

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL – Función

[...] la Sala estima pertinente destacar que los principios son normas jurídicas de textura abierta que establecen criterios de conducta generales que rigen las relaciones jurídicas del Estado, por lo que permiten adoptar una posición específica ante una situación jurídica concreta. Los principios tienen una triple función en el ordenamiento jurídico en tanto “[...] i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho.

SUBSANABILIDAD DE PROPUESTAS – Ley 1882 de 2018 artículo 5 – Subsanación de requisitos habilitantes hasta el término de traslado del informe de evaluación

Como se observa, una de las importantes novedades introducidas por esta disposición normativa se refiere a la oportunidad para subsanar los ofrecimientos en cuanto a los requisitos que no otorgan puntaje, puesto que, en vigencia del texto original del párrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, dicha oportunidad se extendía hasta la audiencia de adjudicación, siempre que la entidad a cargo del proceso lo requiriera en dicho momento. Este aspecto fue aclarado por el citado artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, con el propósito de establecer que las entidades estatales tienen el deber de solicitar los documentos referidos a los requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas, al paso que los proponentes tienen el deber de presentar los documentos requeridos hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, so pena de rechazo de su ofrecimiento.

[...]

Como se observa, una de las importantes novedades introducidas por esta disposición normativa se refiere a la oportunidad para subsanar los ofrecimientos en cuanto a los requisitos que no otorgan puntaje, puesto que, en vigencia del texto original del párrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, dicha oportunidad se extendía hasta la audiencia de adjudicación, siempre que la entidad a cargo del proceso lo requiriera en dicho momento. Este aspecto fue aclarado por el citado artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, con el propósito de establecer que las entidades estatales tienen el deber de solicitar los documentos referidos a los requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas, al paso que los proponentes tienen el deber de presentar los documentos requeridos hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, so pena de rechazo de su ofrecimiento.

SUBSANABILIDAD DE REQUISITOS HABILITANTES – Solicitud de subsanación hasta el momento de la adjudicación Vacío normativo – Aplicación de los principios de la contratación - Principios de la función administrativa y los principios generales del derecho

[...] Pues bien, para resolver este planteamiento, la Sala debe comenzar por señalar que en el expediente está demostrado que, en el marco de la audiencia de adjudicación, el FDLBU requirió a los oferentes para que subsanaran su propuesta en punto a la certificación de disponibilidad de un laboratorio que contara con los recursos mínimos para la valoración de asfaltos, materiales granulares y concreto, con el objeto de garantizar la estabilidad de la obra durante la ejecución del contrato.

De acuerdo con lo consignado en el acta de la audiencia de adjudicación, la actuación desplegada en los anteriores términos obedeció al hecho de que el comité evaluador de la entidad demandada, al revisar las propuestas con el objeto de proferir el informe de evaluación, omitió que la mayoría de los oferentes no acompañaron su propuesta con la certificación de disponibilidad del laboratorio; requisito que, por no otorgar puntaje, debía ser solicitado en los términos fijados en el parágrafo del 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018.

Sobre este particular contexto jurídico, la Sala debe aclarar que el régimen de subsanación contenido en el citado parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, no previó el escenario en el que la entidad a cargo del procedimiento de selección omitiera su deber de requerir documentos relativos a un requisito no necesario para la comparación de las propuestas, así como tampoco estableció la forma en que habría de superarse o sanearse este error. Por este motivo, ante el vacío normativo, la Sala considera que la actuación de la entidad demandada debía guiarse por los principios que rigen la contratación estatal, los principios de la función administrativa y los principios generales del derecho, los cuales, además de tener una función integradora del ordenamiento jurídico, deben ser observados en las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993.

No debe perderse de vista que, en materia de contratación estatal, estos principios no se limitan a cumplir una función orientadora o programática, sino que fungen como verdaderos criterios jurídicos cuya observancia resulta imperiosa en todas las etapas del proceso contractual. En ese sentido, su aplicación no puede entenderse como una simple facultad discrecional de la administración, sino como un mandato imperativo para adoptar decisiones que aseguren la coherencia institucional del procedimiento, el tratamiento equitativo de los oferentes y la legitimidad del resultado final. Así, frente a situaciones no previstas de manera expresa por la normatividad que rige la contratación estatal, como ocurre en el presente caso, la respuesta institucional debe procurar por

una solución razonable, proporcionada y respetuosa del marco procedimental a la luz de los principios de la contratación estatal, los principios de la función administrativa y los principios generales del derecho, de modo que se preserve la integridad del proceso de selección y la confianza legítima de los participantes.

[...]

ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN – Preclusivas y perentorias – Aplicación del principio de economía debe ceder a la aplicación de otros principios – Salvaguardar el proceso de selección – Principio del debido proceso

La jurisprudencia de esta Sección se ha ocupado de explicar el carácter preclusivo y perentorio de los términos de las etapas que integran el procedimiento de selección, punto en el cual ha establecido que el término preclusivo es aquel que clausura una etapa sin posibilidad de replantear lo decidido en ella; mientras que el término perentorio ha sido definido como aquel plazo obligatorio cuyo agotamiento extingue la facultad o derecho que no se ejercitó.

De esta forma, resulta razonable considerar que, en vigencia del actual régimen de subsanabilidad de las propuestas, agotado el término de traslado del informe de evaluación fenece la etapa para subsanar los ofrecimientos y, con ello, la oportunidad para corregir los defectos en punto a los requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas. Con todo, la Sala estima que esta regla no podía ser aplicada de manera absoluta en el caso concreto, pues, tal y como lo evidencia el particular entorno jurídico que precedió la actuación cuestionada por el actor, un error de la entidad demandada fue lo que impidió a la mayoría de los oferentes subsanar su propuesta dentro del término establecido en la ley. Así entonces, la Sala estima que en el caso concreto la aplicación estricta y literal del principio de economía debía ceder ante el inminente desconocimiento de otros principios que también deben ser respetados en la etapa precontractual, con el fin de salvaguardar la finalidad perseguida con el procedimiento de selección.

En criterio de la Sala, una postura como la sugerida por la parte accionante, que apunta al rechazo de las propuestas que no pudieron ser subsanadas por un error de la Administración, implicaría el desconocimiento injustificado del principio de debido proceso, que, en el ámbito de la contratación estatal, encuentra una de sus principales manifestaciones en el deber a cargo de las entidades de escoger al contratista con pleno respeto de las etapas propias de cada procedimiento de selección. Sobre el particular vale la pena señalar, como naturalmente deviene de lo explicado en esta providencia judicial, que una de las etapas que integra el procedimiento administrativo de selección es la etapa de subsanación de los ofrecimientos en lo relativo a aquellos requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas.

[...]

De ahí que un error de la entidad en el trámite de la verificación de los requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas podría conllevar el aniquilamiento injustificado de una etapa que fue incluida en el procedimiento administrativo para asegurar la escogencia objetiva del contratista, así como también el desconocimiento injustificado de los derechos de los participantes en el proceso administrativo, lo cual resulta a todas luces inadmisibles. Una omisión de la envergadura anotada no puede generar efectos adversos para los proponentes que, de haber sido debidamente requeridos, habrían contado con la oportunidad legal para subsanar sus ofertas y continuar válidamente en el procedimiento. Admitir lo contrario, no solo comportaría quebrantar el principio de debido proceso que exige escoger el contratista con plena observancia de las etapas propias de cada procedimiento de selección, sino también vulnerar los derechos de los oferentes que participan en el trámite administrativo; irregularidades que, de materializarse en el campo práctico, resultarían más que suficientes para poner en tela de juicio la legalidad del acto de adjudicación.

Por su parte, resulta claro que el carácter perentorio y preclusivo de los términos del procedimiento de selección está dado por la necesidad de brindarle celeridad al trámite administrativo, buscando que la entidad estatal agote el trámite administrativo de la manera más eficiente, esto es, sin posibilidad de replantear lo decidido en cada una de las fases necesarias para adoptar la decisión final. Con todo, para la Sala, si bien la preclusión de las etapas procesales constituye una garantía del principio de economía y del orden procedimental, su aplicación no puede desentenderse de las circunstancias particulares que rodean cada actuación administrativa. Así, en aquellos supuestos en los que la imposibilidad de subsanar las propuestas no sea atribuible a la actuación u omisión de los oferentes, sino a un error imputable a la entidad contratante, se debe hacer prevalecer la etapa que comporta el derecho a subsanar sobre la preclusividad y perentoriedad de los términos ligados a dicha etapa.

En el anterior sentido, corresponde a la administración procurar que el desarrollo del procedimiento preserve el equilibrio entre la aplicación de reglas claras y el respeto a los derechos de quienes actúan de buena fe en el marco del proceso de selección. Así, la valoración del cumplimiento de los requisitos habilitantes debe considerar, con criterio razonable y proporcional, el contexto en el que se produjo la omisión administrativa, de forma tal que la decisión final refleje un adecuado balance entre el rigor técnico del procedimiento y la vigencia efectiva del deber selección objetiva. Una actuación contraria, fundada en un entendimiento excesivamente rígido de la preclusión, comprometería no solo la finalidad del procedimiento, sino también el principio de responsabilidad administrativa frente a los efectos de sus propios errores.

TRÁMITE IRREGULAR DENTRO DE LA SUBSANACIÓN DE LAS PROPUESTAS – Subsanación – No significa una nueva etapa de

subsanción - Corrección de omisión en el trámite de evaluación - Medida necesaria para restablecer el curso del procedimiento de selección - Principio de economía - Eficiencia - Igualdad

Vale la pena anotar que lo considerado en los anteriores términos no comporta la creación de una nueva etapa de subsanción de los ofrecimientos. Lo explicado en esta providencia judicial parte de una situación irregular en el trámite de la evaluación de las propuestas que debe ser saneada, y que apunta a que la escogencia del contratista se haga bajo el debido agotamiento de las etapas previstas para el efecto, lo cual no solo garantiza el principio del debido proceso que debe ser observado en la etapa precontractual, sino también el derecho de los participantes en el procedimiento de selección. Así las cosas, la corrección de la omisión en el trámite de evaluación no puede entenderse como una ampliación discrecional del procedimiento ni como la introducción extemporánea de una nueva oportunidad para subsanar, sino como una medida necesaria para restablecer el curso regular del proceso administrativo de selección, alterado por un yerro imputable a la administración.

De otra parte, la Sala estima que la postura sugerida por la parte accionante igualmente comportaría el desconocimiento del mismo principio de economía alegado por el demandante, pero en otras de sus manifestaciones que busca priorizar lo sustancial sobre lo formal. Al respecto, debe destacarse que, en desarrollo del principio de economía, la doctrina ha admitido que en el marco del proceso de selección se pueden presentar irregularidades o yerros procedimentales que pueden llegar a comprometer la selección objetiva del contratista. La doctrina también ha reconocido que estas irregularidades o yerros pueden provenir de la misma entidad estatal a cargo del procedimiento de selección, por lo que el principio de economía impone el deber de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar el procedimiento de selección a través de un acto administrativo que busque sanear el defecto en los términos del artículo 49 de la Ley 80 de 1993.

[...]

[...] Ciertamente, ante la observación planteada por el Consorcio Vial P&P —hoy demandante—, la entidad advirtió que la mayoría de los oferentes no acompañaron su propuesta con la certificación de disponibilidad del laboratorio, así como también que en la oportunidad debida omitió requerir a los proponentes para que subsanaran su propuesta en este aspecto. De este modo, con el objeto de sanear la irregularidad que se materializó por su propia omisión, la entidad requirió a los oferentes para que subsanaran su propuesta en punto a la certificación de disponibilidad, lo que evidencia la finalidad de salvaguardar el procedimiento administrativo ante la materialización de un error de estirpe procedimental que pudo ser corregido, sin que ello afectara los derechos de los demás oferentes.

En estas circunstancias particulares que aquí se presentaron, la postura sugerida por la parte accionante también conduciría la vulneración del principio de igualdad que debe observarse en la etapa precontractual.

[...]

De esta manera, contrario a lo afirmado por el demandante en su alzada, lo cierto es que la actuación desplegada por la entidad demandada en este caso, al otorgar la oportunidad de subsanar las propuestas frente a requisitos no necesarios para la comparación de los ofrecimientos, comportó una conducta ajustada al principio de igualdad que debe predicarse de todos los participantes en el procedimiento de selección.

En este punto, conviene agregar que la parte accionante no estaba en condiciones de denunciar un tratamiento diferenciado en favor de los oferentes que no acompañaron su propuesta con la certificación de disponibilidad del laboratorio, puesto que no se encontraba en la misma situación jurídica que afrontaron aquellos, esto es, no resultó afectada con la omisión en que incurrió la demandada al no otorgar la oportunidad para subsanar un requisito no necesario para la comparación de las propuestas, pues allegó la certificación con su ofrecimiento.

[...]

En el mismo sentido, la conducta desplegada por la entidad demandada en este caso se ajustó a lo establecido en la Circular Externa Única del 16 de julio de 2018, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente”. Esta circular fijó criterios orientadores sobre la subsanación de las propuestas en asuntos que no comportan la asignación de puntaje [...]

[...]

En ese sentido, lejos de constituir una transgresión al debido proceso o a los principios de la contratación estatal, la conducta de la administración se alinea con los mecanismos de corrección previstos en la regulación aplicable, orientados a garantizar que el proceso de selección se surta con criterios de objetividad, participación efectiva y transparencia, y a evitar que errores formales impidan considerar propuestas potencialmente idóneas para la satisfacción del interés público.

Vistas así las cosas, la Sala concluye que la actuación de la entidad accionada en el marco del procedimiento de selección, en el sentido de requerir a los oferentes para que presentaran la certificación de disponibilidad del laboratorio durante el desarrollo de la audiencia de adjudicación, se ajustó a lo preceptuado por los principios que deben regir la actuación en materia precontractual, así como también a lo dispuesto en el pliego de condiciones y en la Circular Externa de la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente”.

[...]

SUBSANACIÓN DE OFERTAS – Subsanación con posterioridad al momento del cierre del procedimiento de selección – No significa haber complementado ofertas – Certificado debía demostrar la disponibilidad de laboratorio desde la presentación de la propuesta

Ahora bien, en el expediente está acreditado que el FDLBU permitió a los participantes allegar certificaciones de disponibilidad del laboratorio con fecha posterior al momento del cierre del procedimiento administrativo. Con todo, la Sala estima que esa sola circunstancia no permite tener por demostrado que la entidad hubiere permitido la complementación de las propuestas, en la medida en que la habilitación otorgada a los participantes solo implicaba demostrar el cumplimiento del requisito a través de un documento con una fecha posterior. En estos términos, lo permitido a los participantes fue que acreditaran que contaban con la disponibilidad del laboratorio desde que presentaron su propuesta a partir de un documento con una fecha posterior a la fecha de cierre, más no que contrataran el laboratorio requerido y, en dicho orden, cumplieran el requisito exigido en el pliego de condiciones, con posterioridad al requerimiento efectuado en el trámite de la audiencia de adjudicación, como pareció entenderlo la parte accionante.

PUNTAJE POR LA VINCULACIÓN DE TRABAJADORES EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Requisitos - Artículo 1 Decreto 392 de 2018 - Asignación de puntaje para propuestas de consorcios o uniones temporales sustitución patronal – CST artículo 67 – Concepto

[...]

Para acceder al puntaje establecido por este concepto, el pliego de condiciones determinó que los oferentes debían dar cumplimiento a los requisitos exigidos en el Decreto 392 de 2018, cuyo artículo 1º, que adicionó el Decreto 1082 de 2015, exigía acreditar lo siguiente:

(i) El número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente, a partir de una certificación expedida por el mismo proponente o su revisor fiscal; y

(ii) El número de personas en condición de discapacidad que integraban su planta de personal, con base en una certificación emitida por el Ministerio del Trabajo.

En este último punto, conviene agregar que el Decreto 392 de 2018 estableció que en aquellos casos en que la propuesta fuera presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, se tendría en cuenta la planta de personal del integrante del proponente plural que aportara, como mínimo,

el 40% de la experiencia requerida para la respectiva contratación.

[...]

En criterio de la Sala, tal y como fue alegado en el recurso de apelación, el Fondo erró al fundar su decisión en un razonamiento meramente formal y, particularmente, al abstenerse de analizar los documentos presentados con la propuesta del Consorcio Vial P&P, para demostrar que la sociedad Promotora Puga Ltda. contaba con una planta de personal integrada por trabajadores en condición de discapacidad, por virtud de los efectos del convenio de sustitución patronal celebrado con Luis Orlando Pulido García.

En este punto, cabe anotar que la sustitución patronal es una figura jurídica regulada en el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, que opera cuando se materializa

- (i) un cambio de patrono por cualquier causa, (ii) la continuidad de la empresa o afinidad en sus operaciones; y (iii) continuidad del trabajador. En relación con la procedencia de esta figura, la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que la naturaleza *intuitu personae* que se predica del contrato de trabajo solo opera respecto de la parte de la relación laboral que presta el servicio, motivo por el cual ha admitido que el empleador puede ser reemplazado ya sea por la vía de la sustitución patronal o por la vía de la cesión de la posición contractua.

[...]

De otra parte, la Sala advierte que, contrario a lo considerado por la entidad demandada, la sociedad Promotora Puga Ltda. sí aportó la experiencia exigida en el Decreto 392 de 2018, para que su planta de personal fuera tenida en cuenta para estudiar la pertinencia de asignar el puntaje por concepto de este incentivo. Ciertamente, la referida sociedad aportó una experiencia equivalente a 5.836 SMMLV, cuantía que, inclusive, representaba un porcentaje superior al 40% del presupuesto oficial estimado del procedimiento de selección.

Con todo, la Sala estima que el demandante no tenía derecho al incentivo, porque no aportó una de las certificaciones que era indispensable para determinar si Promotora Puga Ltda. cumplía con el número mínimo de empleados en condición de discapacidad. Al respecto, resulta de vital importancia recordar que, para acceder al reconocimiento del incentivo, el Decreto 392 de 2018 exigía acreditar la vinculación laboral de un número mínimo de trabajadores en condición de discapacidad, el cual era determinado en función del número total de trabajadores que integraban la planta de personal del oferente. De ahí que dicho marco normativo, entre otros documentos, exigiera presentar una certificación del empleador o de su

revisor fiscal que hiciera constar el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal a la fecha del cierre del proceso de selección.

Pese a lo anterior, el Consorcio Vial P&P no allegó con su propuesta la certificación que debía dar cuenta del número de empleados que conformaban la planta de personal de Promotora Puga Ltda. Por este motivo, lo cierto es que, en cualquier caso, resultaba imposible para la entidad demandada verificar si la planta de personal de Promotora Puga Ltda. cumplía con el número mínimo de trabajadores en condición de discapacidad exigido en el Decreto 392 de 2018.

⁵⁸ Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia puntualizó lo siguiente: *“En este punto, importa aclarar que la naturaleza «intuitu personae» del contrato de trabajo como ya lo ha reconocido la Sala con antelación (CSJ SL13020-2017, CSJ SL6621-2017 y CSJ SL, 25 mayo 2010, radicado 38522) opera respecto del trabajador a quien se le encarga y quien se obliga a una prestación personalísima del servicio en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, mientras el empleador válidamente puede ser reemplazado como sucede en los eventos de sustitución de empleadores o por los efectos de una cesión contractual. No en vano, la muerte del trabajador tiene el efecto de terminar automáticamente el contrato de trabajo como lo señala el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, pero la del empleador sólo lo suspende, cuando éste sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo (artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo).”* Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión N.º 4, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de abril de 2019, exp. SL1731-20

De acuerdo con lo anterior, el reemplazo de la figura del empleador de la relación laboral resulta admisible en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que el Fondo debió analizar los efectos jurídicos que produjo el convenio de sustitución patronal suscrito entre Promotora Puga Ltda. y Luis Orlando Pulido García, así como también determinar si la suscripción de dicho acuerdo permitió el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 392 de 2018 para acceder al incentivo por vinculación de personas en condición de discapacidad, en atención a la certificación expedida por el Ministerio del Trabajo en favor del señor Pulido García, que demostraba que aquel tenía un solo trabajador y que ese trabajador estaba en condición de discapacidad.

De otra parte, la Sala advierte que, contrario a lo considerado por la entidad demandada, la sociedad Promotora Puga Ltda. sí aportó la experiencia exigida en el Decreto 392 de 2018, para que su planta de personal fuera tenida en cuenta para estudiar la pertinencia de asignar el puntaje por concepto de este incentivo. Ciertamente, la referida sociedad aportó una experiencia equivalente a 5.836 SMMLV, cuantía que, inclusive, representaba un porcentaje superior al 40% del presupuesto oficial estimado del procedimiento de selección.

Con todo, la Sala estima que el demandante no tenía derecho al incentivo, porque no aportó una de las certificaciones que era indispensable para determinar si Promotora Puga Ltda. cumplía con el número mínimo de empleados en condición de discapacidad. Al respecto, resulta de vital importancia recordar que, para acceder al reconocimiento del incentivo, el Decreto 392 de 2018 exigía acreditar la vinculación laboral de un número mínimo de trabajadores en condición de discapacidad, el cual era determinado en función del número total de trabajadores que integraban la planta de personal del oferente. De ahí que dicho marco normativo, entre otros documentos, exigiera presentar una certificación del empleador o de su revisor fiscal que hiciera constar el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal a la fecha del cierre del proceso de selección.

Pese a lo anterior, el Consorcio Vial P&P no allegó con su propuesta la certificación que debía dar cuenta del número de empleados que conformaban la planta de personal de Promotora Puga Ltda. Por este motivo, lo cierto es que, en cualquier caso, resultaba imposible para la entidad demandada verificar si la planta de personal de Promotora Puga Ltda. cumplía con el número mínimo de trabajadores en condición de discapacidad exigido en el Decreto 392 de 2018.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

CONSEJERA PONENTE: ADRIANA POLIDURA CASTILLO

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de 2025

Radicación: 25000-23-36-000-2019-00224-01 (68181)
Demandantes: Consorcio Vial P&P
Demandado: Fondo de Desarrollo Local de Barrios Unidos
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

TEMAS: ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES – del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para cuestionar la legalidad del acto administrativo de adjudicación y perseguir la indemnización de perjuicios causados, y de controversias contractuales para solicitar la anulación del contrato estatal / RÉGIMEN DE SUBSANABILIDAD DE LAS PROPUESTAS – el régimen de subsanabilidad aplicable al caso concreto era el contenido en el parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 / OPORTUNIDAD PARA SUBSANAR LAS PROPUESTAS – Las propuestas solo pueden ser subsanadas por solicitud de la entidad a cargo del procedimiento de selección, y hasta el término de traslado del informe de evaluación. De manera excepcional, ante errores de la entidad estatal en el trámite de evaluación de las propuestas, se podría llegar a subsanar con posterioridad al traslado del informe de evaluación / ALCANCE DE LA SUBSANACIÓN DE LAS PROPUESTAS – lo subsanable es la prueba del requisito no necesario para la comparación de las propuestas, pero no el requisito en sí mismo / INCENTIVO POR VINCULACIÓN DE PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Se deben cumplir los requisitos establecidos en el Decreto 392 de 2018.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 11 de noviembre de 2021, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El Fondo de Desarrollo Local de Barrios Unidos, (en lo sucesivo FDLBU o el Fondo), adelantó el proceso de licitación pública No. FDLBU-LP-001-2018, con el objeto de contratar la ejecución de las obras para la conservación de la malla local, intermedia y espacio público de la localidad. Como resultado, suscribió con la firma Concretos Asfálticos de Colombia S.A., oferente adjudicatario, el contrato de obra No. 116 de 2018.

El Consorcio Vial P&P promovió demanda en ejercicio de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de controversias contractuales, en la que solicitó *(i)* la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y del contrato celebrado; *(ii)* el reconocimiento de que su propuesta debió ser considerada la más favorable, conforme al pliego de condiciones; y *(iii)* la condena a la entidad demandada al pago de los perjuicios materiales que, en su criterio, le fueron irrogados por la indebida adjudicación del contrato, a título de restablecimiento del derecho.

En sustento de sus pretensiones, el actor alega que el procedimiento de selección vulneró los principios de legalidad, transparencia y selección objetiva, al permitir de



forma irregular la reapertura de la etapa de subsanación durante la audiencia de adjudicación, habilitar indebidamente a oferentes que no cumplieron con requisitos técnicos esenciales —en particular, la disponibilidad de laboratorio— y excluir sin justificación el puntaje inicialmente otorgado por la vinculación de personas en condición de discapacidad, pese a haber acreditado los requisitos exigidos en el pliego y en el Decreto 392 de 2018.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El 20 de marzo de 2019¹, el Consorcio Vial P&P, integrado por las sociedades Promciviles S.A.S. y Promotora Puga Ltda., mediante apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de controversias contractuales contra el Fondo de Desarrollo Local de Barrios Unidos, con las siguientes **pretensiones** (se transcriben de forma literal, incluso con posibles errores):

“PRIMERA: Declarar que el FDLBU dentro del proceso de Licitación Pública No. FDLBU-LP-001-2018 no cumplió con lo establecido en el pliego de condiciones y en consecuencia estableció de forma errada el orden de elegibilidad.

SEGUNDA: Declarar que el FDLBU dentro del proceso de Licitación Pública No. FDLBU-LP-001-2018 no cumplió con lo establecido en el pliego de condiciones y en el Decreto 392 de 2018 y consecuencia decidió de manera errada no otorgar el puntaje al CONSORCIO VIAL P&P por la vinculación de personas en condición y/o situación de discapacidad.

TERCERA: Declarar que de conformidad a los pliegos de condiciones del proceso o licitación pública No. FDLBU-LP-001-2018 y a lo establecido en la Ley 1882 de 2018 el FDLBU permitió de forma errada subsanar la propuesta a todos los proponentes que no cumplieran con la acreditación de requisitos técnicos.

CUARTA: Declarar que de conformidad a los pliegos de condiciones del proceso de licitación pública No. FDLBU-LP-001-2018 la mejor propuesta era la presentada por el proponente denominado CONSORCIO VIAL P&P.

QUINTA: Declarar la NULIDAD de la Resolución No. 327 del 04.09.2018, por haber sido expedida con infracción a las normas en que deberían fundarse, por haber sido expedida de manera irregular y desconociendo el derecho de audiencia y defensa, por haber sido expedido mediante falsa motivación y/o con desviación de poder.

SEXTA: Declarar la NULIDAD del Contrato No. 116 de 2018, que con ocasión a la Resolución No. 327 del 04.09.2018 se suscribió entre el FDLBU y la sociedad comercial denominada CONCRESCOL SA NIT. 830.071.114-6, representado por OSCAR ALBERTO TORRES SERRANO o quien haga sus veces.

SÉPTIMA: A título de restablecimiento de derecho, CONDENAR al FDLBU a pagar la totalidad de los perjuicios que se le han ocasionado a los integrantes del proponente CONSORCIO VIAL P&P por la indebida adjudicación del proceso de licitación pública No. FDLBU-LP-001-2018 y que se logren demostrar en el presente proceso.

OCTAVA: CONDENAR en costas al FDLBU a favor del demandante.”

¹ FI 1 a 6, C.1.



1.2. La parte actora narró, en síntesis, los siguientes **hechos**:

1.2.1. Mediante Resolución No. 221 del 3 de julio de 2018, el FDLBU ordenó la apertura del proceso de licitación pública No. FDLBU-LP-001-2018, el cual tenía por objeto *“ejecutar a monto agotable las obras y actividades para la conservación de la malla vial local, intermedia y espacio público de la Localidad de Barrios Unidos, el cual incluye apropiación de los diseños existentes, diagnóstico, estudios y diseños para conservación, mantenimientos, rehabilitación, reconstrucción, acciones de movilidad, atención de emergencias y demás actividades que se detallan en los anexos técnicos”*.

1.2.2. El pliego de condiciones exigió como requisito para participar en el procedimiento de selección, que toda propuesta fuera acompañada de una certificación que acreditara la disponibilidad de un laboratorio que contara con los recursos mínimos para la valoración de asfaltos, materiales granulares y concretos, lo cual era requerido durante la ejecución del contrato para garantizar la estabilidad de la obra. Además, el pliego de condiciones estableció como factor ponderable un incentivo por vinculación de personas en condición de discapacidad, punto en el cual se destacó que, para acceder al reconocimiento del puntaje establecido por este concepto, se debía cumplir lo exigido en el Decreto 392 de 2018.

1.2.3. El 19 de julio de 2018, el Fondo efectuó el cierre del proceso de selección; diligencia a partir de la cual verificó que 27 oferentes presentaron propuestas dentro del periodo establecido para el efecto. Entre los proponentes figuraba el Consorcio Vial P&P, el cual allegó los documentos pertinentes para dar cumplimiento al requisito exigido en punto a la disponibilidad del laboratorio para la valoración de asfaltos, materiales granulares y concretos; al igual que los documentos necesarios para acceder al reconocimiento del puntaje por concepto de personas en condición de discapacidad.

1.2.4. El 27 de julio de 2018, el FDLBU publicó el informe preliminar de evaluación de las propuestas. Luego de agotada la etapa de subsanación de los ofrecimientos, la entidad demandada publicó un nuevo informe de evaluación que dio cuenta de los proponentes que resultaron habilitados, figurando entre ellos el Consorcio Vial P&P. Acto seguido, la entidad asignó el puntaje de los factores ponderables distintos a la propuesta económica, ejercicio a partir del cual al Consorcio Vial P&P le fue asignado el puntaje máximo por concepto de vinculación de personas en condición de discapacidad.

1.2.5. El 10 de agosto de 2018, el Fondo de Desarrollo Local de Barrios Unidos dio inicio a la audiencia de adjudicación, en cuyo desarrollo se presentaron observaciones dirigidas a cuestionar el puntaje otorgado al Consorcio Vial P&P, por cuenta de la vinculación de personas en condición de discapacidad. En vista de estas observaciones, la entidad demandada retiró el puntaje asignado por este concepto, en tanto consideró que la certificación allegada para el efecto no fue otorgada en favor del Consorcio Vial P&P, ni de ninguno de sus integrantes, al paso que estimó que *“[...] el integrante del proponente que aporta la persona en situación de discapacidad no cumple con el porcentaje mínimo exigido, este es 40%, toda que [sic] según los cálculos de la entidad el integrante (Promotora Puga) aporta el 30.31% de la experiencia acreditada por el consorcio”*.



1.2.6. En el trámite de la audiencia de adjudicación, el Consorcio Vial P&P también presentó observaciones dirigidas a cuestionar la habilitación de la mayoría de los oferentes que participaron en el procedimiento de selección. En tal sentido, según lo expuesto en la demanda, puso de presente que el requisito exigido en punto a la disponibilidad de un laboratorio solo fue cumplido por el Consorcio Vial P&P y por el Consorcio IG 2018, por lo que los 25 oferentes que no observaron dicho requerimiento estaban incurso en causal de rechazo por haber presentado propuestas incompletas. De ahí que, a juicio de la parte actora, la entidad demandada debía proceder al rechazo de cada uno de los ofrecimientos que no fueron presentados de manera completa.

1.2.7. No obstante lo anterior, en lugar de proceder conforme con lo ordenado en el pliego de condiciones, la entidad demandada decidió “reapertura” la etapa de subsanación de las ofertas para que los proponentes que no cumplieron el requisito exigido en punto a la disponibilidad del laboratorio lo hicieran dentro del periodo comprendido entre el 13 y el 17 de agosto de 2018. Así, como consecuencia de la “reapertura” de la etapa de subsanación de las propuestas, los oferentes que no presentaron la certificación exigida en el pliego de condiciones complementaron su ofrecimiento en el término otorgado por la entidad.

1.2.8. Ante este escenario, el Consorcio Vial P&P solicitó al Fondo que declarara la nulidad de esta irregular etapa de subsanación de las propuestas, así como también que le fuera reconocido el puntaje por concepto de vinculación de trabajadores en condición de discapacidad. Sin embargo, esta petición fue contestada de manera parcial en el trámite de la audiencia de adjudicación.

1.2.9. Mediante Resolución No. 327 del 4 de septiembre de 2018, el Fondo adjudicó el contrato a la sociedad Concretos Asfálticos de Colombia S.A. En consecuencia, el 7 de septiembre de 2018 la entidad demandada y el oferente adjudicatario suscribieron el contrato de obra No. 116, para ejecutar las obras de conservación de la malla vial local, intermedia y espacio público de la Localidad de Barrios Unidos.

1.3. Como **fundamento jurídico**, la parte accionante afirmó que el acto administrativo de adjudicación desconoce de manera abierta los artículos 23, 24 y 28 de la Ley 80 de 1993, al igual que el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 1° de la Ley 1882 de 2018.

1.3.1. Para brindar sustento a este reproche, la parte accionante explicó que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública regula lo atinente a la oportunidad para subsanar las propuestas, a propósito de lo cual destacó que el párrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, prescribe que dicha oportunidad se extiende hasta el traslado del informe de evaluación de las ofertas; término que consideró de carácter preclusivo y perentorio.

1.3.2. Agregó que la jurisprudencia de esta Corporación es abundante en cuanto a la prohibición de crear etapas dentro del procedimiento precontractual, así como también en lo referente a la imposibilidad de revivir términos perentorios fenecidos por descuido de la entidad directora del procedimiento administrativo. De acuerdo con lo anterior, el demandante refirió que “[...] *la Administración no se encuentra investida de potestad alguna para modificar los términos de manera discrecional, arbitraria y apelando a su propia culpa por omisión de una correcta evaluación, pues*



de hacerlo, además de violar el debido proceso constitucional y legal o que enmarca el proceso de selección, estaría en causal flagrante de violación al principio de Transparencia y de economía en desmedro de la selección objetiva”.

1.3.3. Bajo el anterior contexto, la accionante alegó que en este caso el FDLBU no evaluó adecuadamente las ofertas presentadas en el marco del procedimiento de selección, en tanto no advirtió que la mayoría de los proponentes no cumplieron el requisito exigido en punto a la disponibilidad del laboratorio.

En línea con lo anterior, afirmó que el hecho de que la entidad demandada no hubiere estudiado detalladamente las propuestas presentadas no la habilitaba para que, en el desarrollo de la audiencia de adjudicación, reviviera el término de subsanación de las propuestas en detrimento de los oferentes que, obrando de manera correcta, cumplieron con la carga de debida diligencia y, en dicho orden, presentaron su propuesta de manera completa. En su concepto, una vez verificado que la mayoría de las propuestas presentadas en el procedimiento de selección estaban incompletas, la entidad debió rechazarlas, en lugar de otorgar una nueva oportunidad para subsanar que en realidad habilitaba a los oferentes para complementar su ofrecimiento.

1.3.4. Para el demandante, la actuación desplegada por la entidad demandada –en los anteriores términos– comportó la vulneración del principio de economía que debía ser observado en el proceso administrativo de selección, en tanto no se cumplieron los procedimientos y etapas estrictamente necesarias para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable, ni mucho menos se respetó la preclusividad y perentoriedad de los términos establecidos para el efecto.

1.3.5. En el mismo sentido, el demandante sostuvo que “[...] *la creación de una nueva etapa de subsanación luego de las ya legalmente definidas en las leyes mencionadas y vigentes para el periodo contractual, viola por completo lo prescrito en el artículo 24 de la ley 80 de 1993, ya que se salta los términos y procedimientos legalmente establecidos por el Estatuto General de la Contratación que obligan a los servidores a no actuar con desviación o abuso de poder y ejercer sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les es prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el Estatuto de la contratación (art. 24. L.80/93), y por ello no existe posibilidad discrecional de eludirlo con argucias y sin fundamento, que precisamente afecten el interés legítimo de los proponentes que en igualdad de condiciones presentamos correctamente nuestra oferta desde un inicio [...]*”.

1.3.6. Sumado a todo lo anterior, la parte accionante citó jurisprudencia de esta Corporación que advierte que los oferentes deben cumplir todos los requisitos habilitantes exigidos para participar en el procedimiento de selección en el momento en que presentan una propuesta, así como también sentencias del Consejo de Estado que han precisado que lo subsanable en el procedimiento de selección es la prueba de los requisitos habilitantes y no el requisito como tal.

1.3.7. De otra parte, resaltó que el no otorgamiento del puntaje correspondiente a la vinculación de personas en condición de discapacidad evidenciaba la violación del principio de selección objetiva. Para respaldar esta afirmación, el demandante explicó que, en su calidad de proponente plural, presentó junto con su propuesta todos los documentos que acreditaban que uno de sus integrantes empleaba



trabajadores en condición de discapacidad, situación que la entidad demandada desconoció sin justificación alguna.

1.3.8. Por último, la parte accionante señaló que habría resultado adjudicataria si el FDLBU **(i)** no hubiere permitido la complementación de las propuestas parciales presentadas en el procedimiento de selección, y **(ii)** le hubiere reconocido el puntaje por concepto de vinculación de personas en condición de discapacidad. Así, concluyó que tiene derecho a la utilidad dejada de percibir, la cual estimó en \$452.915.063, suma correspondiente al 6% aplicado sobre el costo directo estimado en la oferta económica.

2. Contestación de la demanda

2.1. El Distrito de Bogotá – Secretaría Distrital de Gobierno – Alcaldía Local de Barrios Unidos² se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

2.1.1. El Fondo tenía plena potestad para otorgar un término adicional para que los proponentes allegaran los documentos subsanables. En este punto, explicó que el otorgamiento de la oportunidad para subsanar las propuestas no era una mera facultad de la Administración, sino un deber a su cargo que, de ser omitido, generaba la vulneración al derecho al debido proceso de los participantes en el procedimiento de selección.

2.1.2. En el mismo sentido, señaló que la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente”, en la Circular Externa Única del 16 de julio de 2018, estableció “[...] *una obligación específica para las entidades y un derecho para los proponentes, a partir de una situación no contemplada por el Parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 [sic], esto es, para aquellas situaciones en que la entidad pública haya omitido requerir al proponente para que subsane un requisito habilitante antes de la etapa de traslado del informe de evaluación, se habilita a la entidad para que pueda hacer tal requerimiento en etapa posterior a dicho traslado, sin que ello implique la vulneración de los principios de preclusión y perentoriedad de las etapas y trámites del proceso de selección contractual, dado que se está ante un supuesto no contemplado en el mencionado parágrafo*”.

2.1.3. Agregó que la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente” tenía competencia para expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública, las cuales eran actos administrativos que contenían mandatos, orientaciones e instrucciones de obligatorio cumplimiento para las entidades estatales y el público en general. De ahí que las instrucciones, mandatos y orientaciones contenidos en la Circular Externa Única de julio de 2018, debieran ser observados dentro del procedimiento de selección que dio origen al proceso de la referencia.

2.1.4. De esta forma, la demandada sostuvo que, aun cuando el parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 estableció un límite temporal para la subsanación de los “*requisitos habilitantes*”, lo cierto era que la Circular Externa Única de julio de 2018 también contemplaba un criterio que le permitía otorgar oportunidades para subsanar en escenarios distintos al establecido en el referido parágrafo 1° del

² FI 48 a 62, C.1.



artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. En consecuencia, como en el caso concreto la entidad verificó el incumplimiento de un requisito que no otorgaba puntaje en el marco de la audiencia de adjudicación, le era permitido requerir a los oferentes para que subsanaran su propuesta, so pena de desconocer sus derechos.

2.1.5. De otra parte, estimó que la decisión de no otorgar el puntaje al Consorcio Vial P&P por concepto de vinculación de trabajadores en condición de discapacidad había sido acertada, pues aquel no tenía derecho al incentivo, dado que presentó un certificado de vinculación de personas en condición de discapacidad expedido por el Ministerio del Trabajo a nombre de una persona distinta a sus integrantes.

2.1.6. Por último, la entidad demandada propuso las excepciones que denominó (i) *“legalidad de la actuación surgida por la Alcaldía Local – Fondo de Desarrollo de Barrios Unidos”*, sustentada en el hecho de que desde el mismo pliego de condiciones se previó la posibilidad de otorgar oportunidades para subsanar por fuera de los parámetros establecidos en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, aspecto que fue conocido por los proponentes y aceptado en dichos términos; e (ii) *“inexistencia de prueba y fundamento sobre el perjuicio sufrido”*, al considerar que no existía prueba concreta, expresa y formal que indicara que la parte accionante sufrió perjuicios.

2.2. Concretos Asfálticos de Colombia S.A., sociedad vinculada al proceso como litisconsorte necesario por pasiva por resultar adjudicataria del proceso de selección, no contestó la demanda, según se desprende de lo consignado en la providencia judicial del 15 de diciembre de 2020³.

3. Alegatos de conclusión en primera instancia

3.1. La parte accionante⁴, luego de referir las pruebas documentales que respaldaban las afirmaciones contenidas en el libelo introductorio, afirmó que en este caso la entidad demandada incurrió en un vicio en la motivación del acto de adjudicación por errores de hecho y de derecho, así como también en desviación de poder.

3.1.1. En lo que respecta al primer cargo de nulidad, el demandante refirió que existía un error de derecho, dada la ausencia de disposiciones normativas que permitieran *“revivir”* términos precluidos para que los proponentes subsanaran defectos no advertidos por la entidad al momento de efectuar la evaluación de las propuestas. En este punto, destacó que la entidad demandada no podía acudir a los manuales y guías de la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente” como sustento para contrariar los principios rectores del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, “[...] *pues ello riñe de manera abierta con las bases de la ley 80 de 1993, que como se extrajo de la jurisprudencia del Consejo de estado, procuran la seguridad jurídica de los procesos así como la igualdad misma en las actuaciones, razón por la cual no existe norma de igual o superior rango jurídico que el Estatuto General de la Contratación.*”

3.1.2. De otra parte, refirió que los funcionarios que participaron en la expedición del acto de adjudicación actuaron con desviación de poder, al desconocer que los

³ SAMAI DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, índice No. 15.

⁴ SAMAI DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, índice No. 27.



procesos de contratación deben seguir los procedimientos y etapas estrictamente necesarias para asegurar la selección de la propuesta más favorable para la entidad. Sobre este particular, explicó que la entidad demandada adoptó decisiones equivocadas que configuraron un “*iter desviatorio*”, pues, en lugar de dar aplicación a las reglas de rechazo en relación con los proponentes que no cumplieron en su integridad con las exigencias contenidas en el pliego de condiciones, procedió a “*revivir*” el término u oportunidad para subsanar las propuestas, sin que mediara un acto administrativo de saneamiento del proceso expedido con sustento en el artículo 49 de la Ley 80 de 1993.

3.1.3. Sumado a lo anterior, señaló que la entidad accionada desconoció la sustitución patronal en virtud de la cual uno de los integrantes del Consorcio Vial P&P se constituyó en el empleador de una persona en condición de discapacidad. En dicho contexto, explicó que la certificación presentada por el Consorcio Vial P&P con el objeto de acceder al incentivo por la vinculación de personas en condición de discapacidad, debía analizarse en armonía con los documentos que demostraban la sustitución patronal, lo que omitió la entidad demandada y, por ello, incurrió en un yerro en la motivación del acto que, además, se encuentra reforzado por el hecho de que no hubiere advertido que el consorciado –empleador de la persona en condición de discapacidad– sí cumplía con la participación exigida en el Decreto 392 de 2018 para efectos de obtener el incentivo.

3.1.4. En criterio de la parte accionante, lo expuesto en los anteriores términos permitía la anulación del acto administrativo de adjudicación y, por contera, la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de obra No. 116 de 2018, suscrito entre el Fondo y la sociedad Concretos Asfálticos de Colombia S.A. Adicionalmente, la anulación del acto de adjudicación hacía procedente el restablecimiento del derecho, el cual fue concretado en una pérdida de la oportunidad de resultar adjudicatario del contrato de obra, propiciada por la actuación irregular del Fondo. Este perjuicio fue valorado en \$452.915.063, suma de dinero que se obtuvo de aplicar el 6% de las utilidades esperadas al costo directo estimado en la oferta económica.

3.2. El Distrito de Bogotá – Secretaría Distrital de Gobierno – Alcaldía Local de Barrios Unidos⁵ reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

3.3. El Ministerio Público y la sociedad Concretos Asfálticos de Colombia S.A. – proponente adjudicatario– guardaron silencio.

4. Sentencia de primera instancia

4.1. Mediante sentencia del 11 de noviembre de 2021⁶, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

4.1.1. El *a quo* encontró demostrado que, en el marco de la audiencia de adjudicación, la entidad demandada otorgó un término adicional para que los oferentes subsanaran sus propuestas en relación con un aspecto que no otorgaba puntaje, pese a lo prescrito en el parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007

⁵ SAMAI DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, índice No. 26.

⁶ SAMAI DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, índice No. 28.



modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, que limitaba la oportunidad para subsanar los ofrecimientos hasta el traslado del informe de evaluación de las propuestas. Con todo, en criterio del Tribunal, la oportunidad adicional otorgada para subsanar los ofrecimientos no obedeció a un capricho de la demandada, en tanto esta decisión estuvo fundada en lo dispuesto en el numeral 6.6. de la Circular Externa Única de la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente”, así como también en la jurisprudencia del Consejo de Estado que reconocía la competencia de dicha agencia para difundir normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública.

En ese sentido, lo cierto era que la entidad demandada otorgó un término adicional para subsanar las propuestas en consideración a que la fuente legal y la interpretación del Consejo de Estado establecieron esa posibilidad en desarrollo de los fines y principios de la contratación estatal. Sumado a lo anterior, para el Tribunal debía tenerse en cuenta que las entidades estatales, en el marco de los procedimientos de selección que adelanten, deben propender por lograr una pluralidad de oferentes que les permita contar con mayores elementos de juicio para la selección de la opción que represente mejores beneficios para el Estado.

Así entonces, el Tribunal consideró que en el presente caso la actuación desplegada por el FDLBU no fue reprochable; por el contrario, atendió a una lectura finalista de las disposiciones normativas que rigen la contratación estatal, según la cual se debía permitir la subsanación de requisitos no puntuables, en garantía de la pluralidad y del debido proceso al que se debe sujetar este procedimiento administrativo.

4.1.2. En lo que respecta al incentivo por vincular personas en condición de discapacidad, el Tribunal estimó que la entidad actuó conforme a derecho al no otorgar el puntaje por dicho concepto al Consorcio Vial P&P. Explicó que el demandante no tenía derecho al puntaje porque la certificación presentada para el efecto fue expedida por el Ministerio del Trabajo en favor de una persona diferente a los integrantes del Consorcio Vial P&P. Si bien reconoció que la oferente presentó documentos para demostrar una sustitución patronal en favor de uno de sus integrantes, lo cierto era que debió allegar un certificado de vinculación que evidenciara esa novedad, lo cual no hizo.

En cualquier caso, el Tribunal advirtió que, aun si se hubiere otorgado el puntaje por concepto de vinculación de personas en condición de discapacidad en favor del Consorcio Vial P&P, lo cierto es que en el procedimiento de selección otros nueve oferentes fueron calificados con un puntaje mayor, motivo por el cual el demandante no habría resultado adjudicatario del contrato de obra.

5. El recurso de apelación

5.1. En su apelación la parte demandante⁷ solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda. En sustento, expuso los siguientes argumentos:

5.1.1. La sentencia de primera instancia incurrió en defecto sustantivo por grave

⁷ SAMAI DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, índice No. 32.



error de interpretación de la norma que permite la subsanación de las ofertas. Sobre este particular, como punto de partida explicó que el fallo de primera instancia parte de una interpretación equivocada de la norma, de acuerdo con la cual *“en el ordenamiento jurídico existe una condición anómica para aquellos casos en que la administración omite requerir a los proponentes la subsanación de los requisitos habilitantes, y que dicha condición anómica solo se llena con lo dispuesto en la Circular Única de Colombia Compra Eficiente en cita, otorgando un nuevo término de traslado y subsanación de los requisitos habilitantes omitidos verificar.”*

En criterio del demandante este razonamiento es equivocado, en tanto desconoce que el procedimiento de selección está revestido de unos principios rectores y fundamentales que deben ser respetados, tales como los principios de igualdad, transparencia, economía y responsabilidad, los cuales fueron desconocidos al permitirse una nueva oportunidad para la subsanación de las ofertas, pese a que dicha etapa no se encontraba establecida en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública ni en el pliego de condiciones, e, inclusive, existía jurisprudencia que prohibía conceder un doble traslado del informe de evaluación de las propuestas.

Para el recurrente, la postura acogida por el Tribunal desconoció el principio de economía que debía regir la actuación administrativa, en tanto no se respetaron los procedimientos y etapas estrictamente necesarias para asegurar la escogencia de la propuesta más favorable para la entidad. Adicionalmente, la postura acogida por el *a quo* desconoció el carácter perentorio y preclusivo de las etapas que componen el procedimiento administrativo precontractual; carácter que, de haber sido respetado, hubiere comportado que la etapa de subsanación se entendiera fenecida y cerrada luego de su agotamiento, salvo que mediara un acto administrativo de saneamiento por vicios del procedimiento, que no fue expedido.

Sumado a todo lo anterior, la parte accionante reprochó que el Tribunal concluyera que la actuación desplegada por la entidad demandada hubiere obedecido a la necesidad de propender por una pluralidad de oferentes, así como también que estimara que la entidad obró de acuerdo con la normatividad legal y la jurisprudencia del Consejo de Estado. En cuanto al primer punto, destacó que *“[...] La pluralidad de oferentes se garantizó con la incorporación de reglas de selección que permitieron que en el proceso hubiesen participado 27 proponentes, en igualdad de condiciones, derechos y obligaciones. Por lo que no se puede apelar a la efectividad de una garantía de la cual no se tiene duda que se materializó en el proceso”*. En referencia al segundo punto, sostuvo que la actuación desplegada por la entidad demandada no estuvo sustentada en norma legal alguna o en la jurisprudencia del Consejo de Estado; sino en una circular de la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente” que, en su criterio, no gozaba de suficiente jerarquía normativa para enervar el principio de economía que debía regir el procedimiento de selección.

En la misma línea, adujo que la postura acogida por la entidad, avalada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, atentó gravemente contra el derecho a la igualdad de los proponentes que, habiendo cumplido las exigencias contenidas en el pliego de condiciones, presentaron una oferta completa. Al respecto, el recurrente explicó que *“[...] los dos proponentes que sí habían cumplido con el requisito exigido para el apéndice D (CONOSRCIO VIAL P&P y CONSORCIO IG 2018), y que consecuentemente cumplieron con su deber de diligencia, se vieron afectados en*



sus derechos a ser eventualmente adjudicatarios, pues tuvieron que ceder su derecho, para verse equiparados en un irregular procedimiento de subsanación a que estuviesen en igualdad de condiciones con aquellos proponentes que no leyeron bien los pliegos, y que no cumplieron con los requisitos habilitantes exigidos en el pliego de condiciones. Es decir, que el uso del principio o derecho fundamental a la igualdad no se puede usar en un sentido negativo, de afectar a quienes cumplen sus cargas de diligencia para equipararlos con quienes no la cumplieron.”

A lo anterior agregó que solo a partir de la aplicación de reglas claras y justas en igualdad de condiciones, podía garantizarse una libre competencia en el procedimiento de selección. De esta manera, alegó que desviar el procedimiento de selección para privilegiar la subsanación de requisitos incumplidos por parte de los oferentes que no fueron rigurosos al confeccionar su ofrecimiento, atentaba gravemente contra el derecho de la competencia, pues ello implicaba no evaluar en igualdad de condiciones las ofertas de cada uno de los proponentes.

Para la parte demandante, el fallo de primera instancia también incurrió en un defecto sustantivo de interpretación, al brindarle un alcance equivocado a la posibilidad de subsanar los ofrecimientos. Sobre este particular, aclaró que lo subsanable en el término de traslado del informe de evaluación de las propuestas era la prueba del requisito y no el requisito en sí mismo. No obstante, lo cierto era que la oportunidad otorgada en el trámite de la audiencia de adjudicación permitió que los proponentes acreditaran una circunstancia que no cumplían en el momento del cierre del procedimiento de selección, lo que afectó las garantías de igualdad, economía, transparencia y legalidad.

5.1.2. De igual modo, consideró que el Tribunal incurrió en un defecto sustantivo al plantear un argumento meramente formalista, para concluir que el Consorcio Vial P&P no tenía derecho al puntaje por concepto de vinculación de personas en condición de discapacidad. En este particular aspecto de la alzada, el recurrente reprochó que el Tribunal hubiere concluido que el demandante no tenía derecho a este puntaje por el simple hecho de que la certificación presentada para el efecto no hubiere sido emitida a su nombre, sin estudiar en su totalidad los documentos que acreditaban que Promotora Puga Ltda., integrante del Consorcio Vial P&P, se subrogó en la posición jurídica de empleador respecto de una persona en condición de discapacidad, por cuenta de la suscripción de un acuerdo de sustitución patronal.

Al respecto, el recurrente aclaró que lo exigido en el Decreto 392 de 2018 para acceder al incentivo era acreditar la vinculación laboral de personas en condición de discapacidad, situación jurídica que, en desarrollo de la libertad de negociación, podía ser adquirida válidamente a partir de la celebración de un acuerdo de sustitución patronal, como en efecto lo hizo Promotora Puga Ltda. en este caso. Añadió que la sustitución patronal era una figura que operaba por el cambio de empleador en una relación laboral y que garantizaba la integridad y la unidad jurídica de la relación laboral, así como también que sus efectos no podían ser desconocidos por la entidad demandada en el procedimiento de selección, ni por el Tribunal en el proceso judicial.

Aunado a lo anterior, alegó que el Tribunal erró al considerar que el demandante no cumplía la experiencia exigida en el Decreto 392 de 2018 para acceder al incentivo por vinculación de personas en condición de discapacidad. En este punto, explicó que la sociedad Promotora Puga Ltda aportó más del 40% de la experiencia exigida



en el pliego de condiciones, por lo que demostró el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Decreto 392 de 2018 para que su planta de personal fuera tenida en cuenta para acceder al puntaje por concepto de vinculación de personas en condición de discapacidad.

6. Trámite en segunda instancia

6.1. El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue admitido mediante auto del 29 de abril de 2022⁸. De conformidad con el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, los sujetos procesales tenían hasta la ejecutoria del auto admisorio del recurso de apelación para pronunciarse sobre el mismo, término que se cumplió sin pronunciamiento alguno. Por su parte, el Ministerio Público, de acuerdo con el numeral 6 del citado artículo 247 del CPACA, podía presentar concepto hasta el momento en que el proceso ingresó al despacho para fallo de segunda instancia; sin embargo, guardó silencio en esta oportunidad procesal.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) presupuestos procesales, (2) objeto del recurso y problemas jurídicos a resolver; (3) hechos probados; (4) caso concreto; y (5) costas.

1. Presupuestos procesales

1.1. Jurisdicción y competencia

Con fundamento en lo previsto en el artículo 104⁹ del CPACA, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde conocer del presente asunto¹⁰, porque el objeto del litigio gira en torno a la legalidad de un acto administrativo proferido por una entidad estatal del orden distrital, como lo es el Fondo de Desarrollo Local de Barrios Unidos¹¹, así como también al contrato de obra celebrado por dicha entidad.

⁸ Índice 3 de SAMAI DEL CONSEJO DE ESTADO.

⁹ “Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública [...]”.

¹⁰ Al presente asunto le son aplicables la Ley 1437 de 2011 -CPACA- y la Ley 1564 de 2012 -CGP-, en virtud de lo previsto en el artículo 306 del primer estatuto mencionado.

¹¹ En los términos del artículo 87 del Decreto Ley 1421 de 1993 —Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá—, los Fondos de Desarrollo Local son entidades del orden distrital con personería jurídica y patrimonio autónomo, con cargo en los cuales se financia la prestación de servicios y la construcción de las obras de competencia de las juntas administradoras. Si bien el artículo 87 y siguientes del Decreto 1421 de 1993 fueron declarados nulos por esta Corporación mediante sentencia del 6 de junio de 2018 —Radicación número: 11001-03-15-000-2008-01255-00(AI)-, lo cierto es que en dicha providencia judicial se otorgó un plazo de un año contado a partir de su notificación para que el Concejo de Bogotá adoptara las medidas necesarias tendientes a proveer la estabilidad financiera y organización administrativa de las localidades, término durante el cual las normas anuladas produjeron efectos jurídicos. Como el procedimiento de selección se adelantó dentro del plazo otorgado en la citada providencia judicial, se tiene que dicho



Igualmente, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante contra la sentencia del 11 de noviembre de 2021, conforme con lo previsto en los artículos 150¹² y 152¹³ del CPACA, vigentes a la fecha de presentación de la demanda, dada la vocación de doble instancia del proceso, y en razón de que la pretensión económica formulada en la demanda excedió los 300 SMLMV que corresponden al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y los 500 SMLMV atinentes al medio de control de controversias contractuales¹⁴.

1.2. Medios de control procedentes

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 141 del CPACA¹⁵, los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de controversias contractuales resultan procedentes, porque el Consorcio Vial P&P, en su condición de proponente no adjudicatario en el proceso de licitación pública No. FDLBU-LP-001-2018, cuestiona la legalidad del acto administrativo de adjudicación y solicita el consecuente restablecimiento del derecho, al tiempo que pretende la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de obra suscrito entre el Fondo de Desarrollo Local de Barrios Unidos y la sociedad Concretos Asfálticos de Colombia S.A.

La Sala destaca que en este caso se cumplen los presupuestos necesarios para la acumulación de pretensiones, previstos en el artículo 165 del CPACA¹⁶. En efecto,

proceso se tramitó cuando las disposiciones normativas que regulaban la creación y funcionamiento de los Fondos de Desarrollo Local no habían desaparecido del ordenamiento jurídico.

¹² “Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. [modificado por el artículo 615 del CGPJ]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos [...]”.

¹³ Artículo 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...] 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [...]”.

¹⁴ En el sub examine se formularon pretensiones económicas por \$452.915.063, monto que, para el año de radicación de la demanda (2019), excedía los 300 SMLMV que corresponden al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (\$248.434.800), y los 500 SMLMV atinentes al medio de control de controversias contractuales (\$414.058.000).

¹⁵ **ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.** Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. [...]”

¹⁶ “**ARTÍCULO 165. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.** En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

1. Que el juez sea competente para conocer de todas. [...]
2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.



las pretensiones formuladas **(i)** son conexas, en tanto la parte demandante solicita la declaratoria de nulidad absoluta del contrato como consecuencia de la anulación del acto administrativo de adjudicación; **(ii)** son de competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia, y del Consejo de Estado en segunda instancia, como quedó visto a partir del análisis del presupuesto anterior; **(iii)** no se excluyen entre sí, por el contrario, de su lectura surge sin duda que se complementan; **(iv)** se formularon de manera oportuna, como se verá enseguida; y **(v)** pueden tramitarse a través del mismo procedimiento, esto es, el ordinario.

En efecto, las pretensiones formuladas por la parte actora evidencian una conexidad sustancial y finalística, en tanto el juicio de legalidad del acto de adjudicación sirve de fundamento para la nulidad del contrato celebrado con posterioridad. Además, su conocimiento corresponde a órganos de la misma jurisdicción con competencia funcional en primera y segunda instancia —el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, respectivamente—, lo que garantiza la unidad del trámite procesal en doble instancia. No existe incompatibilidad entre las pretensiones, pues no se excluyen entre sí, sino que se integran dentro de una misma *causa petendi*. A ello se suma que fueron propuestas dentro del término legal previsto y que, por su naturaleza, resultan procedentes dentro del procedimiento ordinario establecido en el CPACA. Tales condiciones, en su conjunto, permiten garantizar la economía procesal y la coherencia del debate jurídico, sin menoscabo de las garantías procesales de las partes intervinientes.

1.3. Ejercicio oportuno del medio de control

En lo que respecta a las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, se tiene que la demanda fue presentada dentro del término prescrito en el literal c) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA¹⁷. Ciertamente, el acto administrativo de adjudicación demandado fue notificado en estrados el 4 de septiembre de 2018¹⁸, por lo que la demanda, en principio, debía ser radicada a más tardar el 11 de enero de 2019, esto es, dentro de los 4 meses contados a partir del día siguiente al de su notificación. No obstante lo anterior, la actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 28 de diciembre de 2018, esto es, faltando 14 días para que operara el fenómeno de caducidad. El término de caducidad estuvo suspendido hasta el 18 de marzo de 2019, día en que fue proferida la constancia¹⁹ que refleja la ausencia de ánimo conciliatorio. Así entonces, se tiene que la demanda radicada el 20 de marzo de 2019 fue oportuna.

De otra parte, en lo relativo a las pretensiones de controversias contractuales, también se advierte que la demanda fue presentada dentro del término de 2 años contados a partir del día siguiente al perfeccionamiento del contrato, establecido

3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.

4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.”

¹⁷ “**ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA.** La demanda deberá ser presentada: [...] 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...] c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso; [...]”

¹⁸ Así se desprende de la lectura del acto administrativo objeto de censura, que en el artículo tercero de su parte resolutoria estableció lo siguiente: “**ARTÍCULO TERCERO.-** La presente Resolución se notifica en estrados al proponente adjudicatario y a las demás personas presentes de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2do del artículo 67 de la ley 1437 de 2011.”

¹⁹ FI 16, C.1.



literal j) del numeral segundo del artículo 164 del CPACA²⁰. Para llegar a la anterior conclusión, basta señalar que el contrato de obra demandado fue celebrado el 7 de septiembre de 2018, por lo que la demanda interpuesta el 20 de marzo de 2019 fue radicada de manera oportuna.

1.4. Legitimación en la causa

De conformidad con los artículos 138²¹ y 141²² del CPACA, el Consorcio Vival P&P —integrado por las sociedades Promciviles S.A.S. y Promotora Puga Ltda.— está legitimado en la causa para solicitar la declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación y el restablecimiento del derecho, porque participó en la licitación pública No. FDLBU-LP-001-2018 y considera que sus derechos resultaron afectados al no haber resultado adjudicatario. También se encuentra legitimado en la causa para pedir la nulidad absoluta del contrato de obra No. 116 de 2018, por cuanto tiene un interés directo derivado de su participación en la licitación pública No. FDLBU-LP-001-2018 y de no haber resultado adjudicatario en dicho proceso.

El Fondo de Desarrollo Local de Barrios Unidos, por su parte, está legitimado en la causa por pasiva respecto de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho y, a la vez, frente a las de nulidad absoluta del contrato de obra, porque fue la entidad que adelantó el proceso de licitación pública No. FDLBU-LP-001-2018, profirió el acto administrativo de adjudicación que se demanda y, además, celebró el contrato de obra No. 116 de 2018.

De otra parte, la sociedad Concretos Asfálticos de Colombia S.A., vinculada al proceso al momento de admitirse la demanda, está legitimada en la causa por pasiva en calidad de litisconsorte necesario de la parte demandada, en la medida

²⁰ “**ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA.** La demanda deberá ser presentada: [...] 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...] j) [...] Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente. [...]”

²¹ En el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho la legitimación en la causa por activa reside en “[t]oda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior [...]”.

²² En el medio de control de controversias contractuales, a través del cual se persiga la nulidad absoluta de un contrato, se encuentra en cabeza de las partes, del Ministerio Público o de cualquier tercero que acredite un interés directo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 141 del CPACA, según el cual: “**ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.** Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.”



en que resultó adjudicataria del proceso de selección y, además, suscribió el contrato de obra objeto de reproche.

2. Objeto del recurso de apelación y problemas jurídicos a resolver

El recurso de apelación se dirigió a cuestionar la sentencia recurrida, por cuanto, a diferencia de lo concluido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la parte demandante considera que la decisión de otorgar un término adicional para subsanar los requisitos exigidos en el pliego de condiciones desconoció principios rectores de la contratación estatal, al paso que comportó la posibilidad de complementar las propuestas, lo cual difería sustancialmente de la subsanación. En el mismo sentido, la parte recurrente sostiene que la entidad demandada erró al no asignarle el puntaje establecido en el pliego de condiciones por concepto de la vinculación de trabajadores en condición de discapacidad, en la medida en que presentó los documentos necesarios para dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el Decreto 392 de 2018 para obtener el incentivo.

De conformidad con los cargos formulados en el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante —apelante único en esta instancia—, los cuales constituyen el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia conforme lo dispuesto por los artículos 320²³ y 328²⁴ del Código General del Proceso —en lo sucesivo CGP—, corresponde a la Sala determinar si se configura la nulidad de la Resolución No. 327 del 4 de septiembre de 2018, en razón de **(i)** la existencia de un vicio en el procedimiento de selección, derivado del hecho de que la entidad demandada, durante el desarrollo de la audiencia de adjudicación, requirió a los oferentes para allegar la certificación de disponibilidad del laboratorio, y, en consecuencia, permitió la subsanación extemporánea de sus propuestas; y **(ii)** la omisión en el reconocimiento del puntaje correspondiente al criterio de vinculación de personas en condición de discapacidad.

En caso afirmativo, deberá la Sala establecer si, como consecuencia de la nulidad del acto administrativo objeto de censura, procede acceder al reconocimiento de los perjuicios reclamados en el libelo introductorio, así como también a la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de obra celebrado entre el Fondo y la sociedad Concretos Asfálticos de Colombia S.A.

3. Hechos probados

De conformidad con los medios probatorios arrimados al proceso²⁵, se encuentran

²³ “Artículo 320. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión [...]”.

²⁴ “Artículo 328. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley [...]. El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella [...]”.

²⁵ En cuanto a la prueba documental, la Sala otorga valor a las copias simples en virtud de lo dispuesto en el artículo 246 del CGP, a saber: “Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...] Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de



probados los siguientes hechos relevantes para la decisión del presente asunto:

3.1. En el proceso está probado que, mediante Resolución No. 221 del 3 de julio de 2018²⁶, el Fondo de Desarrollo Local de Barrios Unidos ordenó la apertura del proceso de la licitación pública No. FDLBU-LP-001-2018, el cual tenía por objeto *“ejecutar a monto agotable las obras y actividades para la conservación de la malla vial local, intermedia y espacio público de la Localidad de Barrios Unidos, el cual incluye apropiación de los diseños existentes, diagnóstico, estudios y diseños para conservación, mantenimientos, rehabilitación, reconstrucción, acciones de movilidad, atención de emergencias y demás actividades que se detallan en los anexos técnicos”*.

3.2. En el expediente obra el pliego de condiciones definitivo²⁷ del procedimiento de la licitación pública No. FDLBU-LP-001-2018, que estableció los criterios bajo los cuales debía tramitarse el procedimiento administrativo de selección y, en dicho contexto, definió los requisitos habilitantes que debían cumplir los interesados en participar en el procedimiento administrativo, así como también los factores ponderables a partir de los cuales habría de asignarse el puntaje.

3.2.1. El pliego de condiciones, en su capítulo primero, definió algunos aspectos generales relativos al contrato de obra que habría de celebrarse, tales como su objeto, plazo y el presupuesto oficial estimado para la ejecución de las obras. En este mismo capítulo la entidad demandada enlistó los documentos que integraban la licitación pública No. FDLBU-LP-001-2018, punto en el cual se destaca que el anexo técnico separable y sus apéndices, los cuales contenían la descripción y el alcance del proyecto, hacían parte del procedimiento de selección y del pliego mismo. De ahí que estos documentos debieran ser tenidos en cuenta por parte de los interesados a participar en el procedimiento de selección, para efectos de confeccionar su ofrecimiento.

3.2.2. El capítulo segundo del pliego de condiciones determinó aspectos generales relacionados con el procedimiento de selección, como el cronograma de la licitación pública No. FDLBU-LP-001-2018, la oportunidad para modificar el pliego de condiciones, la posibilidad de retirar las propuestas presentadas dentro del marco del procedimiento selección y las reglas que debían cumplirse para efectos de tener en cuenta documentos expedidos en el exterior.

3.2.3. Su capítulo tercero señaló las personas que podían participar en el procedimiento de selección y su capítulo cuarto estableció los requisitos habilitantes que habrían de cumplir los interesados en presentar propuestas para ejecutar el contrato de obra. En este último punto la entidad demandada exigió **(i)** una experiencia soportada en contratos ejecutados para la construcción, rehabilitación, adecuación, ampliación, mejoramiento o mantenimiento de infraestructura vial para tráfico automotor de vías urbanas y vías interurbanas de la malla vial primaria; **(ii)** una capacidad jurídica soportada en documentos tales como la cédula de ciudadanía en caso de oferentes que fueran personas naturales, el certificado de existencia y representación legal en caso de que el oferente fuera una persona jurídica, el certificado de inscripción en el registro único de proponentes y la garantía

este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.

²⁶ CD – fl 18, C. Pruebas, archivo denominado “Anexo No. 2 Acto Admon de Apertura”.

²⁷ CD – fl 18, C. Pruebas, archivo denominado “Anexo No 3 Pliego de Condiciones Definitivo”



de seriedad de la oferta; **(iii)** una capacidad residual de contratación igual o mayor a \$9.759.757.503; y **(iv)** una capacidad financiera y organizacional que cumpliera los mínimos detallados en el pliego de condiciones.

3.2.4. El capítulo quinto del pliego de condiciones precisó los lineamientos bajo los cuales debían presentarse las propuestas, mientras que su capítulo sexto estableció las reglas a partir de las cuales la entidad demandada debía evaluarlas. En este último capítulo la entidad demandada contempló la oportunidad para subsanar las ofertas presentadas en el procedimiento de selección, en los siguientes términos:

“6. EVALUACIÓN DE LA PROPUESTA

6.1. SOLICITUDES DE SUBSANES Y ACLARACIONES

Cuando el FDLBU solicite la subsanación de requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las ofertas en el documento solicitud de subsanación de requisitos habilitantes o en su defecto en la solicitud de subsanación, los proponentes deberán allegarlos durante el término de traslado del informe de evaluación de las propuestas de conformidad con lo señalado en el parágrafo 1 del Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el Artículo 5 de la Ley 1882 de 2018.

El FDLBU se reserva la facultad de solicitar al proponente aclaración de los requisitos o documentos relacionados con los factores de escogencia que sean aportados con la propuesta al momento del cierre del proceso de selección. Los proponentes deberán allegar las aclaraciones y máximo hasta las 4:30 p.m. del tercer día hábil anterior a la instalación de la Audiencia de Adjudicación, indicada en la cronología vigente al momento del cierre del proceso de selección, siempre y cuando ello no comporte una modificación, adición o mejora de la propuesta presentada.

Si en desarrollo del proceso de selección se requiere realizar subsanes adicionales a los indicados en el informe respectivo, las solicitudes serán realizadas mediante comunicación remitida a la dirección electrónica suministrada por el proponente, desde el correo electrónico contratacionbunidos12@gmail.com y publicadas en el SECOP.

En caso de no aclararse lo solicitado por la entidad, dicho documento no será tenido en cuenta para efectos de ponderación de la oferta.

Las respuestas serán por escrito radicado en las oficinas de correspondencia del FDLBU, o enviadas al correo electrónico contratacionbunidos12@gmail.com, sin que por ello puedan completar, adicionar, modificar o mejorar las propuestas.

NOTA: Los documentos exigidos en el presente proceso para acreditar los factores de desempate deberán presentarse desde el momento de presentación de la oferta y no podrán ser subsanados.”

3.2.5. El capítulo sexto del pliego de condiciones también enlistó los factores ponderables que debían ser observados para efectos de asignar el puntaje, los cuales fueron concretados en **(i)** la propuesta económica, que otorgaba un puntaje máximo de 67 puntos, **(ii)** la calidad del equipo requerido para la ejecución de la obra, que permitía un puntaje máximo de 10 puntos; **(iii)** el ofrecimiento de horas de capacitación relacionados con el objeto contractual a cumplir, el cual otorgaba un puntaje máximo de 2 puntos; **(iv)** la protección a la industria nacional, que permitía un puntaje máximo de 10 puntos; y **(v)** el incentivo por la vinculación de trabajadores en condición de discapacidad, el cual otorgaba un puntaje máximo de 1 punto.



3.2.6. En lo que respecta a la vinculación de trabajadores en condición de discapacidad, el pliego de condiciones determinó que el reconocimiento del puntaje por concepto de este incentivo estaba supeditado al cumplimiento de los requisitos exigidos en el Decreto 392 de 2018, cuyo artículo 1°, que adicionó el Decreto 1082 de 2015, exigía acreditar lo siguiente:

- (i) El número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente, a partir de una certificación expedida por el mismo proponente o su revisor fiscal; y
- (ii) El número de personas en condición de discapacidad que integraban su planta de personal, con base en una certificación emitida por el Ministerio del Trabajo.

3.2.7. En este último punto conviene precisar que el Decreto 392 de 2018 determinó que en aquellos casos en que la propuesta fuera presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, se tendría en cuenta la planta de personal del integrante del proponente plural que aportara, como mínimo, el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida para la respectiva contratación.

3.2.8. A partir de lo anterior, de acuerdo con lo prescrito en el referido Decreto 392 de 2018, se debía asignar el puntaje a quienes acreditaran el número mínimo de trabajadores con discapacidad, señalados a continuación:

Número total de trabajadores de la planta de personal del proponente	Número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido
Entre 1 y 30	1
Entre 31 y 100	2
Entre 101 y 150	3
Entre 151 y 200	4
Más de 200	5

3.3. Al proceso fue allegado el anexo técnico separable²⁸ que, como anteriormente se señaló, hacía parte del pliego de condiciones y del procedimiento de licitación pública No. FDLBU-LP-001-2018. Este documento describió los aspectos técnicos del proyecto con el propósito de brindarle alcance, los cuales fueron particularizados en los apéndices adjuntos. En este contexto, el anexo técnico separable estableció las obligaciones a cargo del contratista que resultara elegido, aspecto en el cual determinó que aquel estaría obligado a **(i)** certificar y cumplir las especificaciones técnicas de los insumos que se utilizarían para ejecutar el contrato, mediante las verificaciones técnicas y ensayos de laboratorio de los materiales utilizados; y **(ii)** suministrar el equipo, personal e infraestructura adecuada para ejecutar a cabalidad el objeto contractual.

²⁸ CD – fl 18, C. Pruebas, carpeta denominada “Anexo No. 1 Documentos Previos”, archivo denominado “Anexo Técnico”.



3.4. En línea con lo anterior, el apéndice D²⁹ del anexo técnico, que también fue allegado al proceso de la referencia, estableció como requisito a cargo de los interesados en participar en el procedimiento de selección la obligación de presentar una certificación de disponibilidad de un laboratorio que contara con los recursos mínimos para la valoración de asfaltos, materiales granulares y concreto. Sobre este punto particular, el requerimiento referido fue efectuado en los siguientes términos:

“✓ Laboratorio

Considerando que el ejercicio de aseguramiento de la calidad de la obra exige la toma de muestras, el desarrollo de ensayos y su respectivo procesamiento en laboratorio, se hace necesario que el proponente presente en su propuesta técnica disponibilidad de un laboratorio que cuente con los recursos mínimos para la valoración de asfaltos, materiales granulares y concretos. Dicha disponibilidad se presentará mediante oficio formal adjunto en la propuesta.

Las condiciones de acreditación (en caso de aplicar) deberán ser soportadas en medio físico en la propuesta y deberán estar vigentes al momento del cierre, constituyéndose como una obligación el mantener la acreditación durante el período de ejecución, so pena de incurrir en las causales de incumplimiento.

El laboratorio presentado deberá ser de conocida trayectoria y con registro en cámara de comercio.

Es necesaria la presentación de este requerimiento toda vez que es fundamental para el aseguramiento de la calidad de las obras, bajo las condiciones de trayectoria enunciadas”.

3.5. Está probado que el 19 de julio de 2018 se llevó a cabo la diligencia de cierre del proceso y apertura de sobres, cuya acta³⁰ demuestra que, dentro del periodo dispuesto para la radicación de propuestas en el proceso de licitación pública No. FDLBU-LP-001-2018, se presentaron 27 ofrecimientos para la ejecución de las obras para la conservación de la malla vial local, intermedia y espacio público de la Localidad de Barrios Unidos. Esta prueba documental igualmente evidencia que, entre las propuestas recibidas, figuraba la presentada por el Consorcio Vial P&P, el cual estaba integrado por las sociedades Promciviles S.A.S. y Promotora Puga Ltda.

3.6. En el expediente obra la propuesta³¹ presentada por el Consorcio Vial P&P, para la ejecución de las obras para la conservación de la malla vial local, intermedia y espacio público de la Localidad de Barrios Unidos. El contenido de la propuesta acredita que, para efectos de cumplir con los presupuestos exigidos para el reconocimiento del incentivo por vinculación de trabajadores en condición de discapacidad, el Consorcio Vial P&P presentó los siguientes documentos:

(i) Certificación del 19 de julio de 2018³² expedida por el representante legal de la sociedad Promotora Puga Ltda y su revisor fiscal, por medio del cual hacen constar que Luis Orlando Pulido García, socio de Promotora Puga Ltda, cumplía con lo establecido en el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997.

²⁹ CD – fl 18, C. Pruebas, archivo denominado “Anexo No 4. Anexo Técnico Apéndice D”.

³⁰ CD – fl 18, C. Pruebas, archivo denominado “Anexo No 5. – Acta de Cierre”.

³¹ CD – fl 18, C. Pruebas, archivo denominado “Anexo No. 6 – Propuesta Consorcio Vial P&P”.

³² CD – fl 18, C. Pruebas, archivo denominado “Anexo No. 6 – Propuesta Consorcio Vial P&P”, fls 272 – 273.



(ii) Certificación del 30 de mayo de 2018³³, por medio el Ministerio del Trabajo hizo constar que Luis Orlando Pulido García, socio de Promotora Puga Ltda., contaba con una planta de personal conformada por un trabajador, que ese trabajador estaba en condición de discapacidad, y que su vinculación laboral al señor Pulido García era superior a un año.

(iii) Convenio³⁴ de sustitución patronal suscrito el 20 de junio de 2018 entre Luis Orlando Pulido García y Promotora Puga Ltda., por medio del cual la sociedad comercial asumió la posición de empleador respecto del único trabajador que tenía a su cargo el señor Pulido García. De esta manera, Promotora Puga Ltda. desplazó al señor Pulido García en el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que se desprendían de la relación de trabajo existente entre Luis Orlando Pulido García y Diego Orlando Orozco García.

(iv) Anexo³⁵ al contrato individual de trabajo entre Luis Orlando Pulido García y Diego Orlando Orozco García celebrado el 20 de junio de 2018, por medio del cual el señor Orozco García aceptó el acuerdo de sustitución patronal celebrado entre Luis Orlando Pulido García y Promotora Puga Ltda. y admitió como su nuevo empleador a la sociedad Promotora Puga Ltda.

3.7. De otra parte, la Sala también advierte, a partir de la prueba documental a la que se ha hecho referencia, que la oferta presentada por el Consorcio Vial P&P cumplió con lo exigido por la entidad demandada en el apéndice D del anexo técnico, en punto a la obligación de contar con disponibilidad de un laboratorio que tuviera los recursos mínimos para la valoración de asfaltos, materiales granulares y concreto, con el objeto de asegurar la calidad de la obra. En efecto, así lo demuestra la certificación del 18 de julio de 2018³⁶ emitida por gerente de la sociedad Auscultar S.A.S., la cual da cuenta de la disponibilidad del laboratorio, así:

“Por medio de este documento Auscultar SAS, con NIT 900.108.455-8, se permite manifestar que certifica la disponibilidad para el CONSORCIO VIAL P&P, para presentar el servicio de laboratorio de suelos y materiales (contando con los recursos mínimos para la valoración de asfaltos, materiales granulares y concretos), teniendo la intención y compromiso de ejercer el control de calidad de los materiales y procesos constructivos de acuerdo a la necesidad de la obra objeto de esta licitación pública de la referencia, todo lo anterior en caso que este proponente resulte adjudicatario del proceso de la referencia y por una duración igual o superior a la duración del contrato que resulte del presente proceso de contratación [...]”.

3.8. En el proceso consta que el 27 de julio de 2018 el comité evaluador verificó el cumplimiento de los requisitos habilitantes exigidos en el pliego de condiciones — informe de evaluación preliminar—. A partir del análisis efectuado para el efecto, el comité evaluador advirtió que ninguno de los 27 oferentes resultó habilitado³⁷, motivo por el cual en el informe preliminar dejó consignadas las observaciones que

³³ CD – fl 18, C. Pruebas, archivo denominado “Anexo No. 6 – Propuesta Consorcio Vial P&P”, fl 274.

³⁴ CD – fl 18, C. Pruebas, archivo denominado “Anexo No. 6 – Propuesta Consorcio Vial P&P”, fls 277 – 279.

³⁵ CD – fl 18, C. Pruebas, archivo denominado “Anexo No. 6 – Propuesta Consorcio Vial P&P”, fls 280 – 281.

³⁶ CD – fl 18, C. Pruebas, archivo denominado “Anexo No. 6 – Propuesta Consorcio Vial P&P”, fl 296.

³⁷ CD – fl 18, C. Pruebas, carpeta denominada “Anexo No. 7 – Verificación Req Habilitantes”, archivo denominado “Excel Detallado Proponentes 2”.



debían ser objeto de aclaración y, en dicho sentido, otorgó la oportunidad para subsanar las propuestas por un periodo que estaba comprendido entre el 27 de julio y el 3 de agosto de 2018. En este punto la Sala estima pertinente advertir que ninguna de las observaciones planteadas por el comité evaluador estuvo relacionada con el cumplimiento del requisito establecido en el apéndice D del anexo técnico del pliego de condiciones, que exigía contar con disponibilidad de un laboratorio que tuviera los recursos mínimos para la valoración de asfaltos, materiales granulares y concreto.

3.9. Está demostrado que el 10 de agosto de 2018, luego de superado el traslado del informe preliminar, el comité evaluador realizó una nueva evaluación³⁸ de los requisitos habilitantes, cuyo resultado fue consignado en el informe final de habilitación. A partir de esta prueba documental la Sala advierte que 24 oferentes subsanaron sus ofrecimientos y, por ello, resultaron habilitados para participar en el procedimiento de selección, figurando entre ellos el Consorcio Vial P&P, que funge como demandante en este proceso. De acuerdo con lo anterior, el comité evaluador procedió a la asignación del puntaje relativo a los factores de ponderación diferentes a la propuesta económica, que en este específico procedimiento de selección eran **(i)** la calidad del equipo requerido para la ejecución de la obra; **(ii)** el ofrecimiento de horas de capacitación relacionados con el objeto contractual a cumplir; **(iii)** la protección a la industria nacional; y **(v)** el incentivo por la vinculación de trabajadores en condición de discapacidad.

3.10. A partir del ejercicio de evaluación de los referidos factores ponderables, el Consorcio Vial P&P obtuvo el puntaje máximo para cada uno de ellos, es decir, 10 puntos por concepto del factor relativo a la calidad del equipo requerido para la ejecución de la obra; 2 puntos por concepto del ofrecimiento de horas de capacitación relacionados con el objeto contractual a cumplir; 10 puntos por cuenta de la protección a la industria nacional; y 1 punto por concepto del incentivo por la vinculación de trabajadores en condición de discapacidad. Sobre este particular, debe precisarse que el comité evaluador dejó constancia de que, en el desarrollo de la audiencia de adjudicación, se realizaría la evaluación de las propuestas económicas a partir de la cual asignaría el puntaje por dicho concepto.

3.11. En el expediente está probado que el mismo 10 de agosto de 2018 el FDLBU dio inicio a la audiencia de adjudicación, en cuyo trámite se corrió traslado del informe final de habilitación con el objeto de que los proponentes lo revisaran y formularan observaciones en caso de que hubiere lugar a ello. El acta³⁹ de la audiencia de adjudicación da cuenta de que varios de los participantes en el procedimiento de selección formularon observaciones, con el propósito de poner de presente errores en la habilitación de los oferentes y en la asignación del puntaje, así como también irregularidades ocurridas durante el trámite del proceso administrativo.

3.12. Uno de los proponentes que formuló observaciones fue el Consorcio Vías Urbanas B&G-2018, alegando que la entidad demandada erró al otorgar al Consorcio Vial P&P el incentivo por concepto de vinculación de trabajadores en

³⁸ CD – fl 18, C. Pruebas, carpeta denominada “Anexo No. 8 – Informe Final de Veri Habilitantes y Ponderación”, archivos denominados “Memorando de Remisión de Informe Consolidado” y “Excel Detallado de Informe Consolidado”.

³⁹ CD – fl 18, C. Pruebas, carpeta denominada “Anexo No. 9 – Acta y Solicitud Apoderado Consorcio Vial PyP”, archivo denominado “Acta de Audiencia de Adjudicación”.



condición de discapacidad. En su concepto, el otorgamiento del puntaje por este incentivo no resultaba procedente, porque el Consorcio Vial P&P, para acceder al puntaje por dicho concepto, presentó un certificado expedido por el Ministerio del Trabajo en favor de una persona natural que no hacía parte del mismo. Adicionalmente, el observante manifestó que la sociedad Promotora Puga Ltda, quien manifestó emplear personas en condición de discapacidad, no aportó el 40% de la experiencia requerida en el pliego de condiciones, motivo por el cual no se daban los presupuestos establecidos en el Decreto 392 de 2018 para acceder al incentivo.

3.13. El Consorcio Vial P&P —aquí demandante— también formuló observaciones al informe final de habilitación. En dicho contexto, solicitó a la entidad demandada proceder al rechazo de los otros participantes en el procedimiento de selección, en tanto ninguno de ellos cumplió con el requisito establecido en el apéndice D del anexo técnico del pliego de condiciones, que exigía contar con disponibilidad de un laboratorio que tuviera los recursos mínimos para la valoración de asfaltos, materiales granulares y concreto.

3.14. En respuesta a las observaciones efectuadas, la entidad demandada consideró que le asistía razón al Consorcio Vías Urbanas B&G-2018, y, por tanto, estimó que el Consorcio Vial P&P no tenía derecho al puntaje por concepto de vinculación de trabajadores en condición de discapacidad. Para justificar esta decisión, la entidad demandada advirtió que la propuesta del Consorcio Vial P&P no fue acompañada de una certificación expedida a nombre del proponente o de sus integrantes, que demostrara la vinculación de trabajadores en condición de discapacidad. Adicionalmente, la entidad señaló que “[...] *la empresa promotora puga Ltda presenta el 25% de la experiencia acreditada, por tanto no se cumple con lo establecido en el Decreto 392 de 2018 [...]*”.

3.15. De otra parte, en lo que respecta a la observación formulada por el Consorcio Vial P&P, la entidad estimó que, en los términos del numeral 6.6. de la Circular Externa Única de julio de 2018 expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente”, se debía otorgar un término de 5 días hábiles para que los proponentes allegaran al procedimiento de selección, única y exclusivamente, el documento requerido en el apéndice D del anexo técnico del pliego de condiciones, en punto a la disponibilidad del laboratorio. Bajo este lineamiento, el Fondo de Desarrollo Local de Barrios Unidos determinó lo siguiente:

“En Consideración a las respuestas a las observaciones, teniendo en cuenta que se ha otorgado un término de 5 días hábiles para que los proponentes que no fueron requeridos para la documentación que acredite la disponibilidad de laboratorio, contenido en el APENDICE D, del Anexo Técnico Separable del pliego de condiciones. Se da el término del 13 al 17 de agosto para que los proponentes en igualdad de condiciones presenten única y exclusivamente el documento a que se refiere este apéndice. Luego de este traslado se publicará nuevamente el informe de evaluación y las respuestas a las observaciones presentadas por los proponentes. [...] el martes 21 de agosto se publicará el informe, con las correcciones efectuadas dentro de esta audiencia. La audiencia se reiniciará el día 22 de agosto a las 10 am.”

3.16. En relación con esta decisión, varios oferentes consultaron sobre la posibilidad de que la fecha de la certificación de disponibilidad del laboratorio fuera posterior a la fecha de cierre del proceso de selección. Ante este interrogante, el Fondo consideró que “[...] *en efecto, siendo que esta carta se está solicitando en la*



presente audiencia, no podría exigirse que su fecha de expedición sea anterior al cierre del proceso. Lo importante es que la documentación aportada cumpla con los requisitos exigidos en el APENDICE D.”

3.17. Está probado que el Consorcio Vial P&P, mediante oficio⁴⁰ radicado el 21 de agosto de 2018, solicitó al FDLBU **(i)** declarar la nulidad de la reapertura de la etapa de subsanación de las propuestas; **(ii)** subsanar la irregularidad en la que incurrió la entidad demandada en el procedimiento de selección, de conformidad con lo indicado en el artículo 49 de la Ley 80 de 1993; y **(iii)** reconocerle el puntaje por concepto de vinculación de personas en condición de discapacidad.

3.17.1. En lo que respecta a las primeras dos solicitudes, el Consorcio Vial P&P manifestó que la entidad demandada “reaperturó” la oportunidad para subsanar las propuestas presentadas en el procedimiento de selección, pese a que lo procedente era el rechazo del ofrecimiento de los participantes que no atendieron en su integridad los requisitos exigidos en el pliego de condiciones. En este punto precisó, además, que la posibilidad de subsanar solo permitía aclarar las dudas que surgieran a partir de la documentación allegada para efectos de cumplir el requisito, y no cumplir el requisito en sí mismo, al paso que agregó que en este caso lo que estaba permitiendo la entidad era complementar los ofrecimientos, y que, en el evento de persistir en dicha irregularidad, la entidad “[...] *estaría prevaricando pues con su actuar desconocería lo indicado por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.*”

3.17.2. Sumado a lo anterior, el Consorcio Vial P&P alegó que en el momento en que se otorgó la nueva oportunidad para subsanar ya había fenecido el término de la etapa establecida en el Estatuto Contractual para el efecto. En criterio del oferente, este término era de carácter preclusivo y perentorio, lo que implicaba para este caso que, encontrándose agotada la etapa para la subsanación de las propuestas, no era posible revivirla en el marco de la audiencia de adjudicación.

3.17.3. De otro lado, en lo que tiene que ver con el puntaje por concepto de vinculación de personas en condición de discapacidad, el proponente reprochó que la entidad demandada le hubiere retirado el puntaje inicialmente asignado por este concepto, en tanto cumplía en su integridad con los requisitos exigidos en el Decreto 392 de 2018 para acceder al incentivo.

3.18. En el proceso consta que el Fondo reanudó la audiencia de adjudicación el 22 de agosto de 2018. En su desarrollo, como primer punto, brindó respuesta a las observaciones presentadas entre el momento en que se suspendió la audiencia y su reanudación. Así, en lo que respecta a la solicitud que presentó el Consorcio Vial P&P, la entidad demandada respondió lo siguiente:

“Las reglas de subsanabilidad han sido definidas por el legislador, no obstante, frente a los vacíos presentados en las leyes, ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de prever ciertos casos de la generalidad de los procesos contractuales. Así las cosas, ha sostenido la jurisprudencia que en los casos en que la Entidad Estatal no ha dado la posibilidad a los proponentes de subsanar dentro del proceso, documentos o requisitos que son subsanables, y antes del momento de la adjudicación se percata de esta situación, debe dar a los proponentes, en igualdad

⁴⁰ CD – fl 18, C. Pruebas, carpeta denominada “Anexo No. 9 – Acta y Solicitud Apoderado Consorcio Vial PyP”, archivo denominado “Solicitud de nulidad irregular reapertura de la etapa de subsanación”.



de condiciones, la posibilidad de subsanar el requisito, durante un término igual al traslado del informe de evaluación, pues no se puede trasladar a los proponentes los efectos resultantes de un error por parte de la administración. La Circular de Colombia Compra Eficiente, no hizo otra cosa que recoger en un solo documento el resultado de los postulados normativos y diferentes pronunciamientos en esta materia. Frente al particular, muestra como es DEBER de la entidad solicitar a los oferentes subsanar los requisitos de la oferta que no impliquen asignación de puntaje, dando posibilidad a los mismos para que sean subsanados tales requisitos dentro del término de traslado del informe de evaluación.

En consideración a esta circular externa única, Numeral 6.6. INFORME DE EVALUACIÓN EN PROCESO DE LICITACIÓN PARA OBRA PÚBLICA: ‘en el evento en que la entidad no haya requerido en el informe preliminar de la evaluación, documentos subsanables, debe requerir a ese proponente otorgándole un término igual al establecido para el traslado del informe preliminar de evaluación, con el fin de que los allegue..’, contenido que es lógico si se tiene en cuenta que la entidad, teniendo el deber de requerir al proponente para que subsane los documentos o requisitos que son susceptibles de ello, no lo hizo en su momento, y por tanto deberá dar las garantías suficientes a los proponentes para que tengan la posibilidad de hacerlo.

En este sentido, en consideración a la observación presentada, la Entidad dispuso del mismo término de traslado otorgado al informe de evaluación preliminar con el fin que todos los proponentes en igualdad de condiciones aleguen única y exclusivamente el documento requerido en el apéndice D del anexo técnico separable laboratorio.”

3.19. Luego de otorgar respuesta a las observaciones presentadas, la entidad demandada dio lectura al informe consolidado de evaluación de los requisitos habilitantes, el cual evidencia el cumplimiento del requisito exigido en punto al laboratorio por parte de todos los oferentes que habían sido habilitados previamente. Acto seguido, la entidad otorgó un espacio para que los oferentes presentaran observaciones al informe consolidado de evaluación, el cual fue aprovechado por el accionante para reiterar los argumentos expuestos en el oficio radicado el 21 de agosto de 2018 y agregar que las certificaciones de disponibilidad de laboratorio, en su mayoría, tenían una fecha posterior a la fecha del cierre del procedimiento de selección. Ante esta nueva observación, la entidad demandada respondió en los siguientes términos:

“La entidad da lectura a las respuestas dadas al inicio de la sesión del 22 de agosto, en cuanto a la posibilidad que tenía el Fondo de Desarrollo de permitir que los proponentes que no presentaron el documento que acredita el LABORATORIO, en el mismo término de traslado del informe preliminar de evaluación. La entidad se mantiene en su decisión de permitir la subsanación de este requisito, de conformidad con lo establecido en la Circular Única de Colombia Compra Eficiente, por haber faltado a su deber de exigirlos a los proponentes dentro del término de traslado del informe de evaluación preliminar. Se trata de un documento subsanable por ser habilitante y no otorgar puntaje dentro del proceso de selección. No se trata de una nueva posibilidad para los oferentes para subsanar requisitos habilitantes, se trata de una única oportunidad dada, por cuanto la entidad no solicitó tal subsanación dentro del período de traslado del informe de evaluación preliminar.

Frente a la acreditación del componente de discapacidad del CONSORCIO VIAL P&P, la certificación aportada, en primer lugar se encuentra a nombre de Luis Orlando Pulido García. Se revisan los documentos remitidos y, si bien se hay documentos que acreditan una sustitución patronal esto no obsta para presentar la certificación a



nombre del proponente o uno de sus integrantes como lo exige la norma. Así mismo, al revisar nuevamente la propuesta de conformidad con la observación presentada, en efecto la empresa Promotora Puga Ltda., representa el 25% de participación en el Consorcio, con un 30,31% de la experiencia acreditada por el consorcio (5.836,27 SMLMV, de un total de 19.254,06 SMLMV), por estas razones no se cumple con lo establecido en el decreto 392 de 2018 [...].”

3.20. Luego de superada la etapa de observaciones, el Fondo procedió a la apertura de los sobres que contenían la propuesta económica de los oferentes y, seguidamente, asignó el puntaje correspondiente a cada oferente en aplicación de los criterios establecidos en el pliego de condiciones. La entidad dio lectura al informe de evaluación económico, el cual reflejó que el oferente mejor posicionado fue la Unión Temporal UT Conservación Vial 2019, con un puntaje total de 88.90, seguido del Consorcio Vial P&P que obtuvo un puntaje total de 88.88.

3.21. El Fondo concedió a los proponentes la oportunidad de pronunciarse sobre el informe de evaluación económico, espacio que fue aprovechado por varios oferentes para poner de presente errores en las propuestas económicas presentadas en el trámite de la licitación pública No. FDLBU-LP-001-2018, los cuales fueron concretados en la modificación y eliminación de valores fijos exigidos en el pliego de condiciones. En esta oportunidad, el Consorcio Vial P&P manifestó que las irregularidades que se presentaron en el trámite del procedimiento de selección, en relación con la evaluación de las propuestas, ameritaban suspenderlo y analizar todo lo acontecido para volver a convocar un procedimiento de selección. Luego de escuchar las observaciones formuladas por los oferentes, la entidad demandada suspendió la audiencia para estudiarlas.

3.22. A partir del acta de la audiencia de adjudicación, la Sala observa que el 30 de agosto de 2018 la entidad demandada dio respuesta a las observaciones formuladas en la audiencia frente al informe de evaluación económico. Esta prueba documental igualmente evidencia que el mismo día —30 de agosto de 2018— la entidad publicó un informe final de evaluación de las propuestas, el cual da cuenta que el comité evaluador decidió inhabilitar a otros 6 oferentes, por lo que la licitación pública No. FDLBU-LP-001-2018 continuó con 18 oferentes, figurando entre ellos el Consorcio Vial P&P. En este punto conviene resaltar que esta novedad en la habilitación de los proponentes alteró el puntaje otorgado por concepto de la propuesta económica⁴¹, por lo que se modificó el orden de elegibilidad previamente definido. Así, con ocasión del nuevo orden de elegibilidad, el oferente mejor posicionado resultó ser la sociedad Concretos Asfálticos de Colombia S.A. con un puntaje total de 89.94, mientras que el puntaje inicialmente asignado al Consorcio Vial P&P bajó de 88.88 a 78.84.

3.23. En el proceso está probado que el 31 de agosto de 2018 el FDLBU reanudó la audiencia de adjudicación. Consta en el expediente que en el trámite de esta

⁴¹ En este punto la Sala advierte que, de acuerdo con lo consignado en el numeral 6.3. del pliego de condiciones, la asignación del puntaje para el factor relativo a la propuesta económica dependía del valor de los ofrecimientos económicos realizados por los proponentes habilitados. En efecto, de conformidad con las diferentes alternativas para la asignación del puntaje por este concepto, se debían tener en cuenta los ofrecimientos económicos realizados por los proponentes que resultaran habilitados, para efectos de determinar una media aritmética o geométrica a partir de la cual se debía asignar el mayor puntaje. De ahí que la decisión de inhabilitar a 6 oferentes alterara el puntaje otorgado por concepto de la propuesta económica.



diligencia concedió un nuevo espacio para que los proponentes formularan observaciones al informe de evaluación, el cual fue aprovechado por varios participantes con el propósito de ventilar irregularidades en el procedimiento de selección, particularmente en lo relacionado con el hecho de que la entidad demandada hubiere vuelto a verificar la habilitación de los oferentes, pese a que dicha etapa estaba precluida. Ante las observaciones presentadas, el Fondo suspendió la audiencia para estudiarlas.

3.24. En el proceso consta que el 4 de septiembre de 2018 la entidad demandada reanudó la audiencia de adjudicación. En el desarrollo de esta diligencia, en primera medida el ordenador del gasto de la entidad demandada se dirigió a los participantes en el procedimiento de selección para aclarar la posición de la entidad en punto a la verificación de los requisitos habilitantes, en los siguientes términos:

“En mi condición de ordenador del gasto y responsable de los recursos disponibles, para efectos de soportar el proceso FDLBU-LP 01 de 2018, mediante el memorando 20186220007553, solicité al comité evaluador que verificara nuevamente los contenidos de los requerimientos técnicos, jurídicos y financieros de las ofertas de manera objetiva y de conformidad con el pliego de condiciones y la normatividad aplicable.

[...] la Ley 1882 de 2018 no pretende amarrar a la administración obligándola a adjudicar o ponderar a un proponente que no ha cumplido con los requisitos razonables y objetivos establecidos en el pliego, pues esto llevaría a la administración a violentar el ordenamiento jurídico constitucional, administrativo, incluso penal.

Tampoco podría asegurarse que dicha norma pretende convertir el informe de evaluación en un acto definitorio ni obligatorio, puesto que la adjudicación continúa siendo el medio por el cual se concluye el procedimiento.

Por lo tanto, si antes de la adjudicación por cualquier medio, la entidad se entera o se da cuenta que un proponente calificado como hábil y a quien se le está ponderado y quizás adjudicando no cumple con los requisitos del pliego de condiciones sería absurdo que se le exigiera seguir con el proceso sin modificar dicha condición, haciéndose caso [sic] omiso a los hechos reales y concretos, que la llevaría a tomar una decisión en contra del derecho.

La Ley 1882, en efecto, establece un límite para los proponentes frente a los temas sobre los que debe pronunciarse y la oportunidad para hacerlo, más en ninguna parte, dicha norma determina una limitante o prohibición a la Entidad de evaluar a plenitud a los oferentes y asegurarse hasta la adjudicación que las evaluaciones efectuadas se ajusten al derecho y a los pliegos de condiciones dando cumplimiento a sus deberes legales.

Es por ello que en mi calidad de Ordenador del Gasto del FDLBU en uso de mis facultades legales y en consideración de información objetiva y verificable he pedido al comité evaluador que revise a el informe de evaluación habilitante y económico ajustándolo a los pliegos de condiciones y la normatividad aplicable y en garantía del derecho de audiencia permitiré que los proponentes se manifiesten al respecto.”

3.25. Acto seguido, el comité evaluador del FDLBU se pronunció sobre las observaciones formuladas por los proponentes, en el mismo sentido expuesto por el ordenador del gasto. Luego de agotar la etapa de respuesta a las observaciones, la entidad demandada presentó el informe final de evaluación de requisitos habilitantes, el cual da cuenta de que solo 18 proponentes resultaron habilitados.



Seguidamente, la entidad corrió traslado del informe final, oportunidad en la que el Consorcio Vial P&P reiteró su inconformidad en punto al no reconocimiento del incentivo por concepto de la vinculación de personas en condición de discapacidad, así como también señaló las irregularidades que se presentaron en cuanto a la oportunidad otorgada en audiencia de adjudicación para subsanar las propuestas.

3.26. Luego de brindar respuesta a las observaciones, la entidad demandada publicó el informe final de calificación de las propuestas, el cual evidencia que 3 ofertas fueron rechazadas porque en el componente económico omitieron valores fijos requeridos en el pliego de condiciones. En consecuencia, la asignación del puntaje en aplicación de los criterios establecidos en el pliego de condiciones fue efectuada a partir de las 15 propuestas presentadas por los oferentes que resultaron habilitados y que no fueron rechazadas en la etapa de calificación de las propuestas, ejercicio a partir del cual la sociedad Concretos Asfálticos de Colombia S.A. obtuvo el mayor puntaje con 89.94 puntos, mientras que el Consorcio Vial P&P obtuvo un puntaje de 78.84.

3.27. En consecuencia, el comité evaluador recomendó al ordenador del gasto de la entidad demandada adjudicar el contrato de obra a la sociedad Concretos Asfálticos de Colombia S.A. De ahí que, mediante Resolución No. 327⁴² del 4 de septiembre de 2018, el FDLBU acogiera la recomendación efectuada por el comité evaluador y, en dicho orden, adjudicara el contrato de obra a la sociedad Concretos Asfálticos de Colombia S.A.

3.28. De acuerdo con lo anterior, el 7 de septiembre de 2018 el Fondo y la sociedad Concretos Asfálticos de Colombia S.A. suscribieron el contrato de obra No. 116 de 2018.

4. Caso concreto

4.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, en tanto consideró que la actuación desplegada por la entidad demandada en el marco del procedimiento de selección, al permitir la subsanación de requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas en el desarrollo de la audiencia de adjudicación, no comportó una conducta reprochable. Por el contrario, estimó que esta actuación obedeció a una lectura finalista de las disposiciones normativas que rigen la contratación estatal, según la cual se debía permitir la subsanación de requisitos no puntuables en garantía de la pluralidad y el debido proceso al que se debe sujetar este procedimiento administrativo.

De otra parte, en lo que respecta al incentivo por vincular personas en condición de discapacidad, el Tribunal consideró que la entidad actuó conforme a derecho al no otorgar el puntaje por dicho concepto al Consorcio Vial P&P. Sobre este particular, explicó que el demandante no tenía derecho a este incentivo porque la certificación presentada para el reconocimiento de este incentivo fue expedida por el Ministerio del Trabajo en favor de una persona diferente a los integrantes del Consorcio Vial P&P.

El recurso de apelación se dirigió a cuestionar la sentencia recurrida, por cuanto, a diferencia de lo concluido por el Tribunal *a quo*, la parte demandante estima que la

⁴² CD – fl 18, C. Pruebas, archivo denominado “Anexo No. 14 – Resolución de Adjudicación”.



decisión de otorgar una nueva oportunidad para subsanar los requisitos exigidos en el pliego de condiciones desconoció principios rectores de la contratación estatal, al paso que advirtió que dicha oportunidad en realidad comportó la posibilidad de complementar las propuestas, lo cual difería sustancialmente de la posibilidad de subsanar. En el mismo sentido, la parte recurrente sostiene que la entidad demandada erró al no asignarle el puntaje establecido en el pliego de condiciones por concepto de vinculación de trabajadores en condición de discapacidad, pues allegó todos los documentos necesarios para acceder al incentivo.

4.2. Bajo este contexto, la Sala anticipa que confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, porque considera que la actuación desplegada por la entidad accionada en el marco del procedimiento de selección, al requerir a los oferentes para que presentaran la certificación de disponibilidad del laboratorio durante el desarrollo de la audiencia de adjudicación, se ajustó a lo preceptuado por varios de los principios que deben regir la actuación en materia precontractual, así como también a lo dispuesto en el pliego de condiciones mismo y en la Circular Externa de la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente”. Sumado a lo anterior, la Sala advierte que en este caso no cuenta con elementos probatorios suficientes para concluir que los oferentes hubieren complementado sus ofrecimientos, con ocasión de la oportunidad brindada por el Fondo para que presentaran la certificación de disponibilidad del laboratorio.

De otra parte, la Sala estima acertada la decisión del *a quo* de no reconocer el puntaje por concepto de la vinculación de personas en condición de discapacidad a la sociedad actora, en tanto los documentos acompañados con la propuesta del Consorcio Vial P&P no permitían tener por demostrados los requisitos establecidos en el Decreto 392 de 2018 para acceder al incentivo establecido por el referido concepto. En todo caso, tal y como lo concluyó el Tribunal, el reconocimiento de este puntaje en favor del demandante no lo habría hecho merecedor de la adjudicación del contrato.

Como consecuencia de todo anterior, la Sala no accederá al reconocimiento de los perjuicios cuya indemnización persigue la parte accionante, así como tampoco accederá a la pretensión de declarar la nulidad absoluta del contrato estatal, en tanto esta dependía de la anulación del acto de adjudicación.

Para mayor organización y claridad, a efectos del examen de validez del acto acusado de cara a los cargos del recurso de apelación, la Sala expondrá su análisis abordando separadamente los siguientes aspectos, en su orden, a saber:

- (i) El régimen de subsanabilidad de las propuestas en el ordenamiento jurídico colombiano
- (ii) La legalidad de la actuación desplegada por la entidad demandada en el caso objeto de estudio.
- (ii) Los motivos por los cuales no resulta posible concluir que los oferentes hubieren complementado su ofrecimiento.
- (iii) Las razones por las cuales el Consorcio Vial P&P no tenía derecho al incentivo por concepto de vinculación de personas en condición de discapacidad.



4.2.1. El régimen de subsanabilidad de las propuestas en el ordenamiento jurídico colombiano

De conformidad con lo prescrito en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal se erige como uno de los instrumentos por medio de los cuales el Estado cumple sus fines esenciales. Para lograr la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, el Estado requiere de bienes y servicios que obtiene a partir de la colaboración de los particulares, quienes deben ser contratados a través de los procedimientos de selección regulados en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

El proceso de formación de la voluntad de la Administración Pública, a diferencia de lo que ocurre en la contratación entre particulares, supone el agotamiento de un procedimiento eminentemente reglado. En efecto, el Estatuto de Contratación de la Administración Pública establece **(i)** los procedimientos de selección que deben ser adelantados para la contratación de bienes y servicios; **(ii)** las características de cada uno de estos procedimientos, con lo que define su procedencia en cada caso dependiendo de la necesidad específica que tenga la Administración Pública; **(iii)** las etapas que deben surtir para efectos de la escogencia del contratista, así como también las reglas y principios con base en los cuales debe adelantarse el respectivo procedimiento de selección y adoptarse la decisión final; y **(iv)** los presupuestos bajo los cuales debe suscribirse el contrato estatal.

En tal sentido, resulta razonable entender, como lo ha hecho la jurisprudencia de esta Corporación, que la Administración Pública no se encuentra en una posición de libertad absoluta para seleccionar a sus contratistas, en la medida en que “[...] *está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, inspirados en una doble finalidad: 1º asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato; y 2º evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación, de lo cual se deduce que la decisión de contratar y la adjudicación de un contrato no es una facultad enteramente discrecional de las entidades públicas que integran aquella*”⁴³.

En este punto viene bien anotar que la Ley 80 de 1993, tal y como lo ha reconocido la doctrina⁴⁴ y la jurisprudencia⁴⁵, es una ley eminentemente de principios que deben

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24715.

⁴⁴ “La Ley 80 de 1993 en su concepción inicial es una ley de principios, a diferencia del Decreto 222 de 1983, que era un cuerpo de reglas; [...] Cuando se afirma que la Ley 80 es una ley de principios, se está manifestando que se promulgó bajo la hipótesis de que ha de resultar aplicable tanto a situaciones presentes como futuras y que, sin importar el caso concreto que se esté presentando, o las circunstancias que lo rodeen, la norma debe proveer de los mecanismos necesarios para afrontarlo, por cuanto indica los valores que deben prevalecer. Por consiguiente, no se trata de un estatuto caracterizado por prohibiciones o por formalismos. Es, más bien, un conjunto de reglas sobre la administración de un contrato.” DÁVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Legis Editores S.A. Tercera Edición. Bogotá D.C. 2016, Pgs 26 – 27.

⁴⁵ “2.2.1. La Ley 80 de 1993 es, entonces, una ley esencialmente de principios de estirpe constitucional y desarrollo legal, por oposición al anterior estatuto de contratación (Decreto - ley 222 de 1983) que lo era absolutamente de reglas, lo cual constituye una diferencia sustancial en el entendimiento del estudio del derecho que informa la contratación estatal. Como atrás se señaló, la Ley 80 de 1993 contiene en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado y, en rigor, a los cuales se encuentran sujetos los procesos de selección que adelanten las entidades públicas cuando



guiar la actuación de la Administración Pública en el marco del procedimiento de selección⁴⁶, pero también cuenta con reglas que prescriben parámetros de conducta tendientes a permitir, mandar o prohibir. De ahí que la jurisprudencia de esta Sección haya entendido que “[...] *la Ley 80 de 1993 contiene en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado y, en rigor, a los cuales se encuentran sujetos los procesos de selección que adelanten las entidades públicas cuando deseen contratar bien bajo la modalidad de la licitación pública o mediante la contratación directa.*”⁴⁷

En esta línea, la Sala estima pertinente destacar que los principios son normas jurídicas de textura abierta que establecen criterios de conducta generales que rigen las relaciones jurídicas del Estado, por lo que permiten adoptar una posición específica ante una situación jurídica concreta. Los principios tienen una triple función en el ordenamiento jurídico en tanto “[...] *i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho.* [...]”⁴⁸. Las reglas, por su parte, son normas jurídicas que prescriben parámetros de conducta específicos tendientes a permitir, mandar o prohibir, por lo que su redacción es impersonal y concreta; aspecto este que limita su aplicación a aquellos eventos en los que la situación fáctica o jurídica se ajusta a sus preceptos.

Pues bien, en materia precontractual una de las reglas que representa mayor importancia para la escogencia objetiva del contratista es la relativa a la subsanabilidad de las propuestas que se presentan en el marco del procedimiento de selección. Al respecto, debe destacarse que desde la génesis del Estatuto de Contratación de la Administración Pública el Legislador pretendió impregnarle practicidad al procedimiento de selección y, en dicho contexto, apuntó a que las entidades estatales se concentraran en el estudio de “[...] *los requisitos indispensables para determinar la oferta más favorable, lo que les impedía justificar el rechazo con fundamento en formalidades insustanciales*”⁴⁹. De ahí que desde la expedición de la Ley 80 de 1993 se estableciera que no cualquier disconformidad entre el pliego de condiciones y las propuestas conducía a su rechazo, a diferencia

deseen contratar bien bajo la modalidad de la licitación pública o mediante la contratación directa.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24715.

⁴⁶ En este sentido, debe destacarse que el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 dispone que “*Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.*” En la misma línea, el artículo 28 de la misma Ley establece que “*En la interpretación de 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, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.*”

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24715.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005, expediente D-5521.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 17 de junio de 2024, exp. 48118.



de lo que ocurría en vigencia del Decreto 222 de 1983⁵⁰.

En el anterior sentido, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 disponía que “[...] *La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.*” De este modo, la Ley 80 de 1993 imponía de manera implícita a las entidades el deber de requerir a los participantes para que corrigieran los errores relacionados con requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas, en lugar de proceder a su rechazo de plano. Con todo, la norma comportó una dificultad no menor, en la medida en que no estableció criterios objetivos a partir de los cuales se pudieran identificar los requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas, por lo que eran las entidades estatales quienes debían determinarlo en cada caso, lo que a la postre conllevó situaciones de arbitrariedad y ambigüedad en el procedimiento de selección.

El numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 para, en su lugar, establecer un nuevo régimen de subsanabilidad de las ofertas que respetó las bases fundamentales contenidas en la norma derogada. En efecto, el parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 prescribió que *“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.[...]”*

En este punto es pertinente resaltar que el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, antes de definir los criterios relativos a la subsanabilidad de los ofrecimientos, diferenció los requisitos exigidos para participar en el procedimiento de selección que debían ser objeto de verificación por no implicar la asignación de puntaje, de aquellos

⁵⁰ Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado en los siguientes términos: *“Como punto de partida, la Sala recuerda que en el tema se presentó una ruptura ideológica entre los estatutos contractuales anteriores a la Ley 80 de 1993 (Decreto-ley 150 de 1976 y Decreto-ley 222 de 1983) y el régimen que impuso ésta. La diferencia consistió en que antes de 1993 era muy limitada la posibilidad que se concedía a los proponentes para “subsanar” los errores en que incurrían, para satisfacer las exigencias previstas en las leyes, decretos y sobre todo en el pliego de condiciones, porque en esa época prevaleció la cultura del formalismo procedimental, que sacrificó lo esencial o sustancial de las ofertas por lo procedimental.*

Esta ideología jurídica condujo a que las entidades rechazaran las ofertas, indiscriminada e injustificadamente, que no cumplían algunos requisitos establecidos en el pliego de condiciones y el resto del ordenamiento, bien porque se trataba de requisitos esenciales del negocio o bien de formalismos insustanciales, de esos que no agregaban valor a los ofrecimientos hechos. Por esto, se desestimaban propuestas aduciendo que ofrecían: especificaciones técnicas diferentes a las exigidas en el pliego, porque condicionaban la oferta, no acreditaban la capacidad para contratar, etc., lo que era razonable; no obstante, también se rechazaban por no aportar el índice de los documentos entregados, o una o más copias junto con el original, o por no adjuntar los documentos en el “orden” exigido por la entidad, etc. De esta manera, sucedió que muchas ofertas técnicas y económicas extraordinarias fueron rechazadas por obviar exigencias sustanciales del negocio; pero también por no cumplir aspectos adjetivos, que en nada incidían en la comparación de las ofertas y en general en el negocio jurídico potencial.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de noviembre de 2014, exp. 27986.



requisitos que sí comportaban el otorgamiento de puntaje y, por tanto, debían sustentar el análisis de comparación para la escogencia de la propuesta más favorable para la Administración Pública. De ahí que la Ley 1150 de 2007 permitiera superar la dificultad que devino de la aplicación del derogado numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en tanto brindó parámetros objetivos para identificar los requisitos subsanables, al paso que determinó la procedencia y oportunidad para la subsanación de tales requisitos.

Pese a lo anterior, el parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 fue modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, en cuya vigencia fue tramitado el procedimiento de selección, por lo que se erige como el régimen de subsanabilidad aplicable al caso concreto. El artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 definió los criterios de subsanabilidad de las propuestas, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA.

[...]

PARÁGRAFO 1o. *<Parágrafo modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.*

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

Como se observa, una de las importantes novedades introducidas por esta disposición normativa se refiere a la oportunidad para subsanar los ofrecimientos en cuanto a los requisitos que no otorgan puntaje, puesto que, en vigencia del texto original del parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, dicha oportunidad se extendía hasta la audiencia de adjudicación, siempre que la entidad a cargo del proceso lo requiriera en dicho momento⁵¹. Este aspecto fue aclarado por el citado artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, con el propósito de establecer que las entidades estatales tienen el deber de solicitar los documentos referidos a los requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas, al paso que los proponentes tienen el deber de presentar los documentos requeridos hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, so pena de rechazo de su ofrecimiento.

Resulta importante destacar que esta modificación hizo parte de una serie de medidas adoptadas por el Legislador para evitar prácticas colusorias con el objeto

⁵¹ Al respecto, debe indicarse que la oportunidad para subsanar se extendía hasta la audiencia de adjudicación, siempre que en el desarrollo de dicha diligencia la entidad directora del procedimiento de selección efectuara el requerimiento para el oferente presentara al documento ligado al requisito habilitante.



de fortalecer el sistema de compras públicas. En ese sentido, el Legislador determinó la necesidad de aclarar los criterios referidos a la oportunidad para subsanar las propuestas, teniendo en consideración que existían interpretaciones efectuadas a partir del texto original del parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que podían dar lugar a prácticas contrarias a los principios de eficiencia y transparencia que se deben observar en el proceso de selección. Así quedó consignado en la exposición de motivos de la Ley 1882 de 2018:

“Como se mencionó previamente, ha tomado fuerza una corriente interpretativa según la cual los proponentes pueden subsanar aquellos requisitos de la oferta que no afectan la asignación de puntaje hasta el día de la adjudicación, aun cuando el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, claramente dispone que la entidad contratante será quien solicite la subsanación.

Esta nefasta aseveración genera que, una vez conocidas las propuestas económicas y el orden de elegibilidad, los oferentes subsanen los ofrecimientos de acuerdo con sus propios intereses, de forma tal que se modifica el orden de elegibilidad, en detrimento de la eficiencia y transparencia de los procesos de contratación.

[...]

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, el plazo para que los oferentes puedan subsanar los requisitos de las propuestas que no afectan la asignación de puntaje, no es hasta el momento de la adjudicación, ni a discreción del proponente, sino por el contrario, es dentro del plazo que la entidad pública determine, bien sea en los pliegos de condiciones o en un acto administrativo posterior y que en todo caso debe ser anterior a la audiencia de adjudicación.

Como puede observar, no existe en principio una razón de peso para realizar esta modificación, toda vez que la norma vigente es suficientemente clara en este aspecto. Sin embargo, en la medida que existe una interpretación contraria que está siendo aplicada de forma generalizada, es necesario eliminar cualquier tipo de interpretación que afecte los principios de eficiencia y transparencia, por lo cual se propone modificar el parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, obligando a los proponentes a entregar la información susceptible de subsanación dentro de un plazo perentorio, antes de la audiencia de adjudicación y únicamente a solicitud de la entidad contratante.”

De cara a las anteriores consideraciones, la Sala entiende que lo pretendido por el Legislador fue aclarar que la oportunidad para subsanar los ofrecimientos solo procede por solicitud que haga la entidad a cargo del procedimiento de selección, con el objeto de superar las interpretaciones que sugerían que los oferentes podían hacerlo por iniciativa propia hasta la audiencia de adjudicación. Con el mismo propósito, la regla limitó la oportunidad para subsanar las propuestas hasta el término de traslado del informe de evaluación, aspecto en el cual el Legislador resaltó el carácter preclusivo del término para subsanar las propuestas.

4.2.2. La legalidad de la actuación desplegada por la entidad demandada en el caso objeto de estudio

La inconformidad de la parte accionante en este caso se contrae en la actuación desplegada por la entidad demandada durante el curso de la audiencia de adjudicación, en la cual se introdujo una modificación sustancial al normal desarrollo del procedimiento de selección. Ciertamente, el demandante cuestiona que, en esa



etapa procesal, la administración hubiera requerido a los oferentes para allegar la certificación de disponibilidad del laboratorio, actuación que —en su criterio— vulneró el principio de economía previsto en el régimen de contratación estatal, al desconocer la estructura procedimental previamente establecida para garantizar la selección objetiva. Según lo plantea, dicha conducta no solo implicó una alteración indebida de las reglas del procedimiento, sino que también desconoció el carácter preclusivo y perentorio de los términos del procedimiento de selección, en tanto permitió reabrir la etapa de subsanación cuando ya había sido formalmente cerrada.

Pues bien, para resolver este planteamiento, la Sala debe comenzar por señalar que en el expediente está demostrado que, en el marco de la audiencia de adjudicación, el FDLBU requirió a los oferentes para que subsanaran su propuesta en punto a la certificación de disponibilidad de un laboratorio que contara con los recursos mínimos para la valoración de asfaltos, materiales granulares y concreto, con el objeto de garantizar la estabilidad de la obra durante la ejecución del contrato.

De acuerdo con lo consignado en el acta de la audiencia de adjudicación, la actuación desplegada en los anteriores términos obedeció al hecho de que el comité evaluador de la entidad demandada, al revisar las propuestas con el objeto de proferir el informe de evaluación, omitió que la mayoría de los oferentes no acompañaron su propuesta con la certificación de disponibilidad del laboratorio; requisito que, por no otorgar puntaje, debía ser solicitado en los términos fijados en el parágrafo del 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018.

Sobre este particular contexto jurídico, la Sala debe aclarar que el régimen de subsanación contenido en el citado parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, no previó el escenario en el que la entidad a cargo del procedimiento de selección omitiera su deber de requerir documentos relativos a un requisito no necesario para la comparación de las propuestas, así como tampoco estableció la forma en que habría de superarse o sanearse este error. Por este motivo, ante el vacío normativo, la Sala considera que la actuación de la entidad demandada debía guiarse por los principios que rigen la contratación estatal, los principios de la función administrativa y los principios generales del derecho, los cuales, además de tener una función integradora del ordenamiento jurídico, deben ser observados en las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993.

No debe perderse de vista que, en materia de contratación estatal, estos principios no se limitan a cumplir una función orientadora o programática, sino que fungen como verdaderos criterios jurídicos cuya observancia resulta imperiosa en todas las etapas del proceso contractual. En ese sentido, su aplicación no puede entenderse como una simple facultad discrecional de la administración, sino como un mandato imperativo para adoptar decisiones que aseguren la coherencia institucional del procedimiento, el tratamiento equitativo de los oferentes y la legitimidad del resultado final. Así, frente a situaciones no previstas de manera expresa por la normatividad que rige la contratación estatal, como ocurre en el presente caso, la respuesta institucional debe procurar por una solución razonable, proporcionada y respetuosa del marco procedimental a la luz de los principios de la contratación estatal, los principios de la función administrativa y los principios generales del



derecho, de modo que se preserve la integridad del proceso de selección y la confianza legítima de los participantes.

Ahora bien, tal y como lo ha anunciado la parte accionante de manera reiterada, el principio de economía es uno de los postulados que debe ser observado en la etapa precontractual, y una de sus manifestaciones apunta a que los procedimientos de selección se adelanten en las etapas estrictamente necesarias para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable, dentro de los términos preclusivos y perentorios⁵² establecidos para el efecto. La jurisprudencia⁵³ de esta Sección se ha ocupado de explicar el carácter preclusivo y perentorio de los términos de las etapas que integran el procedimiento de selección, punto en el cual ha establecido que el término preclusivo es aquel que clausura una etapa sin posibilidad de replantear lo decidido en ella; mientras que el término perentorio ha sido definido como aquel plazo obligatorio cuyo agotamiento extingue la facultad o derecho que no se ejerció.

De esta forma, resulta razonable considerar que, en vigencia del actual régimen de subsanabilidad de las propuestas, agotado el término de traslado del informe de evaluación fenece la etapa para subsanar los ofrecimientos y, con ello, la oportunidad para corregir los defectos en punto a los requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas. Con todo, la Sala estima que esta regla no podía ser aplicada de manera absoluta en el caso concreto, pues, tal y como lo evidencia el particular entorno jurídico que precedió la actuación cuestionada por el actor, un error de la entidad demandada fue lo que impidió a la mayoría de los oferentes subsanar su propuesta dentro del término establecido en la ley. Así entonces, la Sala estima que en el caso concreto la aplicación estricta y literal del principio de economía debía ceder ante el inminente desconocimiento de otros principios que también deben ser respetados en la etapa precontractual, con el fin de salvaguardar la finalidad perseguida con el procedimiento de selección.

En criterio de la Sala, una postura como la sugerida por la parte accionante, que apunta al rechazo de las propuestas que no pudieron ser subsanadas por un error de la Administración, implicaría el desconocimiento injustificado del principio de debido proceso, que, en el ámbito de la contratación estatal, encuentra una de sus principales manifestaciones en el deber a cargo de las entidades de escoger al contratista con pleno respeto de las etapas propias de cada procedimiento de selección. Sobre el particular vale la pena señalar, como naturalmente deviene de lo explicado en esta providencia judicial, que una de las etapas que integra el procedimiento administrativo de selección es la etapa de subsanación de los ofrecimientos en lo relativo a aquellos requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas. En este punto viene bien anotar que la Jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que esta etapa comporta “[...] una carga inherente a la administración, en el contexto del deber de verificación del cumplimiento de las

⁵² Sobre este particular, el numeral 1 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: 1o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> 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. [...]”

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, exp. 16209.



*exigencias y requisitos efectuados en el pliego por parte de la entidad pública y se convierte indefectiblemente en un derecho del proponente*⁵⁴.

En línea con lo anterior, de acuerdo con los criterios definidos por el Legislador para el régimen de subsanabilidad de las propuestas, debe indicarse que el debido agotamiento de la etapa de subsanación depende de la adecuada evaluación de las propuestas, tarea que incumbe de manera exclusiva y excluyente a la entidad estatal a cargo del procedimiento de selección. En efecto, el ejercicio del derecho que tienen los proponentes a corregir su propuesta está supeditado a que la entidad estatal, en el trámite de la verificación de los requisitos que no comportan la asignación de puntaje, advierta irregularidades en la prueba de estos requisitos y requiera la subsanación de las falencias anotadas. Sobre este particular no debe perderse de vista que uno de los motivos que llevaron al Legislador a modificar el régimen de subsanabilidad de las propuestas fue justamente aclarar que la oportunidad para corregir solo procede por solicitud que haga la entidad a cargo del procedimiento de selección.

De ahí que un error de la entidad en el trámite de la verificación de los requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas podría conllevar el aniquilamiento injustificado de una etapa que fue incluida en el procedimiento administrativo para asegurar la escogencia objetiva del contratista, así como también el desconocimiento injustificado de los derechos de los participantes en el proceso administrativo, lo cual resulta a todas luces inadmisibles. Una omisión de la envergadura anotada no puede generar efectos adversos para los proponentes que, de haber sido debidamente requeridos, habrían contado con la oportunidad legal para subsanar sus ofertas y continuar válidamente en el procedimiento. Admitir lo contrario, no solo comportaría quebrantar el principio de debido proceso que exige escoger el contratista con plena observancia de las etapas propias de cada procedimiento de selección, sino también vulnerar los derechos de los oferentes que participan en el trámite administrativo; irregularidades que, de materializarse en el campo práctico, resultarían más que suficientes para poner en tela de juicio la legalidad del acto de adjudicación.

En concepto de esta Subsección, las entidades estatales deben procurar por respetar el debido agotamiento de las etapas previstas en el ordenamiento jurídico para la selección objetiva del contratista, así como también por garantizar los derechos de los oferentes que participan en el procedimiento administrativo. Ahora bien, la Sala no pasa por alto que en materia precontractual las etapas del procedimiento administrativo están ligadas a unos términos perentorios y preclusivos cuyo agotamiento, como anteriormente se anotó, comporta su clausura y la extinción de la facultad o derecho que no se ejercitó, con el objeto de brindarle celeridad al trámite administrativo. Con todo, la Sala estima que, ante errores en la verificación de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, que comprometan el derecho a corregir que tienen los oferentes, la entidad estatal, de manera excepcional, debe hacer prevalecer el debido agotamiento de la etapa que comporta el derecho sustancial a subsanar, sobre la preclusividad y perentoriedad de los términos ligados a ella.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de julio de 2015, exp. 40660.



No puede perderse de vista que la etapa concebida para la subsanación de las propuestas tiene una relación directa e inescindible con la satisfacción de la finalidad propia del procedimiento de selección, que no es otra distinta que asegurar la escogencia de la oferta más favorable para la entidad. De hecho, su regulación en el ordenamiento jurídico se ubica en el entorno del deber de selección objetiva, porque la razón que justifica su existencia está dada por el hecho de que la Administración Pública cuente con elementos suficientes para escoger la oferta más favorable. De este modo, al margen de que la subsanabilidad de las propuestas también se identifique con los mandatos de eficacia y economía, lo cierto es que su esencia busca garantizar la oportunidad de corregir los defectos de las propuestas con el objeto de asegurar el derecho de participación de los oferentes, lo cual evita que el procedimiento administrativo se vea frustrado por la escogencia de una propuesta que no represente los mayores beneficios para la Administración Pública.

Por su parte, resulta claro que el carácter perentorio y preclusivo de los términos del procedimiento de selección está dado por la necesidad de brindarle celeridad al trámite administrativo, buscando que la entidad estatal agote el trámite administrativo de la manera más eficiente, esto es, sin posibilidad de replantear lo decidido en cada una de las fases necesarias para adoptar la decisión final. Con todo, para la Sala, si bien la preclusión de las etapas procesales constituye una garantía del principio de economía y del orden procedimental, su aplicación no puede desentenderse de las circunstancias particulares que rodean cada actuación administrativa. Así, en aquellos supuestos en los que la imposibilidad de subsanar las propuestas no sea atribuible a la actuación u omisión de los oferentes, sino a un error imputable a la entidad contratante, se debe hacer prevalecer la etapa que comporta el derecho a subsanar sobre la preclusividad y perentoriedad de los términos ligados a dicha etapa.

En el anterior sentido, corresponde a la administración procurar que el desarrollo del procedimiento preserve el equilibrio entre la aplicación de reglas claras y el respeto a los derechos de quienes actúan de buena fe en el marco del proceso de selección. Así, la valoración del cumplimiento de los requisitos habilitantes debe considerar, con criterio razonable y proporcional, el contexto en el que se produjo la omisión administrativa, de forma tal que la decisión final refleje un adecuado balance entre el rigor técnico del procedimiento y la vigencia efectiva del deber selección objetiva. Una actuación contraria, fundada en un entendimiento excesivamente rígido de la preclusión, comprometería no solo la finalidad del procedimiento, sino también el principio de responsabilidad administrativa frente a los efectos de sus propios errores.

Vale la pena anotar que lo considerado en los anteriores términos no comporta la creación de una nueva etapa de subsanación de los ofrecimientos. Lo explicado en esta providencia judicial parte de una situación irregular en el trámite de la evaluación de las propuestas que debe ser saneada, y que apunta a que la escogencia del contratista se haga bajo el debido agotamiento de las etapas previstas para el efecto, lo cual no solo garantiza el principio del debido proceso que debe ser observado en la etapa precontractual, sino también el derecho de los participantes en el procedimiento de selección. Así las cosas, la corrección de la omisión en el trámite de evaluación no puede entenderse como una ampliación discrecional del procedimiento ni como la introducción extemporánea de una nueva oportunidad para subsanar, sino como una medida necesaria para restablecer el



curso regular del proceso administrativo de selección, alterado por un yerro imputable a la administración.

De otra parte, la Sala estima que la postura sugerida por la parte accionante igualmente comportaría el desconocimiento del mismo principio de economía alegado por el demandante, pero en otras de sus manifestaciones que busca priorizar lo sustancial sobre lo formal. Al respecto, debe destacarse que, en desarrollo del principio de economía, la doctrina ha admitido que en el marco del proceso de selección se pueden presentar irregularidades o yerros procedimentales que pueden llegar a comprometer la selección objetiva del contratista. La doctrina también ha reconocido que estas irregularidades o yerros pueden provenir de la misma entidad estatal a cargo del procedimiento de selección, por lo que el principio de economía impone el deber de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar el procedimiento de selección a través de un acto administrativo que busque sanear el defecto en los términos del artículo 49 de la Ley 80 de 1993⁵⁵.

En el mismo sentido, el principio de eficiencia, de conformidad con lo prescrito en el artículo 3 del CPACA, establece que las “[...] *las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa*”.

Bajo el anterior contexto, la Sala observa que la actuación desplegada por la entidad demandada en el trámite de la audiencia de adjudicación se enmarcó en los precisos parámetros de los principios de economía y eficiencia. Ciertamente, ante la observación planteada por el Consorcio Vial P&P —hoy demandante—, la entidad advirtió que la mayoría de los oferentes no acompañaron su propuesta con la certificación de disponibilidad del laboratorio, así como también que en la oportunidad debida omitió requerir a los proponentes para que subsanaran su propuesta en este aspecto. De este modo, con el objeto de sanear la irregularidad que se materializó por su propia omisión, la entidad requirió a los oferentes para que subsanaran su propuesta en punto a la certificación de disponibilidad, lo que evidencia la finalidad de salvaguardar el procedimiento administrativo ante la materialización de un error de estirpe procedimental que pudo ser corregido, sin que ello afectara los derechos de los demás oferentes.

En estas circunstancias particulares que aquí se presentaron, la postura sugerida por la parte accionante también conduciría la vulneración del principio de igualdad que debe observarse en la etapa precontractual y que, en el ámbito de la contratación pública, se concreta en “[...] *la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la administración, y gozar de las mismas oportunidades* [...]”⁵⁶. En efecto, admitir la tesis expuesta en el libelo introductorio conllevaría un tratamiento privilegiado para los oferentes que —como el Consorcio Vial P&P— sí lograron subsanar sus ofrecimientos con ocasión de las solicitudes que fueron formuladas en el informe de evaluación publicado por el comité evaluador, en detrimento de aquellos que no lo hicieron por el error en que

⁵⁵ DÁVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Legis Editores S.A. Tercera Edición. Bogotá D.C. 2016, Pg 257.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24715.



incurrió la entidad directora del proceso en este caso. En este aparte particular, no debe perderse de vista que el demandante fue inhabilitado en el informe preliminar de evaluación de las propuestas y que, por cuenta de la oportunidad otorgada al correr traslado del informe de evaluación de las propuestas, fue habilitado por el comité evaluador.

De esta manera, contrario a lo afirmado por el demandante en su alzada, lo cierto es que la actuación desplegada por la entidad demandada en este caso, al otorgar la oportunidad de subsanar las propuestas frente a requisitos no necesarios para la comparación de los ofrecimientos, comportó una conducta ajustada al principio de igualdad que debe predicarse de todos los participantes en el procedimiento de selección.

En este punto, conviene agregar que la parte accionante no estaba en condiciones de denunciar un tratamiento diferenciado en favor de los oferentes que no acompañaron su propuesta con la certificación de disponibilidad del laboratorio, puesto que no se encontraba en la misma situación jurídica que afrontaron aquellos, esto es, no resultó afectada con la omisión en que incurrió la demandada al no otorgar la oportunidad para subsanar un requisito no necesario para la comparación de las propuestas, pues allegó la certificación con su ofrecimiento.

En cualquier caso, lo cierto es que los reparos concretos formulados en relación con el desconocimiento del principio de igualdad evidencian que la inconformidad del demandante en este punto se centra en el hecho de que los oferentes que sí cumplieron el requisito referente a la disponibilidad del laboratorio hubieren sido equiparados injustamente con aquellos que no lo hicieron; argumentación que, en criterio de la Sala, escapa de la órbita de este principio. Sobre este particular, resulta de vital importancia destacar que el argumento propuesto en los anteriores términos apunta a que la entidad mantuviera el error que afectó la igualdad de oportunidades en el marco del procedimiento de selección; aspecto que, en definitiva, resulta contrario al principio de igualdad.

Sumado a todo lo expuesto, la Sala resalta que la actuación de la entidad accionada en el procedimiento de selección se ajustó a lo preceptuado en el mismo pliego de condiciones. En efecto, el numeral 6.1 del pliego de condiciones contempló la posibilidad de realizar subsanes adicionales a los indicados en el informe de evaluación de las propuestas, así:

“6. EVALUACIÓN DE LA PROPUESTA

6.1. SOLICITUDES DE SUBSANES Y ACLARACIONES

Cuando el FDLBU solicite la subsanación de requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las ofertas en el documento solicitud de subsanación de requisitos habilitantes o en su defecto en la solicitud de subsanación, los proponentes deberán allegarlos durante el término de traslado del informe de evaluación de las propuestas de conformidad con lo señalado en el parágrafo 1 del Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el Artículo 5 de la Ley 1882 de 2018.

[...]

Si en desarrollo del proceso de selección se requiere realizar subsanes adicionales a los indicados en el informe respectivo, las solicitudes serán realizadas mediante



comunicación remitida a la dirección electrónica suministrada por el proponente, desde el correo electrónico contratacionbunidos12@gmail.com y publicadas en el SECOP. [...]

En el mismo sentido, la conducta desplegada por la entidad demandada en este caso se ajustó a lo establecido en la Circular Externa Única del 16 de julio de 2018, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente”. Esta circular fijó criterios orientadores sobre la subsanación de las propuestas en asuntos que no comportan la asignación de puntaje, y, en dicho contexto, estableció lo siguiente:

“[...] 6. Subsananabilidad

Directrices sobre la subsanación de ofertas en asuntos que no otorgan puntaje en los Procesos de Contratación: [...]

6.6 Informe de evaluación en proceso de licitación para obra pública [...]

En el evento en que la Entidad Estatal no haya requerido en el informe preliminar de evaluación documentos subsanables, debe requerir a ese proponente otorgándole un término igual al establecido para el traslado del informe preliminar de evaluación, con el fin de que los allegue. En caso de que sea necesario, la Entidad Estatal deberá ajustar el Cronograma. [...]

Como puede apreciarse, la conducta del Fondo no solo encuentra respaldo en el marco legal aplicable, sino también en las reglas particulares del proceso de selección y en los criterios orientadores impartidos por la autoridad nacional en materia de contratación pública. En efecto, el pliego de condiciones incorporó expresamente la posibilidad de requerir subsanaciones adicionales a las inicialmente previstas en el informe de evaluación, lo que otorga fundamento normativo interno suficiente para justificar la actuación cuestionada. Asimismo, la Agencia Nacional de Contratación Pública, aun cuando no tenga una función reguladora ni mucho menos reglamentaria y, en dicho orden, solo emita conceptos orientadores en materia de contratación pública, lo cierto es que avaló expresamente este tipo de requerimientos, incluso una vez finalizado el análisis preliminar.

En ese sentido, lejos de constituir una transgresión al debido proceso o a los principios de la contratación estatal, la conducta de la administración se alinea con los mecanismos de corrección previstos en la regulación aplicable, orientados a garantizar que el proceso de selección se surta con criterios de objetividad, participación efectiva y transparencia, y a evitar que errores formales impidan considerar propuestas potencialmente idóneas para la satisfacción del interés público.

Vistas así las cosas, la Sala concluye que la actuación de la entidad accionada en el marco del procedimiento de selección, en el sentido de requerir a los oferentes para que presentaran la certificación de disponibilidad del laboratorio durante el desarrollo de la audiencia de adjudicación, se ajustó a lo preceptuado por los principios que deben regir la actuación en materia precontractual, así como también a lo dispuesto en el pliego de condiciones y en la Circular Externa de la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente”.



Por lo anterior, no prospera el cargo de nulidad propuesto con fundamento en el desconocimiento del principio de economía y de igualdad que deben guiar la actuación administrativa en materia contractual.

4.2.3. Los motivos por los cuales no resulta posible concluir que los oferentes hubieren complementado su ofrecimiento

De antaño, la jurisprudencia de esta Corporación ha definido el alcance del derecho que tienen los proponentes de subsanar sus ofrecimientos, punto en el cual ha establecido que los proponentes deben cumplir los requisitos habilitantes en el momento en que presentan su ofrecimiento, de manera solo pueden subsanar las falencias o inexactitudes que deriven del análisis de la documentación que acompañen con su propuesta para demostrar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones. En este aspecto, esta Corporación se ha pronunciado en los siguientes términos:

“[...] En este punto, hay que diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen: lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe.

Lo anterior supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993”⁵⁷.

En desarrollo de lo anterior, el extremo activo reprocha que la oportunidad otorgada en el trámite de la audiencia de adjudicación en realidad permitió que los proponentes hubieren acreditado una circunstancia que no cumplían en el momento del cierre del procedimiento de selección, lo que afectó las garantías de igualdad, economía, transparencia y legalidad.

Al respecto, la Sala considera necesario destacar que la actora y la entidad demandada no allegaron al expediente las certificaciones de disponibilidad del laboratorio presentadas por los oferentes, con ocasión del requerimiento efectuado en el trámite de la audiencia de adjudicación. Si bien el Fondo al contestar la demanda manifestó haber allegado en medio magnético copia de todo lo actuado en el trámite administrativo, lo cierto es que, una vez revisado el contenido del CD presentado con dicho propósito, se advierte que no reposan las certificaciones que se echan de menos.

De conformidad con lo anterior, la Sala no cuenta con elementos probatorios suficientes para concluir que los oferentes hubieren complementado sus ofrecimientos, con ocasión de la oportunidad brindada por el Fondo para que presentaran la certificación de disponibilidad del laboratorio. En efecto, la imposibilidad de estudiar el contenido de las certificaciones impide determinar si, como lo señaló el demandante, los oferentes complementaron sus ofrecimientos

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de noviembre de 2014, exp. 29855.



luego del cierre del procedimiento de selección o si, por el contrario, contaban con la disponibilidad del laboratorio desde antes del referido momento.

A lo anterior debe agregarse que el solo hecho de que los proponentes no hubieren acompañado con su ofrecimiento la certificación requerida en el trámite de la audiencia de adjudicación, no permite inferir que no cumplieran lo exigido en el pliego de condiciones. Justamente, la razón de ser de la etapa de subsanación de las propuestas procura que los oferentes tengan la posibilidad de acreditar el cumplimiento de requisitos que ostentan pero que no pudieron ser allegados al procedimiento de selección; o que, habiendo sido allegados, generan dudas que pueden ser superadas a partir de la radicación de otros documentos.

Ahora bien, en el expediente está acreditado que el FDLBU permitió a los participantes allegar certificaciones de disponibilidad del laboratorio con fecha posterior al momento del cierre del procedimiento administrativo. Con todo, la Sala estima que esa sola circunstancia no permite tener por demostrado que la entidad hubiere permitido la complementación de las propuestas, en la medida en que la habilitación otorgada a los participantes solo implicaba demostrar el cumplimiento del requisito a través de un documento con una fecha posterior. En estos términos, lo permitido a los participantes fue que acreditaran que contaban con la disponibilidad del laboratorio desde que presentaron su propuesta a partir de un documento con una fecha posterior a la fecha de cierre, más no que contrataran el laboratorio requerido y, en dicho orden, cumplieran el requisito exigido en el pliego de condiciones, con posterioridad al requerimiento efectuado en el trámite de la audiencia de adjudicación, como pareció entenderlo la parte accionante.

De acuerdo con lo expuesto, no prospera el cargo de nulidad propuesto con base en la complementación de los ofrecimientos presentados por aquellos proponentes que no acompañaron su propuesta del certificado de disponibilidad del laboratorio.

4.2.4. Las razones por las cuales el Consorcio Vial P&P no tenía derecho al incentivo por concepto de vinculación de personas en condición de discapacidad.

El capítulo sexto del pliego de condiciones estableció los factores ponderables que debían ser observados para efectos de asignar el puntaje, entre los cuales figuraba el incentivo por la vinculación de trabajadores en condición de discapacidad. Para acceder al puntaje establecido por este concepto, el pliego de condiciones determinó que los oferentes debían dar cumplimiento a los requisitos exigidos en el Decreto 392 de 2018, cuyo artículo 1°, que adicionó el Decreto 1082 de 2015, exigía acreditar lo siguiente:

- (i) El número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente, a partir de una certificación expedida por el mismo proponente o su revisor fiscal; y
- (ii) El número de personas en condición de discapacidad que integraban su planta de personal, con base en una certificación emitida por el Ministerio del Trabajo.

En este último punto, conviene agregar que el Decreto 392 de 2018 estableció que en aquellos casos en que la propuesta fuera presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, se tendría en cuenta la planta de personal



del integrante del proponente plural que aportara, como mínimo, el 40% de la experiencia requerida para la respectiva contratación.

A partir de lo anterior, se debía asignar el puntaje a quienes acreditaran el número mínimo de trabajadores con discapacidad, señalados a continuación:

Número total de trabajadores de la planta de personal del proponente	Número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido
Entre 1 y 30	1
Entre 31 y 100	2
Entre 101 y 150	3
Entre 151 y 200	4
Más de 200	5

En el expediente obra la propuesta presentada por el Consorcio Vial P&P, integrado por las sociedades Promciviles S.A.S. y Promotora Puga Ltda. El contenido de esta propuesta acredita que, para efectos de cumplir con los presupuestos exigidos para el reconocimiento del incentivo por vinculación de trabajadores en condición de discapacidad, el Consorcio Vial P&P presentó los siguientes documentos:

(i) Certificación del 19 de julio de 2018 expedida por el representante legal de la sociedad Promotora Puga Ltda y su revisor fiscal, por medio del cual hacen constar que Luis Orlando Pulido García, socio de Promotora Puga Ltda., cumplía con lo establecido en el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, esto es, con los requisitos exigidos para ser preferido en igualdad de condiciones en los procesos de licitación pública, en tanto contaba con una nómina con participación de personas en condición de discapacidad.

(ii) Certificación del 30 de mayo de 2018, por medio de la cual el Ministerio del Trabajo hizo constar que Luis Orlando Pulido García, socio de Promotora Puga Ltda., contaba con una planta de personal conformada por un trabajador, que ese trabajador estaba en condición de discapacidad, y que la vinculación laboral del trabajador con el señor Pulido García era superior a un año.

(iii) Convenio de sustitución patronal suscrito el 20 de junio de 2018 entre Luis Orlando Pulido García y Promotora Puga Ltda., por medio del cual la sociedad asumió la posición de empleador respecto del señor Diego Orlando Orozco García, esto es, el único trabajador que tenía a su cargo el señor Pulido García. De esta manera, Promotora Puga Ltda. desplazó al señor Pulido García en el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que se desprendían de la relación de trabajo que aquel tenía con Diego Orlando Orozco García.

(iv) Anexo al contrato individual de trabajo entre Luis Orlando Pulido García y Diego Orlando Orozco García celebrado el 20 de junio de 2018, por medio del cual el señor Orozco García aceptó el acuerdo de sustitución patronal suscrito entre Luis Orlando Pulido García y Promotora Puga Ltda. y, por tanto, admitió como su nuevo empleador a la sociedad Promotora Puga Ltda.



La propuesta del Consorcio Vial P&P igualmente demuestra que la sociedad Promotora Puga Ltda., integrante del oferente plural con el cual se pretendía acreditar la vinculación laboral de trabajadores en condición de discapacidad, aportó una experiencia equivalente a 5.836 SMMLV, al paso que el presupuesto oficial estimado del procedimiento de selección era equivalente a 13.836 SMMLV.

Ahora bien, el FDLBU estimó que el Consorcio Vial P&P no tenía derecho al puntaje por concepto de vinculación de trabajadores en condición de discapacidad, porque su propuesta no fue acompañada de una certificación expedida a nombre del proponente o de sus integrantes, que demostrara la vinculación de trabajadores en condición de discapacidad. Adicionalmente, la entidad señaló que “[...] *la empresa promotora puga Ltda presenta el 25% de la experiencia acreditada, por tanto no se cumple con lo establecido en el Decreto 392 de 2018 [...]*”.

En criterio de la Sala, tal y como fue alegado en el recurso de apelación, el Fondo erró al fundar su decisión en un razonamiento meramente formal y, particularmente, al abstenerse de analizar los documentos presentados con la propuesta del Consorcio Vial P&P, para demostrar que la sociedad Promotora Puga Ltda. contaba con una planta de personal integrada por trabajadores en condición de discapacidad, por virtud de los efectos del convenio de sustitución patronal celebrado con Luis Orlando Pulido García.

En este punto, cabe anotar que la sustitución patronal es una figura jurídica regulada en el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, que opera cuando se materializa (i) un cambio de patrono por cualquier causa, (ii) la continuidad de la empresa o afinidad en sus operaciones; y (iii) continuidad del trabajador. En relación con la procedencia de esta figura, la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que la naturaleza *intuitu personae* que se predica del contrato de trabajo solo opera respecto de la parte de la relación laboral que presta el servicio, motivo por el cual ha admitido que el empleador puede ser reemplazado ya sea por la vía de la sustitución patronal o por la vía de la cesión de la posición contractual⁵⁸.

De acuerdo con lo anterior, el reemplazo de la figura del empleador de la relación laboral resulta admisible en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que el Fondo debió analizar los efectos jurídicos que produjo el convenio de sustitución patronal suscrito entre Promotora Puga Ltda. y Luis Orlando Pulido García, así como también determinar si la suscripción de dicho acuerdo permitió el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 392 de 2018 para acceder al incentivo por

⁵⁸ Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia puntualizó lo siguiente: “En este punto, importa aclarar que la naturaleza «*intuitu personae*» del contrato de trabajo como ya lo ha reconocido la Sala con antelación (CSJ SL13020-2017, CSJ SL6621-2017 y CSJ SL, 25 mayo 2010, radicado 38522) opera respecto del trabajador a quien se le encarga y quien se obliga a una prestación personalísima del servicio en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, mientras el empleador válidamente puede ser reemplazado como sucede en los eventos de sustitución de empleadores o por los efectos de una cesión contractual. No en vano, la muerte del trabajador tiene el efecto de terminar automáticamente el contrato de trabajo como lo señala el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, pero la del empleador sólo lo suspende, cuando éste sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo (artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo).” Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión N.º 4, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de abril de 2019, exp. SL1731-2019.



vinculación de personas en condición de discapacidad, en atención a la certificación expedida por el Ministerio del Trabajo en favor del señor Pulido García, que demostraba que aquel tenía un solo trabajador y que ese trabajador estaba en condición de discapacidad.

De otra parte, la Sala advierte que, contrario a lo considerado por la entidad demandada, la sociedad Promotora Puga Ltda. sí aportó la experiencia exigida en el Decreto 392 de 2018, para que su planta de personal fuera tenida en cuenta para estudiar la pertinencia de asignar el puntaje por concepto de este incentivo. Ciertamente, la referida sociedad aportó una experiencia equivalente a 5.836 SMMLV, cuantía que, inclusive, representaba un porcentaje superior al 40% del presupuesto oficial estimado del procedimiento de selección.

Con todo, la Sala estima que el demandante no tenía derecho al incentivo, porque no aportó una de las certificaciones que era indispensable para determinar si Promotora Puga Ltda. cumplía con el número mínimo de empleados en condición de discapacidad. Al respecto, resulta de vital importancia recordar que, para acceder al reconocimiento del incentivo, el Decreto 392 de 2018 exigía acreditar la vinculación laboral de un número mínimo de trabajadores en condición de discapacidad, el cual era determinado en función del número total de trabajadores que integraban la planta de personal del oferente. De ahí que dicho marco normativo, entre otros documentos, exigiera presentar una certificación del empleador o de su revisor fiscal que hiciera constar el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal a la fecha del cierre del proceso de selección.

Pese a lo anterior, el Consorcio Vial P&P no allegó con su propuesta la certificación que debía dar cuenta del número de empleados que conformaban la planta de personal de Promotora Puga Ltda. Por este motivo, lo cierto es que, en cualquier caso, resultaba imposible para la entidad demandada verificar si la planta de personal de Promotora Puga Ltda. cumplía con el número mínimo de trabajadores en condición de discapacidad exigido en el Decreto 392 de 2018.

Al margen de lo anterior, la Sala destaca que aun si se hubiere reconocido el puntaje por este concepto, el demandante no habría resultado adjudicatario. En este particular, basta retirar que el puntaje permitido por la vinculación de personas en condición de discapacidad era apenas de 1 punto y que el oferente mejor calificado en el orden de elegibilidad fue la sociedad Concretos Asfálticos de Colombia S.A. con un puntaje total de 89.94, mientras que el puntaje inicialmente asignado al Consorcio Vial P&P bajó a 78.84. De ahí que el reconocimiento del puntaje por este incentivo no habría modificado el orden de elegibilidad.

Vistas así las cosas, no prospera el cargo relacionado con el no otorgamiento del puntaje establecido en el pliego de condiciones por la vinculación de personas en condición de discapacidad. De igual modo, la Sala confirmará la decisión de negar el reconocimiento de los perjuicios cuya indemnización persigue la parte accionante, así como la pretensión formulada para que se declarara la nulidad absoluta del contrato estatal, en tanto estas dependían de la anulación del acto de adjudicación.

5. Costas

El artículo 361 del CGP prevé que *“las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en*



derecho". A su turno, los artículos 365⁵⁹ y 366⁶⁰ *ejusdem*, aplicables a los procesos contenciosos administrativos por remisión del artículo 188 del CPACA⁶¹, establecen que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de alzada, siempre que se demuestre en el expediente su causación; y su liquidación se realizará, de manera concentrada, por la secretaría del *a quo*, correspondiéndole a este juzgador la fijación de las agencias en derecho de segunda instancia, de acuerdo con las tarifas fijadas por el Consejo Superior de la Judicatura, y atendiendo a la naturaleza, calidad y cuantía del proceso, así como también la actuación desplegada por la parte vencedora.

Bajo este entendido, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, dado que se resolvió su recurso de manera desfavorable. Para tal efecto, el Tribunal de origen efectuará la liquidación y tasación de costas. La Sala no fijará agencias en derecho en esta instancia, dado que el Fondo de Desarrollo Local de Barrios Unidos no intervino en segunda instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 11 de noviembre de 2021, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al Consorcio Vial P&P, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el *a quo*, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 365.8 del C.G.P. En la liquidación no se incluirá el pago de agencias en derecho de la segunda instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, **ENVIAR** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

⁵⁹ "Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto [...]. // 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación [...]."

⁶⁰ "Artículo 366. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado. [...] 6. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda excederse el máximo de dichas tarifas".

⁶¹ "Artículo 188. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CPC".



FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Magistrada

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

GE2