

898



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

Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012)

Radicación: 25000232600019960332801 (22760)

Actor: Sociedad Seguridad DINCOLVIP Ltda.

Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA

Referencia: Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Resuelve la Sub-Sección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 7 de marzo de 2002, por medio de la cual negaron las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda

El 12 de diciembre de 1996, la sociedad de Seguridad Dincolvip Ltda., a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda contra el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, para que se declarara la nulidad de las Resoluciones 124 y 125 del 8 agosto de 1996, mediante las cuales se adjudicó la Licitación Pública No. 01 RBOG de 1996.

1.1. Pretensiones

1.- Se declare la nulidad de las Resoluciones 124 y 125 del 8 de agosto de 1996, por medio de las cuales el SENA adjudicó la Licitación Pública No. 01



RBOG/96, para la prestación del servicio de vigilancia privada en las diferentes dependencias del SENA, Regional Bogotá-Cundinamarca.

2.- Que como consecuencia de la nulidad impetrada, se declare que el adjudicatario de la Licitación debió ser la empresa Seguridad Dincolvip Ltda.,

3.- Que se declare que el SENA es responsable por los perjuicios ocasionados al demandante y, en consecuencia, sea condenado a responder por los perjuicios materiales por lucro cesante y daño emergente, constituido por lo dejado de percibir como ganancia en desarrollo del contrato, equivalente al 13% del valor estimado del contrato, es decir, \$118.964,996 y los correspondientes intereses corrientes bancarios, certificados por la Superintendencia Bancaria, sumas que deberán ser indexadas al momento de proferir el fallo.

2. Hechos

1. El Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, mediante Resolución No 01333 del 14 de junio de 1996, abrió la Licitación Pública No.01 RBOG/96A, con el objeto de seleccionar un contratista para prestar el servicio de vigilancia privada en las diferentes dependencias del SENA Regional Bogotá -Cundinamarca.

2. Al proceso licitatorio se presentaron 12 proponentes, incluyendo la sociedad demandante, y mediante oficio 03732 del 31 de julio de 1996, el SENA les comunicó que los informes de evaluación de las propuestas se encontraban en la Secretaría General hasta el 6 de agosto de 1996, para que los oferentes presentaran las observaciones que estimaran pertinentes.

3. En dicha evaluación se calificaron las tres primeras empresas con el siguiente puntaje:

SEPECOL LTDA	955
VIGILANCIA SANTAFERREÑA CIA LTDA.	950
SEGURIDAD DINCOLVIP LTDA.	920



4. Ante esta situación y para poder realizar la confrontación de las propuestas, el día 31 de julio de 1996, Dincolvip solicitó copias de las propuestas presentadas por las otras dos firmas evaluadas, recibiendo como respuesta que dicha entrega estaba condicionada a la autorización de dichas empresas.

5. Teniendo en cuenta que el día 5 de agosto de 1996, no habían sido entregadas las copias solicitadas, se ofició otra vez a la entidad para dejar constancia del trato discriminatorio y de que se coartaba el derecho de la sociedad a conocer las propuestas para poder realizar las observaciones.

6. No obstante lo anterior, Dincolvip Ltda., presentó observaciones sobre la calificación recibida en el ítem relacionado con la "reposición de bienes", en el cual fue calificado con 5 puntos de los 40 posibles, porque en el pliego se expresa que se otorgarán 40 puntos a los proponentes que ofrezcan reponer los bienes hurtados en tiempo inferior a 15 días y la firma propuso reponer el bien una vez establecida la responsabilidad de su pérdida, procedimiento que se cumpliría en un término no mayor a 4 días, de modo que cumplía con las exigencias establecidas en los pliegos y por ello merecía el máximo puntaje.

7. Mediante oficio 03857 del 8 de agosto de 1996, el SENA dio respuesta a las observaciones presentadas, señalando que de acuerdo con la propuesta presentada, en este ítem *"su oferta no está dentro de los términos considerados para la asignación del máximo puntaje"*.

8. Revisada la propuesta, es evidente que el puntaje asignado a la misma obedeció a una interpretación equivocada por parte del SENA, pero de haberse calificado correctamente, la propuesta debió obtener calificación de 955 puntos, quedando entonces en primer lugar junto con la firma SEPECOL LTDA.

9. Al obtener ambas empresas la misma calificación, debió escogerse la propuesta de la sociedad actora, por ser la más económica, ya que ofreció como valor total anual, por turnos de doce horas \$1.098.138.420 y para turnos de ocho horas el valor era de \$1.110.960.000, mientras que



SEPECOL LTDA., cotizó por valor de \$1.105.335.000, para turnos de doce horas y \$ 1.131.840.000 por ocho horas.

10. La adjudicación se hizo mediante Resoluciones 124 y 125 de agosto 8 de 1996, las cuales fueron notificadas el 13 de agosto de 1996.

4. Normas Violadas y Concepto de la Violación

La parte actora considera violados los artículos 1, 2, 6, 13, 29, 89, 90, 91, 123, 124 y 209 de la Constitución; 23 a 26 y 29 de la Ley 80 de 1993 y 3 y 77 del C.C. A.

Tanto las normas constitucionales relativas a la función pública como el estatuto de contratación propenden por garantizar la igualdad de quienes mediante la celebración de contratos colaboran con el Estado en la consecución de sus fines y funciones, de manera que en cada proceso licitatorio deben cumplirse los principios de transparencia, responsabilidad, economía al igual que las reglas para la selección objetiva de los contratistas.

En criterio del demandante, la entidad interpretó acomodadamente el contenido de la propuesta con lo cual se violó la objetividad de la selección del contratista y se vulneraron los intereses del proponente.

Adicionalmente consideró que se vulneró el principio de transparencia por no expedirse las copias de las otras ofertas que ocuparon los primeros lugares para poder hacer las observaciones.

5. Trámite procesal y contestación de la demanda

La demanda fue admitida mediante auto de enero 30 de 1997, en el cual se ordenó notificar a las partes y al Ministerio Público, e igualmente se dispuso integrar el contradictorio notificando la demanda a las empresas Sepecol Ltda., y Vigilancia Santaferenseña y Cia. Ltda., (fls. 18 y 19, c. ppal.).



El SENA contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la parte actora por considerar que no se violaron los principios de la contratación, ya que en el pliego de condiciones se establecieron reglas claras y precisas, y se garantizó la participación de todos los proponentes en igualdad de condiciones.

Adujo la demandada que la confusión sobre la interpretación del ítem relacionado con la pérdida de los bienes no puede atribuirse a la entidad sino a la sociedad demandante porque no fue claro al presentar su propuesta (fls. 34 a 36, c. ppal.).

Una vez contestada la demanda, con auto de diciembre 11 de 1997, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y mediante providencia del 2 de marzo de 2000 se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fls. 38 a 39 y 61, c. ppal.).

La parte actora alegó de conclusión reiterando lo argumentado en la demanda e insistió en que la entidad evaluó e interpretó subjetivamente su propuesta, de manera que al no habersele adjudicado la licitación se vulneraron sus derechos (fls 62 a 67, c. ppal.).

6. La providencia de primera instancia.

En el fallo objeto de apelación, el Tribunal negó las súplicas de la demanda por no encontrar probados los cargos formulados contra los actos administrativos demandados.

En relación con la violación al principio de transparencia por no haberse expedido las copias de las otras propuestas que fueron solicitadas por la sociedad Dincolvip Ltda., con el objeto de efectuar las observaciones pertinentes, consideró el a-quo que si bien existía la obligación de entregarlas y por ello no es aceptable la razón esgrimida por la entidad acerca de que las propuestas contenían documentos reservados, de todos modos no se presentó una violación de las normas, ya que el informe de evaluación fue puesto a disposición de los participantes, al igual que las



ofertas que según lo consagra el artículo 30, numeral 8 del estatuto de contratación, podían ser consultadas por los interesados y si la demandante no cumplió con dicha carga, mal puede reclamar la indemnización de perjuicios.

En cuanto tiene que ver con la equivocada calificación del ítem de reposición de equipos porque solo se le asignaron 5 puntos de 40 posibles, consideró el Tribunal de primera instancia que en la oferta presentada por la demandante se estableció un procedimiento para establecer la responsabilidad por la pérdida del bien y en caso de encontrarse que se debió a negligencia de la contratista se procedería a reponer el bien o descontar su valor en la siguiente factura, para lo cual se estableció un plazo máximo de cuatro días.

Al respecto dijo el Tribunal:

"De una parte observa la Sala que la reposición del bien reportado como hurtado, está condicionada al establecimiento de la responsabilidad, negligencia, de la Empresa encargada del servicio de vigilancia. Como bien lo anotó la Entidad Licitante al responder la observación formulada al Informe de Evaluaciones por la Sociedad Seguridad DINCOLVIP LTDA. De otra parte, para la Sala es claro que el término señalado para la reposición y que, según se consigna expresamente en la oferta presentada por ésta comprende todo el procedimiento, no es en modo alguno razonable, dado que no es viable y no es ajustado a la realidad proponer y comprometerse a que en escasos 4 días, contados a partir del reporte del hurto del bien, pueda adelantarse la investigación conducente a establecer la responsabilidad por tal pérdida, concluir sobre dicha responsabilidad para endilgarla o no a negligencia de la Sociedad que presta el servicio de vigilancia y proceder a reponer el bien.

En consecuencia, dada la irrazonabilidad del término de reposición de bienes ofertado por la Sociedad SEGURIDAD DINCOLVIP LTDA., y su condicionamiento a que el hurto devenga de la negligencia de ésta, mal podía la Entidad Licitante asignarle a la oferta presentada por ésta, en el componente de Reposición de Bienes, el puntaje que ella pretende, 40 puntos. El puntaje asignado, 5 puntos, se ciñe estrictamente a lo previsto en el Pliego de Condiciones de la Licitación, por el condicionamiento y la irrazonabilidad del término propuesto, conforme a los planteamientos anteriormente expuestos".

7. El recurso de apelación y el trámite en segunda instancia



La parte demandante presentó recurso de apelación el 13 de marzo de 2002, y lo sustentó mediante memorial del 02 de julio de 2002 (fls. 85 y 93 a 101, c. ppal).

El recurrente se opone a las consideraciones del fallo, por cuanto el término propuesto por la sociedad actora se encontraba dentro de los límites establecidos en la licitación para la asignación del máximo puntaje y no era irrazonable, ya que la experiencia adquirida en otros contratos era garantía de cumplimiento de la oferta, ya que la empresa contaba con la implementación de procesos y procedimientos para lograr adelantar las diferentes investigaciones de carácter administrativo generadas en la solicitud de reposiciones.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que este ofrecimiento estaba respaldado por una póliza de seriedad de la oferta, de manera que debió aplicarse el principio de buena fe respecto de las gestiones de los particulares frente a la entidad, pero en la evaluación efectuada la administración actuó con desvío de poder en detrimento de los intereses de la sociedad demandante.

En lo que respecta a la otra consideración efectuada en el fallo, adujo el recurrente que la condición de que se estableciera previamente la responsabilidad imputable al contratista proviene de la entidad, que la incluyó en el pliego de condiciones y en la minuta del contrato, por esa razón no puede reprochársele al ofertante ya que éste solo se limitó a cumplir con las exigencias de la licitación.

El recurso fue admitido por medio de auto de agosto 1 de 2002 y con providencia de agosto 22 de 2002, se dio traslado para alegar de conclusión (fls. 103 y 105).

La parte demanda hizo uso del traslado mediante memorial del 10 de septiembre de 2002, en el cual reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda (fls. 107 y 108).



El Ministerio Público solicitó la confirmación del fallo apelado por considerar que del texto de la propuesta no se infiere con claridad absoluta que el término para reponer los bienes era de cuatro días, por el contrario lo que se entiende es que dicho término era para adelantar el procedimiento investigativo y no para la reposición de los bienes ya que la misma propuesta establece que agotado el procedimiento de investigación, se procedería a reponer el bien o a descontarlo de la próxima cuenta a pagar, caso en el cual el término no podía ser de cuatro días.

La parte demandada guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Esta Sala es competente de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado para decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 7 de marzo de 2002, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones de la demanda.

Ab initio debe precisarse que se limitará la Sala a los argumentos planteados por la parte demandante en el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el artículo 357 del C. de P.C según el cual, la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante.

En cuanto a la caducidad de la acción, debe precisarse que las resoluciones demandadas se proferieron el 8 de agosto de 1996 y fueron notificadas el 13 de agosto del mismo año, mientras que el libelo petitorio fue presentado el 12 de diciembre de 1996, dentro de los cuatro meses previstos en la ley para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.



El principal motivo de inconformidad del recurrente se contrae a la exigencia del contratista por parte del SENA, con presunta violación de los principios de la contratación estatal, en especial el de transparencia, consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y una de sus manifestaciones es precisamente la obligación legal de escoger el contratista previo el agotamiento de un proceso de selección objetiva, en el que la regla general la constituye la licitación pública, como mecanismo que garantiza la igualdad de los concurrentes, de ahí que se afirme que el fundamento jurídico de ésta se encuentra en los artículos 13 y 209 de la Constitución Política.

El principio de transparencia garantiza la imparcialidad de la administración y por consiguiente la escogencia objetiva de contratistas, su implementación implica que la selección se efectúe mediante licitación o concurso, salvo las excepciones previstas en la norma.

Al respecto la Corte Constitucional ha dicho:

*"por virtud del mismo principio de transparencia, el artículo 24 exige que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se indiquen los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, y se definan reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. Prohíbe, además la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, y finalmente, cabe también resaltar que como otra garantía adicional, derivada del principio de transparencia, la norma dispone que toda actuación de las autoridades, derivada de la actividad contractual, deberá ser motivada"*¹

Paralelo con la aplicación del principio de transparencia, el proceso de selección de contratistas debe rodearse de otros principios tales como el debido proceso, el de publicidad, controversia, objetividad y motivación que rigen la actividad contractual y son necesarios para poder cumplir a través de dicha actuación con los fines y funciones del Estado.

La licitación pública, es un procedimiento que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, la jurisprudencia ha establecido que deben contarse entre sus

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-128 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Gálvis.



elementos fundamentales la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes y la sujeción estricta al pliego de condiciones.

“La libre concurrencia permite el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del llamado a licitar. Es un principio relativo, no absoluto o irrestricto, porque el interés público impone limitaciones de concurrencia relativas, entre otras, a la naturaleza del contrato y a la capacidad e idoneidad del oferente. La igualdad de los licitadores, presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración. Y la sujeción estricta al pliego de condiciones es un principio fundamental del proceso licitatorio, que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes”².

Por otra parte, los pliegos de condiciones constituyen uno de los documentos más importante de la licitación, en la medida en que contienen las reglas básicas del proceso de selección, las cuales deben ser claras y precisas, que no den lugar a confusiones. En los pliegos se consignan aspectos que deberán tener en cuenta los proponentes para la elaboración de las ofertas.

También han sido definidos como un conjunto de reglas obligatorias para la administración que las adopta y para el particular que, presentando la oferta, se somete a ellos. Estos rigen la relación comercial, son indicativos de los derechos y obligaciones de las partes contratantes y en términos generales, orientan la naturaleza, el modo y la forma de colaboración del contratista con la administración.

El pliego es la ley del contrato y a él deben ajustarse íntegramente las propuestas que se formulen, vincula a las partes en los estrictos y precisos términos en él contenidos, de manera que la entidad debe actuar en consonancia con los criterios de evaluación y la correspondiente forma de aplicarlos, pues de otro modo no se cumplirían ni garantizarían los principios orientadores de la función administrativa previstos en el artículo 209 superior.

² Consejo de Estado; Sección tercera; sentencia de julio 19 de 2001; rad 12037; C.P. Alier Eduardo Hernández.



Al elaborar los pliegos, la administración corre con la carga de claridad, presente en toda la etapa pre y contractual, según la cual, las ambigüedades, errores y equivocaciones inducidas generan responsabilidad a su cargo.

La inobservancia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones puede tener como consecuencia el rechazo de la oferta, pero actualmente ha establecido la diferencia entre requisitos esenciales y subsanables, así el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, dispone que solamente la ausencia de requisitos, o la falta de documentos necesarios para la comparación de las propuestas, dará lugar al rechazo de las mismas, es decir que lo que no impida la comparación, no da lugar a rechazo.

Así ha dicho la Sala:

“Como el procedimiento de selección del contratista está regido, entre otros, por los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, las entidades deben someter sus actuaciones a lo dispuesto en la ley y en el correspondiente pliego de condiciones, comoquiera que el Estado y los participantes se encuentran subordinados en idéntica forma a tales disposiciones. Cabe así mismo señalar que ese deber de sometimiento a la ley y al pliego de condiciones, impide a la entidad modificar los requisitos de este último por fuera de los eventos y oportunidades expresamente previstos en la ley, como quiera que ello resultaría lesivo de los principios que rigen la selección y de los derechos de los participantes. El pliego es por regla general intangible, lo cual significa que no es dable alterar o inaplicar las reglas y condiciones previstas en él. No obstante, la jurisprudencia concibe como procedente la modificación de aspectos puntuales del pliego si los cambios son razonados, objetivos, se comunican oportunamente a todos los interesados; se someten a la ley que rige la selección y, sobre todo, si se producen antes del cierre de la licitación o concurso, esto es, antes de que se cumpla el plazo dispuesto para la presentación de las respectivas propuestas”³.

Además de reiterar lo dicho en aquella ocasión, en la cual se hizo énfasis, sobre todo, en la imposibilidad de variar, luego de cerrada la licitación -es decir en la etapa de evaluación de las ofertas-, los factores de calificación y ponderación contemplados en el pliego de condiciones, agrega la Sala en esta oportunidad, que la intangibilidad del pliego de condiciones surge una vez abierta la licitación, es decir, cuando empieza a correr el término para que los interesados, que ya han adquirido el pliego de condiciones, puedan presentar sus ofertas, sólo que excepcionalmente, en esta etapa la ley

³ Consejo de Estado; Sección Tercera; sentencia de 14 de abril de 2010; rad. 16432; C.P. Mauricio Fajardo.



permite la expedición de adendos, en la forma en que se explicó atrás, para efectos de aclarar el pliego de condiciones.⁴

De igual forma, en otra oportunidad manifestó:

La ley 80 de 1993, al prever las reglas de la licitación, dispone que en la elaboración de los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia se detallarán, entre otros, especialmente los aspectos relativos a la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección. En tal virtud, en los pliegos de condiciones se consignan un conjunto de reglas para definir el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el contenido y alcances del contrato, sus contenidos son de obligatorio cumplimiento tanto para la Administración como para los oferentes (licitantes y futuros contratistas), dentro del marco de la licitación, entendida ésta como un procedimiento de formación del contrato mediante la cual la entidad formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. De ahí que en la estructura de los procedimientos de selección ocupe un lugar especial la elaboración, con la debida antelación, de los pliegos de condiciones de acuerdo con el numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, en armonía con el numeral 2º del artículo 30 ibídem, a más de lo prescrito por el numeral 5º del artículo 24 de la misma ley, texto legal que prevé la denominada carga de claridad y precisión que debe observar la entidad licitante, tanto al señalar los requisitos mínimos como al determinar los factores de selección, respecto de los cuales además se impone que sean objetivos y razonables, porque se trata de los criterios que deberá tener en cuenta para evaluar las ofertas y seleccionar entre ellas la más conveniente, así como de la forma en que serán ponderados. Los pliegos juegan, pues, un rol fundamental en la fase previa de formación del contrato, al punto de constituir la ley de la licitación, al ser el marco regulatorio de todo el procedimiento de selección, o lo que es igual, de la etapa precontractual, comoquiera que definen los criterios de selección del contratista, con arreglo a los cuales habrá de adelantarse la correspondiente evaluación de las distintas ofertas y, dentro de ellos, obviamente debe aludirse al precio. Por manera que, en principio, como lo ha dicho la Sala, las reglas que se establecen en ellos no puedan ser modificadas o alteradas caprichosa, inconsulta o arbitrariamente por la entidad licitante, en razón a que cualquier alteración posterior tanto de las reglas que rigen el procedimiento de selección, como del texto del contrato comportaría una abierta trasgresión del derecho a la igualdad de los licitantes, lo mismo que de los principios de transparencia y selección objetiva. Esta línea jurisprudencial la Sala recientemente la precisó, en sentencia de 29 de enero de 2004, providencia que observa que en el pliego de condiciones o en los términos de referencia se distinguen con claridad dos grupos de normas; el primero: tiene por objeto regular el procedimiento de selección del contratista; y el segundo grupo de normas: se ocupa de fijar el contenido obligatorio del contrato que habrá de suscribirse. En cuanto hace al primer grupo de normas del pliego de condiciones o de los términos de referencia, que es justamente el que ocupa, en este juicio, la atención del Consejo de Estado, la Sala

⁴ Consejo de Estado, sección Tercera; sentencia de 3 de mayo de 2007, rad 16029; C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



afirmó en la última providencia citada el criterio que hoy reitera: que "la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección." De suerte que la intangibilidad del pliego o de los términos de referencia, en relación con las normas que rigen el procedimiento de escogencia del contratista, se desprende de los siguientes principios: de igualdad; de transparencia; de economía y publicidad; de responsabilidad, conforme a los cuales debe adelantarse la función administrativa contractual, del deber de selección objetiva "bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara a su arbitrio, las reglas de la selección" y del deber de la entidad interesada de elaborar los correspondientes pliegos con la "determinación y ponderación de los factores objetivos de selección". Sin embargo, ello no significa que con posterioridad al llamado a licitación y antes del cierre de la misma, la Administración pueda introducir modificaciones razonadas y razonables al procedimiento de selección, siempre y cuando las mismas sean debidamente comunicadas a todos y en tanto no se afecte el derecho a la igualdad. En efecto: Cuando el artículo 30.4 de la ley 80 de 1993 prevé la celebración de una audiencia "con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados", ello implica que no necesariamente la aclaración tiene lugar con una simple explicación verbal, sino que habrá situaciones, excepcionales claro está, en que para precisar el contenido o el alcance de algunos apartes del pliego de condiciones o de los términos de referencia sea menester introducir modificaciones o alteraciones mediante adendos. Así lo establece el inciso siguiente de la norma en comento: "Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles". En este sentido la Sala en oportunidad precedente al ocuparse de la naturaleza jurídica de los pliegos consideró: "En últimas, se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación".⁵

En cuanto tiene que ver con la interpretación de los pliegos, debe precisarse que siguiendo la misma línea aquí expuesta, la entidad debe interpretar los pliegos de manera que se atienda a las reglas allí consignadas, de tal suerte que procede la interpretación del pliego para definir su aplicación a circunstancias que no se regularon expresamente en él, a cuyo efecto debe definirse la naturaleza de la disposición -sustancial o de trámite - y buscar el sentido del mismo.

⁵ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia de junio 8 de 2006; rad 15005; C.P. María Helena Giraldo



Así las cosas, es claro que la licitación pública en cuanto procedimiento administrativo está cobijado por los principios antes señalados, los cuales deben ser tenidos en cuenta al efectuar los análisis de legalidad correspondientes.

El caso concreto.

En el sub-judice se trata de establecer si al momento de evaluar la propuesta presentada por la sociedad demandante se incurrió en un error en la evaluación técnica, en el ítem de reposición de bienes, ya que el puntaje máximo asignado a este elemento era de 40 puntos para quienes efectuaran dicha reposición en un término no mayor a 15 días y a pesar de que el proponente ofreció hacerlo en 4 días, fue calificado con tan solo 5 puntos.

Pruebas

Para el presente proceso resultan relevantes las pruebas que a continuación se relacionan.

1. Certificado de Existencia y Representación Legal de la Sociedad Seguridad Dincolvip Ltda., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 2 y 3, c. ppal.).
2. Copias autenticadas de las Resoluciones 124 y 125 de agosto 8 de 1996, mediante las cuales el SENA adjudicó la licitación 001 RBOG/96 a las empresas Compañía de Vigilancia Santaferenseña y Cia Ltda., y Sepecol Ltda., con constancia de haber sido notificadas el 13 de agosto de 1996 (fls. 1 a 6, c. pruebas).
3. Copia de la Resolución 0580 de 1996, mediante la cual se prorrogó el plazo de la adjudicación de la licitación 001 RBOG/96 hasta el 8 de agosto de 1996.
4. Oficio 03732 del 31 de julio de 1996, suscrito por el Jefe de División de Recursos Físicos del SENA, en el que le comunica a la empresa demandante



que la evaluación de las propuestas se encuentran a su disposición en la Secretaría de la entidad, para que los oferentes presenten las observaciones pertinentes, hasta el 6 de agosto de 1996 (fl. 8, c. pruebas).

5. Comunicaciones cruzadas entre la entidad y la firma Dincolvip relacionada con la solicitud de copias de las otras propuestas presentadas (fls. 9 a 12).

6. Observación efectuada por Dincolvip Ltda., respecto del ítem de reposición de bienes, ya que fue calificado con 5 puntos de 40 posibles a pesar de ofrecer la reposición en un término de cuatro días y respuesta dada por la entidad mediante oficio 03857 del 8 de agosto de 1996, suscrito por el Director General, donde se le informa que "Observada su propuesta, en el folio 68, queda claro que su compromiso es "Cuando se deduzca que la pérdida fue por negligencia de la vigilancia privada" esto implica que su oferta no está dentro de los términos considerados para la asignación del máximo puntaje" (fls. 13 a 15, c. pruebas).

7. Copias autenticadas del Pliego de condiciones de la licitación 001RBOG/96 (fls. 19 a 85 y 550 a 587, c. pruebas).

8. Declaraciones de Luz Marina Lastra Alarcón y Carlos Soto Rivero, quienes se desempeñaron como contadora y gerente comercial de la firma Dincolvip Ltda., respectivamente y afirmaron que el margen de utilidad calculado en el contrato era del 13% neto (fls. 88 a 89, c. pruebas).

9. Declaración del ingeniero William Orozco quien para la época era funcionario del SENA y participó en la evaluación de las propuestas y manifestó que la empresa Dincolvip recibió un menor puntaje por cuanto ofreció la reposición de bienes condicionada a que se adelantara una investigación para determinar si hubo negligencia por parte de la compañía de vigilancia (fls. 90 a 93, c. pruebas).

10. Copias autenticadas de la Propuesta presentada por Sepecol Ltda., y los contratos 045 y 046 suscritos entre el SENA y las firmas adjudicatarias (fls. 100 a 283, c. pruebas).



11. Copias autenticadas de la propuesta de Dincolvip Ltda., (fls 284 a 549. C. pruebas).

12. Copias de las propuestas presentadas por las firmas Coservicrea Ltda., Serviconfor Ltda., Seguridad Premier Ltda., Seguridad Atlas Ltda., Compañía Andina de Seguridad Privada Ltda., Internacional de Seguridad y Protección Ltda., (anexos 1 a 10).

13. Acta de Audiencia Pública de aclaración de los pliegos con fecha 18 de junio de 1996, en la cual intervino la empresa demandante para solicitar aclaración respecto del tiempo de reposición. Allí se aclaró que en otras oportunidades los proponentes ofrecen diferentes términos de reposición teniendo en cuenta el monto de los hurtos de menor cuantía ya que generalmente la compañía de seguros no reconoce valores inferiores al deducible de la respectiva póliza (Anexo 11).

El aparte del pliego de condiciones que es motivo de debate es el relacionado con la capacidad técnica, específicamente en lo que tiene que ver con la reposición de bienes. Al respecto establece el pliego:

"Tiempo de Reposición de bienes 40 puntos.

40 puntos para reposición inferior a 15 días a partir del reporte presentado por la entidad.

30 puntos para reposición inferior a 30 días a partir del reporte presentado por la entidad.

10 puntos para reposición inferior a 45 días a partir del reporte presentado por la entidad.

5 puntos para reposiciones mayores de 45 días".

Sin que se exija ningún requisito adicional, sin embargo, entre los anexos figura la minuta del contrato y allí se establece como obligación del contratista:



"Restituir o pagar el valor de los bienes del SENA que se extravíen durante la vigencia del contrato y sobre los cuales se deduzca en la investigación administrativa correspondiente alguna responsabilidad imputable al CONTRATISTA, en el termino de----- días, según propuesta, la cual forma parte integral del presente contrato".

Ahora bien, al verificar cuál fue la propuesta de la sociedad demandante encontramos que se dijo:

"SEGURIDAD DINCOLVIP LTDA. Responderá por los bienes, que bajo nuestra custodia, sean sustraídos de sus instalaciones. Para esto, se debe implementar el siguiente procedimiento:

Todos los bienes deben ser recibidos por medio de un inventario, en donde se especifique su clase, marca y modelo, además de su valor comercial hoy día.

Cuando se presenten casos de robo, se procederá enseguida a adelantar una investigación por parte de nuestro Departamento de Operaciones y, si es posible, otra alterna por parte de ustedes. De estas dos (2) investigaciones se sacará conclusión de quién fue la responsabilidad de la pérdida.

Cuando se deduzca que la pérdida fue por negligencia de la Vigilancia Privada, se procederá, de acuerdo a su aceptación, a reponer el bien hurtado físicamente, o bien, a hacer el respectivo descuento en la próxima cuenta a pagar.

Así pues, pueden ustedes contar con una Empresa que en ningún momento va a evadir su responsabilidad.

Todo el procedimiento se efectuará en un periodo no mayor a cuatro (4) días".

De esta forma, la comparación de estos documentos permite concluir que cuando consignó en su propuesta que la reposición de los bienes estaría condicionada a que la responsabilidad fuera imputable al contratista, la sociedad demandante no hizo cosa distinta de acoger los lineamientos previstos en la modelo de minuta que fue incorporado como anexo y que hacía parte integrante del pliego, razón por la cual tiene carácter vinculante para las partes.

Sin embargo, este fue el fundamento de la calificación que obtuvo, lo cual puede corroborarse en la comunicación 03857 del 8 de agosto donde se informa que "en el ítem relativo a Reposición de Bienes, en su comunicación mencionan que 'todo el procedimiento se efectuará en un periodo no mayor a cuatro (4) días'. Observada su propuesta, en el folio 68, queda claro que su



compromiso es 'Cuando se deduzca que la pérdida fue por negligencia de la vigilancia privada', esto implica que su oferta no está dentro de los términos considerados para la asignación del máximo puntaje" y además fue corroborado en la declaración del ingeniero Orozco Daza.

Vistos estos argumentos, es forzoso preguntarse, si la entidad consideraba que ese aspecto no estaba previsto en los pliegos y resultaba inaceptable, por qué motivo cuando el contratista condicionó la reposición de los bienes a que previamente se estableciera la responsabilidad del contratista no fue descalificado en ese ítem específico, sino que automáticamente lo ubicaron en la categoría de quienes ofrecían reponer en tiempo superior a 45 días?

En criterio de esta Subsección la evaluación fue el resultado de no hacer una interpretación integral del pliego, ya que como antes se señaló, aunque en las reglas generales nada se dijo acerca de ese tema, si figuraba entre las obligaciones del contratista que fueron consignadas en la minuta del contrato que formaba parte del pliego, es decir, que allí si quedó establecido que la reposición procedería una vez se determinara la responsabilidad a cargo del contratista.

De esta manera, es claro que el proponente no puede ver vulnerados sus intereses por cuenta de la interpretación realizada por la entidad contratante, quien además tenía la carga de establecer reglas claras y precisas que no dieran lugar a confusiones.

Tal conducta resulta contraria a las normas y principios que regulan la actividad contractual porque a pesar de tener la administración la facultad de interpretación del Pliego de Condiciones, eso no la autoriza para utilizar dicho mecanismo con el fin de adicionar o modificar las condiciones, criterios o fórmulas de calificación contempladas en el pliego.

Ahora bien, aun cuando está plenamente probado que la decisión de la entidad tuvo fundamento en que se condicionó la reposición de los bienes a la atribución de responsabilidad al contratistas, vale la pena mencionar que no puede ser de recibo el argumento planteado en el fallo según el cual el



término de cuatro días propuesto por Dincolvip era irrazonable, ya que si así lo hubiera considerado la entidad debió establecer un mínimo y no dejarlo a voluntad del proponente, para luego alegar que lo propuesto era de imposible cumplimiento.

Igual sucede con lo afirmado por el Agente Fiscal, ya que se interpreta la oferta del proponente, desconociendo la claridad de la misma al consignar en primer lugar que el adelantamiento de una investigación por parte del SENA es opcional y que todo el procedimiento se realizará en el término de cuatro días.

De lo anteriormente expuesto es posible entonces concluir que en la calificación del ítem correspondiente a la reposición de bienes se incurrió en un error, por cuanto el puntaje que debió asignarse a este proponente era de 40 puntos, con lo cual el puntaje final obtenido por la firma Dincolvip Ltda., era de 955 puntos, presentándose entonces un empate entre esta empresa y Sepecol Ltda., en el primer lugar, mientras que la oferta de Vigilancia Santaferreña y Cia. Ltda., ocuparía se ubicaría por debajo de estas dos, conservando su puntaje de 950.

Llegado este punto, es conveniente precisar que de acuerdo con las reglas establecidas en la licitación, la entidad tenía la facultad discrecional para adjudicar parcialmente la licitación entre los proponentes que obtuvieran los mejores puntajes, de manera que bien hubiera podido adjudicar el 100% a una sola empresa o adjudicar parcialmente entre quienes quedaron empatados en primer lugar, o incluso distribuir los contratos con el objeto de dar participación también a la firma que ocupó el segundo puntaje.

De lo anterior se deriva entonces que aun habiendo obtenido el mejor puntaje, no era obligatorio para la entidad la escogencia de esta oferta, de manera que realmente nos encontramos ante una pérdida de la oportunidad para la celebración del contrato, puesto que no existía certeza absoluta de que a dicho oferente se le adjudicara parcial o totalmente la licitación.



Al respecto, la Sala en anteriores oportunidades ha indemnizado la pérdida de oportunidad, cuando la persona ve cercenada su expectativa real de obtener un provecho, o una ganancia, o evitar una pérdida por cuenta de "... un acontecimiento que hubiera podido producirse y no se produjo y por lo tanto, no se sabe si dicho acontecimiento efectivamente se iba a producir. En este caso hay lugar a la reparación, únicamente, de las consecuencias que resultan de la privación de una oportunidad, es decir, "la pérdida de la oportunidad de ver que un acontecimiento se produzca... y no el hecho de que el acontecimiento no se produjo"⁶.

Sobre este tema se ha dicho:

"La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento. La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento. (...) La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de noviembre de 2002, rad 14040, C. P. Ricardo Hoyos Duque.



*a una reparación que debe limitarse a la extensión del "chance" en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto"*⁷

En estos casos, el Consejo de Estado ha cuantificado el perjuicio teniendo en cuenta criterios de equidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, partiendo de las pruebas que obren en el proceso en aras de obtener una aproximación de lo que implicó para el actor la pérdida de oportunidad en cada caso concreto.

Al respecto se ha dicho:

*"Dada la dificultad de determinar la cuantificación del perjuicio cuando se trata de una pérdida de oportunidad, para la Sala es claro que la valoración del mismo, dependerá de las circunstancias especiales que rodeen cada caso en concreto, teniendo en cuenta siempre las perspectivas que a futuro se tengan en relación con la obtención del beneficio, para lo cual se deberá emplear, en lo posible, los datos proporcionados por la estadística y observando siempre que lo indemnizable es la desventaja de no obtener un beneficio y no el daño mismo, se itera este aspecto que es fundamental, para efectos de cuantificación del perjuicio como tal. De otro lado, ante la ausencia de elementos y criterios técnicos o científicos en la determinación del porcentaje que representa la oportunidad perdida frente al daño padecido, el juez deberá recurrir a la equidad, en los términos del artículo 16 de la ley 446 de 1998, para sopesar los medios de convicción que obren en el proceso y, a partir de allí, establecer el valor aproximado a que asciende el costo de aquella, valor éste que servirá para adoptar la liquidación de perjuicios correspondiente. Como quiera que no existe una explicación de la causalidad absoluta, en estos eventos, la forma de indemnizar la pérdida de la oportunidad, deberá ser proporcional al porcentaje que se le restó al paciente con la falta de suministro del tratamiento, intervención quirúrgica, procedimiento o medicamento omitido. Así las cosas, el juez deberá valerse de todos los medios probatorios allegados al expediente, para aproximarse al porcentaje que constituye la pérdida de la oportunidad en el caso concreto, como quiera que de la determinación del mismo, dependerá el porcentaje sobre el cual se debe liquidar la condena, en atención a los montos máximos reconocidos por la jurisprudencia. En conclusión, la probabilidad que establezca el juez como el valor de la pérdida de la oportunidad cercenada por parte de la institución médico - hospitalaria, será correlativo al valor a indemnizar frente a cada uno de los perjuicios reconocidos por la jurisprudencia, y con base en los montos y criterios fijados por la misma".*⁸

En el caso concreto, de acuerdo con lo solicitado en la demanda, de haber sido beneficiado con la adjudicación del contrato, el actor esperaba obtener

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2010, rad. 18593, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Salvamento de voto del C. Enrique Gil Botero, en sentencia de octubre 15 de 2008, rad 17001, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.



25000232600019960332801 (22760)
Sociedad Seguridad DINCOLVIP Vs.SENA

CUARTO.- Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

QUINTO En firme esta providencia envíese el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Olga Mérida Valle de la Hoz
OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

Enrique Gil Botero
ENRIQUE GIL BOTERO

Jaime Orlando Santofimio Gamboa
JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA