

## CONTENIDO

### 1. NOVEDADES NORMATIVAS

1.1 Publicación de la actividad contractual en el SECOP

### 2. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

2.1 Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del pliego de condiciones.

2.2 Límites de la facultad administrativa de configuración de los pliegos de condiciones, desviación de poder por parte de la Administración dentro de un proceso de licitación pública.

### 3. OBSERVATORIO LEGISLATIVO

3.1 Balance de la legislatura 2012-2013

### 1. NOVEDADES NORMATIVAS

#### 1.1 Publicación de la actividad contractual en el SECOP

El 21 de junio pasado la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- publicó la Circular Externa 1 de 2013, mediante la cual recuerda a todas las entidades del Estado la obligación de publicar su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP-.

En el acto administrativo se recordó a todas las entidades que contratan con cargo a recursos públicos la obligación de publicar de forma oportuna su actividad contractual en el SECOP, sin importar su régimen jurídico, o

rama del poder público.

Así mismo, recapituló que las instituciones que ejecutan recursos públicos sin ser entidades del Estado están obligadas a publicar en el SECOP su actividad contractual que se ejecute con cargo a recursos públicos.

#### Publicación en medios locales

Finaliza la Circular Externa, recordando que la publicación de la actividad contractual en gacetas locales, regionales o diarios de amplia circulación nacional, departamental o municipal, solo es obligatoria cuando a través de esta forma se cumplan las obligaciones de carácter tributario establecidas en acuerdos u ordenanzas, y en ningún caso reemplaza la publicación en el SECOP.

### 2. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

#### 2.1 Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del pliego de condiciones

El pasado 30 de enero, el Consejo de Estado, Sala de lo contenciosos administrativo, sección tercera, subsección B, Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth, con el radicado 15001-23-31-000-1996-06610-01(21492), dio solución a la controversia presentada entre el actor, Apuestas Suamox LTDA, y el demandado Lotería de Boyacá.

El litigio tiene su inicio en 1996, cuando la Lotería de Boyacá adelantó la licitación pública 002, para la concesión del juego de apuestas permanentes en el Departamento de Boyacá, proceso en el cual participó la sociedad Apuestas Suamox LTDA, quién consideró que existieron vicios en la adjudicación en tanto ella debió ser la adjudicataria del contrato licitado, lo cual no ocurrió, a su juicio, porque la administración evaluó en forma errónea su oferta respecto del criterio comercial, y porque, al estudiar la oferta del proponente adjudicatario, desconoció que peste debía estar inscrito en la Cámara de Comercio antes de la apertura de la licitación pública. Sin embargo, la actora no demostró los vicios alegados.

Por lo anterior, la sociedad Apuestas Suamox Ltda., presentó demanda en contra de la Lotería de Boyacá, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

## Primera Instancia

El Tribunal Administrativo de descongestión, Sede Bogotá, sección tercera, el 29 de marzo de 2011, profirió sentencia en donde negó las pretensiones de la demanda. Consideró, luego de analizar lo previsto en el pliego de condiciones, que no era de recibo el argumento de la actora según el cual, el adjudicatario no habría cumplido con el registro en la Cámara de Comercio, pues si lo estaba, por ende, la Lotería de Boyacá no desconoció los lineamientos establecidos en el pliego de condiciones.

## Consideraciones del Consejo de Estado

La Sala, inicia su pronunciamiento enunciando la importancia del pliego de condiciones en la licitación pública, ya que, para garantizar la

transparencia y la selección objetiva, la ley de contratación exige la existencia de unas bases que deben regir la licitación pública, razón por la cual ordena la elaboración de los pliegos de condiciones en donde se indicarán los requisitos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desiertas de las licitaciones.

El pliego de condiciones es un acto prenegocial que contiene un conjunto de cláusulas predispuestas u con efectos obligatorios, elaboradas unilateralmente por la administración para disciplinar el desarrollo u las etapas del proceso de selección y el contrato ofrecido a los interesados en participar en el mismo con las aspiración legítima que les sea adjudicado.

En el proceso de licitación pública la evaluación, estudio, calificación, rechazo o descalificación de las ofertas no es una decisión discrecional de la administración, toda vez que está sujeta a lo consagrado en el pliego de condiciones y la ley. Esto significa a la administración en el procedimiento de la licitación pública regulado por la ley, no le es jurídicamente permitido separarse de los criterios o factores de escogencia consagrados en el pliego de condiciones, ni desconoce su contenido ni la forma de ponderarlos y por ajuste a todos y cada uno de los puntos exigidos adjudicar al proponente que supera a los demás.

Luego de lo esbozado, el Consejo de Estado procede por medio de una interpretación pragmática sobre el pliego de condiciones, a estimar que la interpretación de la sociedad Apuestas Suamux Ltda., no resulta razonable respecto de lo pretendido y el efecto útil deseado, mediante la consagración del factor de selección del criterio comercial. En ese orden de ideas, concluye la Sala que la calificación otorgada a Apuestas Suamux Ltda., en el criterio comercial, es acorde con el sentido para el cual fue establecido dentro del pliego de condiciones.

Concluye el Consejo de Estado que, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora no tiene vocación de prosperidad, toda vez que los hechos en los que fundó las pretensiones no fueron acreditados motivos por el cual, confirma la sentencia de primera instancia.

## **2.2 Límites de la facultad administrativa de configuración de los pliegos de condiciones, desviación de poder por parte de la Administración dentro de un proceso de licitación pública**

El Consejo de Estado, el 14 de marzo del año en curso, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección tercera, Subsección A, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gomez, expidió Sentencia con el radicado 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059), resolviendo el litigio presentado entre el actor, Sociedad Avila Limitada y el demandado, el Departamento de la Guajira.

Lo anterior, inició cuando el Departamento de la Guajira adelantó la licitación pública 001/99, cuyo objetivo era la construcción de la Bibliote-

ca Departamental del Municipio de Riohacha. Luego de efectuada la evaluación de las ofertas, la entidad demandada concluyó que la licitación debía declararse desierta porque ninguno de los proponentes cumplía con lo requerido, y lo formalizó mediante una resolución de declaración de desierta de la licitación.

Por lo anterior, la parte actora, que hacía parte de dicha licitación y que a su juicio cumplía con todos los requerimientos para ser adjudicataria, interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de la Guajira.

### **Primera Instancia**

El Tribunal accedió a algunas de las pretensiones de la demanda. El Tribunal concluyó, que la Gobernación actuó con desviación y abuso del poder, ya que exigió documentos a los proponentes que no debía, y no tuvo en cuenta la póliza de los actores, dejándolos así por fuera de la licitación sin fundamento alguno.

### **Consideraciones del Consejo de Estado**

El Consejo de Estado inicia con un recuento sobre la declaratoria de desierta de una licitación pública y sus causales ya que la decisión de declarar desierto un procedimiento administrativo de selección contractual –dadas sus importantes implicaciones y los efectos que tal decisión está llamada a generar en el mundo jurídico–, también se encuentra debidamente reglada y, por tanto, a su adopción sólo podrá procederse cuando se configuren las causales o hipótesis fácticas previstas expresamente en las normas vigentes para el efecto.

Señala el Consejo de Estado que, al definir que en un específico evento concreto no resulta posible la escogencia objetiva, la entidad estatal contratante necesariamente deberá tener presente, igualmente, que tal decisión debe adoptarse con sujeción a los principios que rigen la contratación estatal, entre los cuales se destacan los de transparencia, economía y responsabilidad; así mismo se impone la aplicación de los principios constitucionales que orientan la función administrativa, señalados en el artículo 209 de la Carta Política, además del cumplimiento de las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho y específicamente los del Derecho Administrativo.

En este orden de ideas, el principio de transparencia en buena medida encuentra concreción en las reglas para la escogencia objetiva del contratista, tal como se puso de presente en el trámite legislativo del Estatuto de Contratación Estatal y que se expresaba en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, ahora subrogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y más recientemente por el Estatuto Anticorrupción en su artículo 88 al prescribir factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar.

En cuanto a los límites de la facultad administrativa de configuración de los pliegos de condiciones, la Sala enuncia que, el principio de selección objetiva del contratista además de servir de garantía para los proponentes respecto de los criterios de selección, permite a la Administración Pública cumplir con el cometido de adjudicar el contrato a la oferta que realmente –según sus propios estudios previos, realizados en virtud del principio de pla-

neación– le resulte más favorable. En este sentido, el pliego de condiciones que se debe confeccionar por la entidad pública antes de ordenar la apertura de un procedimiento administrativo de selección contractual, se erige en la base fundamental de este deber, pues permite concretar el concepto jurídico indeterminado de “favorabilidad” en la escogencia del ofrecimiento, comoquiera que en el pliego de condiciones se plasman tanto los criterios o factores de escogencia como la ponderación precisa y detallada de los mismos, los cuales constituyen las ‘reglas de juego’ que permitirán determinar objetivamente cuál es la oferta más ventajosa.

Ahora bien, al ocuparse de los límites que no pueden ser transgredidos por las entidades estatales contratantes, la Sala estimó que:

“I) Los elementos reglados, siempre existentes en toda decisión de la Administración que participe de la naturaleza de acto administrativo y los pliegos de condiciones lo hacen, si bien la estirpe de los mismos, según se explicó, es mixta.

II) Los principios generales del Derecho y en particular de los principios que rigen u orientan el ejercicio de la función administrativa, aplicables a toda la actividad contractual del Estado por virtud de lo normado, con carácter general, por los artículos 1, 2 y 209 de la Constitución Política, así como por el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo y, con carácter particular, por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, circunstancia ésta que conduce a que más que a “principio”, deba hacerse referencia a la “regla general de la proporcionalidad”.

Al avanzar en el análisis relacionado con los límites que deben respetarse en la configuración de los pliegos de condiciones que han de regir en cada procedimiento administrativo de selección contractual, el Concejo de Estado estima que, hay lugar a precisar que las entidades estatales contratantes no cuentan con facultades para establecer, consagrar o crear prohibiciones como inhabilidades o incompatibilidades no previstas en la Constitución Política o en la ley para impedir la participación de interesados que desean o deciden intervenir en los correspondientes procedimientos administrativos de selección o causales de exclusión o de rechazo de las ofertas respectivas que tampoco correspondan a previsiones previamente consagradas en normas de jerarquía superior a la de los pliegos de condiciones.

De ahí que las entidades estatales contratantes deban ser extremadamente cuidadosas y transparentes al exigir a los oferentes el cumplimiento de requisitos razonables y proporcionales cuya inobservancia, a la vez, determina que tales entidades no pueden seleccionar entonces las ofertas que se encuentren en circunstancias de incumplimiento de requisitos esenciales o indispensables establecidos en el correspondiente pliego de condiciones –lo cual incluye aquellos que hoy la propia ley denomina “requisitos habilitantes”, por lo cual no será válido que tras la apariencia de tales exigencias en realidad se disfracen u oculten inhabilidades o incompatibilidades distintas a las previstas en la Constitución o en la ley para impedir la participación de ciertos interesados en los respectivos procedimientos administrativos de selección contractual.

Después del anterior análisis, la Sala concluye que no hubo ninguna falencia en la actuación

del Departamento de la Guajira, ya que no existió un trato discriminatorio hacia el proponente Sociedad Avila Limitada, y ésta, después de verificar los documentos, si tenía menor puntaje que otros proponentes, y no contaba con algunos de los requisitos exigidos, válidamente, por el demandado.

Por lo anterior, el Consejo de Estado ordena que se revoque la Sentencia de Primera Instancia, y se nieguen las pretensiones del actor.

### 3. OBSERVATORIO LEGISLATIVO

#### 3.1 Balance de la legislatura 2012-2013

Una vez finalizadas las sesiones del Congreso el pasado 20 de junio, el índice de proyectos archivados o retirados fue superior al número de iniciativas aprobadas.

#### Avances en materia de seguridad vial y en la ley de infraestructura

Los proyectos que presentaron mayores avances en la legislatura que termina, fueron los relacionados con la creación de la Agencia Nacional de Seguridad Vial y el proyecto por el cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte.

Estas dos iniciativas, la primera de origen parlamentario y la segunda presentada por el Gobierno Nacional, fueron aprobadas tanto en la Comisión Sexta como en la Plenaria del Senado y pasan a decidir su suerte en la Cámara de Representantes en la legislatura 2013-2014.

## **Código Aeronáutico, reforma a la Supertransporte y Código Nacional de Tránsito Terrestre no pasaron el cohorte**

Si bien en principio estos proyectos habían generado altas expectativas en el sector infraestructura, debido a que este era el segundo periodo legislativo en que las iniciativas eran debatidas, las propuestas debieron ser archivadas.

El proyecto de Código Aeronáutico, cuyo contenido superaba los 300 artículos, tenía como objetivo compilar la normatividad existente en un solo instrumento normativo, escindiendo la segunda parte del Libro V del Código de Comercio e integrando las leyes y decretos que reforman permanentemente el esquema de transporte aéreo.

Así mismo, planteaba regular otros aspectos relacionados con la jurisdicción especial Aeronáutica y la profesionalización del personal aeronáutico.

En cuanto a la reforma a la Superintendencia de Transporte, iniciativa que ya había sido presentada en legislaturas anteriores e incluso se había incluido en el primer borrador del proyecto de ley de infraestructura, se proponía fortalecer la actuación administrativa sancionatoria, de la "Super de Infraestructura", además de la creación de una contribución para la vigilancia, tributo que coexistiría con la tasa de vigilancia existente actualmente.

Finalmente, el Código de Tránsito Terrestre tenía como objetivo mejorar la gestión del tráfico tanto en las ciudades como en carretera. Sin embargo tendrá que aguardar a la pre-

sentación de un nuevo articulado para materializar esta intención.

Puesto que durante el periodo 2013-2014, se dará prioridad a los proyectos que cuentan con apoyo gubernamental, tales como la Agencia de Seguridad Vial y el proyecto de ley de infraestructura, es incierto el futuro de los demás proyectos relacionados con el sector y cuyo plazo para debatir vencerá en el próximo año.

Si desea obtener alguno de los documentos aquí reseñados puede realizar la solicitud en la siguiente dirección de correo electrónico: [dgarzon@infraestructura.org.co](mailto:dgarzon@infraestructura.org.co)