



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 52001233300020180042201 (67.733)
Demandante: Melqui Bravo Rojas
Demandado: Departamento del Putumayo
Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Temas: *NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Actos precontractuales / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA – Acreditación interés subjetivo y directo del demandante / DECLARACIÓN DE DESIERTO DE PROCESO DE SELECCIÓN – Interpretación del pliego de condiciones y existencia de razones que impiden la escogencia objetiva del contratista.*

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

El objeto de la controversia tiene por fin determinar si procede la nulidad del acto que declaró desierto un proceso de selección abreviada, por subasta inversa presencial, junto con el restablecimiento del derecho de la parte demandante, quien afirma haber presentado la mejor propuesta. El *a quo* negó las pretensiones, al considerar que procedía la declaratoria de desierto antes referida.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión proferida el 27 de mayo de 2021 por el Tribunal Administrativo de Nariño, a través de la cual se adoptaron las siguientes determinaciones (se transcribe conforme obra):

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada: ‘nula demostración de ser la oferta del demandante la mejor de las presentadas en el proceso de selección’, por las razones explicadas.

“SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

“TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida, de acuerdo a lo anotado.

“CUARTO: *En firme esta providencia, procédase al archivo del expediente previo a las anotaciones y registros a que dé lugar en el sistema de información judicial Siglo XXI*¹.

El anterior proveído resolvió la demanda cuyas pretensiones, hechos principales, y fundamentos de derecho son los siguientes:

Pretensiones

2. El 24 de septiembre de 2018², el señor Melqui Bravo Rojas presentó demanda³, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el departamento del Putumayo -en adelante “el departamento”-, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas (transcripción literal con eventuales errores):

“Primera: *Que se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales, se declaró desierto el procedimiento de selección abreviada por subasta inversa número SSAD SASIP-004 DE 2017 contenidos en las resoluciones 43 (sic) del 28 de diciembre de 2017 y 0175 del 14 de marzo de 2018 proferidas por el representante legal por el Departamento del Putumayo.*

“Segunda: *Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento del derecho se reconozca y pague a título de indemnización la utilidad esperada de la ejecución contractual contenida en la propuesta económica presentada por mi representado con motivo del Proceso de Selección Abreviada de la referencia.*

“Tercero. - *Que para la anterior liquidación se incluya expresamente como parte del pago el 30% equivalente a mis honorarios como abogada, por valor de SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS \$75.000.000.00.*

“Cuarto. - *Que los valores resultantes de la liquidación se ajusten según los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y se cancelen los intereses que ordena sus artículos 192 y 193 del C.P.A.C.A.”*⁴

Hechos relevantes

3. Como supuestos de fácticos, la parte actora indicó que, el 14 de diciembre de 2017, el departamento del Putumayo ordenó, a través de la Resolución 1293, la apertura del proceso de selección abreviada por subasta inversa presencial SSAD SASIP-004 de 2017, cuyo objeto era la “*compraventa de equipos de cómputo, elementos tecnológicos, accesorios, herramientas y equipos de laboratorio*”⁵, así como “*dotación de equipos y muebles de oficina*”⁶, para el fortalecimiento de la Gobernación del Putumayo, la Secretaría de Salud departamental y el municipio de Mocoa.

4. Señaló que tanto en los estudios previos como en el pliego de condiciones definitivo se determinó que el perfil del contratista sería una persona natural o jurídica cuya actividad económica girara en torno al comercio de papelería y/o insumos de

¹ Folio 1369 del cuaderno principal.

² Folio 1303 del cuaderno 1.

³ Por intermedio de apoderado judicial, poder obrante a folios 1 y 2 del cuaderno 2.

⁴ Folios 1295 y 1296 del cuaderno 1.

⁵ Folio 1283 del cuaderno 1.

⁶ Ibidem.

papel, elementos de oficina y electrodomésticos. Sostuvo que, aunque en principio el pliego incurrió en un error en la referencia del perfil, la entidad corrigió el defecto para aseverar que el contratista debía estar en capacidad de cumplir con el objeto contractual, es decir, ajustarse a las previsiones fijadas desde los estudios previos.

5. Anotó que al cierre del proceso de selección se presentaron los ofrecimientos de los siguientes proponentes: (i) Melqui Bravo Rojas, y (ii) unión temporal Tecnológicos y Suministros Putumayo. Luego, en el informe de evaluación del 20 de diciembre de 2017, el Comité Evaluador tuvo por no habilitado al señor Bravo Rojas en lo relativo a los requisitos jurídicos, por considerar que no cumplía con el perfil exigido.

6. Indicó que, al presentar observaciones al informe de evaluación, insistió en que su actividad comercial principal sí tenía correspondencia con el objeto contractual, cumpliendo los requerimientos jurídicos atinentes al “*perfil del contratista*”; refirió que, en todo caso, la entidad concluyó que el oferente no había acreditado los requisitos para resultar habilitado, según escrito del 26 de diciembre siguiente.

7. Afirmó que, mediante Resolución 1430 del 28 de diciembre de 2017, el departamento declaró desierto el proceso de selección abreviada por subasta inversa, con base en que se incurrió en una inadecuada elaboración de los documentos precontractuales, dado que no se clasificó a los elementos de oficina en atención a los requerimientos del CIIU⁷, registro bajo el cual los interesados establecen su actividad comercial ante la entidad competente.

8. El actor recurrió en reposición la anterior decisión al considerar que cumplía las reglas del proceso de selección para ser habilitado, situación que convertía su oferta en la única hábil y destinataria de la adjudicación del contrato, en los términos del numeral 5 del artículo 2.2.1.2.1.2.2. del Decreto 1082 de 2015. El departamento, a través de Resolución 175 del 14 de marzo de 2018, confirmó el acto debatido.

Fundamentos de derecho

9. Sostuvo que la entidad accionada desconoció los artículos 13 y 29 de la Carta Política, 3, 24, 25, 26 y 28 de la Ley 80 de 1993; para el efecto, argumentó que sólo los yerros esenciales que impidan la selección objetiva pueden propiciar el fracaso del proceso de selección. De modo que cuando el vicio sea atribuible a la entidad, la autoridad competente debe examinar si éste es formal y si no afecta el principio de igualdad, evento en el cual debe tender por alcanzar el propósito del proceso de escogencia.

10. Adujo que como la entidad, al resolver las observaciones formuladas al informe de evaluación, se percató de que la codificación exigida respecto a los “*elementos de oficina*” no corresponde con los códigos CIIU, debió asumir la responsabilidad derivada de la indebida confección del pliego de condiciones y, en esa medida, no trasladar el yerro en que incurrió a los oferentes al señalar que éstos debieron indicar

⁷ Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU) de todas las actividades económicas.

tal error al momento de publicación del pliego de condiciones, para que éste corrigiera de forma oportuna a través de una adenda, pues de forma posterior se presentaba “*la imposibilidad de retractar a estas alturas tal falencia*”⁸.

11. Sostuvo que la entidad debió analizar los objetivos que pretendía con el proceso de selección y habilitar al actor, pues no podía exigirle el cumplimiento de la codificación “*elementos de oficina*”, toda vez que ésta no existía en el CIU, lo que ubicaba al oferente bajo un condicionamiento absurdo “*a sabiendas de su imposible cumplimiento*”⁹; razón por la cual señaló que dicho requisito, al originarse en la fase de planeación de la contratación, debía interpretarse en contra de la Administración.

12. Aseguró que se vulneró su derecho a la igualdad, dado que en otro proceso de selección -que culminó con la suscripción del contrato 505 del 10 de julio de 2017-, que también versaba sobre compra de elementos de papelería y de oficina, el departamento exigió el mismo perfil del proceso de selección que acá se estudia y así habilitó a los proponentes que participaron dentro del mismo, circunstancia que torna evidente la diferenciación en la resolución de situación idénticas. Así mismo, reseñó que en el proceso que se examina la entidad sí habilitó a la unión temporal Tecnológicos y Suministros Putumayo y no al señor Melqui Bravo Rojas, pese a que ambos proponentes registraron la misma actividad comercial: “*G4649 – Comercio al por mayor de otros utensilios domésticos*”.

Contestación de la demanda

13. El departamento del Putumayo, al contestar la demanda¹⁰, se opuso a todas las pretensiones. Manifestó que no es cierto que estuviere en la obligación de adjudicar el contrato, puesto que el demandante no cumplió con los requisitos de habilitación de índole jurídico y, además, no existían otros proponentes habilitados, situación que implicó la declaratoria de desierto del proceso de selección.

14. Propuso las excepciones previas de: (i) *falta de competencia e indebida estimación de la cuantía*, dado que el demandante no determinó el origen de los valores que solicitaba a título de utilidad esperada y, en todo caso, indicó que solo procede la indemnización por daño emergente -gastos incurridos en la fase precontractual- los cuales no superaron los 300 smmv para que el proceso sea conocido en primera instancia por los Tribunales Administrativos; e (ii) *inepta demanda*, por cuanto la actora no fue precisa al señalar el concepto de la violación, pues se limitó a realizar transcripciones de jurisprudencia sin correlacionarlas con disposiciones normativas aplicables al caso.

15. Como excepciones de mérito, formuló las siguientes: (i) *el acto administrativo demandado cumple con las regulaciones aplicables para su expedición*, por cuanto el proceso de selección se sustentó en la normativa que le era aplicable; (ii) *nula demostración de ser la oferta del demandante la mejor de las presentadas en el*

⁸ Folio 1298 del cuaderno 1.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Folios 1313 a 1317 del cuaderno 1.

proceso de selección, en tanto la parte actora no demostró que su oferta fuere la mejor, requisito que debía acreditar para obtener la declaratoria de nulidad solicitada en el *sub examine*.

Alegatos en primera instancia

16. En el curso de la audiencia inicial¹¹, celebrada el 14 de noviembre de 2019, el *a quo*: (i) manifestó que no tendría por contestada la demanda, dado que el poder aportado por el departamento del Putumayo no fue debidamente otorgado, pues el mandatario judicial presentó dicho acto procesal con indebida representación; (ii) dispuso tener como pruebas las aportadas en medio físico y magnético con la demanda (fls. 1 a 1061 del c. 2; 1062 a 1281 y 1304 del c. 1-; (iii) decretó como prueba de oficio los cds aportados por quien dijo actuar como apoderado del departamento de Putumayo, contentivos de la “*copia íntegra del proceso de selección abreviada por subasta inversa presencial número SSAD SASIP-004 de 2017*” (fls. 1326 y 1327 del c.1); (iv) ordenó prescindir de la audiencia de pruebas, comoquiera que todas ellas, incluida la decretada de oficio, ya obraban en el expediente; y (v) corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para presentar sus alegaciones y concepto, respectivamente.

17. En esta oportunidad procesal, la parte actora¹² aseguró que cumplió con los requisitos técnicos, financieros y jurídicos exigidos en el pliego de condiciones, pues en el registro mercantil, que aportó como parte de su propuesta, tenía inscritas actividades que incluían los requerimientos establecidos para el “*perfil de contratista*”; manifestó que la clasificación CIIU “*4649 Comercio al por mayor de otros utensilios domésticos n.c.p.*” incluye, entre otros, la venta de productos de papelería, libros, revistas y periódicos y que la otra actividad registrada, a saber, la “*4651 Comercio al por mayor de computadores, equipo periférico y programas de informática*” guardan armonía y relación con el objeto del proceso de selección, lo que pone el evidencia que observó todos los requisitos para tener por habilitada su propuesta.

18. Agregó que la conducta de la entidad territorial vulneró su derecho a la igualdad, pues en otro proceso de selección que dio lugar al contrato 505 de 2017 se exigió el mismo *perfil de contratista*, y así resultó habilitado el aquí actor. Reiteró que procedía la adjudicación del contrato a su favor, por cuanto era el único proponente habilitado y su oferta económica fue menor a la del presupuesto oficial establecido.

19. Por su parte, el departamento del Putumayo¹³ pidió negar las súplicas incoadas; para el efecto, adujo que la parte demandante no argumentó de forma adecuada los cargos de nulidad de los actos debatidos y tampoco demostró por qué su propuesta económica fue la mejor entre las dos presentadas en el proceso precontractual.

El Ministerio Público guardó silencio.

¹¹ Folios 1328 a 1330 del cuaderno 1.

¹² Folios 1335 a 1340 del cuaderno 1.

¹³ Folios 1343 y 1344 del cuaderno 1.

Fundamentos de la providencia recurrida

20. El Tribunal Administrativo de Nariño dictó sentencia¹⁴, en el sentido de declarar probada la excepción denominada “*nula demostración de ser la oferta del demandante la mejor de las presentadas en el proceso de selección*” y, como consecuencia, negó las pretensiones de la demanda; para el efecto, afirmó, en primer lugar, que no es cierto que la entidad territorial vulneró el derecho de contradicción y defensa del actor, dado que está acreditado que a este último sí se le otorgó la oportunidad de pronunciarse respecto de la respuesta a las observaciones formuladas frente al informe de evaluación.

21. En segundo lugar, aseveró que como no existía ningún proponente habilitado para participar en el proceso de selección correspondía su declaratoria de desierto. Al respecto, sostuvo que una de las razones que condujo a que ningún proponente resultara habilitado fueron los errores en la formulación de la necesidad de contratación y elaboración de los pliegos de condiciones, al incluir una actividad económica que no estaba codificada en el CIIU, a saber, el comercio de elementos de oficina, la cual se convirtió en una exigencia de imposible cumplimiento y un requisito cuya inclusión está proscrita bajo el principio de responsabilidad, evento en el cual las entidades deben asumir las consecuencias de confeccionar los pliegos de forma incompleta, ambigua o confusa.

22. Pese a lo anterior, manifestó que el oferente tenía conocimiento de que no todas las actividades a acreditar estaban contenidas en el CIIU, de manera que pudo advertir dicha falencia en las oportunidades respectivas y con ello prevenir un error en el pliego definitivo. De modo que, no podía endilgarse toda la responsabilidad a quien redactó los documentos confusos o ambiguos, pues el proponente incurrió en una “*ingenuidad inaceptable*” frente a la diligencia que se espera de los sujetos que participan en los procesos precontractuales, al no advertir que se le estaba requiriendo una actividad no contenida en el CIIU y que se exigía un perfil no acorde con el objeto contractual.

23. Señaló que no es cierto que se hubiere desconocido el derecho a la igualdad del actor en relación con la calificación otorgada al otro proponente, pues, examinadas las pruebas aportadas al expediente, la unión temporal Tecnológicos y Suministros Putumayo tampoco fue habilitada y no solo en el componente jurídico.

24. Finalmente, coligió que dada la responsabilidad compartida de la entidad y el oferente no hay lugar a la declaratoria de nulidad de los actos enjuiciados y, en todo caso, si se admitiese al actor como un proponente habilitado no demostró que su oferta cumpliera con todos los requisitos para que se le adjudicara el contrato, toda vez que en la audiencia de apertura de las propuestas económicas se constató que el señor Bravo Rojas no determinó el valor del ofrecimiento que presentó, razón por la cual no era viable establecer si el monto de éste era menor o igual al del

¹⁴ Folios 1357 a 1370 del cuaderno principal.

presupuesto oficial -requisito indispensable para adjudicar el contrato al único oferente, en los términos del Decreto 1082 de 2015 y el pliego de condiciones-.

II. EL RECURSO INTERPUESTO

Síntesis del recurso de apelación:

25. Inconforme con la decisión, la parte demandante formuló recurso de alzada insistiendo en cada una de sus pretensiones. Argumentó que esa presunta obligación del oferente de formular aclaración del pliego de condiciones, en relación con la acreditación de una actividad no codificada en el CIIU, no le correspondía al proponente, por cuanto lo que ocurrió fue una disímil interpretación de los requerimientos de las reglas de selección, pues el señor Bravo Rojas cumplió con el perfil previsto en el estudio previo y en el proyecto de pliego de condiciones, dado que la actividad comercial exigida y efectivamente evaluada sí se encuentra codificada en el CIIU bajo el código 4649. De modo que, no es cierto que su conducta constituyera una *ingenuidad inaceptable*, toda vez que la interpretación de los requerimientos daba lugar a que el oferente cumpliera con cualquiera de las dos siguientes actividades: 1) comercio de papelería “y/o” 2) comercio de insumos de papel, elementos de oficina y electrodomésticos.

26. Aseveró que era absurda la interpretación del ente territorial, en tanto es una redundancia cumplir con la actividad de comercio de papelería y también con la de comercio de papel, pues ambas se refieren a la misma práctica. Así, y con el fin de establecer si el oferente cumplió o no con el perfil exigido, pide que se establezca que debió resultar habilitado, en la medida que la controversia se trabó en torno a la interpretación del pliego de condiciones y que deviene en inútil que el *a quo* le exigiera elevar una observación al pliego de condiciones definitivo, comoquiera que la misma entidad reconoció su error y decidió evaluar el perfil bajo los supuestos establecidos en el proyecto del mismo y en los estudios previos; razón por la cual no era necesario resolver este tópico, pero sí el relativo a la interpretación adecuada de las reglas del proceso de selección.

27. Explicó que el pliego de condiciones, como cualquier otra norma jurídica, es objeto de interpretación y que la aplicación de los criterios hermenéuticos otorga un resultado favorable para la parte actora, pues las clasificaciones 4649 y 4644 que acreditó el señor Melqui Bravo cumplen con el criterio de suministro de insumos de papelería y que la codificación de “elementos de oficina” es de imposible cumplimiento por no encontrarse clasificada en el CIIU, pero, en todo caso, su suministro está subsumido en el concepto de “papelería”.

28. Agregó que no se configuraron los motivos que daban lugar a declarar desierto el proceso de selección, pues no se presentaron razones que impidieran la escogencia objetiva del contratista, dado que una determinación en ese sentido se impone cuando ningún proponente cumple con los criterios de selección, los cuales deben ser necesarios para cumplir el objeto contractual, siempre y cuando sean posibles de cumplir y no induzcan en error a los oferentes.

29. Reiteró que se vulneró el derecho a la igualdad del extremo demandante, en la medida que en un proceso de selección similar se evaluaron a los oferentes de forma distinta al proceso que dio origen al caso concreto; además, sí se tuvo por cumplido el “*perfil de contratista*” por parte de la unión temporal, pese a que demostró el mismo soporte y clasificación que el señor Bravo Rojas.

30. Señaló, en torno al valor de la oferta que presentó, que ésta no superó el presupuesto oficial del proceso de selección, pues es imposible que la sumatoria de los ítems unitarios ofrecidos, cuyo valor no sobrepasa el determinado en los estudios previos, sea superior al límite máximo establecido por la entidad. Asimismo, manifestó que no es procedente declarar probada la excepción de “*nula demostración de ser la oferta del demandante la mejor de las propuestas presentadas en el proceso de selección*”, puesto que en la audiencia inicial se tuvo por no contestada la demanda; y que no procede la condena en costas, por cuanto no aparecen causadas ni comprobadas dentro del expediente.

Trámite de segunda instancia

31. El 23 de agosto de 2021, el Tribunal *a quo* concedió el recurso de apelación¹⁵ y esta Corporación, en proveído del 29 de noviembre de 2021, lo admitió¹⁶. En aplicación del artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021¹⁷, no se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, pues no se decretaron pruebas en esta instancia; el Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

El objeto de la apelación

32. Con fundamento en los reparos expuestos en el recurso de alzada, la Sala se ocupará de: (i) examinar el interés directo que debe acreditar quien pretende la declaratoria de nulidad del acto por medio del cual se declaró desierto un proceso de selección y, con base en ello estudiará (ii) si el actor acreditó dicha aptitud en el *sub examine* y, en caso afirmativo, (iii) si procede o no la declaratoria de ilegalidad de los actos administrativos enjuiciados en el caso concreto.

(i) Interés directo que debe acreditar quien pretende la declaratoria de nulidad del acto por medio del cual se declaró desierto un proceso de selección

¹⁵ Folio 1393 del cuaderno principal.

¹⁶ Folio 1402 del cuaderno principal.

¹⁷ “**ARTÍCULO 247. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS.** El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...)”

“5. Si fuere necesario decretar pruebas, una vez practicadas, el superior autorizará la presentación de alegatos por escrito, para lo cual concederá un término de diez (10) días. En caso contrario, no habrá lugar a dar traslado para alegar. El secretario pasará el expediente al despacho para dictar sentencia dentro de los diez (10) días siguientes de concluido el término para alegar o de ejecutoria del auto que admite el recurso.”

“6. El Ministerio Público podrá emitir concepto desde que se admite el recurso y hasta antes de que ingrese el proceso al despacho para sentencia ...”.

33. Para empezar, se debe indicar que la declaratoria de desierto de un proceso de selección corresponde a aquella determinación que adopta la Administración, únicamente y de forma motivada, ante la imposibilidad de aplicar los criterios establecidos por la ley y los pliegos de condiciones para la escogencia del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

De modo que, en los eventos en que no se formulen propuestas, o las presentadas impidan la realización de una selección objetiva, o cuando resultan insuficientes o, como en el presente caso, resultan equivocados los parámetros definidos por la Administración para garantizar una escogencia objetiva, la entidad pública habrá de culminar dicho proceso de escogencia con una decisión opuesta a la adjudicación, esto es, con una declaratoria de desierto, en la que se expresen las circunstancias que la propiciaron, y el sustento que fundamenta la decisión así adoptada.

34. Esta determinación, que obra como criterio de excepción de cara a la finalidad del proceso administrativo precontractual, a saber, la adjudicación del contrato, se enmarca en una actuación que por sus motivos es reglada, de conformidad con el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, al tenor del cual *“únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión”*. En esta línea, las motivaciones que pueden dar lugar a tal definición no pueden obedecer a argumentos subjetivos o caprichosos de la entidad, sino a razones objetivas que tendrán que ver con la satisfacción de los presupuestos exigidos en la ley y en el pliego de condiciones¹⁸, de cara al interés general envuelto en la futura contratación; de no ser así, subsistirá la obligación de adjudicar el contrato a la oferta más favorable, como ruta de destino que marca la finalidad de los procesos de selección.

35. Con este norte, y para efectuar el control judicial respecto de la legalidad de tales motivaciones, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo tiene disponibles los mecanismos judiciales de impugnación relativos a la nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso¹⁹. En tratándose del segundo de ellos, es necesario indicar que el demandante debe demostrar el *interés* que busca con la declaratoria de ilegalidad del respectivo acto administrativo, constatación a partir de la cual se edifica la legitimación material para cuestionar su

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente 26903.

¹⁹ La escogencia de la acción procedente no deviene de la mera preferencia de la parte actora, esta depende del contenido de las pretensiones y del propósito que se busca alcanzar con su formulación, esto es, si solo de propende por un control de la legalidad del acto administrativo o si, además, se persigue un resarcimiento, reparación o restablecimiento particular. Sobre el particular, se ha pronunciado esta Colegiatura en los siguientes términos: *“Un correcto entendimiento del alcance de la expresión “según el caso”, ubicada a continuación de la indicación de que las acciones idóneas para enjuiciar los actos que se producen antes de la celebración del contrato son las de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, lleva a concluir sin mayor dificultad que serán los efectos de la sentencia, meramente anulatorios, o además de restablecimiento del derecho, los que a su vez son congruentes con el contenido de las pretensiones que permiten una y otra acción, lo que determina la acción a intentar, con las consecuencias propias de las exigencias que para su formulación establece la norma, tales como: presentación oportuna, agotamiento de vía gubernativa y legitimación en causa”* (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, radicación: 54001-23-31-000-1998-01333-01(19936), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio).

validez y de donde emerge la petición de restablecimiento del derecho supuestamente conculcado con su expedición.

En este punto, cabe recordar que el interés jurídico inscrito en cada uno de los medios de control judicial es el que determina cuál de ellos se erige en el cauce procesal idóneo para resolver la litis que se formula en juicio; elemento presente en el actual estatuto procesal de lo contencioso administrativo y que, décadas atrás, fue explicado bajo la teoría de los móviles y las finalidades, en la cual, en síntesis, se propugnó por la individualización y por ende, distinción entre los mecanismos de control objetivo y subjetivo de legalidad, cuestionando el uso de tales mecanismos sin percatarse del interés que guía el actuar de quien los presenta, y que conduce, bien a la declaratoria llana de nulidad cuando se pretende el mero control de legalidad de un acto; o bien a un restablecimiento del derecho por la lesión que dice haber sufrido el demandante, caso en que el dispositivo de nulidad y restablecimiento del derecho, en su doble e inescindible composición, debe ser igualmente resuelto.

36. En esa medida, el interés en sede de nulidad y restablecimiento –que reside en la legitimación material– está llamado a ser acreditado por la parte actora desde un primer momento, pues, como en su oportunidad lo precisó esta Sección, el alcance de dicho concepto no es el de la simple legalidad que detenta quien pretende defender el ordenamiento jurídico, sino que se trata de un interés “*especial y concreto, personal y directo*”²⁰, posición respaldada en la sentencia C-221 de 1999 proferida por la Corte Constitucional, en la que se afirmó:

“Entiende la Corte que ‘el interés directo’ connota la legitimación que puede derivarse del hecho o circunstancia que lo vincula a la necesidad, no de promover un proceso para definir lo relativo a la nulidad, sino para intervenir en el mismo en razón de que las resultas pueden incidir, repercutir o afectar en cualquier forma o modo su situación e intereses, o el goce o efectividad de sus derechos -no sólo económicamente-” (se destaca).

37. Visto en su doble esfera, positiva y negativa, el análisis del interés directo que impone el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho frente al acto que declaró desierto un proceso de selección, no se predica de quien reclame *in genere* la adjudicación de un contrato, basado en su sola participación dentro de dicho proceso, pues en este estadio de definición de la controversia tal interés necesariamente se ubica en el ámbito de la legitimación material, superando la inaugural determinación efectuada en sede de legitimación procesal.

Por ello, el *interés “directo”* –que excluye el indirecto, colectivo, genérico, ampliado o circunstancial– reside únicamente en aquel sujeto que estima que con la expedición de tal acto fue privado del derecho de haber sido adjudicatario del proceso de selección, concretando así la hipótesis normativa que abre paso a este dispositivo de control judicial, que exige que la persona que lo promueva “*se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica*” (art. 138 del CPACA); por lo

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 2000, expediente 9527.

tanto, el interés directo es el primer elemento llamado a ser verificado en el examen del acto administrativo, el cual hace presencia si la cuestión sometida a debate por el actor repercute en “*su situación e intereses, o en el goce o efectividad de sus derechos*”.

38. En esta línea puede decirse que, aun habiendo participado en el proceso de selección, si la decisión a proferir en nada afecta la situación específica del demandante, no se habrá superado el estadio de la legitimación de hecho en la causa y, en consecuencia, carecerá del *interés directo* para instaurar este tipo de pretensión.

Lo anterior, en el entendido de que no es adecuado concebir la solicitud de ilegalidad del aludido acto administrativo y su consecuente restablecimiento, como un mecanismo de control abstracto de legalidad, toda vez que ello implicaría desconocer que quien acudió al control jurisdiccional lo hizo con sustento, precisamente, en la afectación de sus *derechos subjetivos*, en el cual finca su interés, y no en la protección general y abstracta del ordenamiento jurídico.

39. En este orden de ideas, en asuntos como el *sub examine* el *interés* sólo estará en cabeza del proponente que debiendo ser escogido no lo fue; hay que señalar que en este caso, el de la declaratoria de desierto, no se exime o muta el interés que impone acreditar este medio de control, pues si bien el actor no pregona una adjudicación irregular a otro proponente, clama para sí el derecho de haber sido el adjudicatario y, para serlo, de haber tenido la mejor propuesta en orden a la celebración del contrato, sólo que sitúa el daño en la decisión de la Administración de declarar desierto el proceso de selección, frustrando ilegítimamente su posición jurídica en tal procedimiento.

40. En las condiciones anotadas, el interés directo, en estos casos, impone la acreditación de haber sido la mejor propuesta frente al pliego de condiciones y frente a la ley, lo que se explica bajo el juicio de incidencia o repercusión en los derechos que se aducen vulnerados y en función del interés del actor situado en el restablecimiento que pretende. Tal como lo ha manifestado esta Colegiatura en múltiples oportunidades:

“... resulta pertinente establecer, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación²¹, que cuando se ataca el acto administrativo de adjudicación de un contrato estatal o de declaratoria de desierto del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual, le corresponderá a quien demande, si quiere salir adelante en sus pretensiones, cumplir una doble carga procesal: de una parte demostrar que el acto lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, probar que efectivamente su propuesta era la mejor²².”

41. Puestas así las cosas, puntualiza la Sala que, como la declaratoria de desierto de un proceso de selección únicamente procede “*por motivos o causas que impidan la*

²¹ Nota original: “*Ver sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010. Rad: 19056 M.P. Mauricio Fajardo Gómez*”.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de octubre de 2013, radicación 25000-23-26-000-1998-01360-01(26868), Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

escogencia objetiva”, y tal decisión debe ser expresada mediante “*acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a [ella]*” (núm. 18 del art. 25 de la Ley 80 de 1993), el examen del interés directo habrá de pasar por la constatación de que la propuesta del actor era la mejor y más conveniente para la Administración y, por tanto, que no había razones o motivos que impidieran la realización de una escogencia objetiva.

En este sentido, si conforme a la ley sólo una hipótesis autoriza la citada declaratoria de desierta, y ello tiene lugar cuando no se pueda hacer una selección objetiva, se tiene que las múltiples causas que pueden desembocar en la imposibilidad de escoger deben quedar expresadas en el respectivo acto administrativo, sin que se haya limitado la competencia de la Administración a ciertas o determinadas causas; de esta forma, para examinar la existencia o no del derecho que se dice lesionado, corresponde analizar el interés directo del actor, esto es, si tenía el derecho a ser adjudicatario, y para ello se habrá de analizar los requerimientos del proceso de selección que éste reputa haber cumplido, en conjunto con los motivos expuestos por la Administración al indicar que con ellos no se cumplía el imperativo de selección objetiva que exige a ley.

Este escenario impone precisar que, en todo caso, ninguno de los proponentes podrá considerarse con derecho de resultar adjudicatario, cuando las bases de su escogencia no fueron establecidas ni delimitadas de forma adecuada por la propia Administración²³ pues, en tal contexto, no es posible tener a alguno de los oferentes como el más apto y fiel al propósito de la satisfacción del interés general que se busca alcanzar con la contratación y, por el contrario, torna en forzosa la utilización de la declaratoria de desierta como *ultima ratio* autorizada por el legislador en los eventos en que es insostenible seguir el rumbo de la adjudicación, lo que, a su turno, se proyecta en la carencia de interés directo para reclamar el estatus jurídico de una adjudicación.

42. El anterior contexto ratifica el sentido y alcance del numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, al fijar el carácter excepcional de la declaratoria de desierto de un proceso de selección, únicamente ante la imposibilidad de realizar una escogencia objetiva; por manera que, en cada caso particular, tendrá que analizarse el supuesto puntual que configura dicho evento para establecer si, en verdad, quien acude a este medio de control tenía un derecho en relación con la adjudicación, o si, por el contrario, no le asistía vocación alguna de resultar elegido por la Administración, dada la constatación de verdaderas razones que sí entorpecían la escogencia del contratista.

(ii) Estudio del interés directo del extremo actor

²³ “La Sala destaca que la arquitectura de los presupuestos de selección – en función de su alcance y contenido– traza la línea que define la procedencia o no de la selección objetiva, esto es, la aplicación de la regla (adjudicación) o la configuración de la excepción (declaratoria de desierto del procedimiento)” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2021, radicación 11001-03-26-000-2018-00061-00 (61463)).

43. En su recurso de alzada, la parte demandante, en suma, manifestó que no tenía la obligación de advertir los errores en que la entidad incurrió en la confección del pliego de condiciones, pues el departamento reconoció su yerro e indicó que el perfil del contratista era el anunciado en los estudios previos y en el proyecto de pliego de condiciones; además, afirmó que su conducta no constituyó una “ingenuidad inaceptable”, en la medida en que lo que se presentó fue una indebida interpretación de las reglas de selección y que el correcto entendimiento de éstas daba lugar a que los oferentes acreditaran cualquiera de las dos siguientes actividades: (i) comercio de papelería “y/o” (ii) comercio de insumos de papel, elementos de oficina y electrodomésticos, lo cual se constató con las clasificaciones 4649 y 4644 que acreditó registradas como actividad comercial.

Igualmente, señaló que no existieron razones que impidieran la escogencia objetiva del contratista, pues sí cumplió con los condicionamientos del pliego de condiciones, dentro los cuales no pueden valorarse aquellos que son imposibles, como lo es, la acreditación de una actividad no codificada en la clasificación CIIU. Igualmente, aseveró que su oferta no superó el presupuesto oficial, comoquiera que los precios unitarios eran menores a los fijados en los estudios previos y que se vulneró su derecho a la igualdad. Así como que no era viable declarar probadas las excepciones propuestas, puesto que en la audiencia inicial se tuvo por no contestada la demanda.

44. Sobre los anteriores reproches, la Sala comparte el relativo a la improcedencia de declarar probada una o más de las excepciones formuladas por el departamento accionado, por cuanto el *a quo*, desde la audiencia inicial, decidió tener por no contestada la demanda, situación que, sin que mediara cuestionamiento, se revela en un desacierto de la decisión judicial impugnada, dado que no se acompasa con la realidad procesal, pues no hay lugar a la declaratoria de prosperidad de los medios exceptivos que se tuvieron por no propuestos, advirtiendo que esta premisa no cobija aquellos mandatos procesales que colocan en cabeza del juez la declaratoria de medios exceptivos que se asientan en el proceso como presupuestos de la acción o de la decisión.

La anterior precisión no releva en todo caso a la Sala de estudiar el asunto de la referencia desde la óptica del interés subjetivo que debe acreditar la actora con el fin de obtener la declaratoria de ilegalidad de los actos enjuiciados, en línea con los reparos que esbozó en su recurso de apelación; por tanto, se pasa a analizar si la parte demandante demostró o no el interés subjetivo requerido en asuntos como el *sub lite*, en los términos atrás desarrollados.

45. Así, examinado el expediente, está acreditado que el departamento del Putumayo, a través de la Resolución 1293 del 14 de diciembre de 2017²⁴, ordenó la apertura del proceso de selección abreviada de menor cuantía, por subasta inversa presencial, SSAD-SASIP-004-2017, cuyo objeto era el “*contrato de compraventa de equipos de cómputo, elementos tecnológicos, accesorios, herramientas y equipos de laboratorio, para el fortalecimiento las diferentes dependencias de la Gobernación del*

²⁴ Folios 253 a 256 del cuaderno 2.

Putumayo. 2. Contrato de compraventa de equipos de cómputo, elementos de oficina, elementos tecnológicos, accesorios y equipos de laboratorio, para el fortalecimiento de la Secretaría de Salud Departamental. 3. Contrato de compraventa de equipos de cómputo, elementos de oficina, elementos tecnológicos, accesorios y equipos de laboratorio, para el fortalecimiento de las diferentes dependencias y la Secretaría de Salud de la Gobernación del Putumayo. 4. Fortalecimiento al Gestor PAP-PDA Putumayo, 5. Fortalecimiento del banco de programas y proyectos departamental (sic) mediante la dotación de equipos y muebles de oficina. Administración central – R BPIN N 2017-86-0136”²⁵.

46. En los estudios previos, publicados el 30 de noviembre de 2017, según el cronograma establecido en la resolución de apertura, se puso de presente como requisitos habilitantes de los oferentes el cumplimiento del siguiente perfil de contratista:

“7.3.1.1.5.3. PERFIL DEL CONTRATISTA:

“El oferente deberá ser persona natural o jurídica, cuya actividad comercial debe girar en torno al comercio de papelería y/o insumos de papel, elementos de oficina y electrodomésticos; para lo cual allegará el certificado de existencia y representación legal o el certificado de registro mercantil expedido por la Cámara de Comercio, según corresponda a la naturaleza jurídica del oferente.

“Cuando se trate de uniones temporales o consorcio, se deberá acreditar esta condición de todos y cada uno de sus integrantes”²⁶ (se subraya).

47. En el proyecto de pliego de condiciones se replicó, en su numeral 4.2.1.12, el perfil del contratista establecido en los estudios previos –este documento fue publicado el 30 de noviembre de 2017 y el plazo para formular observaciones al mismo transcurrió del 1 al 7 de diciembre de ese año²⁷-. Varios interesados en participar en el proceso de selección abreviada formularon observaciones en relación con dicho proyecto²⁸, en particular respecto de: (i) la rentabilidad del patrimonio a acreditar, (ii) el índice de endeudamiento, índice de liquidez, la cobertura de intereses y la capacidad organizacional, (iii) el cumplimiento de más de 30 códigos UNSPSC, en aras de acreditar la experiencia general y específica. Es decir, durante dicho lapso ninguno de los interesados expresó reparo o duda en relación con el perfil exigido para el contratista.

48. El 14 de diciembre de 2017²⁹ fue publicado el pliego de condiciones definitivo, en el que se indicó, en cuanto a los documentos para la verificación de los requisitos habilitantes, numeral “4.2.1. Capacidad Jurídica”, lo siguiente, sobre el perfil del contratista:

“4.2.1.7 PERFIL DEL CONTRATISTA:

“El oferente deberá ser persona natural o jurídica, cuya actividad comercial debe girar en torno al comercio de productos alimenticios y/o canasta familiar; para lo cual allegará el certificado de existencia y representación legal o el certificado de registro mercantil

²⁵ Folio 254 del cuaderno 2.

²⁶ Folio 90 del cuaderno 2.

²⁷ Folios 141 del cuaderno 2 y 1089 del cuaderno 1.

²⁸ Folios 189 a 204 del cuaderno 2.

²⁹ A las 9:40 pm, según se lee en la impresión de las publicaciones realizadas en el SECOP, en relación con este proceso de selección –folio 1089 del cuaderno 1-.

expedido por la Cámara de Comercio, según corresponda a la naturaleza jurídica del oferente.

“Cuando se trate de uniones temporales o consorcios, se deberá acreditar esta condición de todos y cada uno de sus integrantes”³⁰ (se subraya).

Durante el término de observaciones del anterior acto, ningún interesado formuló reparo alguno en relación con lo precisado sobre este aspecto.

49. La formulación de las propuestas, en los términos del numeral 2.3. del pliego de condiciones, debía realizarse mediante la presentación, al mismo tiempo, de dos sobres cerrados y separados, con original y copia, así: a) el sobre uno, contentivo de los requisitos habilitantes exigidos –capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización, así como la acreditación del cumplimiento de la ficha técnica; y, b) el sobre dos con la propuesta u oferta económica inicial. Asimismo, se determinó que la entidad calificaría como habilitadas las propuestas que observaran todos los criterios de verificación y que solo los proponentes que obtuvieran dicha categoría –habilitado– podrían participar en la subasta inversa presencial –numeral 6.1. del pliego de condiciones-.

50. Al cierre del proceso de selección³¹, ocurrido el 18 de diciembre de 2017, se presentaron dos ofrecimientos, así: a) Melqui Bravo Rojas;³² y, b) la unión temporal Tecnológicos y Suministros Putumayo³³. Como resultado de la evaluación de las propuestas en sus componentes jurídicos, técnico y financiero, el Comité Evaluador señaló el siguiente resultado preliminar³⁴:

NOMBRE O RAZÓN SOCIAL	REQUISITOS JURÍDICOS	REQUISITOS TÉCNICOS Y DE EXPERIENCIA	REQUISITOS FINANCIEROS
MELQUI NIVALDO BRAVO ROJAS	<u>NO HABILITADO</u>	HABILITADO	HABILITADO
UNIÓN TEMPORAL TECNOLÓGICOS Y SUMINISTROS	<u>NO HABILITADO</u>	<u>NO HABILITADO</u>	<u>NO HABILITADO</u>

En específico, en torno a la calificación de “no habilitado” del señor Melqui Bravo Rojas en relación con el componente jurídico, el Comité Evaluador manifestó, en el informe de evaluación, lo siguiente:

*“El señor Melqui Nivaldo Bravo Rojas **NO** acredita el ejercicio de su actividad conforme a lo solicitado.*

*“**NOTA:** Si bien existe un yerro en el pliego de condiciones definitivo, toda vez que el perfil solicitado no está conforme al objeto del proceso y adicionalmente, no corresponde al establecido en el proyecto de pliegos y en el estudio previo; se entiende que para que el perfil de oferente cumpla, debe ir conforme al objeto, es decir al establecido en el estudio previo y el proyecto de pliego.*

³⁰ Folio 221 del cuaderno 2.

³¹ Folios 272 a 276 del cuaderno 2.

³² Folios 278 a 572 del cuaderno 2.

³³ Folios 573 a 1061 del cuaderno 2.

³⁴ Publicado el 20 de diciembre de 2017 en el SECOP –folio 1089 del cuaderno 1-.

“Aún así, se deja presente que el oferente no cumple ni con el perfil establecido en el estudio previo y proyecto de pliegos (papelería y/o insumos de papel, elementos de oficina y electrodomésticos) ni con el establecido en el pliego de condiciones definitivo (productos alimenticios y/o de la canasta familiar)”³⁵.

51. Durante el término de traslado de las evaluaciones, transcurrido del 21 al 26 de diciembre de 2017, el señor Melqui Bravo Rojas argumentó que sí cumplía con el perfil de contratista exigido, dado que en la clasificación de actividades CIIU que tiene registradas, la “4649 Comercio al por mayor de otros utensilios domésticos n.c.p.” está incluido el comercio al por mayor de artículos de papelería, libros, revistas y periódicos; y en la “4651 comercio al por mayor de computadores, equipo periférico y programas de informática” está inmerso el comercio al por mayor de todo tipo de electrodomésticos³⁶.

52. Posteriormente, el 26 de diciembre de 2017, el Comité Evaluador respondió las observaciones formuladas por el señor Melqui Bravo Rojas, en los términos que a continuación se transcriben:

“La clasificación que subsume la papelería [la 4649], evita la solicitud de los insumos de papel toda vez que en los documentos como Estudio previo y Proyecto de Pliego se estableció: ‘comercio de papelería y/o insumos de papel’. Así mismo, se encuentra acreditada la solicitud de comercio de electrodomésticos, por medio de la clasificación 4644 del CIIU, la cual la incluye.

“Sin embargo, dentro del perfil solicitado por parte de la Secretaría que generó la necesidad, se requiere que se cumpla también con el comercio de elementos de oficina; requerimiento que no se encuentra acreditado por parte del oferente; toda vez que si bien es cierto, éste tipo de comercio no se encuentra registrado dentro del CIIU, hace parte de lo requerido por la Secretaría Ejecutora, lo cual supone que al momento de realizar el estudio previo, debió realizar la correcta revisión de las actividades comerciales existentes que pueden acreditar los posibles oferentes y solicitar las que se encuentren conforme al objeto del proceso de selección”³⁷.

Igualmente, en esta oportunidad también se pronunció sobre los documentos de subsanación aportados por la unión temporal Tecnológicos y Suministros Putumayo, para concluir que ésta tampoco observó los requerimientos de índole jurídico, puesto que (i) no aportó el certificado de existencia y representación legal o matrícula mercantil de todos sus integrantes, (ii) no observó el perfil de contratista solicitado y (iii) no cumplió con los requerimientos de seguridad social y parafiscales. Con base en lo anterior, concluyó que ambos proponentes no resultaron habilitados, así:

RESUMEN DE INFORME DEFINITIVO DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES JURÍDICOS		RESULTADO
No.	NOMBRE O RAZÓN SOCIAL	
1	MELQUI NIVALDO BRAVO ROJAS	NO HABILITADO JURÍDICAMENTE
2	UNIÓN TEMPORAL TECNOLÓGICOS Y SUMINISTROS PUTUMAYO	NO HABILITADO JURÍDICAMENTE

³⁵ Cd visible a folio 1326 del cuaderno 1.

³⁶ Folios 1091 a 1095 del cuaderno 1.

³⁷ Folio 1068 del cuaderno 1.

53. En escrito del 28 de diciembre de 2017³⁸, el señor Bravo Rojas pidió reconsiderar la verificación de los requisitos habilitantes en torno al criterio jurídico, al aducir que el perfil del contratista, en función de una persona cuya actividad comercial gire en torno al “comercio de **papelería y/o insumos de papel, elementos de oficina y electrodomésticos**” (negrillas del texto original), se estableció una conjunción que no es excluyente y que es copulativa –y/o–, “*de suerte que bien podía suceder acreditarse y validarse únicamente el comercio de papelería o en su defecto los dos requisitos, esto es: 1- el comercio de papelería, y 2 insumos de papel, elementos de oficina y electrodomésticos*”³⁹, razón por la cual aseveró que sí cumplió con los supuestos fijados para el aludido perfil. Asimismo, resaltó que la clasificación de “elementos de oficina” no está registrada en el CIIU, de modo que se trata de una exigencia de imposible cumplimiento y que, por ende, ningún oferente podía acreditar.

54. En audiencia pública celebrada el 28 de diciembre de 2017, contenida en el “*acta de audiencia de apertura, revisión de la propuesta, verificación de la consistencia de la propuesta económica con la oferta técnica y recomendación de adjudicación o declaratoria de desierto del proceso objeto de selección abreviada*”, la entidad reiteró las respuestas al informe de evaluación ya referidas, y agregó, respecto de la falta de clasificación de “elementos de oficina” en el CIIU, las siguientes consideraciones:

“Si bien es cierto que en el CIIU no se encuentran clasificados los elementos de oficina y evidentemente fue consecuencia de una inadecuada planeación en la elaboración de los documentos precontractuales, toda vez que tal requerimiento lo realizó la Secretaría que generó la necesidad, no por ello se debe pasar por alto tal circunstancia y habilitar a alguien que no cumple por errores de planeación. Si bien se debió corregir en su momento, tal falencia se pasó por alto, si (sic) posible oferente tenía conocimiento de tal error, debió observarlo para que la Entidad adelantará (sic) la debida corrección ya sea al publicar el pliego de condiciones definitivo, o de manera posterior, a través de Adenda (sic). Lo anterior teniendo en cuenta que para establecer las actividades comerciales, está como referencia el CIIU, con base en el cual las personas establecen su actividad comercial en el Certificado de Cámara de Comercio, las cuales se deben acreditar conforme a lo solicitado por la entidad; ante tal imposible de (sic) cumplimiento y la imposibilidad de retractar a estas alturas esta falencia, no significa que la falencia (sic) sea habilitar al oferente.

“(…)

“Aun así, teniendo en cuenta que el señor Melqui Nivaldo Bravo Rojas, (sic) ha estado reiterando en varias oportunidades que la actividad de él se encuentra conforme al objeto, es claro que el reiterar que su actividad económica avala el comercio de papelería, no tendría sentido cuando el presente proceso no requiere la compra de bienes relacionados con la papelería. Aun así, tal fue el perfil que estableció la Secretaría que generó la necesidad y se insiste, que aun cuando se solicitó un imposible, no por ello, los evaluadores del componente jurídico deban apartarse de lo establecido en los documentos y avalar un perfil que no está conforme a lo solicitado, basándose en procesos anteriores”⁴⁰.

Igualmente, respecto del uso de la expresión “y/o” para la determinación del perfil del contratista, señaló que “... *lo expuesto en cuanto a la expresión ‘y/o’ es totalmente cierto, toda vez que se debe acreditar el comercio de papelería y/o insumos de papel;*

³⁸ Folios 1099 a 1103 del cuaderno 1.

³⁹ Folio 1099 del cuaderno 1.

⁴⁰ Folios 1121 y 1123 del cuaderno 1.

pero en lo que respecta a los elementos de oficina y electrodomésticos, se deja de presente que no es válida la afirmación, toda vez que de manera posterior se encuentra una ‘,’ la cual nos indica que se debe acreditar el comercio de papelería y/o insumos de papel y adicionalmente elementos de oficina y electrodomésticos, toda vez (sic) teniendo en cuenta que la ‘,’ que se encuentra posterior a los insumos de papel no es excluyente, indica suma o acumulación”⁴¹.

Por último, en la mencionada audiencia, pese a que ninguno de los oferentes resultó habilitado, estos últimos solicitaron la apertura de los sobres que contenían la propuesta económica, con el fin de que hicieran parte del trámite administrativo, en donde se advirtió que la oferta de la unión temporal Tecnológicos y Suministros Putumayo tenía el valor total de precios unitarios de \$142’458.000 y la sumatoria total de la propuesta ascendía a \$966’578.000, mientras que en el ofrecimiento del señor Melqui Bravo Rojas no se estableció el valor final de éste.

55. A través de la Resolución 1430 del 28 de diciembre de 2017⁴², el departamento del Putumayo declaró desierto el proceso de selección abreviada por subasta inversa presencial SSAD-SASIP-004-2017, ante el resultado definitivo de las verificaciones de los requisitos habilitantes, que arrojó que ninguno de los proponentes cumplió con las referidas exigencias, de conformidad con los argumentos advertidos en el “*acta de audiencia de apertura, revisión de la propuesta, verificación de la consistencia de la propuesta económica con la oferta técnica y recomendación de adjudicación o declaratoria de desierto del proceso objeto de selección abreviada*”.

56. El señor Melqui Bravo Rojas recurrió en reposición el anterior acto administrativo y la entidad demandada, mediante Resolución 175 del 14 de marzo de 2018⁴³, confirmó el acto debatido.

57. Del anterior escenario probatorio, la Sala identifica dos puntos cardinales para resolver el presente litigio. El primero, relativo a si, como lo dice la actora, la dificultad advertida en el proceso de selección devino únicamente de una discrepancia en la interpretación de las reglas que dirigieron la selección del contratista y, el segundo, si la falta de advertencia de no existir una clasificación en el CIIU de los “elementos de oficina” constituyó un aspecto determinante para la declaratoria de desierto del proceso de selección.

58. Examinados los requisitos establecidos como *perfil del contratista* señalado en el pliego de condiciones definitivo, que hacía mención al comercio de productos alimenticios y/o de la canasta familiar, éste fue reconocido por la entidad, desde el informe de evaluación, como un error en las reglas de selección, razón por la cual indicó que los oferentes debían estarse a lo previsto en los estudios previos y al proyecto de pliego de condiciones, que consagraban que el “oferente deberá ser persona natural o jurídica, cuya actividad comercial debe girar en torno al comercio de papelería y/o insumos de papel, elementos de oficina y electrodomésticos” (se

⁴¹ Folio 1117 del cuaderno 1.

⁴² Folios 1143 a 1154 del cuaderno 1.

⁴³ Folios 1166 a 1176 del cuaderno 1.

resalta. Por ende, la Sala no comparte la interpretación que la parte actora le imprimió a este requisito, esto es, que la unión de las conjunciones “y/o” otorgaba a los proponentes la posibilidad de elegir entre ambas opciones o la alternativa de alguna de éstas, referidas (i) al comercio de papelería, y/o (ii) al comercio de insumos de papel, elementos de oficina y electrodomésticos, o a ambas actividades, o sea, la una y otra –(i) y (ii)–.

59. En efecto, si bien las aludidas conjunciones le otorgaron a los oferentes la facultad de elegir entre una de las alternativas o las dos opciones puestas para su escogencia, lo cierto es que dichas elecciones se circunscribieron “*al comercio de papelería y/o insumos de papel*”, sin extenderse a los demás requisitos que llenaron de contenido el perfil del contratista, a saber, las actividades de comercio de “*elementos de oficina y electrodomésticos*”, comoquiera que la coma, como signo de puntuación (,) cumplió la función de separar o aislar elementos dentro de una misma frase o enunciado⁴⁴; por tanto, se itera, la preferencia en la elección dada por el uso de las conjunciones “y/o” se limitó a las actividades que éstas distinguían –comercio de papelería e insumos de papel–, sin que la alternatividad que éstas proveían se extendiera a los demás elementos que integraban el perfil delimitado para el contratista, los cuales fueron aislados, vale reiterar, del efecto de las anteriores conjunciones, por medio de la utilización de la coma (,).

60. En esa medida, la alternativa de acreditación de la actividad comercial se otorgó únicamente respecto del comercio de papelería y del comercio de insumos de papel, lo cual significó que las otras dos actividades enlistadas sí tenían que ser constatadas por los proponentes, en aras de ajustarse al perfil establecido por la Administración. Este entendimiento, no sólo por la debida utilización de los signos de puntuación, compatibiliza con el objeto del proceso de selección que, es de recordar, estaba definido en orden al siguiente alcance: “*contrato de compraventa de equipos de cómputo, elementos tecnológicos, accesorios, herramientas y equipos de laboratorio, para el fortalecimiento las diferentes dependencias de la Gobernación del Putumayo. 2. Contrato de compraventa de equipos de cómputo, elementos de oficina, elementos tecnológicos, accesorios y equipos de laboratorio, para el fortalecimiento de la Secretaría de Salud Departamental. 3. Contrato de compraventa de equipos de cómputo, elementos de oficina, elementos tecnológicos, accesorios y equipos de laboratorio, para el fortalecimiento de las diferentes dependencias y la Secretaría de Salud de la Gobernación del Putumayo (...)*”.

De modo que no se advirtió un error en la interpretación por parte de la entidad territorial, puesto que, como se vio, la utilización de las conjunciones “y/o” no abrió

⁴⁴ “A continuación se exponen los usos normativos de la coma.

“(...)

“1.2. Para separar o aislar elementos u oraciones dentro de un mismo enunciado.

“1.2.1. La coma separa los elementos de una enumeración, siempre que estos no sean complejos y ya contengan comas en su expresión, pues, en ese caso, se utiliza el punto y coma: *Ayer me compré dos camisas, un pantalón, una chaqueta y dos pares de zapatos.*

“Cuando la enumeración es completa o exhaustiva, el último elemento va introducido por una conjunción (y, e, o, u, ni), delante de la cual no debe escribirse coma:

“*Es un chico muy reservado, estudioso y de buena familia.*

“*No le gustan las manzanas, las peras ni los plátanos.*

“*¿Quieres té, café o manzanilla?*” (Consultado en: <https://www.rae.es/dpd/coma>)

paso al entendimiento que la parte actora esgrimió, sino a escoger entre la demostración de ejercer las actividades de comercio de papelería o comercio de insumos de papel, o ambas, según la preferencia de cada proponente.

61. En punto a la acreditación de la actividad de comercio de “elementos de oficina”, respecto de la cual el departamento reconoció que no estaba incluida en los códigos CIU⁴⁵, es necesario hacer una breve referencia a la naturaleza del pliego de condiciones y, en éste, a un punto central atinente a la definición de su alcance y a las responsabilidades de su configuración.

Bajo este planteamiento, hay que recordar delantadamente que el pliego de condiciones ha merecido el calificativo de “*ley de la licitación*” y “*ley del contrato*”⁴⁶, en tanto y cuanto disciplina el desarrollo y las etapas del procedimiento administrativo de selección, así como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado. En cuanto atañe a su construcción, ella se explica en el marco del proceso de conformación de la voluntad de la Administración, bajo la premisa de que, si bien aquel procedimiento inicia con la determinación de un conjunto de necesidades y cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración, es de subrayar que en su recorrido y construcción involucra la participación fundamental y activa de los proponentes como expertos en las actividades, bienes o servicios que requiere el Estado.

62. A través de esta conjunción de conocimientos, se concreta el interés general que subyace las finalidades públicas perseguidas en los procesos de selección que adelantan las entidades estatales sujetas al EGCAP, para lograr la determinación más fiel del objeto a contratar y de los sujetos con capacidad de realizarlo; dicha conformación se proyecta en las diferentes etapas, oportunidades y audiencias que se llevan a cabo para afinar el proceso y sus reglas, y lograr así, conjuntamente, las precisiones necesarias, tanto a nivel de requisitos y factores de escogencia, como en lo relacionado con la determinación de la estructura obligacional, base y fuente del negocio jurídico a celebrar.

63. Con esta mira, el legislador exige que la confección de los pliegos deba realizarse en atención a los fines perseguidos por la contratación estatal, razón por la cual debe fijar reglas claras, justas y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole, aseguren la escogencia objetiva del contratista y

⁴⁵ “El Código CIU es la Clasificación Industrial Internacional Uniforme que tiene como propósito agrupar todas las actividades económicas similares por categorías, permitiendo que todos los empresarios puedan clasificarse dentro de actividades muy específicas que facilitan el manejo de información para el análisis estadístico y económico empresarial” (Consultado en: <http://www.cc.org.co/es/ciu-PG52>). Asimismo, mediante la Resolución 66 de 2012, el DANE estableció que el código de actividad económica fijado en el CIU deberá utilizarse de manera obligatoria por todas las entidades de carácter privado o público que produzcan información estadística identificando la actividad económica principal para la asignación correcta del código.

⁴⁶ “Por la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección en lo atinente a la preparación, emisión y ejecución de la voluntad contractual, la doctrina con todo acierto, lo ha denominado “*la ley del contrato*” por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación y de las partes en la contratación” (Dromi, José Roberto, La licitación Pública, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002 página 196)

que eviten la declaratoria de desierto del proceso de selección; en dichos pliegos, la entidad pública debe definir el objeto del contrato, las condiciones de costos, precio y calidad, el régimen jurídico que lo gobernará, los derechos y los deberes de las partes y determinará los factores objetivos de selección del contratista⁴⁷.

64. En este orden de ideas y al reconocer la propia entidad territorial que *“es cierto que en el CIU no se encuentran clasificados los elementos de oficina y evidentemente fue consecuencia de una inadecuada planeación en la elaboración de los documentos precontractuales”*⁴⁸, este ente expresó por sí mismo el impedimento de realizar una correcta elección del contratista favorable a los fines e intereses de la Administración, ante la falencia evidenciada en la estructuración de los criterios de habilitación jurídicos, en atención al objeto perseguido con la contratación; afirmación que demuestra, sin asomo de reparo, que sí existían razones que tornaban imposible cumplir con una selección objetiva del contrato y que, por ende, la propuesta presentada por el actor no podía constituirse como la mejor dentro de las presentadas, pues no se configuraron los elementos mínimos que permitieran comparar en forma correcta los ofrecimientos recibidos, por la falta de determinación del perfil adecuado del llamado a contratar con el Estado, escenario que conduce a concluir que, ciertamente, ninguno de los oferentes podía considerarse como apto en orden a la adjudicación y celebración del contrato.

65. Así las cosas, al constatar la existencia de serios motivos que impedían la escogencia de alguno de los oferentes con ocasión de la indebida estructuración de los criterios de habilitación, se colige, de una parte, que la Administración no estaba compelida a perseverar en un error –pues éste le impedía constatar la experiencia completa de los proponentes en relación con el objeto del proceso de selección– y a agravar sus efectos a través de una indebida adjudicación. Y de otra, que el señor Melqui Bravo Rojas carece de un interés serio y directo en el presente asunto, dado que ni su oferta, ni la de algún otro proponente, podían ser consideradas como aptas, o como las mejores, aun cuando ello tuviera lugar por la propia falencia de la Administración; pero sin que tal yerro impusiera llegar a un acto de adjudicación, pues éste no puede tenerse como un mecanismo de saneamiento admisible dentro del proceso de escogencia, sino que, por el contrario, de haberlo hecho así, se materializaba el desconocimiento de la ley a través de una escogencia que no atendía criterios completos y objetivos de selección.

66. En todo caso, vale precisar que, si el proponente –acá actor– hubiere hecho uso de la oportunidad que tenía de hacer comentarios al proyecto de pliego de condiciones⁴⁹ y con ello advertir la inexistencia de un código CIU para el comercio de “elementos de oficina” o al menos pedir su aclaración, para que se ajustara a otra actividad sí comprendida en esta clasificación; y si, además, hubiera pedido la

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de agosto de 2011, radicación 47001-23-31-000-1997-05172-01(17714), Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

⁴⁸ Folio 1121 del cuaderno 1.

⁴⁹ Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.2.1.4. Observaciones al proyecto de pliego de condiciones. Los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliego de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos: (a) durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública; (b) durante un término de cinco (5) días hábiles en la selección abreviada y el concurso de méritos.

modificación del pliego definitivo⁵⁰ al advertir la inclusión de un perfil de contratista totalmente ajeno al objeto contractual –comercio de productos alimenticios y/o de la canasta familiar–, habría podido colaborar a la Administración, con el fin de evitar que las exigencias del pliego resultaran en requisitos imposibles, que se convirtieran en barreras para su participación⁵¹.

67. Lo anterior, no pretende trasladar la responsabilidad total y definitiva de la indebida confección de las reglas de contratación a los proponentes, pero sí invita a resaltar el papel que la ley atribuye a los interesados dentro de dichos procesos de selección, con el fin de que éstos a través de la diferentes etapas del proceso de escogencia y como resultado de la participación activa y mancomunada de ambos, aclaren, conjuren o disminuyan escenarios como el acá advertido, fácilmente observables, como en este caso, por los interesados en participar quienes lo hacen en calidad de expertos en la ejecución de sus distintas actividades comerciales.

En este punto es del caso indicar, en relación con el pliego de condiciones, que si bien es responsabilidad de la Administración en el contexto de las fases de planeación realizar una adecuada estructuración de tales procesos, se subraya que en su elaboración definitiva está inscrita la huella e impronta de los particulares y potenciales interesados, quienes concurren en las etapas de publicidad a perfilar los elementos finales del proyecto de contrato, lo que si bien no los hace responsables por las falencias inadvertidas de ellos, tampoco excluye que en su contra se puedan elaborar premisas de corresponsabilidad, ni que por esta vía se configure una patente que autorice, en casos así, beneficiarse de los errores propios por evidente falta de diligencia y desconocimiento del principio de buena fe en la actividad precontractual.

68. Vale decir, que al estudiar los pliegos y sus requerimientos de habilitación, los interesados, y luego proponentes, sin duda podían advertir a la entidad las falencias en los códigos CIU y no esperar hasta el momento culminante del proceso para señalar que tal exigencia era de imposible cumplimiento y, por esa vía, demandar el acto que declaró desierta la licitación, esperando luego beneficiarse de un yerro en cuya producción participaron omisivamente al guardar silencio, debiendo y pudiendo haberlo manifestado. Lo anterior bajo una razón básica, y es que son los proponentes quienes conocen con mayor particularidad las actividades que pueden realizar conforme a su registro mercantil y, por ende, pueden evidenciar con precisión aquellas actividades en las que habrán de participar, o los requerimientos que limiten tal interés; en este último evento, o por causa de una equivocación del pliego en alguna exigencia, están obligados a obrar bajo reglas de corrección y, en virtud de ellas, a señalar a la Administración tal circunstancia, pues el proceso de conformación de la voluntad en la contratación pública se compone de actuaciones, audiencias, observaciones, entre otras figuras, que impiden tener al contratista como

⁵⁰ Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.2.2.1. Modificación de los pliegos de condiciones. La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

⁵¹ Artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 sobre contenido de los pliegos de condiciones: “No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.”

un sujeto compelido por la Administración, y ajeno incluso a sus propios análisis empresariales de participación.

69. Así las cosas, está definido que la propuesta del actor no estaba llamada a ser adjudicataria, lo que revela que su interés en proponer la nulidad y restablecimiento de cara al acto de declaratoria de desierto no está acreditado; de lo que se sigue que no procede el estudio de los cargos de nulidad que se formulan contra el acto que declaró desierto el concurso, manteniéndose inalterable la presunción de legalidad que los acompaña.

70. Finalmente, en torno al reparo propuesto sobre la improcedencia de la condena en costas impuestas por el *a quo*, por cuanto, a juicio del recurrente, no aparecen causadas ni comprobadas dentro del expediente, se precisa que sí hay lugar a su decreto en primera instancia, por cuanto el artículo 365 del CGP prescribe que dicha condena se impone a quien sea vencido en el proceso, escenario que se configuró en relación con la parte actora; además, al estar las costas integradas "*por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho*" (artículo 361 del CGP), es evidente que sí se acreditaron, pues obran en el expediente las actuaciones que desplegó el extremo demandado en procura de la defensa de sus intereses (contestación de la demanda -folios 1313 a 1318 del cuaderno 1- y alegatos de conclusión 1343 a 1345 del cuaderno 1-), circunstancia que demuestra, por sí sola, la configuración de las agencias en derecho y, por ende, de las costas procesales, de modo que no hay lugar a revocar la condena impuesta bajo este concepto.

71. De conformidad con todo lo expuesto, se impone confirmar la sentencia de primera instancia, pero bajo las argumentaciones esgrimidas en la presente providencia.

Costas

72. En los términos del artículo 188 del CPACA, la liquidación y ejecución de la condena en costas se sujetará a las reglas previstas en el Código General del Proceso, normativa que establece, en su artículo 365, numeral 1, que "*se condenará en costas a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación*".

La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

73. En este orden de ideas, se fijan las agencias en derecho, para esta instancia, en la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la parte demandada, en atención a lo previsto en el artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, que establece que la condena por este aspecto en el curso de la segunda instancia debe fijarse entre 1 y 6 smlmv.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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 y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR, por las razones aquí expuestas, la sentencia del 27 de mayo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo Nariño.

SEGUNDO: CONDENAR en costas, por esta instancia, a la demandante, en favor de la parte demandada por la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo*.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN

Con aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE⁵²

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Con aclaración de voto

VF

⁵² Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.