de vacaciones. // 2. Para estudiantes: // a) Cuarenta (40) semanas de trabajo académico, distribuido en dos períodos semestrales; // b) Doce (12) semanas de receso estudiantil. // PARÁGRAFO. El calendario académico de los establecimientos educativos estatales del año lectivo siguiente, será fijado antes del 1o de noviembre de cada año para el calendario A y antes del 1 de julio para el calendario B." (Subraya la Sala)

⁸¹ Explica Guastini que estas normas "condicionales o hipotéticas" se caracterizan por tener dos elementos: a) un "antecedente o prótasis, es decir, la parte del enunciado que determina la condición (<<Si...>>)" y b) "Un consecuente, o apódosis, es decir, la parte del enunciado que establece la consecuencia (<<... entonces...>>)". Bajo esta fórmula, dice el citado autor, que el antecedente (a) se refiere a una clase de circunstancias de hecho, o a un supuesto fáctico, que se refiere al "objeto de la regulación: responde a la pregunta <<¿Qué se regula?>>", mientras que el consecuente (b) "determina el modo de regular: responde a la pregunta <<¿Cómo se regula?>>" (Ob. cit. p. 36-37)

44.6. Estas mismas reflexiones, haciendo primigeniamente el ejercicio interpretativo gramatical, son útiles para advertir que entre el primer inciso y el último no se avizora antinomia alguna porque no se contemplan consecuencias jurídicas incompatibles para un mismo supuesto de hecho⁸². Así, prescribir que el capital de trabajo del oferente debía satisfacer un porcentaje mínimo de garantía no es igual a indicar que si el capital de trabajo del oferente era inferior al margen trazado por el VPMP la consecuencia jurídica era el rechazo de la oferta. Son dos normas distinguibles cuya lectura no genera conflicto entre ambas.

44.7. Igualmente, en esa fase interpretativa literal, se evidencia que la regla de rechazo de la oferta por el capital de trabajo no es confusa. Esto descartaría la aplicación de la regla hermenéutica legal de interpretación en contra de la administración expuesta anteriormente (párr. 39.4.) porque su empleo está indefectiblemente condicionado a que exista una verdadera confusión en los documentos precontractuales y no una incorrecta interpretación, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación (párr. 39.6.2.).

44.8. De este modo, acudiendo a las cifras de la propuesta presentada por la Fundación, y expuestas por esta misma a lo largo de esta controversia (párr. 23.5.1. y 23.7.) se tiene que: (i) el valor total (VT o VP) de la oferta presentada por la demandante era de novecientos veinticuatro millones de pesos (\$ 924 000 000), a razón de setecientos setenta mil pesos (\$ 770 000) por alumno; (ii) el valor promedio mensual de esta propuesta (VPMP) ascendía a noventa y dos millones cuatrocientos mil pesos (\$ 92 400 000); (iii) el capital de trabajo (CT) de la Fundación, según las cifras que reflejadas por la administración (párr. 23.6.3.) y ratificadas por la aquí demandante era de veinticinco millones setecientos noventa mil trescientos noventa y un pesos (\$ 25 790 391). Y, aplicando la regla de rechazo tantas veces aludida, como el capital de trabajo (CT) de la Fundación era menor que el valor

⁸² Cfr. *Ibíd.* p. 117

promedio mensual de la propuesta (VPMP), la consecuencia jurídica del rechazo se cumplía.

44.8. Todo esto, sin necesidad de acudir al porcentaje de garantía mínima indicado en el primer inciso, ni mucho menos aludiendo a otros porcentajes no contemplados explícitamente en la reglamentación del procedimiento de selección del contratista, como erróneamente lo hizo la administración en la respuesta a las observaciones de la Fundación (párr. 23.9.2.). El VPMP era la cifra indicadora del cumplimiento del ítem respectivo al capital de trabajo, y no otro valor diferente.

45. Empero, sin olvidar el enfoque impuesto por la interpretación jurídica para lo que a este caso respecta, los razonamientos anteriores dejarían sin resolver inquietudes relevantes para analizar la causal de rechazo: ¿Por qué la Secretaría, encargada de confeccionar los pliegos de condiciones, redactó el primer inciso de la cláusula en comento, remarcando que el proponente debía ofrecer una mínima garantía equivalente al 15% del VPMP de su propuesta? ¿Para efectos del rechazo de la oferta, cuál es la utilidad de esta norma, contenida en los pliegos de la licitación SEC-003 e incluida dentro de los denominados “factores excluyentes” de la propuesta? Y sobre todo, ¿tenía alguna relación con las causales de rechazo de la oferta?

45.1. De antemano, la Sala advierte que la explicación dada por la administración departamental al respecto, en el sentido de que el primer inciso correspondía a “*un valor de cálculo que debe ser comparado con el indicador del Capital de trabajo exigido en los términos de referencia*” (párr. 23.9.1.) no sólo es insatisfactoria, sino que –peor aún– es vacía y deficiente.

45.2. De otra parte, fuera del marco del numeral 1.1. y de sus incisos -tantas veces referidos- cabe observar que: (i) el encabezado del capítulo 4, literal A de los pliegos (párr. 23.2.4.), definió los “factores excluyentes” de la evaluación de propuestas como “*aquellos requisitos mínimos sin cuya*

verificación y cumplimiento la propuesta no será objeto de calificación”, y en idéntica expresión señaló que el comité evaluador designado por la entidad territorial verificaría “el cumplimiento estos requisitos mínimos”; (ii) la causal de rechazo contenida en el numeral 3.8. literal c. de los pliegos (párr. 23.2.3.) indicaba que la desestimación de la oferta procedía cuando “las condiciones ofrecidas por el proponente no cumplan con los requisitos mínimos establecidos en los presentes pliegos de condiciones”. De estas expresiones, a simple vista resalta la presencia permanente del vocablo “mínimos” junto con aquellas situaciones del oferente cuya consecuencia era el apartamiento de la propuesta, lo que guardaría paridad –así sea lingüística- con el primer inciso del referido numeral, el de la garantía mínima del 15% del VPMP.

46. De allí que la Sala, en aras de desentrañar el reglamento de la licitación en los aspectos que han provocado este conflicto, deba acudir al **método lógico** de interpretación jurídica que no se separa de la interpretación literal⁸³ ya efectuada y cuyo objeto, como se mencionó antes (párr. 40.3.) busca la “descomposición del pensamiento” contenido en la norma así como de “las relaciones lógicas que unen a sus partes”⁸⁴. Dentro de éste método, la doctrina del derecho civil ha identificado y afirmado el predominio del **método lógico-objetivo** por el lógico-subjetivo puesto que:

... representa el máximo progreso de la interpretación y consiste en buscar aquel sentido que haga producir al texto legal mayor rendimiento y utilidad posibles, teniendo en cuenta las condiciones sociales y económicas que prevalecen en el momento en que se aplica. El intérprete fija su atención en el momento presente y no en el pasado, con la consideración de que el legislador solo pretende interpretar la

⁸³ En palabras de François Gény (En: “Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado” (Raimundo Saleilles, trad.). 2ª ed. Ed. Reus. Madrid, 1925, p. 267): “Está fuera de duda que una [interpretación gramatical] y otra [interpretación lógica] se completan necesariamente, y que las deducciones racionales, según las inspiraciones de una sana lógica, intervendrán para dar su completo desenvolvimiento a la voluntad, de la cual la fase gramaticalmente analizada no puede ser nunca más que el esqueleto.”

⁸⁴ M.F.C. de Savigny. “Sistema de Derecho Romano Actual”. (Jacinto Mesia y Manuel Poley, trad.) Ed. Comares. Granada, 2005, p. 96. Igualmente, ver: Uprimny. Rodrigo y Rodríguez Villabona, Andrés Abel. “Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación”. Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa. Escuela “Rodrigo Lara Bonilla”. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2006, p. 245.

realidad social, y esta constituye una fuerza dinámica sujeta a cambios; dentro de aquella realidad social se encuentra incrustado el mismo lenguaje cuya evolución es imposible detener.

Sin duda el criterio de este método prevalece sobre los demás criterios. Si el sentido de las palabras de la ley interpreta en forma adecuada el momento actual, seleccionamos tal sentido no porque pretendamos tributar culto a la palabra, sino porque dicho sentido es el que hace útil a la ley en el momento de su aplicación. Nos separamos del sentido de las palabras y escogemos el de la finalidad de los autores de la ley, cuando este interpreta mejor la justicia social; finalmente, si ninguno de aquellos sentidos consulta la realidad del momento, buscamos un sentido objetivo, o sea, adaptado al momento presente, y lo aplicamos con preferencia a los demás.⁸⁵

46.1. En esta dirección, debe destacarse cómo recientemente la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha tomado nota del desarrollo doctrinario⁸⁶ del método lógico-objetivo a través del **método teleológico** –

⁸⁵ Valencia Zea – Ortiz Monsalve. Ob. cit. p. 130.

⁸⁶ En dicha ocasión, la Sala Plena de la Sección Tercera citó los criterios expuestos por: (i) Diego López Medina (En: “La letra y el espíritu de la ley”. Ed. Temis – Universidad de los Andes. Bogotá, 2008, p. 152-153) quien formula críticas a la exposición tradicional del método gramatical o literal, en tanto las interpretaciones habituales omiten “*las inferencias (de intención o propósito) que la emisión claramente sugiere y que son parte constitutiva de la comunicación que se pretende.*” Tales inferencias – denominadas por el autor como “*implicaturas*”- “*son usualmente violadas cuando se asume que la hermenéutica jurídica se surte mediante una concentración de la atención en los términos de la ley. Esta práctica jurídica, que termina fijando su atención en los términos específicos del texto legal, parece ser un corolario del principio de fidelidad al derecho en la toma de decisiones. Pero, como queda claro del análisis precedente, la fidelidad al Estado de derecho no exige la adopción del textualismo interpretativo, como tradicionalmente se piensa. No sorprende entonces que el cálculo no especulativo del significado de la ley no tenga que enredarse necesariamente en una pesada y detallada concentración sobre el texto, como suelen hacer los abogados. El análisis sugiere, en cambio, que la fidelidad a la ley propia del Estado de derecho debe proyectarse a la tarea dialógica de comprender las intenciones o propósitos de las normas, enmarcadas dentro de diálogos sociales e institucionales más amplios.*” (ii) Luis Recasens Siches. (En: “*Tratado General de Filosofía del Derecho*”, Octava Edición, Ed. Porrúa. México D.F. 1983, págs. 653 y 654) al explicar que: “*Lo que sucede es que las leyes no se aplican solas, por sí mismas, en virtud de un mecanismo intrínseco que ellas tuviesen –pues no existe ni remotamente un mecanismo tal. Las leyes tienen su ámbito de imperio, dentro del cual figura un ámbito material, es decir, relativo al contenido; o dicho con otras palabras, cada norma jurídico-positiva se refiere a unos determinados tipos de situaciones, de asuntos, de hechos, sobre los cuales trata de producir unos especiales efectos, los efectos que el autor de la norma ha considerado justos, adecuados y pertinentes. Y ha de haber alguien que aclare cuál es la norma aplicable a un cierto caso concreto. Ese alguien es el juez, en función interpretativa. Ahora bien, el juez, en esa indagación de la norma aplicable, se debe guiar no solamente por criterios formales de validez in abstracto (validez espacial, validez temporal y validez personal), sino también por criterios de validez material, esto es relativa al contenido. Nótese que el contenido se relaciona necesariamente, esencialmente, con los propósitos que se tratan de realizar mediante una norma jurídica. Por lo tanto, el juez, para saber si una determinada norma jurídica es o no aplicable a cierto caso concreto, debe anticipar mentalmente los efectos*

pragmático de interpretación en el que se “*propone abandonar un culto a ultranza de la palabra que forma el texto jurídico, para propender por una interpretación de las unidades normativas que permita alcanzar resultados en la aplicación del derecho, que sean eficaces para la consecución de los fines del Estado, labor en la cual el excesivo culto al texto puede derivar en consecuencias contraproducentes e irrazonables*”⁸⁷. Cuando el inciso segundo del antedicho (párr. 44.1.) artículo 27 del Código Civil menciona que ante la oscuridad de la norma se acude a la intención o al espíritu de la norma, se sugiere este método. Para una mayor nitidez en la exposición, vale traer a colación la opinión del autor Luis Prieto Sanchís que, pese a desenvolverse en el contexto del derecho español, aporta en el sentido que se viene explicando:

... el Código ordena que en la interpretación de las normas se atienda “fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. Éste es el llamado método teleológico, para algunos el argumento por excelencia que debe presidir toda operación interpretativa. Su hipótesis fundamental es que el Derecho no puede concebirse como una suma de mandatos nacidos de una voluntad circunstancial y caprichosa, sino como un entramado de normas que persiguen finalidades de justicia y coordinación social y que encarnan algo tan evanescente y misterioso como un “espíritu” o una ratio legis. Por tanto, la interpretación no puede desconectarse de estas finalidades y debe buscar para la norma aquel significado que mejor las realice o satisfaga.

mediante una norma jurídica. Por lo tanto, el juez, para saber si una determinada norma jurídica es o no aplicable a cierto caso concreto, debe anticipar mentalmente los efectos que esa aplicación produciría. Si tales efectos concuerdan con el propósito de la norma en cuestión, entonces esta norma es sin duda aplicable a dicho caso. Mas, si, por el contrario, la aplicación de esa norma a un caso particular produciría efectos opuestos a los propósitos de la norma, a los fines que se trató de cumplir con esa norma, entonces resulta claro que esa norma no es aplicable al caso planteado. El juez no debe colocarse por encima de la ley: simplemente debe emplear su inteligencia para averiguar cuál sea el ámbito material de validez o de imperio de una determinada ley, valiéndose para ello precisamente de las valoraciones en las que efectivamente esa ley se inspiró, valiéndose para ello cabalmente del mismo sentido de la ley. Al hacerlo así, obedece real y efectivamente, con estricta fidelidad, a la ley. Cosa que no hace el juez que atiende solamente al sonido de las palabras, pero no entiende el sentido de las frases, sentido que se actualiza no sólo en el contexto de la frase, sino también y sobre todo en el contexto de la situación real a la que la frase se refiere –en este caso la frase normativa de la ley.”

⁸⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Sala Plena. Auto del 27 de julio de 2016. Rad. 13001-23-31-000-2000-00025-02. Exp. 35999. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

Las dificultades comienzan precisamente cuando nos proponemos identificar las finalidades. En lo único que parece existir acuerdo es en que éstas no se pueden identificar con la voluntad subjetiva del legislador (argumento psicológico), sino que en todo caso presentan un carácter objetivo. Pero cuáles sean y en donde residan es cuestión abierta al debate; se habla, por ejemplo, del fin de la norma, del sector normativo, del Derecho en su conjunto, e incluso del fin de la justicia; se habla del fin como de un elemento interno o que se obtiene del sistema jurídico, pero también de "fines externos" referidos a unos presuntos objetivos sociales. Como observa Iturralde, parecen existir dos conceptos acerca del fin de la norma, lo que normalmente se llama la ratio legis. El primero, lógico sistemático, consiste en sostener que la ratio es inescindible del significado de la norma y que sólo puede obtenerse a partir de ella. El segundo, llamado pragmático, concibe la ratio como un principio jurídico presente en el ordenamiento o construido por el intérprete, que impone escoger aquella interpretación que mejor sirve a la unidad sistemática del derecho o de algún sector del mismo.⁸⁸ (Subraya la Sala).

46.2. Bajo el prisma del método lógico, también tienen operatividad las denominadas reglas o argumentos interpretativos lógicos, de los cuales la doctrina cita como los más relevantes:

... el argumento a pari, de acuerdo con el cual el legislador, al regular un caso concreto de una determinada forma, implícitamente quiso también regular de la misma manera otros casos de la misma especie; el argumento a contrario, que establece que el legislador, al regular un caso de una determinada manera, pretendía a la vez excluir de dicha regulación todos los demás casos de distinta naturaleza; el argumento a fortiori, según el cual el legislador, al regular un caso, pretendía regular de la misma manera y con más razón otro caso distinto al directamente regulado, porque en este último concurren razones más claras e imperiosas; el argumento a generali sensu, que implica una interpretación que extiende los alcances de la norma y cuya aplicación se hace por lo general cuando se trata de normas favorables y existen razones de identidad o semejanza en el supuesto de hecho de la norma objeto de interpretación que fundamenta su aplicación a otros supuestos de hecho; el argumento stricta lege, que, al contrario del anterior, estipula una interpretación restrictiva dirigida a las normas desfavorables o sancionadoras; el argumento ad absurdum que fundamenta la elección de una entre varias interpretaciones de una norma en cuanto que las demás conducirían a situaciones carentes de sentido.⁸⁹ (Subraya la Sala)

⁸⁸ Prieto Sanchís. Luis. "Apuntes de Teoría del Derecho". 6ª ed. Editorial Trotta. Madrid. 2011, p. 272-273.

⁸⁹ Uprimny – Rodríguez. Ob. cit. p. 181-182.

46.3. Ahora, recordando que este conflicto se inserta en el sector normativo de la contratación pública y, por ende, en sus principios y reglas constitucionales y legales (párr. 40.2.) cuya supremacía sobre lo dispuesto en las decisiones administrativas es palmaria, debe precisarse el sentido y alcance del rechazo de la oferta en este ámbito, afirmando lo siguiente: En materia de contratación estatal las causales de rechazo no obedecen inexorablemente al cumplimiento de requisitos mínimos sino al lleno de requisitos que sean "*necesarios para la comparación de propuestas*", en los términos del artículo 24 – numeral 15 – inciso 2º de la Ley 80 de 1993, aplicable a este asunto, o en palabras de la Ley 1150 de 2007 (artículo 5º - inciso 1) actualmente vigente, que se trate de condiciones adecuadas y proporcionales "*a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor*".

46.4. En apoyo a esta tesis, es oportuno citar el siguiente extracto jurisprudencial, en donde se expuso la causal legal de rechazo por presentación de ofertas artificialmente bajas:

... resulta claro que el rechazo o la descalificación de ofertas no puede depender de la libre discrecionalidad de la Administración, en la medida en que el oferente adquiere el derecho de participar en el procedimiento de selección y se genera para él una situación jurídica particular⁹⁰, en consecuencia, para rechazar o descalificar una propuesta la entidad pública debe sujetarse a determinadas reglas consistentes en que las causales que dan lugar a ello se encuentren previamente establecidas en la ley o deriven del incumplimiento de requisitos de la propuesta o de la omisión de documentos referentes a la futura contratación que sean necesarios para la comparación de las propuestas, de conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, puesto que la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada, toda vez que no tendría justificación excluir una propuesta por una deficiencia que no tenga incidencia alguna en la contratación.

Se tiene entonces que la objetividad en la selección, impone que la descalificación de las ofertas provenga únicamente de la ponderación

⁹⁰ [19] "Según Dromí, "Este derecho conforma una situación jurídica especial a favor de cada uno de los licitadores, denominada en la doctrina y en la práctica administrativa "derecho subjetivo". El derecho de ser contratista o adjudicatario se sitúa en la categoría de los derechos condicionados, *diritti affievoliti*, que en nuestra legislación equivalen al "interés legítimo", el que obviamente también involucra el derecho subjetivo de participar en los procedimientos, en virtud de los cuales se valorarán las ofertas y se elegirá la más conveniente para el licitante"

de los resultados derivados de un riguroso proceso de evaluación plenamente ajustado a la ley y al pliego de condiciones, cuyos resultados además de ser conocidos por cada proponente -en cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia- también sean conocidos por sus competidores⁹¹ con el propósito de controvertirlos, independientemente del mecanismo de calificación que haya sido planteado en los pliegos o términos de referencia.

(...) Ha quedado establecido que: i) las causales de rechazo de la oferta deben estar contenidas en la Ley; ii) la ausencia de requisitos no necesarios para la comparación de ofertas no puede ser esgrimido como causal de rechazo de los ofrecimientos hechos; iii) la Administración está en el deber legal de comparar las ofertas consultando los precios del mercado y iv) los contratistas son responsables por presentar propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas.

Los presupuestos anteriores permiten arribar a la conclusión de que la Administración está facultada para descalificar o rechazar las ofertas, entre otros eventos:

i) Cuando las propuestas no cumplan con los requisitos necesarios para efectuar las comparaciones y cotejos correspondientes y por tal razón resulta imposible proceder a la asignación de los puntajes establecidos en el pliego de condiciones (artículo 25-15, Ley 80 de 1993).

*ii) Igualmente habrá lugar a descalificar la oferta cuando los ofrecimientos hechos, cotejados con los precios del mercado resulten artificialmente bajos, **circunstancia que puede llevar a la Administración a afrontar inconvenientes por futuras reclamaciones del contratista y en el peor de los casos a la inejecución del proyecto por imposibilidad de ejecutarlo con el presupuesto ofrecido. Al respecto debe precisarse, que no obstante que el precio de la oferta es un factor importante en la evaluación de los ofrecimientos hechos, no es el único, como tampoco puede admitirse que siempre la oferta del menor valor es la más conveniente a los intereses y finalidades que busca la Administración (artículo 29, Ley 80 de 1993, también lo consagra el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007);***

iii) También se procederá al rechazo de la oferta en aquellos eventos expresamente consagrados en el pliego de condiciones siempre que éste no contraría la ley.⁹² (Subrayas originales de la sentencia – negrillas de la Sala)

⁹¹ [20] Artículo 30 numeral 8 de la Ley 80 de 1993.

⁹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008. Rad. 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783). C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

46.4. Esta precisión es de la mayor trascendencia para el estudio que aquí se efectúa, porque implica que la administración contratante, pese a que manifieste expresamente la invitación a participar a personas naturales y jurídicas que demuestren fidelidad a un margen de requerimientos mínimo, no es este el adjetivo que legalmente caracteriza y justifica las decisiones administrativas de rechazo de una oferta de contrato, sino que la resolución debe contener motivos pertinentes, proporcionados y ponderados frente al objeto del contrato que se busca adjudicar, representado en el bien que se pretende adquirir o en el servicio a satisfacer, y correlacionados enteramente con el proceso evaluativo de los aspectos sustanciales de las propuestas. Igual ocurre con la oferta con el precio más bajo, esta no necesariamente expresa la mejor oferta para la administración.

46.5. Así, el rechazo de una oferta sólo es válido cuando se ajusta en un todo al ordenamiento jurídico (principios y valores incluidos), a la Constitución, a la ley, a los pliegos de condiciones, y a las finalidades propias del contrato público próximo a suscribirse, de manera que —a *contrario sensu*— si el incumplimiento de los requisitos habilitantes del ofertante no tiene la suficiente entidad para trascender al objeto contractual o afectar la igualdad de participación de los proponentes, lo procedente es admitir la propuesta y evaluarla, puesto que las reglas legales apuntan a que la administración tenga el mayor número de ofertas posible, facilitando la escogencia del ofrecimiento más favorable y más conveniente para los intereses públicos⁹³.

46.6. Y se insiste, en contratación estatal la selección objetiva del contratista, encaminada al mejor ofrecimiento, no siempre se consigue admitiendo la participación de oferentes a quienes se les imponga límites de idoneidad bajos, sino que en todo caso deben ser pertinentes con aquel servicio o bien que se procura en el objeto del contrato. Admitir lo contrario,

⁹³ En similares términos, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 9 de julio de 2014. Rad. 25000-23-26-000-2000-01205-01(27883). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

implicaría la apertura a cualquier oferente que no pudiera llevar a cabo el objeto contractual, no garantizara la continuidad del servicio o sólo fuera fuente de controversias y conflictos, y por supuesto, esos no son los propósitos estatales al hacer uso del contrato.

46.7. Además, como es una limitación al derecho de participación y libre concurrencia de las personas a ser contratistas, la interpretación de los supuestos de hecho que deriven en la exclusión de una propuesta es estricta y restrictiva, siendo inadmisibles la interpretación analógica o extensiva.

47. Trayendo lo expuesto al caso concreto, se corroboran las conclusiones expuestas al aplicar el criterio interpretativo gramatical o literal. En efecto, empleando el argumento *stricta lege*, propio del método lógico de interpretación jurídica, se reafirma que la causal de rechazo atinente al capital de trabajo es únicamente la incluida en el último inciso del numeral 1.1. ("Sí $CT > VPMP =$ rechazo") y no otra influenciada por porcentajes distorsionadores del valor (VPMP) allí descrito, porque siendo la inadmisión de la oferta la consecuencia frente al hecho de un capital de trabajo menor que determinado valor, se trata un precepto normativo que únicamente admite una interpretación restrictiva, no extensiva ni analógica con otras normas en donde se regulen otra serie de consecuencias frente a otros supuestos fácticos (v.gr. "que sirva de garantía mínima para...").

48. Así mismo se constata lo antes referido a través del método teleológico – pragmático y del argumento *ad absurdum*, desarrollo y variable (respectivamente) de la mencionada fase interpretativa lógica-objetiva.

48.1. Antes de desarrollar este aserto, importa reiterar (párr. 43) que la Sala entiende que el capital de trabajo en la licitación SEC-003 sí era un factor financiero relevante y trascendente para la evaluación de las propuestas, en la medida que a través de este se medía la capacidad del oferente para ejecutar el objeto contractual con sus propios recursos, sin necesidad de

recurrir a los provenientes del contrato. La formulación de esta exigencia era una de las formas con las que se quería precaver la posibilidad de que el servicio educativo se viera suspendido o interrumpido total o parcialmente, en este caso en el evento que, por cualquier razón, no fuera posible satisfacer completamente la remuneración del contratista, contando con los recursos financieros propios del particular contratista y colaborador de la administración, sin perjuicio de que la entidad contratante cumpla con lo pactado en el negocio jurídico y en esa medida satisfaga sus obligaciones, pagando al prestador del servicio las remuneraciones faltantes, o respondiendo por las posibles compensaciones o resarcimientos a que haya lugar en ese contexto.

48.2. Para efectos de la explicación, nuevamente se acudirá a las cifras de la oferta de la Fundación (párr. 44.7.). Así mismo, bajo una hipótesis, se desarrollarán dos escenarios: (i) aplicando la regla que hasta el momento la Sala ha identificado e interpretado como la correcta, contenida en el último inciso del numeral 1.1., es decir: "Si $CT > VPMP =$ rechazo"; (ii) aplicando la regla de rechazo entendida por la actora con fundamento en el inciso primero del numeral 1.1., esto es: "Si $CT > 0,15(VPMP) =$ rechazo".

48.3. También debe tenerse presente el esquema de remuneración del contratista contemplado en la cláusula quinta de la minuta del contrato contenida en el pliego de condiciones (párr. 23.2.8). Según esta estipulación, el Departamento pagaría a la contratista la contraprestación por la prestación del servicio educativo así: (i) al primer mes del contrato, un primer pago correspondiente al treinta por ciento (30%) del valor del contrato; (ii) al cuarto mes de ejecución, un segundo pago equivalente a otro treinta por ciento (30%) del valor del contrato; (iii) al octavo mes de ejecución, se pagaría la suma representativa del veinte por ciento (20%) del valor del contrato; (iv) al décimo mes, en que se finalizaba la ejecución del contrato, se efectuaría el pago restante del veinte por ciento (20%) del valor del contrato.

48.4. Cabe anotar que, al disponer la minuta de contrato un plazo de ejecución de diez (10) meses calendario (párr. 44.2.), una sencilla asociación numérica permite establecer que si 10 meses de ejecución equivalen al 100% del valor del contrato, con el 10% del valor del contrato se cubriría 1 mes de prestación del servicio educativo, siendo dicho porcentaje el equivalente en dinero al VPMP.

48.5. La hipótesis es la siguiente: Supóngase que, al cuarto mes de ejecución del contrato, la administración departamental no desembolsa la totalidad del porcentaje al que estaba obligado a pagar, y sólo cubre el veinticinco por ciento (25%) del valor del contrato. En todo caso, la Secretaría se compromete a pagar el 5% que le faltó completar al finalizar el periodo de ejecución del contrato.

48.5.1. Bajo el escenario (i), la Fundación debía tener un respaldo financiero propio, expresado en su capital de trabajo, igual o mayor al VPMP o al 10% del valor total del contrato (\$ 92 400 000), o lo que es igual, a un mes de ejecución. Es notorio que el contratista, si llegase a tener este capital de trabajo, fácilmente lograría sortear el déficit ocasionado por un desembolso incompleto del 5% del valor del contrato (\$ 46 200 000), siendo innecesario que recurra a un capital externo, bien sea proveniente del negocio jurídico o de otra fuente, y por ende la prestación continua del servicio educativo seguiría avante.

48.5.2. En el escenario (ii), el 15% del VPMP sería equivalente al uno punto cinco por ciento (1,5%) del valor total del contrato, y de acuerdo con las cifras de la propuesta de la Fundación, el 15% del VPMP sería de trece millones ochocientos sesenta mil pesos (\$ 13 860 000). Como puede verse, una empresa con este capital de trabajo no podría afrontar con estos recursos un déficit del 5% del valor total del contrato, o la mitad del VPMP que es igual, debiendo acudir a otras fuentes de financiación o de ingreso, por ejemplo, a través de créditos y otras operaciones de endeudamiento.

48.5.2.1. En ese sentido, si bien en este escenario la Sala no cuenta con elementos para afirmar que irremediablemente la contratista habría incumplido el contrato, suspendiendo o paralizando la prestación del servicio, es evidente que el capital de trabajo sería, bajo el 1,5% del valor total del contrato, no una garantía "mínima" sino irrisoria para participar en la licitación, a tal punto que daría lo mismo haberla planteado o no, frustrando así la evidente intención de la Secretaría contratante de seleccionar un contratista cuyos acervos propios fueran suficientes para satisfacer los intereses inmersos en el objeto contractual.

48.5.2.2. Es de recordar que según la jurisprudencia, la capacidad financiera, desarrollada en la causal de exclusión del capital de trabajo, *"no puede ser tenida como un asunto menor o intrascendente, puesto que se dirige a garantizar que quienes aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, en realidad cuenten, de manera efectiva, con los suficientes respaldo, experiencia, organización y solidez para emprender y ejecutar el contrato en cuestión."*⁹⁴

48.5.2.3. Es decir, el planteamiento de una causal de rechazo basada en la capacidad financiera del proponente no es un asunto baladí, ni es una proposición caprichosa de la Administración o del legislador. Es una regla que, una vez propuesta, se encamina a la concreción de fines estatales especificados en las normas superiores, en general, y en el tipo contractual a celebrar. Es una expresión de la consecución de los fines del Estado a través de esta manifestación de la actividad administrativa, y del deber de garantía progresiva y continua de derechos individuales y colectivos, dentro del derecho – síntesis que en esta misma decisión ha sido conceptualizado como el derecho al buen gobierno o a la buena administración (párr. 41.7. a 41.7.2.).



⁹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Rad. 440012331000199900827 01 (24059). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada por la misma Subsección en sentencia del 13 de agosto de 2014. Rad. 25000-23-26-000-2004-01200-01(35965). C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

48.5.2.4. De manera que, en aplicación del método teleológico – pragmático, ha de concluirse que la causal de rechazo relacionada con el capital de trabajo vinculaba única y exclusivamente al VPMP, y no a un porcentaje ínfimo de éste como el 15%, cuya representación en el contrato objeto de licitación no alcanzaba a cubrir en tiempo siquiera una semana de servicio educativo. Por lo tanto, la regla explicitada que se corresponde adecuadamente con los fines del Estado es la indicada a través del VPMP expresado claramente en el inciso final del numeral 1.1.

48.5.2.5. Del mismo modo, se argumenta *ad absurdum* que entre las dos interpretaciones explicadas a través de los dos escenarios anteriormente mencionados, la interpretación a seleccionar debe ser aquella que no conduzca a una situación carente de sentido, como sería la de entender que el capital de trabajo en el contrato licitado era una exigencia fútil. La única que cumple con esta condición de no conducción al absurdo es la del tantas veces referido último inciso del numeral 1.1.: “Si CT > VPMP = rechazo”.

49. Todo lo hasta acá mencionado se reafirma con el **método sistemático de interpretación**, conforme al cual “*el sentido de las palabras y proposiciones de un determinado texto*” normativo “*debe relacionarse con la institución de que hacen parte y con el propio sistema jurídico*”⁹⁵. Método que está contenido en el artículo 30 del Código Civil, cuyo texto indica:

ART. 30.- *El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas debida correspondencia y armonía.*

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

⁹⁵ Valencia Zea – Ortiz Monsalve. Ob. cit. p. 126.

49.1. Siguiendo a Prieto Sanchís, esta fase inspirada en el "contexto" de las normas jurídicas:

Parte de la idea de que el Derecho es un sistema compuesto de diversos subsistemas, dotados cada uno de ellos de una cierta unidad interna. En consecuencia, este argumento recomienda atender a las sedes materiae, considerando que el significado de una norma se ilumina a partir de ciertos sobreentendidos que rigen en un sector del ordenamiento; por ejemplo, la palabra "propiedad" no significa lo mismo en el lenguaje de una ley civil que en el lenguaje de una ley penal.

Sin embargo, el argumento sistemático va más allá de este simple requerimiento a la contextualización. A veces se incluyen en la idea de sistematicidad, o se asocian a ella, otros argumentos que, de forma más o menos confesada, reposan en la presunción de racionalidad del legislador. Así se supone que el legislador utiliza las expresiones siempre con el mismo significado, al menos dentro de un mismo ámbito normativo (argumento de la constancia terminológica), o que cuando utiliza términos diferentes no es redundante y ha querido aludir a cosas en verdad diferentes (argumento económico o de la no redundancia), o que no es contradictorio y, por tanto, han de preferirse aquellos significados que no den lugar a antinomias (argumento a coherencia). Una modalidad especialmente importante de este último argumento es la llamada interpretación conforme a la Constitución: si de una disposición cualquiera pueden obtenerse distintas interpretaciones, debe preferirse aquella que resulte conforme o más conforme con la Constitución.⁹⁶

49.2. Hasta el momento, la Sala ha resaltado cuál es el sentido de la expresión "la propuesta será rechazada" dentro del sector normativo de la contratación estatal, asociado a la decisión administrativa de excluir una oferta presentada en el marco de un procedimiento de selección del contratista. Pues bien, en el pliego de condiciones de la licitación SEC-003, en los denominados "factores excluyentes" (capítulo 4) financieros (literal A), dicha expresión aparece no sólo en el último inciso del numeral 1.1., sino también en párrafo final de los numerales 1.2. (nivel de liquidez) y 1.3. (nivel de endeudamiento), citados antes⁹⁷, bajo la misma consigna: si el proponente no cumplía determinado requisito "la propuesta será rechazada". De modo que, acudiendo a la constancia terminológica,

⁹⁶ Prieto Sanchís. Ob. cit. p. 270.

⁹⁷ Ver supra. citas n.º 13 y 14.

nuevamente es identificada la regla de rechazo como la del último inciso del numeral 1.1. ("Si $CT > VPMP =$ rechazo"), puesto que al aparecer explícita en los mismos términos en los numerales 1.2. y 1.3. su significado es idéntico que el del 1.1.

49.3. Ahora, la Sala no pasa por alto que el ámbito normativo contractual público no es el único llamado a brindarle sentido y significado a los preceptos contenidos en el pliego de condiciones de la licitación bajo análisis. El objeto de la licitación y del contrato era la prestación del servicio público de educación básica primaria y media de mil doscientos (1200) menores pertenecientes a los estratos más bajos del Sisbén (1, 2 y 3) que residieran en el Municipio de Sopó o en lugares aledaños. Esta prestación está legalmente definida como uno de los niveles que integran la educación formal (Ley 115 de 1994 – artículo 11)⁹⁸. Luego, la interpretación sistemática de los preceptos del pliego de condiciones y del contrato licitado debían comprender la legislación especial del sector jurídico al que pertenecen, así como sus principios y reglas, de distintos niveles jurídicos, que determinan las condiciones mínimas de prestación del servicio educativo.

49.4.1. En efecto, el derecho a la educación en los niveles que refería el objeto contractual está desarrollado por múltiples normas superiores, de carácter convencional⁹⁹, constitucional y legal, disposiciones todas que

⁹⁸ ARTÍCULO 11. NIVELES DE LA EDUCACIÓN FORMAL. *La educación formal a que se refiere la presente Ley, se organizará en tres (3) niveles: a) El preescolar que comprenderá mínimo un grado obligatorio; // b) La educación básica con una duración de nueve (9) grados que se desarrollará en dos ciclos: La educación básica primaria de cinco (5) grados y la educación básica secundaria de cuatro (4) grados, y // c) La educación media con una duración de dos (2) grados. // La educación formal en sus distintos niveles, tiene por objeto desarrollar en el educando conocimientos, habilidades, aptitudes y valores mediante los cuales las personas puedan fundamentar su desarrollo en forma permanente. (Se resalta)*

⁹⁹ Ver: 1) Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 – Artículo 26; 2) Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966 – Artículos 13, numeral 2 y 14; 3) Convención Internacional de Derechos del Niño – Artículo 28; 4) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" – Artículo 13.

redundan en la gratuidad, obligatoriedad (sobre todo en educación básica primaria), accesibilidad, disponibilidad, progresividad, aceptabilidad y adaptabilidad¹⁰⁰ de la educación pública desarrollada en los niveles básicos.

49.4.2. A nivel interno, la *norma normarum* en materia educativa es el artículo 67 de la Constitución Política de Colombia, que simultáneamente entroniza a la educación como un derecho fundamental y como un servicio público con función social, establece algunos de los contenidos de la formación de las personas, así como responsabilidades y deberes de la

¹⁰⁰ En este sentido, la Observación n.º 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de reiterada mención en la jurisprudencia colombiana, indica: "6. Si bien la aplicación precisa y pertinente de los requisitos dependerá de las condiciones que imperen en un determinado Estado Parte, la educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas: // a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc. // b) Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente: // No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (...); // Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia); // Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita. // c) Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza. // d) Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados". (En la jurisprudencia nacional, ver: Corte Constitucional. Sentencias C-376 del 19 de mayo de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-781 del 30 de septiembre de 2010. M.P. Humberto Sierra Porto; T-428 del 8 de junio de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa, T-153 del 20 de marzo de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada (E).

sociedad, la familia y particularmente del Estado, al cual le corresponde - entre otras cosas- “*garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo*”.

49.4.3. A partir de este deber, y teniendo en cuenta las dimensiones del contenido prestacional de la educación (en particular, la accesibilidad y la adaptabilidad)¹⁰¹, ha sido evidente que el Estado, en todos sus niveles, está exhortado a mantener la cobertura y la prestación permanente del servicio público educativo, y a dirigir todas sus políticas y acciones para materializar ese propósito. De este modo, el desarrollo del principio de continuidad del servicio público de educación ha sido descrito por la jurisprudencia:

Uno de los principios medulares de la prestación de los servicios públicos es el de la continuidad. Siendo las necesidades públicas algo permanente, la interrupción del servicio que las satisface lesiona el bienestar de la comunidad. En materia de prestación de servicios, la regla general es la de su permanencia. Toda suspensión debe tener el carácter de excepcional y, en consecuencia, debe ser objeto de justificación.

(...) La administración no debe olvidar que entre los fines esenciales del Estado se encuentra el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y que las autoridades están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. La educación genera una contraprestación a cargo del Estado que consiste en asegurar el adecuado cubrimiento del servicio público educativo. Esta prestación debe realizarse de manera permanente (artículo 70 de la Constitución).

(...) De otra parte, el derecho subjetivo a la educación comprende el adecuado cubrimiento del servicio, de tal manera que asegure a los menores lo necesario para su acceso y permanencia en el sistema educativo (C.P. art. 67). Ahora bien, la continuidad del servicio es una condición indispensable para que el derecho a la permanencia del alumno en el sistema educativo se haga efectivo. Dicho en otros términos, cuando la Constitución protege el derecho de los niños a la educación, con ello está protegiendo, a su vez, las condiciones básicas que lo hacen posible, incluidas aquellas que implican obligaciones prestacionales del Estado. Por eso, cuando un establecimiento educativo carece de la planta de profesores mínima

¹⁰¹ Cfr. Corte Constitucional. T-1030 del 4 de diciembre de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

para cubrir la enseñanza de los diferentes cursos programados, se encuentra desprovisto de una de los elementos esenciales - quizás el más esencial - del servicio educativo.¹⁰²

49.4.4. El propósito de estas consideraciones no es otro que indicar como, a partir del contexto y el sector jurídico normativo educativo, la administración en la confección, interpretación y aplicación de las normas que integran el procedimiento precontractual bajo juzgamiento debía tener presente, entre otros aspectos, que el contratista seleccionado debía ser idóneo para mantener, en todo momento, la continuidad del servicio educativo, principio que hace parte integrante del núcleo esencial del derecho a la educación, intensificado cuando se trata de menores de edad pertenecientes a sectores poblacionales escasos recursos, como los que eran objeto de la prestación.

49.4.5. En ese sentido, vale mostrar la siguiente decisión de tutela, en donde se exhortó a una entidad territorial a no ajustar las etapas de contratación de profesores y a no reiterar la interrupción del servicio educativo de una menor con necesidades educativas especiales, producidas por la tardía renovación de contratos de prestación de servicios. En dicha ocasión se dijo que el principio de continuidad está relacionada estrechamente con la permanencia del servicio: si una persona se beneficia de este servicio y por causas no imputables a ella deja de hacerlo, implícitamente equivale a su exclusión, conducta de la cual es responsable el Estado y en particular las entidades territoriales titulares del servicio, entidades que, si bien pueden acudir al contrato estatal obedeciendo las normas correspondientes, no pueden inobservar los fines que se procuran con este instrumento:

De este modo, aunque el proceso y los trámites señalados para la contratación del Estado con las distintas entidades debe ser respetado, el fin primordial de ésta es la eficiencia y continuidad en la prestación del servicio al igual que la efectividad de los derechos de los ciudadanos y por tal motivo, la actuación desplegada por la

¹⁰² Corte Constitucional. Sentencia T- 467 del 26 de octubre de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Gobernación (...) no se ajusta a la Constitución ni a la teleología plasmada en la Ley 80 de 1993, ya que de lo expuesto por las partes dentro de la demanda de tutela, se concluye que, dada su discapacidad auditiva, la menor (...) vio interrumpida su formación académica durante un mes, lo cual va en contravía del principio de continuidad y al mismo tiempo la excluye, así sea sólo de forma temporal e implícita, del sistema educativo.¹⁰³

49.5. Volviendo al capital de trabajo, de acuerdo con el método sistemático o coherente, al plantearse este requerimiento para determinar la idoneidad del contratista que asumiría la prestación respectiva, era evidente que debía representar un nivel de recursos amplio, suficiente y correspondiente con el tiempo de ejecución del contrato y con los derechos comprometidos en el objeto contractual. En ese sentido, el principio de continuidad del servicio educativo era un parámetro de la administración y de los participantes al edificar sus propuestas de contrato, y las reglas de capacidad financiera debían entenderse como expresión de este mandato.

49.6. Nuevamente, es el último inciso del numeral 1.1., y por ende el VPMP, la regla de exclusión que mayor afinidad encuentra con los preceptos de la educación básica, y no la del 15% del VPMP, porcentaje ínfimo sobre el cual la demandante construyó equivocadamente su oferta de contrato y basó las pretensiones de la demanda, ni de otro valor diferente al VPMP.

50. En suma, una vez aplicados los métodos de interpretación del derecho (gramatical, lógico-objetivo, teleológico, pragmático y sistemático) sobre la norma contenida en el numeral 1.1. – literal A – punto 4.1. – capítulo 4, para la Sala es claro que la regla de rechazo era la contenida en el último inciso del mencionado numeral, en tanto regulaba el hecho de no superar cierto y determinado margen de capital de trabajo con la consecuencia del rechazo de la oferta. Dicho inciso no entraba en conflicto con otros preceptos, ni con el primer inciso, ni con el resto del pliego en general, descartándose de este modo cualquier tipo de confusión o antinomia.

¹⁰³ Corte Constitucional. Sentencia T-454 del 5 de junio de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

50.1. En refuerzo de la anterior conclusión, fue importante resaltar que las causales de rechazo en la contratación estatal no siempre se condicen con el cumplimiento de condiciones mínimas sino que estas exigencias deben ser, en todo caso, coherentes con el objeto a contratar y necesarias para la comparación de ofertas, esto es, acordes con el principio de selección objetiva.

50.2. Puesta en situación, la concepción que pregonaba el cumplimiento de la exigencia con el 15% del valor promedio mensual de la propuesta era inadmisibles toda vez que este capital de trabajo era exiguo en valor y en tiempo frente a las dimensiones que la prestación del servicio planteaba, mientras que al cumplirse el último inciso tal como estaba explicitado en el último inciso representaba una garantía razonable y acorde con el negocio jurídico a celebrarse.

50.3. En ese orden de ideas, el capital de trabajo acreditado por la actora no cumplía con la exigencia consagrada en la regla de rechazo, toda vez que sus recursos acreditados no superaban el valor promedio de su propuesta de contrato, siendo aplicable la consecuencia jurídica del rechazo de acuerdo con el inciso final del numeral 1.1.

51. Ahora, la Fundación quiso impugnar la justificación de la decisión administrativa adoptada en su contra, exponiendo la razonabilidad del entendimiento que ella misma tuvo de la cláusula fundamentada en que, a su juicio, era exagerado que en un negocio jurídico de las características del licitado se exigiera un capital de trabajo más elevado que el del 15%. De los medios de convicción recaudados en este proceso, únicamente dos de ellos irían encaminados a probar el aserto de la actora, y ninguno de ellos es lo suficientemente persuasivo para dar algún grado de probabilidad o certeza a esta premisa:

51.1. El testimonio de Alfonso Bernal Pineda (párr. 23.14.2.1.) quien dijo haber colaborado a la demandante en la confección de su oferta y sostuvo que en un contrato con las condiciones de pago planteadas en los pliegos bastaba con exigir el 15% del capital de trabajo al contratista. Su declaración, además de ser incontrastable con otros elementos de prueba, deberá descartarse por tratarse –a juicio de la Sala- de un testigo sospechoso, dada su relación con la parte demandante que afecta notablemente la imparcialidad de sus dichos.

51.2. El criterio del experto economista (párr. 14 a 14.2, 16 y 17), quien manifestó que, como el riesgo de la actividad educativa era –en su parecer- mínimo, era ilógico solicitar que el capital de trabajo cubriera un 100% del valor promedio mensual de la propuesta, y que el valor del 15% era un monto estándar en contratación estatal cuando no hay riesgo en la actividad. Estas apreciaciones no tuvieron resonancia en otros medios de prueba, ni tampoco la tuvieron en la normatividad vigente para la fecha en que se adelantó el procedimiento de selección, y carecieron de sustento técnico o científico para hacer estas afirmaciones, razones de más para desechar la peritación en estos aspectos, conforme lo expuesto renglones atrás (párr. 21 a 21.2.).

52. Ahora, si bien la Sala, con los elementos de convicción recaudados en este asunto no puede dar explicación sobre por qué la administración aludió al porcentaje del 15% del valor promedio mensual de la propuesta en el primer inciso del numeral 1.1., para lo que a la resolución del problema jurídico y a la develación del sentido jurídico del precepto interesa, es evidente que la mención de esa proporción no tenía influencia alguna en la regla que motivó el rechazo de la oferta de la Fundación, y dadas las cifras demostradas en la oferta, esta fue aplicada adecuadamente.

2.2. Valoración de la conducta desplegada por la Fundación durante el procedimiento administrativo precontractual

53. Al margen de lo anterior, la Sala se aleja de la motivación del Tribunal (párr. 7.4. a 7.7.) en tanto la sentencia apelada le reprochó a la demandante no haber actuado de forma diligente y leal durante el plazo de la licitación, y más exactamente en desarrollo de la audiencia de aclaración de pliegos donde a la luz de lo probado no resulta posible siquiera inferir su mala fe o su negligencia durante esta etapa. Si fuera ello cierto, el no haber notado el grado de confusión de la cláusula de rechazo de la oferta en virtud del "capital de trabajo" habría sido imputable por igual a todos los asistentes a la diligencia, incluyendo a quienes no formularon propuesta y a la misma adjudicataria porque ninguno de ellos hizo observaciones sobre la referida exigencia, al margen de haber participado respecto de otros temas.

53.1. Razonar de este modo vaciaría completamente el deber de claridad en la confección del pliego de condiciones a cargo de la entidad pública que adelanta la licitación, invirtiéndolo en contra de los participantes de la audiencia de aclaración por no participar o por hacerlo de manera impertinente, a quienes les cabría una sanción por cometer estas conductas. Si bien, como se expuso anteriormente, en procura de una buena administración es esperable que los ciudadanos en general, y los concurrentes de una licitación en particular, participen activamente de las audiencias de aclaración, en el derecho colombiano el silencio en estas etapas ni la participación errónea o equívoca aparejan como consecuencia el castigo al participante.

53.2. Tampoco puede censurarse la actuación de la oferente a partir de su experiencia específica en contratación pública en el sector educativo. Si bien el objeto principal de la Fundación (párr. 23.5.), y la suscripción de más de 10 contratos con la Secretaría de Educación de Cundinamarca daban cuenta de su experiencia en el sector educativo, ninguno de los contratos suscritos previamente tenía un objeto idéntico al del contrato licitado en el asunto bajo estudio.

53.3. Empero, la Fundación en su rol de participante activo del procedimiento de selección si tenía el deber de informarse detalladamente de las exigencias del pliego de condiciones, y al presentar oferta debía acogerse a lo allí dispuesto. La Sala lo ha manifestado desde hace varias décadas así:

La propuesta implica un sometimiento al Pliego de Condiciones; y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias. Oferente y Proponente son extremos de una relación jurídica que se crea mediante el acto adjudicador; pero de esa relación son elementos esenciales la Oferta y la Propuesta en la integridad de cada una, por lo que los autores de ellas resultan ligados desde el momento en que las hicieron.¹⁰⁴

53.4. En ese sentido, la Fundación al presentar propuesta se avino a lo reglado en los pliegos, inclusive a la cláusula que suscitó este conflicto, y asumió bajo su propia cuenta y riesgo la presentación de su oferta en los términos en que la formuló, así como sus consecuencias. En ese contexto, se justifica la regla de interpretación de las cláusulas insertas en el mismo pliego que responsabilizaba a los proponentes de sus propios entendimientos (párr. 23.2.2.), así como la declaración de voluntad hecha por la representante legal de la Fundación en la presentación de su oferta en donde dijo conocer y aceptar el pliego, y tener presentes las incidencias que este tuvo en el precio de la propuesta (párr. 23.5.2.).

53.5. Por esta misma razón, una vez presentada la oferta, la Fundación no podía desentenderse de su propia propuesta y de las cláusulas del pliego para decir que si su entendimiento hubiese sido erróneo habría presentado un ofrecimiento en unión temporal o en consorcio "*para garantizar todos y cada uno de los ítems de la capacidad financiera*", (párr. 23.7) cuando eso debió efectuarlo en el momento adecuado, esto es al momento de ofertar, en lugar de lanzar una proposición que si acaso superaba el estándar mínimo. Razón de más para sostener que la suya, desde la perspectiva de

¹⁰⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 16 de enero de 1975. Rad. 1503. C.P. Gabriel Rojas Arbeláez.

las cualidades del oferente, no podía considerarse como la mejor oferta para la Administración.

54. Dicho todo lo anterior, pasa la Sala a estudiar los cargos de la demanda.

3. Estudio de los cargos de nulidad

3.1. Primer cargo: violación al debido proceso

55. Como recién se explicó, la Sala no encuentra que la Secretaría de Educación de Cundinamarca haya violado las reglas del pliego de condiciones, dado que la exigencia financiera de "capital de trabajo" vinculaba únicamente al valor promedio mensual de la propuesta, sin sumisión alguna a algún porcentaje. Tampoco la actora demostró que fuese irrazonable dicha interpretación en función de los riesgos asumidos por el contratista, ni fueron demostradas otras conductas que la actora endilgó a la demandada para validar este cargo.

56. En este punto debe reiterarse la facultad que tiene la misma Administración de interpretar los pliegos de condiciones, con el propósito de desentrañar su sentido y propósito, entendiéndose que le resulta imposible prever todas las situaciones que pueden ocurrir durante el procedimiento licitatorio¹⁰⁵, teniendo como límite el ordenamiento jurídico y como guía la satisfacción del interés general. En este caso se produjo una interpretación literal o gramatical de una cláusula prevista expresamente en el pliego de condiciones, no una modificación extemporánea del pliego como lo sostuvo la parte demandante.

3.2. Segundo cargo: aplicación indebida del pliego de condiciones

¹⁰⁵ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 7 de mayo de 1993. Rad. 5906. C.P. Juan de Dios Montes Hernández, y del 28 de abril de 2005. Rad. 05001-23-25-000-1993-01085-01(12025). C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

57. Para la actora, la entidad demandada aplicó incorrectamente la fórmula de capital de trabajo porque debió tenerse en consideración el parámetro del 15% del valor promedio mensual de la propuesta, y no del 100% como lo asumió. Como se expuso con antelación, a la actora no le asiste razón en sus afirmaciones toda vez que la cláusula era clara en el sentido de exigir el VPMP, sin someterlo a porcentaje alguno. Por ende, el cargo no prospera.

3.3. Tercer cargo: Indebida aplicación de los artículos 27, 28 y 29 del Código Civil

58. Para la demandante, la cláusula tantas veces aludida de "capital de trabajo" no requería ser interpretada bajo el pensamiento de su autor (artículo 28), toda vez que en la misma redacción había claridad en que el valor promedio mensual de la propuesta a tener en cuenta en la evaluación era del 15%, siendo suficiente acudir únicamente al tenor literal (artículo 27). Ahora, teniendo en consideración el carácter técnico y científico de los vocablos utilizados en la fórmula (artículo 29) esgrimió como en criterio de los matemáticos Federici (párr. 23.9) y Leal (párr. 23.14.1), la entidad demandada aplicó incorrectamente la mencionada regla. Además, estimó que las exigencias financieras del proyecto no requerían un capital de trabajo del 100%, siendo esta interpretación ajena a su contexto.

58.1. La Sala, como acaba de verse, no comparte el criterio de la actora, porque mediante la interpretación literal o gramatical, lógico – objetiva, teleológica y pragmática de la cláusula de rechazo era claro que la oferta debía ser desestimada si el valor promedio de la propuesta (VPMP), resultado de dividir el monto de la propuesta por 10, era inferior al capital de trabajo (CT) del oferente, lo cual ocurrió con la oferta de la Fundación.

58.2. Ahora, en este cargo la actora cita el artículo 29 del Código Civil, en donde se indica: "*Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos*

de la norma a atribuirle sentido técnico a aquellos vocablos pertenecientes a otras áreas del conocimiento, con el significado que en dichas vertientes de la ciencia o el arte les confieren, salvo que la norma le haya dado un sentido diferente¹⁰⁶.

58.3. A lo largo de este asunto, se ha evidenciado que la controversia versaba sobre conceptos ajenos al conocimiento propio del derecho, particularmente el del "capital de trabajo", perteneciente a las ciencias económicas y financieras. De allí que ni la Administración, ni la Sala estuvieran sometidas a los criterios matemáticos que el proponente invocó para modificar su decisión por ser impertinentes. De hecho, la discusión propuesta por la actora no recaía sobre el soporte aritmético de las fórmulas de cálculo del valor promedio mensual de la propuesta sino sobre la mención del 15% como porcentaje mínimo de "capital de trabajo", y para ello era necesario contar con estudios de mercado que desde la perspectiva económica y financiera justificaran que bastaba el porcentaje mínimo del "capital de trabajo" para ejecutar las obligaciones del contrato, algo que careció de prueba en el presente proceso judicial.

3.4. Cuarto cargo: Violación del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 por falta de aplicación

59. Nuevamente, la actora manifestó que a través de la aplicación de la fórmula sobre "capital de trabajo", la Administración violó el principio de transparencia, sosteniendo igualmente que su propuesta fue técnicamente la mejor calificada razón por la que ella debió ser la vencedora.

¹⁰⁶ Este precepto supone que el creador de la norma "conozca bastante el idioma en que legisla y sea suficientemente instruido en la ciencia o arte para dar a las palabras de la lengua y a las palabras especiales de la ciencia o arte que se refiere, el significado que les es propio; en el caso contrario, es necesario que ello aparezca de manifiesto y con toda claridad" (Claro Solar, Luis. "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado". Tomo Primero. "De las personas". 2ª ed. Imp. El Imparcial. Santiago de Chile. 1942, p. 123.)

59.1. En el presente caso se observa que la entidad demandada determinó que la oferta de la Fundación no cumplía con la totalidad de los requisitos que el pliego de condiciones denominó "factores excluyentes" (párr. 23.2.4.) de evaluación, puntualmente con el de la capacidad financiera del oferente por ser insuficiente el capital de trabajo. Los mismos pliegos indicaron que sin el lleno de estas exigencias la propuesta no sería objeto de evaluación. Sin embargo, yendo en contra de lo dispuesto por el mismo reglamento de la licitación, la Secretaría de Educación de Cundinamarca si evaluó técnicamente la propuesta, otorgándole un puntaje a cada una de las participantes (párr. 23.6.1.) siendo superior el obtenido por la parte actora.

59.2. Para dilucidar este tema, y en sintonía con todo lo que se ha dicho, cabe señalar que la jurisprudencia de la Sección ha dicho que en los pliegos de condiciones existen dos clases de disposiciones respecto a la valoración de las propuestas: las que establecen los requisitos de participación de los oferentes y las que fijan los criterios de evaluación y calificación de las ofertas. Ambas clases de reglas deben ir encaminadas al mismo propósito: la escogencia de la oferta más favorable para los intereses de la entidad y los fines de la contratación pública. En palabras de la Sección:

Los pliegos de condiciones están llamados a establecer los requisitos de participación de los oferentes, así como los criterios o factores de evaluación o calificación de sus ofertas; unos y otros deben llevar como única impronta el fin general perseguido con la contratación propuesta.

Los primeros permiten y determinan la participación de los sujetos, esto es, habilitan jurídica, financiera o técnicamente la concurrencia de los interesados al proceso y, por ende, conciernen a la idoneidad de los oferentes¹⁰⁷; los segundos posibilitan la selección de la mejor

¹⁰⁷ [26] *Los requisitos de participación de los oferentes podían ser objeto de calificación antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007; en la actualidad, de conformidad con el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, subrogado por el artículo 5° de la Ley 1150, los mencionados requisitos son objeto de verificación de cumplimiento, como habilitantes para la participación en el procedimiento administrativo de selección y, salvo en los procesos de selección de sólo experiencia específica, no otorgan puntaje, tal como lo consagra el numeral 1 del mencionado artículo 5o, cuyo texto es el siguiente: "1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a*

excluye, de suyo, que factores ambiguos o elementos subjetivos puedan tener una connotación sustancial para la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad y, por lo mismo, gozar del patrocinio o tutela legal.

La elaboración de los pliegos de condiciones debe realizarse, entonces, consultando los fines perseguidos con la contratación estatal, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 80 de 1993¹⁰⁷, de manera que las cláusulas del mismo están sujetas y circunscritas al objeto del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual; su eficacia y validez deben girar en torno a la función que emerge de las particulares necesidades reales que pretende satisfacer la Administración. Por esta razón, los criterios de selección de la propuesta plasmados en los pliegos de condiciones para la ejecución del objeto perseguido con la contratación, deben ser determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos, de forma tal que se pueda escoger aquel que resulte más favorable para los fines e intereses de la entidad estatal.¹⁰⁸

59.3. Luego, en procura de seleccionar el mejor ofrecimiento, la Administración fija en el pliego de condiciones las reglas para estimar tanto a "quien" ofrece como aquello "que" ofrece. En ese sentido la oferta es una, indivisible entre oferente y oferta, cuyo contenido vincula a quien efectúa la propuesta con lo que está proponiendo, de manera que la adjudicación del contrato público está precedida de dos estimaciones distintas pero interrelacionadas e inescindibles: (i) que el sujeto quien formuló la propuesta fue escogido por tener acreditadas las aptitudes técnicas, jurídicas y financieras para ser el cocontratante de la Administración y; (ii) que el objeto de su propuesta se ajusta con lo solicitado por la Administración para satisfacer sus propósitos. Solo la propuesta que cumple con los requisitos subjetivos y objetivos planteados por la Administración, tanto en el pliego como en las normas superiores, puede considerarse la más favorable para la entidad contratante y, por lo tanto, la cobijada con el derecho a la adjudicación.



¹⁰⁷ [27] "El artículo 3 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que "Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines".

¹⁰⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Rad. 76001-23-31-000-1996-02254-01(17366). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

59.4. Cuestión distinta es que no completar los requisitos subjetivos del proponente conlleve a una consecuencia jurídica diferente a cuando los requisitos objetivos de la oferta no satisfacen lo buscado por la licitante. Mientras que las falencias relativas a las condiciones técnicas, económicas y presupuestales —entre otras— de la oferta conducen a la asignación de un puntaje menor, producto de un procedimiento de evaluación previamente determinado, cuando el oferente carece de lo necesario para asegurar su aptitud y capacidad técnica, profesional, económica y financiera lo procedente es el rechazo de la oferta, toda vez que el proponente incumple con las condiciones de idoneidad necesarias, ponderadas y razonables para poder licitar.

59.5. En este asunto concreto, hubo una anomalía consistente en que la demandada evaluó la oferta de la demandante cuando, siendo coherente con las reglas del pliego, no debió hacerlo. Ello, empero, no significa que deba entenderse que la Fundación reunió los requisitos subjetivos exigidos por los pliegos y atinentes a su idoneidad para ejecutar el contrato. Por el contrario, y como ha quedado plasmado a lo largo de esta decisión, el "capital de trabajo" de la Fundación era un aspecto relevante para establecer si contaba con las aptitudes financieras necesarias para afrontar la ejecución de un contrato como el licitado, y este, en los estrictos términos de la cláusula, no fue cumplido. Luego, que la oferta de la demandante hubiera sido evaluada en nada cambia el resultado de su exclusión por no cumplir con una regla esencial de capacidad financiera. Este cargo, entonces, no se abre paso.

3.5. Quinto cargo: Violación del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 por indebida aplicación

60. El demandante acude, bajo este razonamiento, al principio de responsabilidad en la contratación pública, indicando que la fórmula de "capital de trabajo" al ser ambigua y confusa según la misma

Administración, debía comprometerla toda vez que permitió interpretaciones y decisiones subjetivas como la que se produjo en contra de la actora. Ante este planteamiento, basta que la Sala reiterare que la exigencia por la cual el ofrecimiento de la Fundación fue excluida del procedimiento, no fue confusa. Se repite, igualmente, que la Fundación pudo presentar una proposición que ofreciera un mayor respaldo de "capital de trabajo", siendo su responsabilidad no haberlo hecho así. Este cargo también fracasa.

3.6. Sexto cargo: Violación del deber de selección objetiva contenido en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993

61. El entonces vigente artículo 29 de la Ley 80 de 1993¹⁰⁹ definía como "ofrecimiento más favorable" *"aquél que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad"*. La demandante acudió a este precepto para indicar que, como su propuesta fue la mejor calificada, esta debió ser elegida por ser la que expresaba el mejor ofrecimiento. Basta con remitir a los argumentos de la Sala para decidir el cuarto cargo (párr. 59 a 59.5.) para señalar que este cargo también corre su misma suerte.

3.7. Séptimo cargo: Expedición de los actos y celebración del contrato con Colsubsidio con desviación de poder

62. Con la aplicación supuestamente errónea de la fórmula de "capital de trabajo", para la actora se configura la desviación de poder tanto en la adjudicación como en la celebración misma del contrato, toda vez que a

¹⁰⁹ Derogado posteriormente por la Ley 1150 de 2007, que actualmente contiene este principio en su artículo 5º.

través de estas actuaciones se hizo patente una determinación arbitraria, ilegal y subjetiva de la Administración.

62.1. Sobre la desviación de poder como causal de nulidad contractual propia del derecho público, la jurisprudencia de la Sección ha indicado que esta *"se puede definir, al igual que lo ha hecho la jurisprudencia y la doctrina tratándose de actos administrativos unilaterales, como la función administrativa que ejerce el servidor público con un propósito distinto, diferente al fin legítimo que persigue la ley con la atribución de la respectiva competencia, esta finalidad que no es otra que la búsqueda del beneficio común, satisfacción del interés general y el bienestar de la comunidad, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que la regulan"*.¹¹⁰

62.2. A la luz del concepto anterior, la Sala no encuentra que se haya probado este vicio en la actuación de la entidad accionada. Por lo tanto, este cargo tampoco se abre paso.

3.8. Octavo cargo: Violación del artículo 25 numeral 18 por falta de aplicación

63. Dijo la actora: Como la misma Administración señaló que la fórmula de "capital de trabajo" era contradictoria, la actuación precedente no era la adjudicación del contrato sino la declaratoria de desierta, en tanto las reglas no garantizaban una selección objetiva, y la hacían imposible.

63.1. Tal como lo ha dicho la Sección¹¹¹, declarar desierta una licitación es una decisión frustrante para el propósito de todo procedimiento de selección de contratista, que no es otro que la adjudicación del contrato; e

¹¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 27 de junio de 2012. Rad. 52001-23-31-000-1997-08715-01(21023). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Rad. 440012331000199900827 01. Exp. 24059. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

igualmente es una determinación costosa para la Administración comoquiera que la licitante invierte recursos de todo tipo para adelantar el procedimiento. Por eso, no cualquier motivo puede dar lugar a esta medida, en palabras de la Sección *"no todos los hechos impositivos conducen a la declaratoria de desierta de una licitación, toda vez que resulta necesario que los mismos estén concebidos dentro de las causales que al efecto dispuso el legislador"*¹¹², circunstancia que igualmente *"permite afirmar que a las entidades públicas contratantes no les asiste competencia legal para declarar desierta una licitación con el objeto de salvar o enmendar un error cometido por ellas mismas en la planeación del procedimiento de selección del contratista"*¹¹³.

63.2. Lo anterior sirve, de nuevo, para evidenciar lo desacertada que ha sido la postura de la demandante. Si, en gracia de discusión, se admitiera que la interpretación de la entidad demandada sobre la norma incluida en los pliegos era errática, ello no daría lugar a la declaratoria de desierta sino a entender que la adjudicación era ilegal por no hacérsela al oferente que propuso la mejor oferta. Y descartando esa hipótesis, resulta inaudito afirmar que la exclusión de la propuesta de la Fundación, bajo la interpretación del pliego hecha por la entidad demandada, por sí sola es razón suficiente para dar al traste con todo el procedimiento de selección, en lugar de lograr las intenciones del mismo. Admitir el raciocinio de la actora acabaría contrariando lo que la misma jurisprudencia ha denominado la regla de la adjudicación compulsoria¹¹⁴, y a partir de dicha manifestación advertir que cualquier hecho que haga difícil cumplir con el objetivo, incluyendo la exclusión de una propuesta, será suficiente para declarar desierta una licitación.

¹¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Rad. 25000-23-31-000-1993-09448-01(16432). C.P. Mauricio Fajardo Gómez (E).

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de junio de 2004. Rad. 25000-23-26-000-1994-0042-01(15235)DM. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

63.3. Desde luego que la argumentación empleada por el apelante resulta improcedente para declarar la nulidad de la adjudicación o del contrato, por lo que es indudable el fracaso del cargo.

V.IV. Conclusiones

64. En síntesis, la sentencia apelada será confirmada porque la decisión de excluir la propuesta de la Fundación estuvo precedida de una interpretación jurídica ajustada a derecho, que obligaba a los oferentes a tener un capital de trabajo que fuera igual o mayor un valor determinado (valor promedio mensual de la propuesta o VPMP), y la Fundación no cumplió con tal requisito. Por ello, la Administración al adjudicar el contrato a quien sí cumplió con tales requisitos no incurrió en los vicios de nulidad del contrato que le endilgó la demandante, quien por el contrario presentó, bajo su propio riesgo, una oferta inferior a aquella que le permitiera mejorar la capacidad financiera e incrementar su capital de trabajo.

VI. Costas

65. No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



FALLA

PRIMERO: NO PROSPERA la objeción por error grave formulada por la

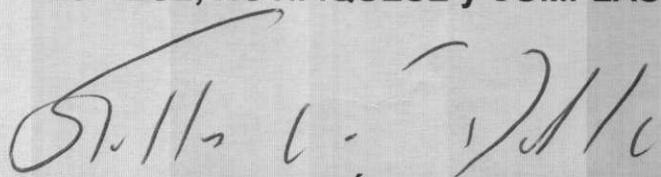
Caja Colombiana de Subsidio Familiar (Colsubsidio) en contra del dictamen pericial rendido por el economista Luis Germán Castro Martínez, practicado en este proceso.

SEGUNDO: CONFÍRMESE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de marzo de 2010.

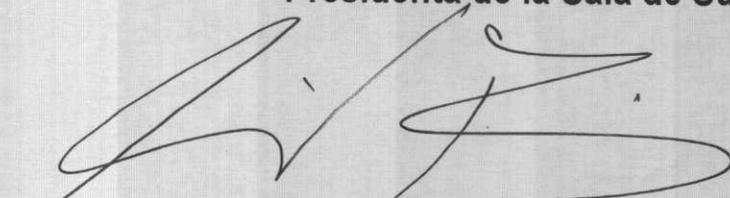
Sin condena en costas.

En firme este proveído, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

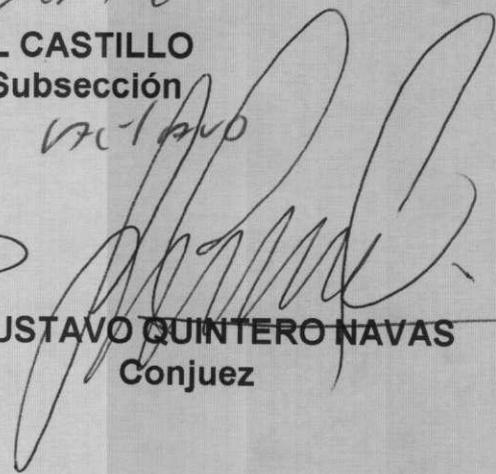
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala de Subsección



DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado



GUSTAVO QUINTERO NAVAS
Conjuez