

RÉGIMEN JURÍDICO – Federación Nacional de Departamentos – Entidad sometida a la Ley 80 de 1993 artículo 2 – Fiducia Pública – Aplicación de procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993 – Acto de adjudicación – Acto precontractual – Aplicación del EGCAP – Control de legalidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativo

"La FND es una entidad pública conformada por la asociación de entes territoriales, representadas por sus respectivos gobernadores debidamente autorizados, que administra recursos públicos, circunstancias que la ubican dentro del ámbito de aplicación del artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

Esta Subsección ha reiterado que "si la asociación se encuentra integrada de manera exclusiva por entidades territoriales, su régimen de contratación no puede ser otro distinto al previsto para estas. Así las cosas, como los contratos de los departamentos están sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública según el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, ese mismo marco normativo resulta aplicable a los contratos de la Federación Nacional de Departamentos".

En el asunto bajo estudio, la licitación tenía por objeto seleccionar una sociedad fiduciaria encargada de recaudar, administrar y girar recursos públicos. La escogencia del contratista debía adelantarse mediante los procedimientos previstos en el EGCAP, dado que la fiducia pública constituye una modalidad contractual expresamente regulada por ese régimen.

En este contexto normativo, la decisión de adjudicación es una manifestación unilateral de voluntad expedida en ejercicio de función administrativa. Se trata, por tanto, de un acto precontractual sometido al control de legalidad propio de esta jurisdicción."

DEFECTOS SUBSANABLES E INSUBSANABLES – Ley 80 de 1993 artículo 25 numeral 15 inciso 2 – Distinción – Artículo derogado Ley 1150 de 2007 artículo 5 – Requisitos habilitantes y factores de ponderación – Diferencias

Vale recordar que, en cuanto a la distinción entre defectos subsanables e insubsanables, el inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 disponía que la falta de requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas no constituye causal suficiente de rechazo, lo que dejaba en manos de la Administración tal distinción.

La anterior disposición fue derogada la Ley 1150 de 2007, que en su artículo 5º diferenció entre requisitos habilitantes y factores de ponderación o evaluación. Los primeros, relativos a la experiencia, la capacidad jurídica, financiera y de organización de los proponentes, no inciden en la asignación de puntaje y son únicamente objeto de verificación, mientras que, los segundos, corresponden a los criterios que permiten la evaluación comparativa de las propuestas.

Lo expuesto no derogó la prohibición contenida en el numeral 8º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 que proscribe la complementación, adición, modificación o mejora de las propuestas al momento de presentar observaciones al informe de evaluación.

REQUISITOS HABILITANTES – Demostración de idoneidad y capacidad del proponente para ejecutar el contrato proyectado – Requisitos habilitantes no otorgan puntaje – Término temporal para subsanar – Lo subsanable es únicamente la prueba de un hecho preexistente y no el requisito en sí mismo

El criterio jurisprudencial de la Corporación, incluso con anterioridad a la expedición de la Ley 1882 de 2018, es que los requisitos habilitantes constituyen exigencias básicas que deben acreditar los proponentes para demostrar su idoneidad y capacidad para ejecutar el contrato proyectado, que se justifican en el interés general, no otorgan puntaje y se verifican bajo el esquema “cumple o no cumple”.

La jurisprudencia sostuvo que el término previsto para la subsanación no constituye una facultad discrecional del proponente para complementar su propuesta en cualquier tiempo, sino el límite temporal dentro del que la entidad puede requerir la subsanación, debiendo el oferente atender el plazo específico otorgado para ello

Lo subsanable es únicamente la prueba de un hecho preexistente y no el requisito en sí mismo. No se puede subsanar aquello que no existe al momento de la presentación de la propuesta, so pena de incurrir en la complementación, adición o mejora de esta. Los proponentes deben cumplir con todos los requisitos exigidos, a más tardar en la fecha y hora de cierre del proceso de selección.

[...]

Para la Sala, la red bancaria era un requisito habilitante, porque tenía que ver con una base mínima para participar, cuya subsanación solo era admisible si la condición material existía al momento del cierre y entrega de las propuestas. Lo que no ocurrió.

[...]

En la propuesta de IMPOEX 2017, la acreditación de la red bancaria mínima se sustentó en las certificaciones de los bancos Davivienda S.A., BBVA Colombia S.A. y Bogotá S.A., sin incluir al Banco Agrario de Colombia S.A., como se observa, no se trató de la subsanación de un requisito preexistente, sino de la incorporación extemporánea de un nuevo elemento que mejoraba la propuesta, si se tiene en cuenta que el cierre del proceso se produjo el 7 de julio de 2017.



Radicación: 25000-23-36-000-2018-00114-01 (65.824)
Demandante: Fiduciaria Davivienda y otro
Demandado: Federación Nacional de Departamentos
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A
Consejera ponente: ZORANNY CASTILLO OTÁLORA

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil veintiséis (2026)

Radicación: 25000-23-36-000-2018-00114-01 (65.824)
Demandante: Fiduciaria Davivienda y otro
Demandado: Federación Nacional de Departamentos
Litisconsorte necesario por pasiva: Consorcio FIMPROEX 2017
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Temas: RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE DEPARTAMENTOS -FND- La contratación de la entidad se rige por la Ley 80 de 1993 y los actos de adjudicación constituyen actos administrativos / EXIGENCIA ARGUMENTATIVA DE LOS CARGOS DE ILEGALIDAD – Alcance y suficiencia / REQUISITOS HABILITANTES Y FACTORES DE EVALUACIÓN – Distinción / SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS – Lo subsanable es la prueba de una condición preexistente al cierre del proceso de selección; no es admisible incorporar posteriormente requisitos o elementos que no hacían parte de la oferta inicial.

1. La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia del 30 de octubre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, que negó las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

2. La Sala confirmará la sentencia apelada. Si bien la demanda contiene cargos de ilegalidad suficientes para habilitar el estudio de fondo, se acreditó que el Consorcio IMPOEX 2017 no cumplió oportunamente el requisito habilitante de red bancaria mínima.

3. La documentación aportada con posterioridad al cierre de la presentación de las propuestas no probó el requisito como un elemento preexistente, sino que incorporó una nueva condición, por lo que su rechazo se ajustó al régimen de subsanabilidad previsto en la Ley 1150 de 2007¹.

ANTECEDENTES

La demanda

4. El 8 de febrero de 2018², Fiduciaria Davivienda S.A. y Fiduciaria La Previsora S.A. demandaron en medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho a

¹La FND aperturó el proceso de selección en estudio, el 15 de junio de 2017, por tanto, inició antes de la expedición de la Ley 1882 de 2018, de ahí que no sea aplicable al presente asunto. En consecuencia, el análisis se efectuará con fundamento en el párrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 original: “Artículo 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca (...)

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

² Folios 16 – 27 del cuaderno 1.



Radicación: 25000-23-36-000-2018-00114-01 (65.824)
Demandante: Fiduciaria Davivienda y otro
Demandado: Federación Nacional de Departamentos
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

la Federación Nacional de Departamentos (FND), con las siguientes pretensiones:

i) La nulidad del acto de adjudicación de la Licitación Pública no. 001 de 2017. Como consecuencia, y a favor del consorcio IMPOEX 2017 se ordene a la FND, a título de indemnización, por la no adjudicación: i) el pago del 100% de la utilidad esperada; ii) la actualización de las sumas conforme al IPC³, y iii) el pago de intereses moratorios. Se condene en costas a la entidad demandada.

Hechos

5. El 15 de junio de 2017, la FND abrió la Licitación Pública no. 001 de 2017, cuyo objeto fue *“seleccionar a la sociedad fiduciaria, individualmente considerada, en consorcio o unión temporal, que ejecute un contrato de fiducia pública para el recaudo, administración y giro de los recursos del Fondo Cuenta de impuesto al consumo de productos extranjeros que administra la Federación Nacional de Departamentos”*.

6. Con la finalidad de participar en el proceso licitatorio, las demandantes conformaron el consorcio ⁴IMPOEX 2017(IMPOEX).

7. El 7 de julio de 2017, IMPOEX, junto con otros proponentes, Fidubancolombia-Fiduoccidente-FND-2017, IMCOPROEX y FIMPROEX 2017, presentaron propuestas dentro del proceso licitatorio.

8. En la evaluación preliminar se rechazó la propuesta de IMPOEX porque incumplió el requisito de capacidad técnica, al no acreditar el requisito de red bancaria mínima⁵, en los municipios de Mitú (Vaupés) y Puerto Inírida (Guainía).

9. El 14 de julio de 2017, durante el término de traslado del informe, IMPOEX aportó el documento de la disponibilidad de la red bancaria mínima exigida y aclaró que era una situación preexistente al cierre del proceso de selección.

10. IMPOEX solicitó la reconsideración de la evaluación de las propuestas de los consorcios Fidubancolombia – Fiduoccidente – FND - 2017 y FIMPROEX 2017, porque la comisión ofrecida no podía ser igual a cero (0) SMMLV, puesto que impedía asignar un puntaje a los demás oferentes.

11. La FND, en la respuesta a las observaciones, sostuvo que la acreditación de la capacidad técnica constituía un requisito habilitante, cuyo incumplimiento comportaba el rechazo de la oferta. Los documentos que allegó IMPOEX 2017 se expidieron después del cierre del proceso, lo que modificó o mejoró la propuesta, por ende, mantuvo la evaluación inicial y confirmó su rechazo. Precisó que el ofrecimiento de una comisión fiduciaria de cero (0) SMMLV estaba previsto en el pliego de condiciones.

12. En audiencia del 26 de julio de 2017, la FND adjudicó el proceso al consorcio FIMPROEX 2017⁶.

³ Índice de Precios al Consumidor.

⁴ Con una participación así: Fiduciaria Davivienda S.A. 55% y Fidupervisora S.A. 45%.

⁵ Pliego de condiciones numeral 3.3.1. del pliego de condiciones y la Adenda no. 1 del 30 de junio de 2017.

⁶ Consorcio integrado por Fiduciaria Bogotá S.A. y BBVA Asset Management S.A. Sociedad Fiduciaria.



Radicación: 25000-23-36-000-2018-00114-01 (65.824)
Demandante: Fiduciaria Davivienda y otro
Demandado: Federación Nacional de Departamentos
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Concepto de la violación

13. El demandante alegó que la FND desconoció el régimen de subsanabilidad de las ofertas. Conforme a la Ley 80 de 1993 y al parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, vigente para la época de los hechos, los requisitos que no inciden en la asignación de puntaje se pueden acreditar hasta antes de la adjudicación, por tanto, no tenía lugar al rechazo de la propuesta, pues la cobertura de red bancaria mínima era de esa naturaleza. Además, la norma no distingue entre cumplimiento material del requisito y su demostración documental.

14. La certificación que se allegó con posterioridad al cierre de la presentación de la propuesta no introdujo nuevas circunstancias, sino que acreditó una situación preexistente, lo que no puede asimilarse a una modificación o mejora de la oferta, máxime si la entidad no requirió oportunamente la documentación correspondiente.

15. Los correos y audios allegados con la demanda dan cuenta de que la Fiducia Davivienda solicitó y consiguió la disponibilidad bancaria por parte del Banco Agrario, entre el 29 de junio y el 6 de julio de 2017, por tanto, la disponibilidad de la red se configuró antes de la fecha de cierre del proceso, pese a que la certificación se expidió con fecha posterior.

16. Se vulneraron los principios de transparencia y selección objetiva, al admitir y calificar propuestas con una comisión fiduciaria de cero (0) SMMLV, en tanto ello tornó inaplicable el método de evaluación de las propuestas previsto en el pliego de condiciones. Se desnaturalizó el criterio de proporcionalidad y comparación objetiva de las propuestas.

17. Se le privó injustamente del derecho a ser adjudicatario. IMPOEX 2017 tenía el derecho porque presentó la propuesta más favorable consistente en una comisión fiduciaria del 0,01 SMMLV, el menor valor que permitía la aplicación del método matemático previsto.

Contestación de la demanda

18. La FND afirmó que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es improcedente, comoquiera que, celebrado el contrato, se debe demandar en controversias contractuales.

19. El proceso de adjudicación no presentó ninguna irregularidad. El rechazo de la propuesta de IMPOEX 2017 obedeció al incumplimiento del requisito habilitante de red bancaria mínima.

20. No es procedente el reconocimiento de perjuicios al no existir un derecho cierto a la adjudicación, ni un daño indemnizable, máxime cuando el proceso se definió mediante sorteo.

21. Formuló las excepciones de (i) ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia del medio de control; (ii) ausencia de fundamentos para invocar la nulidad del acto de adjudicación, por haber actuado conforme al pliego de condiciones; (iii) inexistencia del derecho a reclamar cuando el oferente pretende subsanar requisitos esenciales mejorando su oferta; (iv) cobro de lo no debido; y



Radicación: 25000-23-36-000-2018-00114-01 (65.824)
Demandante: Fiduciaria Davivienda y otro
Demandado: Federación Nacional de Departamentos
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

(v) actuación de la entidad amparada por el principio de buena fe en todas las etapas del procedimiento⁷.

22. **El consorcio FIMPROEX 2017⁸** contestó que el acto de adjudicación no es ilegal, la FND aplicó correctamente el régimen de subsanabilidad al rechazar la propuesta de IMPOEX 2017 por no cumplir un requisito habilitante indispensable y buscar su acreditación de manera extemporánea.

23. La evaluación económica de las propuestas respetó el principio de selección objetiva. El mayor puntaje se asignó a las propuestas con la menor comisión fiduciaria, siendo válida la propuesta de una comisión igual a cero (0) SMMLV. Formuló las excepciones de: (i) inexistencia de nulidad del acto de adjudicación y (ii) falta de certeza de la utilidad esperada⁹.

Sentencia de primera instancia

24. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 30 de octubre de 2019, negó las pretensiones de la demanda. Afirmó que los demandantes incumplieron la carga mínima de formular cargos de nulidad claros, ciertos, específicos y suficientes contra el acto de adjudicación.

25. Pese a lo anterior, “en gracia de discusión”, estudió de fondo y concluyó que la FND actuó conforme a la ley y al pliego al rechazar la propuesta de IMPOEX 2017. No se acreditó oportunamente el requisito habilitante de red bancaria mínima previsto en el numeral 3.3.1 del pliego, modificado en adenda no. 1 del 30 de junio de 2017.

26. La documentación aportada con posterioridad al cierre del procedimiento implicaba una modificación y mejora de la propuesta, proscrita por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en garantía a los principios de igualdad y transparencia.

27. Ante la falta de habilitación de la propuesta, es irrelevante analizar si era la más favorable, en tanto no se acreditó el cumplimiento integral de los requisitos del pliego, ni la existencia de un derecho cierto a la adjudicación.

28. Además, la FND resolvió el empate entre los proponentes, mediante el sistema de balotas, en los términos del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 y el numeral 6.3.4 del pliego de condiciones.

Recurso de apelación

29. Los demandantes apelaron. Argumentaron que La demanda sí individualizó el acto demandado, las disposiciones constitucionales y legales vulneradas y su concepto de violación¹⁰. Se reprochó la infracción de las normas en que debía

⁷ Fls. 47 – 62, C 1.

⁸ En auto del 29 de octubre de 2018, el magistrado ponente vinculó al proceso como litisconsorte necesario por pasivo al Consorcio FIMPROEX 2017 adjudicatario de la Licitación. Folios 159 a 163, C 1.

⁹ Fls. 185 – 203, C 1.

¹⁰ Fls. 322-336, cuaderno principal.



Radicación: 25000-23-36-000-2018-00114-01 (65.824)
Demandante: Fiduciaria Davivienda y otro
Demandado: Federación Nacional de Departamentos
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

fundarse el acto de adjudicación, por tanto, la conclusión de inexistencia del concepto de violación es infundada.

30. El requisito habilitante de red bancaria mínima era subsanable hasta antes de la adjudicación, de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y la jurisprudencia aplicable.

31. La FND no requirió a IMPOEX 2017 para la acreditación del requisito de red bancaria mínima, por eso, allegó los documentos de forma voluntaria, los que se limitaron a acreditar un requisito habilitante preexistente.

32. Se subsanó una simple falta de acreditación. Los correos y audios allegados con la demanda dan cuenta de que la Fiduciaria Davivienda solicitó y consiguió la disponibilidad bancaria por parte del Banco Agrario, entre el 29 de junio y el 6 de julio de 2017.

33. El Tribunal no analizó la vulneración del principio de selección objetiva, ni la indebida aplicación de la fórmula de evaluación al calificar propuestas con una comisión fiduciaria de cero (0) SMMLV¹¹.

Trámite de segunda instancia

34. El recurso de apelación se admitió en auto del 6 de marzo de 2020¹² y el 1 de septiembre siguiente se corrió traslado a las partes y al vinculado¹³.

35. Ambas partes y el vinculado se pronunciaron y reiteraron los argumentos de la demanda y la contestación. El Ministerio Público no conceptuó.

CONSIDERACIONES

36. La Sala resolverá la apelación interpuesta por los demandantes contra la sentencia de primera instancia, porque no se configura causal de nulidad que invalide lo actuado. Además, revisado el proceso cumple la jurisdicción¹⁴, competencia¹⁵, se agotó la conciliación prejudicial¹⁶, caducidad¹⁷ y legitimación en la causa por activa y por pasiva¹⁸.

¹¹ Fls. 322-336, C 1.

¹² Folio 349 del cuaderno principal.

¹³ Folio 352 del cuaderno principal.

¹⁴ Según el numeral 2 del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los procesos sobre "que atribuye a esta jurisdicción el conocimiento de las controversias y litigios originados en actos sujetos al derecho administrativo, entre ellos el acto de adjudicación".

¹⁵ De acuerdo con los artículos 150 y 152.5 de la Ley 1437 de 2011 se trata de la apelación de una sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B en un proceso de doble instancia debido a la cuantía. La pretensión de \$6.215.261,55 y para la fecha de la demanda el monto exigido para que el Tribunal conociera en primera instancia era de \$390.621.000.

¹⁶ El trámite se agotó ante la Procuraduría, en atención al numeral 1 del artículo 161 del CPACA y la Ley 640 de 2001. IMPOEX 2017 presentó solicitud de conciliación el 24 de noviembre de 2017. La constancia de no conciliación se expidió el 7 de febrero de 2018.

¹⁷ Fls. 187 reverso – 195. La audiencia de adjudicación del proceso de selección licitación pública no. 001 de 2017 se adelantó el 26 de julio de 2017 y terminó con el acto de adjudicación de la misma fecha. Los cuatro meses para presentar la demanda (literal c del numeral 2 del artículo 164 del CPACA), en principio, terminaban el 27 de noviembre de 2017. El 24 de noviembre de ese año se radicó solicitud de conciliación prejudicial y el plazo se suspendió hasta el 7 de febrero de 2018, fecha en la que se expidió la constancia de no conciliación (CD anexos demanda, cuaderno 1). A partir del día siguiente se reanudó el término restante y venció el 11 de febrero de 2018. La demanda se presentó a tiempo el 8 de febrero de 2018.

¹⁸ Concurrieron Fiduciaria Davivienda S.A. y Fiduciaria La Previsora S.A. integrantes del consorcio Consorcio IMPOEX 2017, con un porcentaje 55% y 45% respectivamente, consorcio que participó en el proceso de adjudicación de la Licitación Pública no. 001 de 2017. Esto permite superar la legitimación en la causa por



Radicación: 25000-23-36-000-2018-00114-01 (65.824)
Demandante: Fiduciaria Davivienda y otro
Demandado: Federación Nacional de Departamentos
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Alcance de la apelación

37. Los demandantes estimaron que su demanda sí contiene un concepto de violación claro y suficiente. Sostuvieron que el rechazo de la propuesta obedeció a la falta de acreditación de la red bancaria mínima, exigencia que podía demostrarse hasta antes de la adjudicación. Agregaron que la documentación allegada durante el trámite de evaluación de la propuesta no modificó ni mejoró la inicialmente presentada. La comisión fiduciaria en cero pervirtió la fórmula para calcular la mejor oferta desde el punto de vista económico.

Problemas jurídicos

38. ¿Los demandantes incumplieron el deber de formular un concepto de violación claro y suficiente en la demanda, tal como lo advirtió el tribunal?

39. ¿El Consorcio IMPOEX 2017 acreditó oportunamente el requisito habilitante de red bancaria mínima? En consecuencia ¿el rechazo era procedente?

40. ¿La documentación allegada con posterioridad al cierre de presentación de las propuestas acreditó una circunstancia preexistente o incorporó una condición nueva que la mejoró?

Tesis

41. La demanda satisfizo la carga mínima de argumentación exigida por el ordenamiento jurídico. El escrito identificó el acto demandado, señaló las disposiciones vulneradas y expuso las razones de inconformidad, circunstancias que permitieron delimitar el litigio y garantizar el ejercicio del derecho de defensa.

42. La subsanación únicamente procede respecto de la acreditación de circunstancias existentes al momento del cierre del proceso de selección. No es un mecanismo para complementar, adicionar o mejorar las ofertas. El consorcio IMPOEX 2017 no demostró oportunamente el cumplimiento del requisito relativo a la red bancaria mínima, razón por la cual el rechazo de su propuesta se ajustó al ordenamiento jurídico.

43. El rechazo válido de la propuesta torna improcedente su comparación con las demás ofertas y, por ende, carece de relevancia jurídica determinar si la metodología de evaluación económica fue correctamente aplicada respecto de los proponentes habilitados.

44. Estas tesis se desarrollarán en los siguientes capítulos: i) el régimen jurídico aplicable a la licitación pública y la naturaleza del acto de adjudicación; ii) carga mínima de argumentación en la demanda para la formulación de los reparos de ilegalidad; y iii) la subsanabilidad del requisito “*red bancaria mínima*”.



Radicación: 25000-23-36-000-2018-00114-01 (65.824)
Demandante: Fiduciaria Davivienda y otro
Demandado: Federación Nacional de Departamentos
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

El régimen jurídico aplicable a la licitación pública y la naturaleza del acto de adjudicación

45. La FND es una entidad pública conformada por la asociación de entes territoriales, representadas por sus respectivos gobernadores debidamente autorizados, que administra recursos públicos, circunstancias que la ubican dentro del ámbito de aplicación del artículo 2 de la Ley 80 de 1993¹⁹.

46. Esta Subsección ha reiterado que *“si la asociación se encuentra integrada de manera exclusiva por entidades territoriales, su régimen de contratación no puede ser otro distinto al previsto para estas. Así las cosas, como los contratos de los departamentos están sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública según el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, ese mismo marco normativo resulta aplicable a los contratos de la Federación Nacional de Departamentos”*²⁰.

47. Criterio jurídico igualmente expuesto por la Corte Constitucional²¹ y la Sala de Consulta y Servicio Civil²² de esta Corporación.

48. En el asunto bajo estudio, la licitación tenía por objeto seleccionar una sociedad fiduciaria encargada de recaudar, administrar y girar recursos públicos. La escogencia del contratista debía adelantarse mediante los procedimientos previstos en el EGCAP, dado que la fiducia pública constituye una modalidad contractual expresamente regulada por ese régimen²³.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez Bogotá, Sentencia del 4 de junio de 2024, Rad. 25000-23-36-000-2019-00867-02 (70.371) *“la Federación Nacional de Departamentos -entidad pública sin ánimo de lucro, descentralizada indirecta, constituida por la asociación de entidades territoriales-. Así, se advierte que el tanto el DPS como la FND se encuentran entre las entidades estatales consagradas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993”*

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de octubre de 2025, Exp. 64.728, C.P. María Adriana Marín.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999, Exp. D- 2397: *“De conformidad con el artículo 210 de la Carta se autoriza la creación de entidades descentralizadas por servicios del orden nacional, en virtud de una ley o por expresa autorización de ésta y, en todo caso, con acatamiento a “los principios que orientan la actividad administrativa”. Ello significa que las entidades descentralizadas indirectas, con personalidad jurídica, que puedan surgir por virtud de convenios de asociación celebrados con exclusividad, entre dos o más entidades públicas deben sujetarse a la voluntad original del legislador que, en ejercicio de la potestad conformadora de la organización -artículo 150, numeral 7 de la Constitución Política-, haya definido los objetivos generales y la estructura orgánica de cada una de las entidades públicas participantes, y los respectivos regímenes de actos, contratación, controles y responsabilidad. // En consecuencia, la disposición en estudio sólo podrá considerarse ajustada a las normas superiores cuando la asociación surgida se sujete al mismo régimen que, en consonancia con la naturaleza de las entidades participantes y el régimen propio de función administrativa o de servicio público a su cargo hubiere señalado la ley de creación o autorización de éstas. // Además, en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias”* (se destaca).

²² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de febrero de 2012, radicación No. 11001-03-06-000-2011-00041-00 (2065), C.P. Augusto Hernández Becerra *“la Federación Nacional de Departamentos, entidad descentralizada indirecta del orden territorial, sí ejerce funciones públicas, y en desarrollo de sus funciones estatutarias se rige en sus actos por las normas de derecho público, en cuanto ejerza función administrativa, y en sus contratos está sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, conforme a lo dispuesto por los artículos 1° y 2°-1°-b de la Ley 80 de 1993”*.

²³ Numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 25 de la Ley 1150 de 2007 *“Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...) 5o. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública. Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. (...) La selección de las sociedades fiduciarias a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del*



Radicación: 25000-23-36-000-2018-00114-01 (65.824)
Demandante: Fiduciaria Davivienda y otro
Demandado: Federación Nacional de Departamentos
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

49. En este contexto normativo, la decisión de adjudicación es una manifestación unilateral de voluntad expedida en ejercicio de función administrativa. Se trata, por tanto, de un acto precontractual sometido al control de legalidad propio de esta jurisdicción.

Carga mínima de argumentación en la demanda para la formulación de cargos de ilegalidad

50. Si bien el Tribunal examinó el fondo del asunto “en gracia de discusión”, la ausencia de cargos concretos constituyó uno de los fundamentos de la decisión impugnada. En consecuencia, la Sala abordará este aspecto, tanto por ser objeto de la apelación como por su incidencia directa en la sentencia recurrida.

51. El artículo 162, numeral 4, del CPACA²⁴ exige que quien pretenda la nulidad de un acto identifique las normas presuntamente vulneradas y explique el concepto de violación. Esta exigencia responde al carácter rogado de la jurisdicción contencioso-administrativa y cumple la función de delimitar el debate judicial. El juez no puede controlar oficiosamente la legalidad de tales instrumentos ni separarse de los cargos concretos de censura que esgrime la parte interesada.

52. Tal carga procesal debe interpretarse de manera razonable. Su cumplimiento no puede convertirse en una exigencia formal excesiva que restrinja el acceso a la administración de justicia o desconozca la prevalencia del derecho sustancial.

53. La satisfacción de ese requisito no depende de fórmulas sacramentales ni de la existencia de un capítulo autónomo denominado “concepto de violación”. Basta con que del contenido integral de la demanda sea posible identificar el acto demandado, las disposiciones invocadas como infringidas y las razones que sustentan la nulidad. Solo la ausencia absoluta de estos elementos o la enunciación de normas sin desarrollo argumentativo impide tener por cumplida dicha carga²⁵:

“[D]icha carga argumentativa no se puede interpretar al extremo, en tanto que también está de por medio los principios constitucionales de acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal; luego, para cumplir con la exigencia de la carga argumentativa basta con que la parte actora exponga sus razones y sea clara, independientemente que le asista la razón o no. Para ello, no es necesario exigir que la demanda contenga un acápite titulado concepto de la violación, basta con que, a partir de una lectura de aquélla, se puedan apreciar los argumentos por los cuales el accionante estima vulneradas las normas superiores”.

54. En el caso concreto, la demanda individualizó expresamente el acto demandado, correspondiente a la adjudicación de la Licitación Pública no. 001 de 2017 de la FND²⁶.

procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley. No obstante, los excedentes de tesorería de las entidades estatales, se podrán invertir directamente en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias, sin necesidad de acudir a un proceso de licitación pública (...).”

²⁴ “Artículo 162. Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá: (...) 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, auto del 26 de abril de 2018, radicación: 25000-23-41-000-2016-00019-01, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Consejo de Estado, Sección Primera, auto del 25 de abril de 2019, radicación: 25000-23-41-000-2016-01460-01, C.P. Oswaldo Giraldo López.

²⁶ Acápite de la demanda titulado “ACTO DEMANDADO”.



Radicación: 25000-23-36-000-2018-00114-01 (65.824)
Demandante: Fiduciaria Davivienda y otro
Demandado: Federación Nacional de Departamentos
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

55. También señaló como vulnerados los artículos 24 y 30 de la Ley 80 de 1993; el parágrafo 1° del artículo 5, y el parágrafo 1° del numeral 5 del artículo 25 de la Ley 1150 de 2007; así como los artículos 209 y 228 de la Constitución Política²⁷.

56. La censura se estructuró, en primer lugar, sobre la ilegalidad del rechazo de la propuesta. Los demandantes sostuvieron que la red bancaria mínima correspondía a un requisito habilitante que no incidía en la asignación de puntaje y que, por esa razón, podía acreditarse hasta antes de la adjudicación. Afirmaron que la documentación allegada durante el traslado del informe de evaluación no adicionó ni modificó la oferta, sino que demostró una situación existente con anterioridad al cierre del procedimiento.

57. En segundo término, cuestionaron la evaluación económica de las ofertas. A su juicio, la FND desconoció los principios de transparencia, igualdad y selección objetiva al admitir propuestas con una comisión fiduciaria equivalente a cero (0) SMMLV, circunstancia que hacía inaplicable la fórmula de calificación prevista para la asignación de puntaje económico e impedía efectuar una comparación objetiva entre los participantes.

58. Las anteriores razones satisfacen la carga mínima de argumentación exigida por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, prospera el reparo formulado contra la sentencia de primera instancia en este aspecto y corresponde abordar el estudio de fondo de los demás problemas jurídicos planteados.

Sobre la subsanabilidad del requisito “red bancaria mínima”

59. En el caso concreto, el 15 de junio de 2017, la FND aperturó y finalizó, el 26 de julio de 2017²⁸, el proceso de selección en estudio, por tanto, inició y terminó antes de la expedición de la Ley 1882 de 2018, de ahí que no sea aplicable al presente asunto. En consecuencia, el análisis se efectuará con fundamento en el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, vigente para la fecha en que se abrió la licitación.

60. Vale recordar que, en cuanto a la distinción entre defectos subsanables e insubsanables, el inciso 2° del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 disponía que la falta de requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas no constituye causal suficiente de rechazo, lo que dejaba en manos de la Administración tal distinción.

61. La anterior disposición fue derogada por la Ley 1150 de 2007, que en su artículo 5° diferenció entre requisitos habilitantes y factores de ponderación o evaluación. Los primeros, relativos a la experiencia, la capacidad jurídica, financiera y de organización de los proponentes, no inciden en la asignación de puntaje y son únicamente objeto de verificación, mientras que, los segundos, corresponden a los criterios que permiten la evaluación comparativa de las propuestas²⁹.

²⁷ Acápite de la demanda titulado “NORMAS VIOLADAS”.

²⁸ Folios 93 reverso – 96, C 3.

²⁹ Sentencia del 11 de agosto de 2025, Exp. 72.288, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez: “Sobre los defectos subsanables e insubsanables de las propuestas en la contratación pública, se recuerda que la Ley 80 de 1993 en el art. 25.15, inciso segundo, determinó que la falta de requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas no constituía razón suficiente para el rechazo de los ofrecimientos. Esta



Radicación: 25000-23-36-000-2018-00114-01 (65.824)
Demandante: Fiduciaria Davivienda y otro
Demandado: Federación Nacional de Departamentos
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

62. Respecto a los elementos subsanables, el párrafo 1° del citado artículo, en su redacción original, dispuso:

“Artículo 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca (...)

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

63. Lo expuesto no derogó la prohibición contenida en el numeral 8° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993³⁰ que proscribe la complementación, adición, modificación o mejora de las propuestas al momento de presentar observaciones al informe de evaluación.

64. El criterio jurisprudencial de la Corporación, incluso con anterioridad a la expedición de la Ley 1882 de 2018, es que los requisitos habilitantes constituyen exigencias básicas que deben acreditar los proponentes para demostrar su idoneidad y capacidad para ejecutar el contrato proyectado, que se justifican en el interés general, no otorgan puntaje y se verifican bajo el esquema “*cumple o no cumple*”³¹.

65. La jurisprudencia sostuvo que el término previsto para la subsanación no constituye una facultad discrecional del proponente para complementar su propuesta en cualquier tiempo, sino el límite temporal dentro del que la entidad puede requerir la subsanación, debiendo el oferente atender el plazo específico otorgado para ello³².

disposición generó numerosas complejidades pues quedaba a cargo de la administración precisar qué requisitos fundamentaban tal comparación. Por ello, la Ley 1150 de 2007 derogó dicho inciso, y a través del art. 5 que subrogó el art. 29 de la Ley 80 de 1993, conservó el principio general que informa el deber de selección objetiva, distinguiendo de forma expresa entre los requisitos habilitantes y los factores de ponderación o evaluación. Señaló que los primeros no otorgan puntaje, de manera que su examen se realiza bajo el criterio cumple / no cumple, lo que se explica por la naturaleza de tales condicionamientos; los segundos, versan sobre aquellos componentes que otorgan puntuación. El parágrafo de la misma disposición estableció la regla de subsanabilidad y su oportunidad, y determinó que todos los requisitos que no incidían en la asignación de puntaje podían “ser solicitados por las entidades, en cualquier momento, hasta la adjudicación”, con la precisión de que en los casos de subasta debían “ser solicitados hasta el momento previo a su realización”.

³⁰ “Artículo 30. De la Estructura de los Procedimientos de Selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: (...) 8o. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas”.

³¹ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de agosto de 2021, exp. 56.960 y sentencia del 11 de agosto de 2025, exp. 72.288, ambas con ponencia del consejero José Roberto SÁCHICA Méndez; y sentencia del 7 de noviembre de 2025, exp. 73.000, C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez.

³² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, exp. 27.986, C.P. Enrique Gil Botero: “[E]l proponente debe acogerse al tiempo que le otorga la administración para subsanar o aclarar la oferta, lapso que la entidad no puede extender más allá de la adjudicación. No se trata, entonces, de que el oferente tenga la posibilidad de entregar la información solicitada a más tardar hasta la adjudicación; es la entidad quien tiene, a más tardar hasta la adjudicación, la posibilidad de pedir a los oferentes que aclaren o subsanen. De esta manera, el oferente requerido no puede controlar y menos manipular el proceso de selección reteniendo maliciosamente la información solicitada –por ejemplo, la póliza, la acreditación de experiencia adicional, la autorización para contratar, etc.- hasta cuando decida caprichosamente entregarla –sin exceder el día de la adjudicación-. Por el contrario, la entidad es quien



Radicación: 25000-23-36-000-2018-00114-01 (65.824)
Demandante: Fiduciaria Davivienda y otro
Demandado: Federación Nacional de Departamentos
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

66. Lo subsanable es únicamente la prueba de un hecho preexistente y no el requisito en sí mismo³³. No se puede subsanar aquello que no existe al momento de la presentación de la propuesta, so pena de incurrir en la complementación, adición o mejora de esta. Los proponentes deben cumplir con todos los requisitos exigidos, a más tardar en la fecha y hora de cierre del proceso de selección:

“[H]ay 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”³⁴.

67. Pese a la anterior postura, en pronunciamiento aislado³⁵, se sostuvo que la subsanación “*implica reparar un defecto de la propuesta, con mayor precisión de omisión de algún requisito, ya que la norma se refiere a la ausencia de requisitos o falta de documentos*”.

68. Sin embargo, el párrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y su desarrollo jurisprudencial no dejan duda de que Lo subsanable es únicamente la prueba de un hecho preexistente y no el requisito en sí mismo, acreditados con anterioridad al cierre del proceso.

69. Descendiendo al caso en estudio, la FND, en el numeral 3.3.1. del pliego de condiciones y la Adenda no. 1 del 30 de junio de 2017³⁶, estableció como requisito

pone el término para aportar la aclaración o para subsanar, perdiendo definitivamente el oferente la oportunidad de hacerlo si no se ajusta al plazo preciso que se le concede (...) // En todo caso, el término para hacer las correcciones debe ser razonable, para que el proponente adecúe o explique su propuesta, pues, aunque la entidad cuenta con un margen alto de discrecionalidad para fijarlo, la administración puede hacerlo irrazonablemente”.

³³ Entendimiento que la Sección Tercera reiteró la Subsección B, en sentencia del 3 de agosto de 2020. Exp. 05001-23-31-000-2007-00593 01 (49221). C.P. Alberto Montaña Plata. “Conviene precisar que la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia de 1987 (párrafo 30), que inspiró el referido artículo de la Ley 80 de 1993 y sus posteriores modificaciones, tuvo por finalidad que aquellas ofertas que eventualmente pudieran ser las mejores no quedaran excluidas de los procedimientos de selección por asuntos formales y no, como se ha entendido en ocasiones, el permitir que el proponente vaya complementando y modificando su oferta en lo relativo a los requisitos habilitantes, después de su presentación, bajo el amparo de la figura de la subsanabilidad y en contravía de los principios de igualdad, de selección objetiva y de transparencia. A juicio de la Sala, esta última institución, que bien se ha configurado como un derecho del proponente, está limitada a remediar, reparar, o enmendar deficiencias en la prueba de aquellos requisitos no necesarios para la comparación de ofertas —para el caso de la Ley 80 de 1993—, siempre que hayan ocurrido con anterioridad a la presentación de esta. (...) Sobre la obligatoriedad de cumplir con los requisitos habilitantes al momento de presentación de la oferta y la posibilidad de subsanar la prueba de su cumplimiento se destacan las consideraciones hechas en la Sentencia de 12 de noviembre de 2014 (...)”. Argumento que se reiteró esta subsección en la sentencia del 13 de agosto de 2024, Rad. 25000-23-36-000-2020-00230-01 (70.670) “(...)La Ley 1882 de 2018 despejó las dudas hermenéuticas que existían respecto de la redacción original párrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y aclaró que lo subsanable no son los requisitos sino la prueba de los mismos⁴¹, en tanto los proponentes no pueden acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.”

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de noviembre de 2014, radicación 25000-23-26-000-2002-01606-01(29855), C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Postura reiterada, entre otras, en la sentencia del 16 de agosto de 2018, Exp. 38339, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, y sentencia del 7 de noviembre de 2025, Exp. 73.000, C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de noviembre de 2014, Exp. 27.986, C.P. Enrique Gil Botero.

³⁶ Folios 173 – 180, C 3.



Radicación: 25000-23-36-000-2018-00114-01 (65.824)
Demandante: Fiduciaria Davivienda y otro
Demandado: Federación Nacional de Departamentos
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

habilitante de capacidad técnica una red bancaria mínima conformada por dos entidades financieras con cobertura en todas las ciudades capitales de los departamentos y el Distrito Capital, cuyo incumplimiento fue calificado expresamente como causal de rechazo de la propuesta, así:

“3. Modificar parcialmente los párrafos uno (1) y seis (6) del numeral “3.3.1 RED BANCARIA MÍNIMA”, quedando el numeral de la siguiente forma:

3.3.1 RED BANCARIA MÍNIMA

*El proponente deberá acreditar a través de contratos o cartas de intención, que cuenta con la disponibilidad de dos (2) entidades financieras para la realización del recaudo de los impuestos al consumo en las condiciones indicadas en los presentes pliegos de condiciones, estas entidades deberán tener por lo menos cobertura en todas las capitales departamentales y el Distrito Capital. En todo caso, las redes bancarias ofrecidas deberán estar en capacidad de recibir las declaraciones de impuesto al consumo en cualquiera de sus oficinas a nivel nacional. **En caso de no cumplir con este requerimiento, la propuesta será rechazada.** Se entiende que las redes bancarias ofrecidas implican la puesta a disposición para los efectos de las obligaciones derivadas del contrato de fiducia pública que se suscriba, de la totalidad de oficinas que conforman cada una de las redes ofrecidas.*

Está permitido que se suscriban contratos o cartas de intención para la atención de un solo municipio, en los casos en que la red bancaria mínima ofrecida por la fiduciaria no tenga cobertura en ese municipio específico, (sic) siempre que se respeten las reglas establecidas en el presente numeral.

Las entidades que conforman la red bancaria deberán tener calificación de AAA en su deuda de largo plazo.

Se debe presentar la última calificación de riesgo crediticio, en original, expedida por una sociedad calificadora legalmente establecida en el país, que esté actualmente vigente, de cada una de las entidades que conforman la red bancaria.

En relación con el contrato de disponibilidad o la carta de intención de la red bancaria para efectos de presentación de la propuesta podrá ser de contenido general, no obstante, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la suscripción del contrato, se debe presentar a la Federación los contratos con las redes bancarias, que sean específicos para efectos de recaudo de los recursos del Fondo Cuenta, o que siendo de carácter general, discrimine (sic) en un capítulo especial las obligaciones en relación con dichos recaudos.

El incumplimiento relativo a la especificidad de los contratos como requisito para la suscripción del contrato, dará lugar a hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta” (se destaca).

70. El numeral 6.4 previó el rechazo de las propuestas, entre otros eventos, “6.4.2 [c]uando el proponente, en forma individual o conjunta, no acredite dentro del plazo límite señalado en el presente pliego, los requisitos habilitantes, en cuanto a los aspectos que pueden subsanarse”, así como, “6.4.12. [c]uando no cumpla con las exigencias mínimas habilitantes”.

71. El 7 de julio de 2017, el proceso de selección cerró³⁷.

72. En esa fecha, IMPOEX 2017, intentó acreditar el requisito de red bancaria mínima mediante las cartas de intención, las certificaciones de calificación crediticia

³⁷ Según consta en el acta de diligencia de cierre y entrega de propuestas obrante a folios 180 reverso – 181 del cuaderno 3.



Radicación: 25000-23-36-000-2018-00114-01 (65.824)
Demandante: Fiduciaria Davivienda y otro
Demandado: Federación Nacional de Departamentos
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

AAA y la relación de oficinas de los Bancos Davivienda S.A., BBVA Colombia S.A. y Bogotá S.A.³⁸.

73. El informe preliminar de evaluación concluyó que la parte actora no acreditó el cumplimiento del requisito de red bancaria mínima³⁹ porque no probó cobertura en Puerto Inírida (Guainía) y Mitú (Vaupés)⁴⁰.

74. El 14 de julio de 2017, durante el traslado del informe de evaluación, el consorcio aportó un oficio con el fin subsanar el requisito de red bancaria mínima, que fundamentó en una *“carta de intención expedida por el Banco Agrario para el uso de su red de oficinas de acuerdo con el listado adjunto, así como la certificación de deuda de largo plazo de dicho banco, expedida por BRC Standar & Poor's”,* ambas de esa misma fecha⁴¹.

75. El comité evaluador, en las respuestas a las observaciones del informe preliminar⁴² y el definitivo⁴³, estimó que la acreditación posterior del requisito no era procedente, puesto que se trataba de un aspecto insubsanable cuya omisión inicial comportaba la modificación o mejora de la oferta, postura que fue ratificada en la audiencia pública de adjudicación celebrada el 26 de julio de 2017⁴⁴.

³⁸ Fls. 409- 484, C pruebas 5. (i) carta de intención de 7 de julio de 2017, certificación de calificación crediticia AAA correspondiente a julio de 2017, otorgada por BRC Investor Services S.A. SCV, y relación de la red de oficinas del Banco Davivienda S.A.; (ii) carta de intención de 6 de julio de 2017, certificación de calificación crediticia AAA de 4 de julio de 2017, expedida por Fitch Ratings Colombia S.A., y relación de la red de oficinas del BBVA Colombia S.A.; y (iii) carta de intención de 5 de julio de 2017, certificación de calificación crediticia AAA correspondiente a julio de 2017, emitida por BRC Investor Services S.A. SCV, y relación de la red de oficinas del Banco de Bogotá S.A.

³⁹ Folio 187 del cuaderno 3.

⁴⁰ CD Demanda, archivo “9. SOPORTE INFORME PREELIMINAR DE EVALUACIÓN”, obrante al folio 28 del cuaderno 1.

⁴¹ Folios 205 – 206 del cuaderno 2.

⁴² Folios 183 – 186 del cuaderno 3. “(...) Comité Evaluador determina que un oferente no puede durante el término de evaluación de su propuesta pretender subsanar el requerimiento previsto en el numeral 3.3.1 del pliego de condiciones de la Licitación Pública No 001 de 2017, allegando un documento expedido con posterioridad a la entrega de su propuesta, toda vez que con su accionar completa, adiciona, modifica y mejora su oferta, motivo por el cual se mantendrá la evaluación realizada al CONSORCIO IMPOEX 2017 y se confirma el rechazo con fundamento en el numeral 3.3.1 del pliego de condiciones y el numeral 3 de la Adenda N.º 1. Con fundamento en los argumentos antes expuestos el Comité Evaluador no acoge la solicitud de subsanación solicitada”

⁴³ Folio 186 reverso del cuaderno 3.

⁴⁴ Folios 187 reverso – 192 del cuaderno 3 “El apoderado del Consorcio Impoex solicita el uso de la palabra y nuevamente hace referencia a los temas inicialmente argumentados frente a los requisitos de subsanabilidad determinados por la jurisprudencia en atención a lo normado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, e indica que el oficio radicado con fines de subsanación frente al requisito de red bancaria mínima, radicado con posterioridad al cierre de la entrega de propuestas, debió ser atendido toda vez que **no se estaba subsanando un requisito que fuera ponderable, con independencia de que la fecha de expedición de la carta de intención que acreditaba el ofrecimiento de la red bancaria mínima fuera posterior a la mencionada fecha de cierre.**

El Abogado de la FND, Mauricio González, nuevamente respecto a la subsanabilidad, señala que (...) para el caso bajo estudio se tiene que **se trataba de un requisito no meramente formal sino de un requisito sustancial necesario para la comparación de las ofertas**, como lo cumplieron y entendieron los demás proponentes. Por lo que precisamente cuando se allega un requisito, diciendo que es para subsanar un documento, **lo que en efecto sucede en el caso que nos ocupa, es que se constituye en un mejoramiento de la oferta y por lo tanto se da aplicación a la causal que está prevista en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993**, que como usted también lo refirió debe ser interpretada de manera armónica con el párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 y así ha sido entendida e interpretada por el Consejo de Estado. A la vez es importante hacer esta claridad y es la siguiente: es imperioso advertir que con la expedición del párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 no se derogaron los numerales 6 y 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, por lo que la subsanabilidad como derecho de un proponente no es desmedida y por lo tanto debe ser consistente con los límites fijados, es decir que la propuesta presentada por un oferente debe referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos del pliego de condiciones y en todo caso en el ejercicio de la facultad de corregir errores los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas. Por las razones antes mencionadas el Comité Evaluador mantiene el rechazo de la propuesta presentada por el Consorcio Impoex” (Negrilla fuera del texto).



Radicación: 25000-23-36-000-2018-00114-01 (65.824)
Demandante: Fiduciaria Davivienda y otro
Demandado: Federación Nacional de Departamentos
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

76. Para la Sala, la red bancaria era un requisito habilitante, porque tenía que ver con una base mínima para participar, cuya subsanación solo era admisible si la condición material existía al momento del cierre y entrega de las propuestas. Lo que no ocurrió.

77. En efecto, mediante oficio del 14 de julio de 2017, IMPOEX 2017 allegó unos documentos para acreditar lo comentado. Al revisarlos se observa una certificación que BRC Standard & Poor's le extiende al Banco Agrario de Colombia S.A. de calificación pública de largo plazo "AAA" y una carta de intención del último Banco en la que pone a disposición de IMPOEX 2017 su red bancaria nacional. Sin embargo, no se identifican las ciudades capitales cubiertas ni se acreditan oficinas en Puerto Inírida (Guainía) y Mitú (Vaupés).

78. En la propuesta de IMPOEX 2017, la acreditación de la red bancaria mínima se sustentó en las certificaciones de los bancos Davivienda S.A., BBVA Colombia S.A. y Bogotá S.A., sin incluir al Banco Agrario de Colombia S.A., como se observa, no se trató de la subsanación de un requisito preexistente, sino de la incorporación extemporánea de un nuevo elemento que mejoraba la propuesta, si se tiene en cuenta que el cierre del proceso se produjo el 7 de julio de 2017.

79. Respecto de los correos electrónicos intercambiados el 29 de junio de 2017, entre Fidudavivienda⁴⁵ y el Banco Agrario de Colombia⁴⁶, aportados con la demanda. Aun si dichos elementos fueran apreciados en esta instancia, no desvirtúan la conclusión anterior, pues, únicamente evidencian conversaciones preliminares y gestiones preparatorias entre las entidades involucradas, mas no la incorporación efectiva del Banco Agrario a la red bancaria ofrecida al momento de presentar la propuesta.

80. La actuación de IMPOEX 2017 comportó un intento de completar y mejorar su propuesta durante la etapa de evaluación, actuación jurídicamente inadmisibles. Por consiguiente, como lo decidió el Tribunal de primera instancia, es válido el rechazo de la propuesta de IMPOEX.

81. Finalmente, tampoco prospera el cargo relacionado con la presunta vulneración del principio de selección objetiva derivada de la admisión de propuestas con una comisión fiduciaria equivalente a cero (0) SMMLV. Se comparte la reflexión del Tribunal, el rechazo de la oferta, torna improcedente su comparación con las demás ofertas, por ende, carece de relevancia jurídica determinar si la metodología de evaluación económica fue correctamente aplicada respecto de los proponentes habilitados.

⁴⁵ En los correos electrónicos se evidencia la solicitud de cotización relacionada con el cumplimiento de los requerimientos económicos y operativos previstos en el pliego de condiciones de la Licitación Pública n.º 001 de 2017, en particular respecto del requisito de red bancaria mínima, así como la actualización de contactos institucionales y la coordinación de comunicaciones preliminares entre ambas entidades. CD Demanda, archivo: "18. Correos Fiduciaria Davivienda- Banco Agrario", obrante al folio 28 del cuaderno 1.

⁴⁶ CD Demanda, archivo: "19. Audio de 06072018 hora 11-53 am", obrante al folio 28 del cuaderno 1. El audio registra una comunicación telefónica sostenida entre funcionarios de ambas entidades, en la que se adelantaron gestiones preliminares y de carácter exploratorio orientadas a que el Banco Agrario apoyara a Fidudavivienda en el eventual cumplimiento del referido requisito, a partir de la precisión de su alcance y cobertura territorial, en especial en lo relativo a la identificación de las ciudades en las que debía acreditarse la complementariedad de redes bancarias y a la necesidad de garantizar cobertura nacional mediante la concurrencia de dicha entidad financiera.



Radicación: 25000-23-36-000-2018-00114-01 (65.824)
Demandante: Fiduciaria Davivienda y otro
Demandado: Federación Nacional de Departamentos
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

82. En conclusión, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las súplicas de la demanda.

La condena en costas

83. En los términos del artículo 188 del CPACA -en su texto original, aplicable al presente asunto- y según lo establecido en los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP “1. *Se condenará en costas (...) a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...)*”, “3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda (...)*”, en el caso procede la condena en costas de segunda instancia a los demandantes, pues, el recurso de apelación fue desfavorable, y la FND y el Consorcio FIMPROEX 2017 intervinieron en esta instancia en la defensa de sus intereses⁴⁷.

84. La suma será liquidada de forma concentrada por la Secretaría del Tribunal de origen, según lo previsto en los artículos 365 y 366 del CGP. El Acuerdo PSAA16-10554, expedido el 5 de agosto de 2016 por el Consejo Superior de la Judicatura⁴⁸, en su artículo 5⁴⁹ dispuso las tarifas aplicables.

85. Así las cosas, las agencias para esta instancia se establecen a cargo de Fiduciaria Davivienda y Fiduciaria La Previsora S.A. en la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual (SMLMV) vigente a la ejecutoria de esta providencia.

86. La condena a los demandantes se hará en proporción a su interés en el resultado del proceso, conforme a lo previsto en el numeral 6 del artículo 365 del CGP, según la participación en el consorcio IMPOEX 2017, esto es, el 45% para Fiduciaria La Previsora S.A. y el 55% para Fiduciaria Davivienda⁵⁰.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 30 de octubre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de la segunda instancia a los demandantes, las cuales serán liquidadas por el Tribunal *a quo*, de acuerdo con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso. Como agencias en derecho, se fija un (1) salario mínimo mensual legal vigente a la fecha de ejecutoria de esta

⁴⁷ Alegaron de conclusión en segunda instancia FND (Índice 13, Samai), la parte demandante (índice 14, Samai) y el Consorcio FIMPROEX 2017 (índice 15, Samai).

⁴⁸ Aplicable al caso concreto, considerando que la demanda se presentó el 8 de febrero de 2018, cuando ya se encontraba vigente tal normativa.

⁴⁹ Acuerdo PSAA16-10554. Artículo 5. *Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL. // (...). // En primera Instancia // a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario: (...). // (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido. // “En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.”.*

⁵⁰ El acuerdo para la constitución del consorcio IMPOEX 2017 obra en los folios 216 a 220 del cuaderno de pruebas 4.



Radicación: 25000-23-36-000-2018-00114-01 (65.824)
Demandante: Fiduciaria Davivienda y otro
Demandado: Federación Nacional de Departamentos
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

providencia, en favor de la Federación Nacional de Departamentos (FND) y un (1) salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, en favor del Consorcio FIMPROEX 2017 a cargo de Fiduciaria Davivienda y Fiduciaria La Previsora S.A., distribuidas en un 55% y 45%, respectivamente.

TERCERO: DEVOLVER, por Secretaría, el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
ZORANNY CASTILLO OTÁLORA

Firmado electrónicamente *Firmado electrónicamente*
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ **JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**
Aclaración de voto

VF

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

