

Señor
JUEZ DIECISEIS ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI – VALLE DEL CAUCA

Rad: 76-001-33-33-013-2018-00267-00
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
DEMANDANTE: GUILLERMO EDUARDO LOMBANA ZAPATA Y
OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI- OTRO

MARIA FERNANDA BOTERO PORRAS , colombiana, mayor de edad, identificada con la cedula de ciudadanía No. 38.642.376 expedida en Cali y Tarjeta Profesional No. 158690 del Consejo Superior de la Judicatura, domiciliada y residente en Cali, actuando en calidad de Apoderada Judicial de **ADD MEDIA SAS**, asumo el poder otorgado por el Representante legal el señor **CRISTIAN ANDRES OCHOA GOERNITZ**, el cual apporto al proceso con la presentación de la demanda, con mi acostumbrado respeto para proceder, me permito dar contestación a la demanda incoada por la actora con la correspondiente proposición de excepciones previas y de fondo dentro de la oportunidad legal y en los siguientes términos:

I. EXCEPCIONES PREVIAS.

1. CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO E INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.

En el presente proceso, solicita la parte demandada que el juzgado proceda al análisis y declaración de la caducidad que recae evidentemente contra el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual fue acumulado indebidamente por la accionante con el medio de control de controversias contractuales con la finalidad de inducir al error al juez y subsanar la acción caduca, incorporando su pretensión dentro de un medio de control que concede un mayor termino para ejercer el derecho.

La postura descrita, se sustenta en los argumentos que a continuación se exponen:

Que en la demanda se acumulan dos pretensiones, a saber; i) la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 4112.060.21.0007 del 24 de abril de 2018 proferida por el Jefe de la Oficina de Comunicaciones de la Alcaldía Municipal de Santiago de Cali *“por el cual se adjudica el proceso de selección de licitación pública No. 4112.060.32.001-2018, cuyo objeto consiste en prestar el servicio integral de central de medios para la producción y divulgación de las estrategias de comunicación de los planes, programas y proyectos de la Alcaldía de Santiago de Cali, como parte del proyecto “Fortalecimiento de las acciones institucionales de comunicación hacia la comunidad de Santiago de Cali. BP-2203834”*, así como la totalidad de los actos administrativos proferidos por el Municipio de Santiago de Cali – Secretaria de Gobierno – Oficina de Comunicaciones de la Alcaldía en desarrollo de la licitación No. 4112.060.32.001-2018. ii) la declaratoria de nulidad absoluta del contrato No. 4112.060.26.1.069 del 26 de abril de 2018 suscrito entre el Municipio de Santiago de Cali y **ADD MEDIA CENTRAL DE MARCA SAS** (hoy **ADD MEDIA SAS**) el cual surgió con ocasión del acto administrativo mencionado.

Al respecto, es pertinente señalar que la segunda pretensión –declaratoria de nulidad del contrato- no es subsidiaria de la primera ni tampoco es consecencial a la misma y por tal motivo, la solicitud de nulidad y restablecimiento del derecho

de la Resolución No. 4112.060.21.0007 del 24 de abril de 2018, debía someterse a las reglas de oportunidad del medio de control respetivo, previstas en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, y no bajo las reglas de caducidad del medio de control de controversias contractuales.

En este orden de ideas, es necesario resaltar como es claramente visible en el folio 12 del expediente de la demanda, que el acto administrativo de adjudicación de la Resolución No. 4112.060.21.0007 del 24 de abril de 2018, fue publicado por la entidad contratante en la plataforma del SECOP 1 el día 25 de abril de 2018, contando la parte accionante hasta el 25 de agosto de 2018 para la presentación de la demanda según los términos concedidos por el artículo 138 de la ley 1437 de 2011.

No obstante, a folio 181 del expediente manifiesta el accionante que el 22 de agosto de 2018 (quedando solo 3 días para la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento), se presenta a la procuraduría delegada ante lo contencioso administrativo para agotar el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial, establecido en el numeral 1 del artículo 161 de la ley 1437 de 2011. Suspendiendo el término de caducidad según lo estipulado en el artículo 21 de la ley 640 de 2001, el cual consagra que:

“La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable” (subrayas fuera de texto)

Así las cosas, el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho fue suspendido hasta el 3 de octubre de 2018, fecha en la que como consta en los folios 253 y 254 del expediente del proceso se expidió por parte de la procuraduría 166 judicial II para asuntos administrativos de Cali la respectiva acta de no conciliación o conciliación fallida.

Que entendido lo anterior, el accionante solo contaba con tres (3) días siguientes al 3 de octubre de 2018 para radicar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, es decir hasta el 8 de octubre de 2018, pues el término de caducidad queda suspendido por la solicitud de conciliación hasta la ocurrencia de la expedición del acta de no conciliación mencionada, entendiéndose que a partir del día siguiente se reanuda el término de caducidad para interponer el medio de control mencionado.

No obstante lo anterior, consta en el expediente que la parte activa radica la demanda (que aquí se excepciona) hasta el 25 de octubre de 2018, fecha para la cual ya había operado el fenómeno de la caducidad de los cuatro meses establecidos en el artículo 138 de la ley 1437 de 2011 para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Con lo expuesto no se desconoce que este tipo de medios de control no puedan acumularse en condiciones distintas, es decir cuando frente a uno de los medios de control que se pretende acumular no ha operado el fenómeno de la caducidad.

Lo anterior, entendiéndose que los medios de control que se acumulan en la demanda buscan amparar pretensiones distintas y por tanto las condiciones para su ejercicio son únicas y particulares según lo expresamente preceptuado en la ley, considerando por una parte que las controversias contractuales ejercidas por un tercero que acredite un interés directo (como lo pretende probar el accionante) tiene como finalidad la nulidad absoluta del contrato, que según la naturaleza del medio de control busca garantizar el contencioso objetivo de anulación, que está concebido para la revisión de legalidad del contrato que al desaparecer del mundo

jurídico no generen restablecimiento del derecho, mientras que por otra parte el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho busca el amparo del contencioso subjetivo de anulación, que además de permitir la nulidad del acto administrativo, permite el restablecimiento del derecho que éste ha vulnerado.

En este orden de ideas, es pertinente mencionar la teoría de los actos separables que indica que es posible individualizar o aislar los actos precontractuales de aquellos proferidos en la etapa contractual y post contractual de la administración, para efectos de su impugnación, de tal manera que existen diferentes medios de impugnación –controversias contractuales, nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho- para controlar la actividad contractual del Estado. A grandes rasgos, el fundamento de esta teoría se sustentó en que los actos proferidos antes de la celebración del contrato no poseen un contenido bilateral, sino que son expedidos de manera unilateral por parte de la entidad contratante. (Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-1048 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Así, las decisiones de la administración proferidas antes de la celebración del contrato y con ocasión de la actividad contractual podían ser demandadas mediante acciones distintas a la de controversias contractuales, pues el objetivo del legislador había sido de dotar a estos actos de independencia por considerarlos separables del contrato.

Según lo expuesto, no es aceptable que la parte activa busque subsanar la caducidad acaecida sobre el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho aplicable al caso concreto, acumulándolo con el de controversias contractuales, pues cada uno de los medios de control cuentan con una regulación especial de obligatorio cumplimiento para el reconocimiento del derecho que se pretende invocar, así lo ha establecido recientemente el Consejo de Estado a través de la sección tercera subsección "B" a través de la providencia del 24 de octubre de 2018, con radicado: 20001-23-26-000-2013-00502- 01 (54132), en la cual expone que no es posible acumular a través de las controversias contractuales un medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho frente al cual ha acaecido el fenómeno de la caducidad, exponiendo lo siguiente:

"Como se puede advertir del anterior recuento legislativo y jurisprudencial efectuado, resulta evidente que en lo que respecta al control judicial de los actos administrativos expedidos antes de la celebración del contrato, pero con ocasión de la actividad contractual, la posición ha sido casi siempre la de darle un tratamiento distinto al de las controversias suscitadas luego de celebrado el contrato, pues aparte de que se les asigna medios de impugnación distintos, siempre se ha sostenido que estos actos son separables del contrato y las controversias que surjan con ocasión del mismo, cuestión esta que no es ajena de la Ley 1437 de 2011 como se verá a continuación:

2.1. Ahora, con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011-, se introdujeron algunos cambios en lo que respecta a la forma de impugnar por vía judicial los actos administrativos proferidos durante la etapa precontractual, ya que si bien se mantuvo la posibilidad de demandar estos actos a través de los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, no se preservó el aparte que señalaba que una vez celebrado el contrato únicamente podía pedirse la nulidad de los actos previos como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, ni se mantuvo el término de 30 días previsto con la normativa anterior para efectos del ejercicio oportuno de la acción.

(...) 2.3. Como puede observarse, el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 consagró diversos medios de control según la etapa de la actividad contractual que se pretenda controvertir, para lo cual indicó que las controversias surgidas frente a actos expedidos antes de la celebración del contrato corresponderían a los medios de control de nulidad - artículo 137 de la Ley 1437 de 2011- y nulidad y restablecimiento del derecho -artículo 138 de la Ley 1437 de 2011- mientras que los conflictos surgidos en las etapas contractual y post contractual corresponderían de manera exclusiva al medio de control de controversias contractuales, cuya legitimación se encuentra asignada a cualquiera de las partes del contrato.

2.4. De acuerdo con las modificaciones introducidas por el legislador al artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, resulta evidente para el despacho que su intención era dar un enfoque distinto a la forma en que se venía interpretando la contradicción de los actos precontractuales, toda vez que al haberse omitido la previsión relativa a que una vez celebrado el contrato solamente podría invocarse la ilegalidad de los actos previos como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, se pretendió dotar de total independencia a los litigios en que se debatiera la ilegalidad de los actos administrativos previos, sin importar que con posterioridad acaeciera la celebración del contrato. 2.5. En ese sentido, al haberse eliminado la previsión que limitaba el ejercicio de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho luego de celebrado el contrato, fuerza concluir que lo deseado por el legislador al expedir la Ley 1437 de 2011 fue mantener para la etapa precontractual las reglas de estos medios de control, pues de lo contrario hubiera dispuesto incluir el mismo aparte que se encontraba en el anterior artículo 87 del Decreto 01 de 1984, subrogado por la Ley 446 de 1998.

2.6. Aunado a lo anterior, otro argumento adicional para considerar que el medio de control de controversias contractuales se encuentra establecido única y exclusivamente a las controversias suscitadas con posterioridad al contrato – etapas contractual y post contractual- se encuentra en la forma en que se regula la caducidad en los literales c y j del numeral 2° del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, tal como se entrará a explicar.

2.6.1. En lo que respecta al literal c del numeral 2° del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, se advierte que dicha norma consagra que las demandas de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho presentadas contra actos previos a la celebración del contrato deben ser formuladas dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto, según el caso.

2.6.2. Por su parte, en cuanto al medio de control de controversias contractuales, el literal j del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 dispone que las controversias relativas a los contratos tendrán un término de caducidad de 2 años, el cual se comienza a contabilizar dependiendo de varios supuestos, entre ellos, si el contrato requería o no de liquidación y si era de ejecución instantánea o de tracto sucesivo. Frente a este punto cabe advertir que todos estos supuestos tienen en común que parten de la existencia del contrato porque indican que la base para el cómputo de la caducidad será, entre otros eventos, i) cuando en los contratos de ejecución instantánea se señala que el término de caducidad se contabiliza a partir del día siguiente de cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato –literal j, numeral 2 del artículo 164- y ii) cuando señala que en los eventos que el contrato requiera de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, el término de caducidad se contabiliza desde el día siguiente al de la firma del acta –literal j, numeral 2 del artículo 164-.

2.6.3 Dicho lo anterior, puede advertirse que los artículos recién expuestos también reflejan un cambio normativo en relación con el régimen jurídico anterior porque además de contemplar términos de caducidad distintos –pasa de 30 días a 4 meses para formular demandas contra actos precontractuales- parten de supuestos distintos de procedencia al indicar que para las controversias contractuales es indispensable que exista el contrato, de ahí que la contabilización del término para este medio de control tenga como base la ejecución del contrato o su liquidación, cuestiones que no se presentan en la regulación de la caducidad de los actos previos al contrato, cuya base es la notificación, comunicación, ejecución o publicación del acto.

2.7. Así las cosas, conforme a lo expuesto, es posible concluir que para efectos de su control judicial los actos precontractuales hoy en día son separables del negocio jurídico principal incluso luego de que se haya suscrito el contrato, ya que no se introdujo la disposición que indicaba que una vez celebrado el contrato únicamente podía solicitarse la ilegalidad de los actos previos como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, previsión que sí se encontraba en la anterior normativa –artículo 87 del Decreto 01 de 1984, subrogado por la Ley 446 de 1998-. 2.8. En consecuencia, la única forma de controvertir los actos previos al contrato es a través de los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, sin importar si se celebró o no el contrato, y conforme a las reglas propias de dichos medios de control, interpretación que además resulta acorde con el tratamiento de actos separables que tradicionalmente ha dado el legislador a los actos precontractuales.

2.9. No obstante, debe aclararse que lo anterior no obsta para que pretensiones de controversias contractuales puedan ser tramitadas en un mismo proceso con aquellas

pertenecientes a la nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, pues el artículo 165 de la Ley 1437 de 2011 prevé esta posibilidad siempre que sean conexas y se cumplan los requisitos que consagra dicha norma para su acumulación.

2.9.1. Así, cuando se formulen pretensiones de controversias contractuales con las concernientes al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo procedente es su acumulación siempre que se cumplan con los presupuestos establecidos en la ley para ello, esto es, i) que no haya operado la caducidad de alguna de ellas, ii) que el mismo juez sea competente para para conocer de todas las pretensiones formuladas y iii) que las pretensiones no se excluyan entre sí y puedan ser conocidas en idéntico trámite procesal. Sin embargo, es preciso advertir que en el evento de que se acumulen pretensiones de nulidad con las pertenecientes a otros medios de control, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 165 de la Ley 1437 de 2011. 2.10. Con base en lo expuesto puede concluirse que los actos precontractuales son separables del negocio jurídico principal incluso luego de que se haya suscrito el contrato y, en consecuencia, deben ser atacados por los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho aplicando todas sus reglas complementarias entre las que se encuentran las de competencia.

(...) 3.2. Como se puede apreciar, en el presente caso se está debatiendo la legalidad de un acto administrativo de carácter precontractual –acto de justificación- e, igualmente, se está solicitando que se anule un contrato suscrito por el Distrito Capital de Bogotá para la adquisición de unas motocicletas eléctricas. 3.3. Ahora, comoquiera que con la expedición de la Ley 1437 de 2011 los actos administrativos precontractuales son considerados separables del contrato, contra los mismos únicamente proceden los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 141 ibidem, los cuales deben ser ejercidos dentro del término máximo de 4 meses –literal c del numeral 2º del artículo 164, Ley 1437 de 2011-. 3.4. Por el contrario, cuando lo pretendido es la nulidad de un contrato celebrado por una entidad estatal, corresponde ejercer al interesado el medio de control de controversias contractuales. No obstante, cabe mencionar que este medio de control puede ser acumulado con pretensiones de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 165 de la Ley 1437 de 2011. 3.5. En este orden de ideas, advierte el despacho que acertó ei a quo al afirmar que en el caso objeto de estudio se presentaba una acumulación de pretensiones, ya que, por una parte, se solicitaba la nulidad de un acto precontractual –acto que solamente era controvertible a través de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho- y, por otra parte, se pedía la anulación de un contrato celebrado por el Distrito Capital de Bogotá –pretensión propia del medio de control de controversias contractuales-. 3.6. Siendo claro lo anterior, y debido a que en el presente caso únicamente se apeló la decisión relativa a la caducidad de la pretensión de nulidad del acto precontractual (Resolución n.º 200 de 2012), procederá el despacho a establecer si en efecto operó ese fenómeno procesal frente a dicha petición.

3.7. Al respecto, se tiene que la Resolución n.º 200 de 2012 fue publicada el día 3 de septiembre de 201229, y que a partir del día siguiente comenzaron a contabilizarse los 4 meses establecidos en la Ley 1437 de 2011 para que fuera posible su contradicción judicial a través de los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho –artículo 164-.

3.8. En esa medida, la parte demandante podía presentar la demanda hasta el 4 de enero de 2013. Sin embargo, como para esa fecha no estaban funcionando los juzgados y tribunales administrativos por encontrarse en vacancia judicial, la parte podía ejercer su presentación hasta el viernes 11 de enero de 2013 –fecha en la que se reanudaron las labores en la rama judicial-.

3.9. Ahora, debido a que la pretensión de nulidad de la Resolución n.º 200 de 2012 se presentó hasta el 22 de abril de 2013 (fol. 15, vto, c.1.), la misma se encontraba por fuera del término de 4 meses establecido por la Ley 1437 de 2011. Además, conviene señalar que en nada incide la solicitud de conciliación presentada ante la Procuraduría n.º 134 Delegada para Asuntos Administrativos el 4 de febrero de 2013, toda vez que aquella también se radicó cuando ya había finalizado la oportunidad para formular la demanda.

3.10. Con base en lo anterior, se confirmará la decisión adoptada por el a quo el 27 de abril de 2015, mediante la cual se declaró la caducidad de la pretensión relativa a la nulidad de la Resolución n.º 200 de 2012."

Así las cosas, es claro que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se encuentra caducado, y siendo obvio que la pretensión que revela la parte activa en la demanda tiene como fundamento la indebida actuación precontractual de la administración en el proceso de selección de licitación pública No. 4112.060.32.001-2018 que culminó con el acto administrativo de adjudicación (del cual se demanda su nulidad), se solicita al señor Juez que proceda a declarar la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el presente proceso, manifestando a su vez que no es posible acumular las pretensiones amparadas en dicho medio de control a través de controversias contractuales, entendiendo que el mecanismo para ejercerlas se encuentra caduco.

Por lo expuesto se solicita en los términos del artículo 180 de la ley 1437 de 2011, que una vez surtido el traslado de la demanda o de la reconvención el señor Juez en la audiencia inicial al momento de decidir las excepciones previas dé por terminado el proceso.

2. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

Entendiendo lo expuesto en el primer punto de la presente contestación (solicitud de la declaración de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho) es necesario controvertir el interés directo que tenga el tercero interesado (demandante) en la relación del negocio surgido por la suscripción del contrato No. 4112.060.26.1.069 del 26 de abril de 2018, considerando que como se expuso previamente el objetivo planteado en la demanda de declarar la nulidad del contrato, no es otro que el de restablecimiento del derecho económico que pretende el demandante a través de la acumulación de pretensiones. Por tanto, es necesario realizar el análisis respecto a la existencia de un interés directo del demandante para presentar la demanda de controversias contractuales, entendiendo que este medio de control busca específica y únicamente la garantía del contencioso objetivo de anulación a través de la nulidad absoluta del contrato. Por lo cual la nulidad absoluta del contrato no podría conducir bajo ninguna condición a la indemnización automática o al restablecimiento del derecho del actor, entendiendo que el medio de control oportuno para ello ya ha caducado.

En este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado mediante la sala de lo contencioso administrativo sección tercera, en providencia del 30 de agosto de 2018, con radicación No. 68001-23-33-000-2013-00581-02(61276), mediante la cual analiza el medio de control de controversias contractuales, manifestando lo siguiente:

"De la sola lectura de la norma trascrita surge con claridad que el legislador limitó los sujetos que pueden demandar la nulidad de un contrato estatal y, frente a los terceros, estableció una cualificación especial, esto es, que tengan "un interés directo". Así las cosas, resulta determinante establecer qué se entiende por terceros con interés directo dentro de un proceso contractual; al respecto, esta Corporación ha sostenido lo siguiente: "Ese interés 'directo' ha sido entendido, en sentido amplio, como derivar del mismo un provecho o un perjuicio con relevancia jurídica, es decir, una utilidad o una pérdida, o lo que es lo mismo, experimentar en la esfera jurídica propia de quien dice tener interés, una afectación también jurídica como consecuencia del negocio celebrado. "Tener interés directo consiste en que entre el contrato, como causa del interés y éste como efecto (sic) haya una relación inmediata o próxima, más (sic) no mediata o remota" 3 (negrilla del texto). En ese mismo sentido se ha manifestado de la siguiente manera: "De conformidad con lo expuesto por la jurisprudencia nacional y particularmente por lo manifestado por esta Sección (sic) la Sala considera que el tercero que pretenda demandar la nulidad

absoluta de un contrato debe probar un interés directo que está determinado por el provecho o perjuicio con relevancia jurídica, utilidad o pérdida, entendida como una afectación jurídica causada con el negocio celebrado, que no debe confundirse con el interés genérico de proteger el interés o la moralidad pública" 4 (subrayado fuera del texto). Así mismo, la Corte Constitucional ha interpretado el alcance de la expresión "interés directo", en los siguientes términos 5 : De su parte, la interpretación del demandante, si bien es acertada en cuanto reconoce que la suscripción del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad (como consecuencia de la extinción de las acciones no contractuales), resulta equivocada en cuanto afirma que dicha extinción tiene el alcance de impedir la defensa judicial de los intereses de terceros participantes en la actividad precontractual. La disposición no desprotege estos intereses, pues conforme ella misma lo señala en su tercer inciso, dichos terceros, por tener un interés directo, pueden pedir la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad de los actos previos. No quedan por ende desamparados, pues esta acción satisface sus pretensiones, amén de que dicha nulidad absoluta, por las mismas razones, también puede ser invocada por el Ministerio Público, o aun ser declarada de oficio por el juez administrativo. Por lo demás, esta es la posición que también ha acogido el h. Consejo de Estado, que (sic) en referencia al interés directo que les asiste a los licitantes para demandar la nulidad absoluta de los contratos administrativos, ha dicho lo siguiente: 'En el ordenamiento jurídico procesal la legitimación en la causa se entiende como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por ser el sujeto de la relación jurídica sustancial. Cuando la controversia se centra en la nulidad de un acto administrativo y un consecuente restablecimiento del derecho, el legitimado para ejercer la acción es la persona que pretenda demostrar que el acto administrativo enjuiciado quebranta o lesiona sus derechos amparados por una norma jurídica.

(...) Visto lo anterior, se tiene que la jurisprudencia, al desarrollar el concepto de "interés directo", ha establecido que éste se predica de quienes intervinieron en el proceso licitatorio en calidad de proponentes, pero que, finalmente, no resultaron vencedores en dicho proceso, lo anterior, siempre y cuando la demanda de nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la nulidad del acto de adjudicación, se presente dentro del vencimiento de los 30 días que se tienen para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el mencionado acto, pues, pasado ese término, los proponentes vencidos serán terceros llanamente o sin interés, ya que habrán perdido la legitimación para demandar la nulidad absoluta del contrato, toda vez que, al ejercer la acción por fuera del término ya señalado, los efectos jurídicos, a nivel patrimonial o de restablecimiento de derechos, se habrán concretado, en cuanto su situación no podrá mejorar con la desaparición del acto de adjudicación; así las cosas, se evidencia que el interés ya no es directo, pues el resultado del proceso ya no lo puede favorecer, ni tiene incidencia en su situación personal!" (Subrayas fuera de texto)

Por lo expuesto, y entendiéndolo que la pretensión del demandante con el medio de control de controversias contractuales no es otro que el restablecimiento del derecho a ocasionarse por la nulidad del contrato originado en la supuesta ilicitud del acto administrativo de adjudicación, es pertinente tener en cuenta que el medio de control adecuado para el ejercicio de dicho derecho ya se encuentra caduco y por tanto en el presente caso, el demandante ha perdido la legitimación en la causa para ejercerlo, a lo cual es necesario que el Juez proceda a declarar dicha condición.

3. FALTA DE LITISCONSORTE NECESARIO.

Es claro que las partes que intervienen en la composición de un litigio, como demandante y demandado, pueden conformarse por una sola persona o pueden integrarlas una pluralidad de sujetos independientes, evento en el que se está en presencia de un litisconsorcio.

Esta institución se clasifica tradicionalmente en dos modalidades, en atención a la naturaleza y número de relaciones jurídicas que intervienen en el proceso, a saber, litisconsorcio necesario y litisconsorcio voluntario o facultativo.

El artículo 60 del CGP define la figura de litisconsorte facultativo, así:

"Los litisconsortes facultativos serán considerados en sus relaciones con la contraparte, como litigantes separados. Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso".

Por su parte, el artículo 61 del CGP prevé la figura de litisconsorte necesario, veamos:

"Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado".

Entendiendo lo anterior, y siendo evidente que el objetivo específico de las pretensiones del demandante (que se encuentra plasmado en la demanda), no es otro que la nulidad del acto administrativo de adjudicación del proceso de licitación pública No. 4112.060.32.001-2018 para el restablecimiento económico de sus derecho; es pertinente resaltar que en el mencionado proceso el demandante no obró individualmente, sino que lo hizo bajo la figura de unión temporal, en la que ostentaba una participación de tan solo el 51%. Entendiéndose entonces que en el caso concreto se requiere una resolución de manera uniforme respecto de las relaciones jurídicas que conforman la parte activa, resaltando que el restante 49% de la unión temporal, se encontraba conformado por la empresa MCCAN SERVICIOS DE MEDIOS LIMITADA, quien como se logra observar en el documento privado de conformación de la unión temporal (a folio 4 del expediente del proceso) contaba con mayores asignaciones y responsabilidades que los asignados incluso al demandante (folio 5).

No obstante lo anterior, las pretensiones que realiza el demandante a título individual como integrante de la unión temporal, las hace sobre el restablecimiento del 100% de la unión temporal argumentando que es su derecho respecto a la supuesta adjudicación ilegal ya mencionada, exponiendo pretensiones tales como: valor total sobre la comisión del contrato, daño emergente, 10% sobre el volumen de agencia de medios como negociador de medios, entre otros. Entendiendo que dichas actividades según lo detallado en el documento de conformación fueron a su vez asignadas a la empresa MCCAN SERVICIOS DE MEDIOS LIMITADA.

Por lo expuesto, no es posible que el demandante Guillermo Lombana como integrante de la unión temporal mencionada, pretenda la indemnización sobre el 100% respecto obligaciones y derechos que solo representaban un 51%.

Respeto a lo anterior, el Consejo de Estado manifiesta que *"considera que el derecho en litigio en esta situación (utilidad esperada), es un derecho subjetivo, propio e individual a cada una de las partes del consorcio o unión temporal¹, determinada por el porcentaje o las actividades que desarrollaría en la ejecución del contrato, elemento perfectamente divisible²*, y en este orden de ideas, no es posible que el demandante pretenda el requerimiento de una supuesta indemnización que no le corresponde y para lo cual no está facultado.

¹ *"Como los miembros del consorcio son titulares de relaciones sustanciales independientes y autónomas, no necesitan acudir ante el juez contencioso administrativo en forma mancomunada con los otros integrantes, pues el derecho en litigio - el de reparación de un derecho subjetivo - es propio e individual". Consejo de Estado, Sección Tercera, Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 50422-23-31-000-1994-0467-01(15.321)*

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, auto de 9 de febrero de 2011, exp. 37.566, M.P. Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

Respecto a la vinculación de terceros en el proceso bajo la figura del litisconsorte, la jurisprudencia del Consejo de Estado manifestó lo siguiente:

“En el evento de que el juez pudiese dictar sentencia sin necesidad de vincular a otro sujeto de derecho, que habría podido ser parte en el mismo proceso o en otro distinto con fundamento en los mismos hechos, no se estaría en presencia de un litisconsorcio necesario y por tanto, no se impondría la citación forzosa. La característica esencial del litisconsorcio necesario es que la sentencia tiene que ser única y de igual contenido para la pluralidad de sujetos que integran la relación jurídico-procesal, unidad que impide adoptar decisiones que no incidan en todos los integrantes, en tanto que en el litisconsorcio facultativo como la pluralidad de partes corresponde también a una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible que las causas reunidas se separen en cierto momento y cada uno vuelva a ser objeto de un proceso separado. De acuerdo con lo anterior, el elemento diferenciador de este litisconsorcio con el facultativo es la unicidad de la relación sustancial materia del litigio; mientras que en el litisconsorcio facultativo los sujetos tienen relaciones jurídicas independientes, en el necesario existe una unidad inescindible respecto del derecho sustancial en debate³.”

Así las cosas, el litisconsorcio necesario como institución procesal se aplica cuando la legitimación por activa debe estar integrada por más de una persona natural o jurídica en virtud de una relación sustancial determinada; cuando la cuestión litigiosa tiene por objeto una relación jurídica material, única e indivisible que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que integran la parte correspondiente y, entonces, impone su comparecencia obligatoria al proceso al ser un requisito imprescindible para adelantarle.

Respecto, a la figura del litisconsorte necesario en materia de consorcios o uniones temporales, el Consejo de Estado mediante la sala contenciosa administrativa sección tercera, en sentencia del 25 de septiembre de 2013 (expediente 25000232600019970392801 (20.529)) ha expuesto lo siguiente:

“En consecuencia, a partir del presente proveído se concluye que tanto los consorcios como las uniones temporales sí se encuentran legalmente facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución de los contratos estatales en relación con los cuales tengan algún interés, cuestión que de ninguna manera excluye la opción, que naturalmente continúa vigente, de que los integrantes de tales consorcios o uniones temporales también puedan, si así lo deciden y siempre que para ello satisfagan los requisitos y presupuestos exigidos en las normas vigentes para el efecto, comparecer a los procesos judiciales —bien como demandantes, bien como demandados, bien como terceros legitimados o incluso en la condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda—, opción que de ser ejercida deberá consultar, como resulta apenas natural, las exigencias relacionadas con la debida integración del contradictorio, por manera que, en aquellos eventos en que varios o uno solo de los integrantes de un consorcio o de una unión temporal concurren a un proceso judicial, en su condición individual e independiente, deberán satisfacerse las reglas que deban aplicarse, según las particularidades de cada caso específico, para que los demás integrantes del correspondiente consorcio o unión temporal deban o puedan ser vinculados en condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda. (...)»

Así las cosas, en el presente caso entendiendo que se hace imprescindible la integración de la parte activa por ser necesaria una resolución uniforme respecto a sus derechos, se requiere la integración de la empresa MCCAN SERVICIOS DE MEDIOS LIMITADA al presente proceso, como un litisconsorte necesario el cual deberá ser llamado al proceso para que el Señor Juez pueda decidir de fondo con todas las partes implicadas respecto de las pretensiones de la demanda.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto del siete (7) de junio de dos mil doce (2012). Radicado n.º 21898.

4. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

En todo proceso judicial, la parte demandante tiene la posibilidad de reclamar el derecho invocado en la demanda (legitimación por activa) frente a quien fue demandado (legitimación por pasiva). Por ello, se entiende que la primera (por activa) es la identidad que tiene el demandante con el titular del derecho subjetivo, quien, por lo mismo, posee la vocación jurídica para reclamarlo. Y la segunda (por pasiva) es la identidad que tiene la parte accionada con quien tiene el deber de satisfacer el derecho reclamado.

Con todo, aseguró que es deber del juez determinar si la parte accionante está legitimada para reclamar la indemnización del daño y si el demandado es el llamado a responder por aquél, y ante la falta de prueba sobre alguno de tales presupuestos habrá lugar, indefectiblemente, a negar las pretensiones de la demanda.

En este orden de ideas, el artículo 141 de la ley 1437 de 2011 determina claramente las partes que intervienen de forma activa y pasiva en el medio de control de controversias contractuales, lo propio también es evidente en el contenido del artículo 138 de la ley 1347 de 2011 respecto de la nulidad y el restablecimiento del derecho.

Es entonces el texto de la norma quien concede el ejercicio del medio de control, y es dicha disposición la que determina las partes involucradas y frente a las cuales se trava la Litis.

Así las cosas, es importante aclarar que mi representado, no se enmarca dentro de los presupuestos de la parte pasiva de la que habla la norma, así se puede observar claramente en cada una de las pretensiones de la demanda, en donde la parte activa concreta la Litis en contra del Municipio de Santiago de Cali, consolidándola como la única parte pasiva del litigio.

En este orden de ideas, es propicio aclarar que ninguna de las pretensiones involucra a mi representado, razón por la cual es procedente proceder al análisis de las mismas con el fin de justificar su desvinculación del proceso como parte pasiva.

En primer lugar, el demandante pretende la declaración de nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 4112.060.21.0007 del 24 de abril de 2018 del 24 de abril de 2018, el cual no fue expedido por mi poderdante por no consolidarse como una entidad administrativa que contenga dichas funciones y por tanto la parte pasiva del medio de control solo puede recaer sobre la administración pública.

Así mismo sucede frente a la solicitud del restablecimiento del derecho que se genera como consecuencia de una supuesta nulidad del acto administrativo de adjudicación, que como se establece claramente a folio 183 del expediente, el demandante requiere la indemnización exclusivamente del Municipio de Santiago de Cali, manifestando *"que se condene al Municipio de Santiago de Cali a pagar a favor del señor GUILLERMO EDUARDO RAFAEL LOMBANA ZAPATA integrante de la Unión Temporal UM VISION 2018 los perjuicios producidos por no habersele adjudicado la referida licitación pública No. 4112.060.32.001-2018"*

En este orden de ideas, se reitera que mi poderdante no se consolida como parte pasiva del medio de control de controversias contractuales, pues la suscripción del contrato No. 4112.060.26.1.069 del 26 de abril de 2018 se realizó en buena fe, sustentada en la presunción de legalidad de los actos administrativos que conllevaron a escoger como ganadora su propuesta, y por tanto mi poderdante en nada se relaciona con la solicitud de nulidad absoluta del contrato que realiza la parte activa del proceso.

Así las cosas y por consolidarse la legitimación por pasiva como la facultad que se le atribuye al demandado de desconocer o controvertir la reclamación que el

demandante le dirige sobre una pretensión dentro de la demanda, es pertinente afirmar según lo expuesto, que mi poderdante no cuenta con dicha facultad, entendiendo que las pretensiones que se requieren en la demanda no se relacionan con él, entendiendo que los medios de control que consagra la ley 1437 de 2011 se refieren de los mecanismos que tienen los particulares para ejercer sus derechos contra la administración.

Por todo lo expuesto solicitamos al señor Juez que declare probada la presente excepción y desvincule a mi poderdante del presente proceso.

II. A LAS PRETENCIONES:

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por carecer de sustento factico y jurídico, ta' y como se tratará de demostrar en el curso del este procedo.

III. EN CUANTO A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Al hecho 1. Es cierto.

Al hecho 2. Es cierto.

Al hecho 3. Es cierto.

Al hecho 4. Es cierto, pues es claro que la Entidad no solo debe permitir la subsanación de las propuestas, como lo establece el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, sino que cuando tenga dudas o la información no sea clara, pueda admitir la aclaración de la información presentada, incluso respecto a factores que asignen puntaje, tal como lo ha indicado el Consejo de Estado en la Sentencia 31.211 de 2015, con Ponencia de la Consejera de Estado Olga Melida Valle de la Hoz.

Al hecho 5. Es cierto.

Al hecho 6. Es cierto.

Al hecho 7. Es cierto que dicho contenido se encuentra en los pliegos definitivos.

Al hecho 8. Es cierto conforme a la información publicada en el secop 1.

Al hecho 9. Es cierto que el cumplimiento de los factores habilitantes es un requisito previo para proceder a la evaluación de la propuesta.

Al hecho 10. Es cierto.

Al hecho 11. Es parcialmente cierto, pues se aclara que el criterio de experiencia del director de planeación no se constituía en una elemento habilitante jurídico, pues se constituía en un criterio ponderable, por tanto al no ser habilitante su análisis no limitaba que la propuesta continuara su curso para ser evaluada.

Al hecho 12. Es cierto.

Al hecho 13. Es cierto.

Al hecho 14. Es cierto.

Al hecho 15. Es cierto, la parte demandante, junto con los demás proponentes (incluyendo a mi poderdante) presentamos observaciones al informe de evaluación dentro del término concedido por la entidad las cuales fueron contestadas a tiempo y también presentamos observaciones dentro de la

audiencia de adjudicación, las cuales fueron resueltas a su vez por el Municipio de Santiago de Cali.

Al hecho 16. Es cierto que el demandante presento observación solicitando el rechazo de la oferta de la Unión Temporal CM-T&E por visualizarse una irregularidad en el certificado que acreditaba nómina del 10% en situación de discapacidad.

- a) Respecto a la forma en la que la parte activa requiere la verificación del Ministerio de Trabajo respecto de la veracidad de la información aportada por el proponente Unión TEMPORAL CM – T&E, no me consta que se haya realizado mediante derecho de petición, por lo tanto se debe de probar en el proceso.
- b) Solo consta que el 13 de abril de 2018 el Ministerio de Trabajo emite un nuevo pronunciamiento en el que manifiesta que la empresa TIEMPOS Y ESPACIOS SAS integrante de la Unión Temporal CM- T&E no cumple con los requisitos necesarios que le permitan certificar que cuenta con un 10% de empleados en situación de discapacidad. Las demás afirmaciones deben de ser probadas dentro del proceso.
- c) No me consta, por cuanto no hace parte de los documentos adjuntados al proceso, razón por la cual se debe de probar.
- d) No me consta, se debe de probar por la parte demandante la mala fe que alega del proponente UNION TEMPORAL CM-T&E.

Al hecho 17. Es cierto.

Al hecho 18. Se aclara que el pronunciamiento de la entidad respecto de este tema tratado en este hecho, es el siguiente:

"Teniendo en cuenta la situación sobreviniente en desarrollo del presente proceso, que ha generado un nuevo pronunciamiento por parte del Ministerio de Trabajo mediante el documento fechado de 13 de abril de 2018, en el cual hace constar que la empresa TIEMPOS Y ESPACIOS SAS identificada con NIT No. 805017876-1 no cumple con los requisitos necesarios que le permitan certificar que cuenta con un 10% de empleados en situación de discapacidad, es preciso señalar lo siguiente:

En primer lugar, se evidencia por parte del equipo evaluador que la acreditación del nuevo certificado expedido por el Ministerio de Trabajo permite concluir que la Unión Temporal CM-T&E, en las circunstancias actuales no cumple con el criterio establecido en el numeral 4 del punto 2.11 de los pliegos de condiciones definitivos (Criterios de desempate), puesto que no se consolida la causal que permite el desempate establecido en los pliego, entendiendo que al haber quedado revaluada la certificación, el proponente ya no se encuentra cobijado por el beneficio que trae dicha disposición y por tanto las propuestas quedarían nuevamente empatadas.

Por otra parte y frente a la solicitud de rechazo que solicita el observante respecto de la propuesta de la Unión Temporal CM-T&E, quien infiere que los documentos presentados por el proponente contienen información imprecisa, inexacta o que no corresponde a la realidad o que no permite su verificación por parte de la entidad, aclaramos que los pronunciamientos expedidos por autoridades administrativas, como lo es el Ministerio de Trabajo, gozan de plena presunción de legalidad, autenticidad y se consolidan en actos administrativos, así ha estimado el Consejo de Estado que mediante sentencia del 4 de febrero de 2016 de la sala de lo contencioso administrativo (2015-00121), expone lo siguiente:

"En similares términos, los artículos 244, 245 y 246 de la Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso, mantienen la tendencia de las disposiciones explicadas anteriormente, habida cuenta de que en ellos se consagra la posibilidad de que los documentos públicos y privados emanados de las partes o de terceros se presuman auténticos sin importar si fueron aportados al proceso en original o copia, presunción que podrá ser desvirtuada por los sujetos procesales interesados aportando las pruebas para ello o tachando de falsedad los correspondientes documentos"

En este orden de ideas, es primordial aclarar que al momento de ser presentado el certificado al presente proceso fue tenido en cuenta según los criterios expuestos, considerando que dicho documento gozaba del aval de una autoridad administrativa,

razón por la cual fue admitido al momento de sustentar el informe de evaluación, en el cual se recomienda la adjudicación a la Unión Temporal CM-T&E.

No obstante lo dicho, entendiendo que posteriormente es el mismo Ministerio de Trabajo quien cambia su postura inicial; y como bien se señala en el sustento de la observación del señor Lombana, el error o la inconsistencia que se generó en el certificado se debió a una consideración propia de una inspectora de trabajo vinculada al mencionado ministerio, situación que como se expone ha sido expuesta a la procuraduría general de la nación quien es el órgano competente para realizar la investigación pertinente.

En este orden de ideas, se aclara que no es competencia del comité evaluador, el pronunciamiento sobre juicios de valor que lleven a determinar si el proponente Unión Temporal CM-T&E incurrió en alguna conducta ilícita, o inmoral, ya que el comité se encuentra ceñido a evaluar las propuestas según los criterios propuestos en la ley con el fin de escoger la propuesta más favorable para la satisfacción de una necesidad pública según los criterios plasmados en el pliego.

Así las cosas, no es procedente el rechazo de la propuesta presentada por la Unión Temporal CM-T&E, considerando que el yerro que se evidencio en el certificado de personal discapacitado fue expedido por la autoridad competente y por tanto dicha autoridad garantizaba su exactitud, precisión y veracidad, al momento de la presentación de las ofertas y aun cuando posteriormente dicho certificado fuera revaluado por la misma entidad, el proponente que lo presento actuó conforme al principio de confianza legítima respecto al pronunciamiento de la autoridad administrativa competente. Por todo lo expuesto, su petición se niega."

Al hecho 19.

- a) Es cierto.
- b) Es parcialmente cierto, y por tanto se procede a transcribir lo establecido en la observación presentada por ADD MEDIA SAS y la respuesta de la entidad a la misma, entendiendo que es de vital importancia en el presente proceso.
En el documento se plasmó lo siguiente:

1. OBSERVACIÓN: La empresa ADDMEDIA CENTRAL DE MARCA SAS observa lo siguiente:

"Respecto a la asignación del puntaje de calidad debemos señalar que la empresa ADD MEDIA CENTRAL DE MARCA S.A.S., a diferencia de lo establecido en el informe de evaluación, considera que si se anexó a la propuesta toda la información que dio cuenta del cumplimiento de los requisitos de formación, experiencia e idoneidad para el cargo de Director de Planeación de Formación Profesional, ya que se presentó el perfil profesional del señor RAFAEL JURI ROJAS, quien en su calidad de administrador de empresas, cumple a cabalidad con las condiciones para el ejercicio del cargo de Director, no solo desde el perfil sino también desde sus condiciones de experiencia, adicionalmente se anexó su tarjeta profesional y el certificado del registro de matrícula expedido por el Consejo Profesional de Administración de Empresas, lo cual al tenor de lo dispuesto en la Ley 60 de 1981 y el decreto 2718 de 1984, son los requisitos mínimos para el ejercicio legal de la profesión de administrador de empresas, observando con ello las condiciones mínimas establecidas en el pliego de condiciones.

El pliego de condiciones en el numeral 3.5.2, señaló que, para el requisito del perfil profesional del Director de Planeación, se debía acreditar: "(...) fotocopia de la Cédula de ciudadanía, fotocopia de la matrícula o tarjeta profesional, certificación de vigencia y antecedentes de la profesión expedida por el Consejo Profesional respectivo en los casos requeridos por la Ley". Nótese como la entidad en su plena libertad de configuración de pliegos, estableció que los documentos de vigencia y antecedentes del profesional que se presentara para el Director de Planeación, debía anexarse en los casos requeridos por la Ley y para el caso en concreto al revisar la Ley 60 de 1981, solo se exige para el ejercicio legal de la profesión la obtención del título profesional en administración de empresas, contar con el registro de título profesional y la matrícula profesional expedida por el Consejo Profesional de Administración de Empresas, lo cual fue debidamente aportado por la empresa que represento, al allegar la información de titulación del señor RAFAEL JURI ROJAS, la matrícula profesional No. 91334 y el certificado de registro como administrador de empresas, por consiguiente la no asignación del puntaje a la propuesta de la empresa que represento no es congruente con las condiciones de participación establecido por la Entidad estatal.

Es importante resaltar que, en ninguno de los apartes de la Ley citada y su decreto reglamentario, se ha exigido para el ejercicio de la profesión la presentación de certificados de vigencia y antecedentes y es por ello que en esta oportunidad, no pueda la entidad estatal alejarse de los expresos términos del pliego de condiciones, por consiguiente debe proceder la asignación del puntaje ya que la propuesta ha evidenciado el cumplimiento de los requisitos señalados por la administración pública.

El pliego de condiciones es el acto jurídico fundamental sobre el cual gira toda la etapa de selección del contratista, por cuanto en el mismo se fija el objeto del contrato a suscribir, se identifica la causa del negocio jurídico, se determina el procedimiento o cauce a surtir para la evaluación objetiva y técnica de las ofertas, y se indican los plazos y términos en que se ejecutará toda la selección que culminará con la adjudicación del contrato o con la declaratoria de desierta. Por consiguiente, el pliego de condiciones materializa los principios de planeación contractual y de transparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento, y es por ello, que siendo regulado el requisito de acreditación del perfil profesional en exigencias de tipo normativo, no pueda interpretarse en forma aislada dicha condición del mandato legal que regula la profesión de la administración de empresas, y que insistimos no exige la presentación de estos documentos como una condición para el ejercicio de la profesional, por consiguiente consideramos respetuosamente modificarse el informe de evaluación, asignando el puntaje respectivo."

De igual forma, la empresa ADDMEDIA, también reclama la asignación de puntaje basada en el siguiente criterio:

"Para esta empresa es clara que todas las ofertas que se presenten en un proceso contractual deben ajustarse al pliego de condiciones, tal como lo establece el artículo 30 numeral 6 de la Ley 80 de 1993, puesto que sería inaudito que en estos casos las propuestas se puedan separar del pliego, y que la entidad las deba admitir y adjudicar. Sin embargo, es el mismo legislador quien en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007, quien ha señalado que la evaluación de las ofertas debe fundamentarse en la aplicación del principio de la primacía de lo sustancial sobre lo meramente formal, puesto que la finalidad del proceso es garantizar que el proponente seleccionado es quien presenta el ofrecimiento más favorable para la administración pública, de ahí que la Entidad no solo deba permitir la subsanación de las propuestas, como lo establece el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, sino que cuando tenga dudas o la información no sea clara, pueda admitir la aclaración de la información presentada, incluso respecto a factores que asignen puntaje, tal como lo ha indicado el Consejo de Estado en la Sentencia 31.211 de 2015, con Ponencia de la Consejera de Estado Olga Melida Valle de la Hoz, quien sobre el particular manifestó: "(...) Añadió la sentencia del 12 de noviembre de 2014 -exp. 27.986- que una norma que debe armonizarse con el artículo 30.6 de la Ley 80 de 1993 es el artículo 30.7, que por su importancia se transcribe:

De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables." (cursiva fuera de texto)

Se trata de un caso especial de adecuación de la oferta al pliego de condiciones; y más que una forma de subsanabilidad es una posibilidad diferente: la oportunidad de aclarar o explicar lo que contiene la propuesta, solo que es discutible la interpretación o conformidad con el pliego. Conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de aclarar los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de evaluación de las ofertas -que se diferencia de la subsanabilidad -, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta -los que hay que subsanar-, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, así que el requisito que el pliego exige aparentemente lo cumple la propuesta, pero la entidad duda si efectivamente es así. De esta manera, aclarar o explicar es diferente a subsanar, pues aquellas acciones no presumen agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene.

Sin embargo, lo anterior no obsta para que con esa misma finalidad –aclarar, explicarse aporten documentos que no estaban en la oferta, siempre que no le agregan nada a lo propuesto, en el sentido de que no se adicione un requisito del pliego que se incumplió, sino que tiene por finalidad explicarlo o aclararlo.

Aunque los conceptos de aclarar y explicar son independientes, en significado y alcance durante el proceso de selección, de la posibilidad de subsanar la oferta, todos persiguen una finalidad coincidente, contribuyen a adecuar las ofertas a los pliegos de condiciones, ya sea: i) para remediar un defecto, por incumplimiento de un requisito sustancial del pliego – subsanar-, o ii) para hacer más perceptible o claro el ofrecimiento hecho, dilucidando un aspecto dudoso o definiendo las incoherencias –aclarar o explicar-. En relación con lo último, no puede olvidarse que las propuestas, como textos que son, están sujetas a interpretación, son objeto de una hermenéutica, de un entendimiento de su alcance y contenido, como sucede con el pliego de condiciones y, en general, con cualquier documento que contiene un mensaje, un dato o una información. Entre otras cosas, la hermenéutica, es decir la interpretación, ni siquiera es exclusiva o privilegio de los textos, y entre ellos ni siquiera de los jurídicos. De ahí que no sea extraño, sino apenas natural, que también la oferta para un negocio jurídico, en un proceso de contratación estatal, requiere entenderse y concretar su alcance. Por esta razón, es justificable que: i) la administración intente comprenderlas, para valorarlas; y que ii) del lado de los oferentes exista la oportunidad de ofrecer aclaraciones o explicaciones para entenderlas, cuando su lectura es compleja. En todo caso, cuando la administración asume la actitud hermenéutica no trata, como propósito, de encontrar incoherencias o errores para detenerse en ellos y agotar su trabajo de evaluación, la intención correcta es precisar la incidencia que tiene ese hallazgo en el proceso de selección y en el futuro contrato, de ahí que cuando se presentan dudas sobre el alcance o sobre posibles falencias de la oferta deben escucharse las explicaciones del proponente, para garantizar tanto su participación como el interés general de encontrar la oferta que mejor garantice el servicio público. Finalmente, la necesidad de aclarar o explicar la oferta es el resultado de una actitud hermenéutica no satisfecha autónomamente por el sujeto que interpreta -la administración, quien se encuentra ante una situación de incompreensión, confusión y falta de inteligibilidad de un dato.

Por su parte el consejo de estado en la sentencia 1996-12809 de 12 de noviembre de 2014: "(...) De esta forma, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende —sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse— violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley. En conclusión, que las ofertas se pueden corregir y aclarar lo confirma el artículo 30.7 de la Ley 80. Si no se pudiera, ¿para qué "solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables", si lo que respondieran no se pudiera tener en cuenta? iii) El artículo 30, numeral 8º, de la Ley 80, también se refirió al mismo tema, porque reguló parte de la etapa de evaluación de las ofertas en los procesos de licitación pública, y señaló que esa actividad se efectuará conforme a las siguientes reglas: "8. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

La etapa de "observaciones al informe de evaluación" corresponde al momento posterior a la primera evaluación de las propuestas que realiza la entidad. La parte final de la disposición trascrita la entendieron muchos con un doble sentido, de ahí parte de los problemas: i) para algunos significó que como no es posible completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, entonces las entidades no podían recibir documentos adicionales que explicaran sus insuficiencias, pues claramente se trasgredía esta norma; ii) para otros la comprensión debía hacerse de conformidad con el artículo 25.15 citado, armonizándolos, es decir, que durante el término que existe para presentar observaciones al informe de evaluación sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas, pero en los aspectos que permite el artículo 25.15, y no en los aspectos que prohíbe. Para la Sala la segunda solución es la correcta, porque si el artículo 30.8 se aísla para leerlo, significaría que si falta, por ejemplo, una copia de la propuesta, entonces no se podía pedirle al oferente para que subsanara el requisito, porque al aportarla necesariamente completaría o adicionaría lo que no estaba. De admitir este entendimiento surgiría, de un lado, una contradicción lógica grave, profunda e irreconciliable, entre los artículos 25.15 y 30.7 con el artículo 30.8; y del otro lado, si las reglas hermenéuticas

permiten entender todas las normas en su propio contexto, conservando la filosofía que inspiró el cambio de la regulación sobre la subsanabilidad de ofertas, se debe optar por ese entendimiento. Además, el artículo 25.15 contiene un principio general del derecho administrativo —el principio de economía—, mientras que el artículo 30.8 contiene una regla específica de aplicación en la licitación, así que el orden en que se interpretan y la coherencia que hay que hallar entre ellos indica que la regla debe entenderse conforme al principio, pues éste inspira su alcance e indica la mejor forma de aplicarla.

En conclusión, pese a que la aceptación de la nueva filosofía de la evaluación de las ofertas no fue fácil, por la fuerte tradición que se arraigó en la entrañas de la administración, los operadores del derecho administrativo contractual entendieron, finalmente, que no cualquier omisión en que incurriera el proponente justificaba el rechazo automático de la oferta; en su lugar, había que ponderar si lo omitido "era o no necesario para la comparación de las propuestas". No obstante, esa expresión es demasiado amplia, general, vaga e imprecisa —se trata de un típico concepto jurídico indeterminado—, de ahí que si bien la nueva constitución y la nueva legislación contractual avanzaron en la solución de los problemas del pasado, en todo caso aún se carecía de certeza y objetividad sobre el significado de esa expresión, de manera que en cada entidad estatal, y para cada proceso de contratación, se debió calificar qué repercusión tenía. Durante muchos años estas tres disposiciones apoyaron en la administración la toma de las decisiones de cada evaluación de ofertas en cada proceso de selección; no obstante, frente a la ambigüedad parcial que pese a todo subsistió, pues algunas entidades aún calificaron ciertos requisitos insustanciales como "necesarios para la comparación de las ofertas" —por tanto, rechazaron propuestas porque, por ejemplo, no estaban ordenados los documentos o no estaban numeradas las hojas, como lo exigía el pliego de condiciones (6) —, la Ley 1150 de 2007 —catorce años después— reasumió el tema, para aclararlo más, darle el orden "definitivo" y también algo de previsibilidad, en todo caso con la intención de conservar y profundizar la solución anti-formalista que introdujo la Ley 80, es decir, para asegurar más y mejor la solución sustancialista a los problemas de incompletitud de las ofertas. La nueva norma dispuso, en el artículo 5º, párrafo 1º, que: "ART. 5º—De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: (...). "PAR. 1º—La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización" (resaltado fuera de texto). El nuevo criterio derogó el inciso segundo del artículo 25.15, y lo reemplazó por esta otra disposición, que conservó, en esencia, lo que aquél decía, pero lo explicó, añadiendo un texto que lo aclara, para garantizar que su entendimiento fuera generalizado y uniforme. Por esto declaró que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son: "todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación..."

Finalmente y después de exponer el sustento jurisprudencial con el que argumenta su solicitud, manifiesta que:

Los antecedentes jurisprudenciales citados, evidencian que en los procesos contractuales es posible aclarar las ofertas, lo cual no se erige como una potestad de la Entidad estatal, sino que esto es un derecho de aclaración de información que tiene el oferente cuya finalidad consiste en la oportunidad de explicarle a la administración como su propuesta observa cada uno de los requisitos exigidos en las condiciones para ofertar. Por lo expuesto y descendiendo al caso que nos ocupa, debemos resaltar que al haberse aportado todos los documentos exigidos para el ejercicio de la profesión de administrador de empresas del señor RAFAEL JURID ROJAS, sin que en el registro de matrícula se evidencie nota marginal o exista documento alguno que establezca antecedente que obstaculice el ejercicio del citado profesional. No es viable presumir que este profesional no tenga vigente su inscripción o tenga sanciones, pues conforme a lo establecido en el artículo 83 de la Constitución Política, en todas las actuaciones de los particulares y la administración pública debe presumirse la buena fe, y es por ello que todos los documentos aportados para el citado profesional Juri Rojas demuestran su normal

inscripción ante el Consejo Nacional de Administradores, debiendo por tal razón asignarse el puntaje del criterio de calidad, y en caso de duda por parte de la Entidad estatal, es clara la interpretación jurisprudencial, que podrá solicitarse o aportarse la aclaración respectiva o proceder ella misma a validar tal condición. Resulta de relevancia precisar, que existe una gran diferencia entre aclarar y subsanar un requisito, el primero consiste en solicitar la explicación de una información de un requisito que ya reposa en el expediente, y la otra es corregir o completar un requisito que no fue aportado con el ofrecimiento, en el caso de la oferta de la empresa que represento, el requisito de validez de la profesión como administrador de empresas se ha cumplido a cabalidad y el hecho de que la entidad requiera verificar los antecedentes del profesional RAFAEL JURI ROJAS, no implica que estemos ante una subsanación de requisitos, ya que ella habilitación de este profesional está claramente demostrado con la propuesta, y esta condición se ha observado desde antes del cierre del proceso contractual, sin embargo para mayor claridad de la Entidad estatal, procedemos anexar un certificado de vigencia y antecedentes del citado profesional, el cual solicitamos que se admita como una información aclaratoria, y que en caso de no asignarle tal calidad, respetuosamente requerimos que la misma sea valorada de oficio por la entidad, como una facultad plenamente reconocida a las entidades estatales conforme a lo establecido en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

La información que se aporta con esta observación, no comporta un mejoramiento de propuesta, ya que el requisito siempre se ha tenido y no se han alterado las condiciones mínimas de la oferta presentada por la empresa presentada, y es por ello que nos encontramos plenamente facultados para aclararle a la entidad a través de los documentos aportados que el profesional tiene plenamente vigente su inscripción ante el Consejo Nacional de Administrador de Empresas. Corolario de lo expuesto, solicitamos que se modifique el informe de evaluación publicado el pasado 11 de abril y se le asigne el puntaje máximo de 150 puntos, al cumplirse los requisitos del pliego de condiciones. Finalmente, y al proceder la modificación del informe de evaluación, se debe recalcular la asignación de puntajes, debiendo cambiarse el orden de elegibilidad y en caso de estimarse que existe un empate en el puntaje, debe aplicarse los criterios de desempate en su orden sucesivo y excluyente, tal como lo exige el Decreto 1082 de 2015."

SE RESPONDE:

El proponente ADDMEDIA CENTRAL DE MARCA SAS considera que "si se anexó a la propuesta toda la información que dio cuenta del cumplimiento de los requisitos de formación, experiencia e idoneidad para el cargo de Director de Planeación de Formación Profesional, ya que se presentó el perfil profesional del señor RAFAEL JURI ROJAS, quien en su calidad de administrador de empresas, cumple a cabalidad con las condiciones para el ejercicio del cargo de Director, no solo desde el perfil sino también desde sus condiciones de experiencia, adicionalmente se anexó su tarjeta profesional y el certificado del registro de matrícula expedido por el Consejo Profesional de Administración de Empresas, lo cual al tenor de lo dispuesto en la Ley 60 de 1981 y el decreto 2718 de 1984, son los requisitos mínimos para el ejercicio legal de la profesión de administrador de empresas".

A lo dicho, es pertinente manifestar que el numeral 3.5.2 (CALIDAD EQUIPO DE TRABAJO) del pliego definitivo de condiciones estipula que:

"El proponente deberá acreditar las calidades de formación académica del Director de planeación, con la presentación fotocopia de la Cédula de ciudadanía, fotocopia de la matrícula o tarjeta profesional, certificación de vigencia y antecedentes de la profesión expedida por el Consejo Profesional respectivo en los casos requeridos por la Ley." (subrayas fuera de texto)

Así las cosas, en primer lugar es necesario entender cual es la intención o el objetivo del pliego con el fin de satisfacer una necesidad pública a través de la obtención de la mejor oferta en el presente proceso, centrándonos en este orden de ideas en la acreditación de las calidades de formación académicas que debió acreditar cada uno de los oferentes respecto del Director de Planeación con el fin de recibir el beneficio de los 150 puntos ofrecidos.

Con el anterior propósito, es necesario establecer como se debe acreditar la calidad y cuando se entiende legítimo el ejercicio de los profesionales en administración de empresas, para lo cual es necesario remitirnos a lo consagrado en el artículo cuarto de la ley 60 de 1981, el cual establece que:

"Artículo cuarto. Para ejercer la profesión de Administrador de Empresas en el territorio de la República, se deberán llenar los siguientes requisitos: a) Título Profesional, expedido por institución de educación superior aprobada por el Gobierno nacional; b) Matrícula Profesional, expedida por el Consejo Profesional de Administración de Empresas"

Bajo este criterio y entendiendo que es la ley la que propiamente establece como se acredita la calidad y bajo que postulados puede llevarse acabo el ejercicio de la profesión, es necesario interpretar que es este el sentido del pliego y no otro, siendo claro que los contenidos del pliego siempre deberán estar supeditados a los designios legales, aunado a que la administración al momento de la evaluación de las propuestas, no podrá omitir la calificación de las mismas por consideraciones netamente formales, así lo ha establecido el Consejo de estado mediante la sentencia del 13 de febrero de 2015. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la cual expresa lo siguiente:

"Con todo lo expuesto se tiene que por regla general la ley exige una estricta sujeción de los proponentes y la administración a los requisitos y reglas previstos en los pliegos de condiciones, sin embargo, ésta regla se ve matizada por la misma ley al señalar que el único título válido para rechazar o excluir las ofertas de un determinado proceso de selección es el incumplimiento de requisitos o reglas que estando previstos en los pliegos de condiciones, sean necesarios para comparar las propuestas. Así, se entiende que es la misma ley que establece un límite a la facultad de las entidades estatales para rechazar o eliminar las propuestas presentadas por el incumplimiento de requisitos meramente formales, innecesarios para la comparación de las diversas propuestas presentadas"

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, expone mediante la Sentencia del 11 de mayo de 2015. (C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp: 34.510.) lo siguiente:

"Ahora bien, la "ley establece los criterios para la determinación de los factores de escogencia y de calificación, haciendo diferencias entre reglas de simple verificación de requisitos y reglas para la determinación de factores de escogencia e, igualmente, determinando los parámetros sobre los cuales se pueden considerar objetivamente los ofrecimientos más favorables a la entidad. El anterior marco de reglas se hace acompañar con algunas otras relativas a la posibilidad de subsanabilidad de deficiencias de las propuestas, haciendo predominar lo sustancial sobre lo estrictamente formal y habilitando en consecuencia a la administración para que soliciten todo aquello que consideren vital para la debida conformación de las propuestas presentadas oportunamente. En la realidad de las cosas, se observa con la incorporación de esta regla, una inversión en las cargas de corrección de las propuestas, esto en la medida en que corresponde a la administración velar por la integridad documental y de información de las mismas, exigiendo lo que considere faltante dentro del ámbito de lo factible de solicitar. Lo no solicitado por la administración de hecho queda subsanado"

Bajo este criterio y entendiendo que la intención del pliego es la de conceder puntaje a la propuesta que acredite las calidades consideradas en el numeral 3.5.2, es necesario entender la necesidad de someter las formalidades a los deseos materiales del pliego y del proceso de licitación en general, más aun cuando es la administración la que tiene el deber de dar prioridad a la sustancia frente a la solemnidad, en esta dirección se ha pronunciado el Consejo de Estado en la sentencia citada anteriormente en el siguiente sentido:

" No cabe duda que de los principios y valores constitucionales antes referidos y en el marco de un Estado Social de Derecho, es que la administración pública en su actividad contractual debe propender por hacer prevalecer lo sustancial sobre lo meramente formal para de esta forma alcanzar los fines del Estado: "(...) 4.2.4.- Por lo anterior, se tiene que a partir de una juiciosa lectura de tales principios y valores es que se encuentra que las actuaciones de la Administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma, la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o de mero ejecutor formal de la Ley; contrario a ello, resulta que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la "profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad. . - Y justamente la contratación estatal es uno de aquellos instrumentos con que cuenta la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado, razón por la cual durante las etapas de estructuración, proyección o planeación de los contratos del Estado, la precontractual propiamente dicha y, luego de ello, a lo largo de la existencia del contrato estatal se impone a la Administración hacer uso de las herramientas jurídicas de dirección y manejo del contrato conforme a los principios constitucionales y con miras a satisfacer el interés general. (...)

De esta manera, se le impone a la administración la carga de que su actuar esté basado en una legalidad de carácter material y no meramente formal, ya que tal circunstancia constituye garantía para los administrados de que siempre los funcionarios estatales estarán en la búsqueda del interés general y de los fines esenciales del Estado, y no de intereses de carácter particular que pueden afectar a la comunidad en general. Así pues, en el marco de los contratos estatales las entidades públicas deberán propender porque todos aquellos que concurren al proceso de selección lo hagan con la garantía de que sus propuestas no serán descalificadas ante la ausencia de requisitos formales (...)

De esta forma, el legislador estableció principios y reglas que ya no buscaban limitar y restringir la participación de los proponentes en los procesos de selección estatales, si no por el contrario, reconocer el derecho participación de los proponente en la actividad contractual pública limitación la posibilidad de que las entidades contratantes pudieran para rechazar, eliminar o excluir las ofertas presentadas por el incumplimiento de requisitos meramente formales."

Considerando lo descrito, se puede determinar que la certificación de vigencia y antecedentes de la profesión de administrador de empresas exigida en el pliego, no se consolidaba en un aspecto sustancial que permitiera acreditar la calidad de profesional del Director de planeación, sino que se materializa como un aspecto de la forma, pues el ejercicio de la profesión puede materializarse con el título y la tarjeta profesional, lo cual es acreditado en la propuesta de ADDMEDIA CENTRAL DE MARCA SAS desde el momento del cierre del proceso.

Lo anterior, no obsta para que el proponente al omitir la presentación de dichos documentos con la presentación de su oferta, no pueda posteriormente aclarar dicha circunstancia adjuntando el certificado referido sin que dicha conducta constituya una mejora en su oferta, atendiendo a que la calidad exigida en los pliegos ya había sido satisfecha al momento de la presentación de su oferta.

Según lo expuesto, y entendiendo que ADDMEDIA CENTRAL DE MARCA SAS acreditó la calidad e idoneidad del profesional propuesto para el cargo de director de planeación, allegando la experiencia exigida en el pliego, el título y la tarjeta profesional, no se considera posible que con la remisión de los certificados de antecedentes y vigencia haya mejorado en grado alguno su oferta, cosa que se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico.

Respecto a lo anterior, han sido reiterados los pronunciamientos del Consejo de Estado aclarando que solo se podrán subsanar aquellos criterios que no mejoren la oferta presentada al momento del cierre, pues dicha práctica atentaría contra los principios de igualdad y transparencia de los demás proponentes.

Frente a lo anterior, el Consejo de estado mediante la sentencia del veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015) PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C Radicación: 25000 23 31 000 2005 01178 01 (40.660) nos ilustra respecto a la subsanación manifestando que:

"Previo a adentrarnos de fondo en el estudio de la procedibilidad de la subsanación de las ofertas presentadas en el marco de un proceso contractual adelantado por una entidad pública, la Sala considera pertinente revisar el alcance de la palabra subsanar y de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, este debe entenderse como reparar o remediar un defecto.

Lo anterior significa, que en el plano de la contratación estatal la subsanación de las ofertas, se encuentra circunscrita o limitada a la posibilidad que tiene un proponente de remediar un defecto o error de su propuesta, siendo por lo tanto incorrecto entender que esta facultad le confiere a este, el derecho de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial, puesto que bajo esta consideración se estaría violando el derecho de igualdad poniendo en desventaja a los demás participantes. (...)

De esta manera, se entiende que la subsanabilidad es una carga inherente a la administración, en el contexto del deber de verificación del cumplimiento de las exigencias y requisitos efectuados en el pliego por parte de la entidad pública y se convierte indefectiblemente en un derecho del proponente. Así lo dijo la jurisprudencia contenciosa, en sentencia del 26 de febrero de 2014, en donde indicó que la posibilidad de aclarar o corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que, para la primera se trata de un deber, de una obligación con el objetivo de que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general; no hacerlo en los términos indicados, significaría violar el derecho de los oferentes a subsanar la oferta y en consecuencia se trasgrediría el ordenamiento jurídico. Por tanto, si las entidades contratantes no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta dudosa o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse– violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirían la obligación que les asigna la ley.

(...) Lo anterior busca significar, que la inactividad de la administración no debe afectar al oferente, por el contrario, ante el silencio de la entidad se entenderá que el defecto queda subsanado de acuerdo con la ley, por lo que no podrá aducirse la carencia de dicho requisito como fundamento del rechazo o descalificación de la propuesta, (...)

Lo anterior, también fue considerado en la Sentencia del 14 de marzo de 2013. C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Exp: 24.059 también del Consejo de Estado, en la que se expuso lo siguiente:

"aunque la Ley 1150 derogó de manera expresa –a través de su artículo 32– el transcrito inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, en la medida en que ese mismo mandato fue reproducido en el párrafo primero del artículo 5º de la aludida Ley 1150, el Estatuto de Contratación Estatal mantuvo pues las directrices y la filosofía inicial, en el

sentido de regular de manera restringida la posibilidad de que las entidades estatales puedan rechazar o excluir válidamente las ofertas recibidas, de conformidad con las siguientes previsiones: PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación."

En este orden de ideas, las entidades estatales siempre tendrán la carga de buscar claridad frente a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas, concediendo la posibilidad de aclarar y corregir la oferta, situación que no se consolida en un derecho que tiene la entidad, sino en un derecho que tiene el contratista. Con lo cual se pretende que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en procura del interés general. Siendo subsanables o aclarados en este sentido aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, los cuales podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, y hasta la adjudicación.

De esta misma forma, la misma entidad mediante Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P: Enrique Gil Botero. Exp: 25.804 expone nuevamente que la falta de documentos de carácter formal no es un motivo legal para la desestimación de la propuesta, argumentando que :

Durante muchos años estas tres disposiciones apoyaron en la administración la toma de las decisiones de cada evaluación de ofertas en cada proceso de selección; no obstante, frente a la ambigüedad parcial que pese a todo subsistió, pues algunas entidades aún calificaron ciertos requisitos insustanciales como "necesarios para la comparación de las ofertas" –por tanto, rechazaron propuestas porque, por ejemplo, no estaban ordenados los documentos o no estaban numeradas las hojas, como lo exigía el pliego de condiciones-, la Ley 1150 de 2007 –catorce años después- reasumió el tema, para aclararlo más, darle el orden "definitivo" y también algo de previsibilidad, en todo caso con la intención de conservar y profundizar la solución anti-formalista que introdujo la Ley 80, es decir, para asegurar más y mejor la solución sustancialista a los problemas de incompletitud de las ofertas. La nueva norma dispuso, en el art. 5, parágrafo 1, que: "Art. 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: (...) "Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos."

A su vez mediante la sentencia del 12 de noviembre de 2014. (C.P: Carlos Alberto Zambrano. Exp.) el Consejo de Estado expone que:

"lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. (...) Ahora, cosa distinta es que, a pesar de cumplir los requisitos habilitantes, la entidad encuentre falencias en la prueba aportada para acreditarlos o que los demás documentos requeridos en los pliegos de condiciones (desde luego que no incidan en la asignación de puntaje) generen dudas o ambigüedades. En estos casos es cuando, precisamente, se abre la posibilidad de "subsananar", enmendar o rectificar."

Recogiendo lo descrito, se evidencia que la administración en su camino a la satisfacción de las necesidades públicas, y en cumplimiento del interés general, debe buscar siempre alternativas que le permitan superar los obstáculos formales que se observan en las propuestas, asumiendo una posición que garantice el enfoque en los criterios sustanciales que pretende exponer el pliego para la escogencia de la mejor oferta, así lo ha expuesto también el Consejo de Estado mediante la Sentencia del 12 de junio de 2014. (C.P: Enrique Gil Botero. Exp: 21.324), en la que se expone que:

"los principios de economía y de selección objetiva se articulan para garantizar dos fines esenciales de la contratación pública: i) la escogencia de la mejor propuesta para la administración, que permita satisfacer las necesidades públicas y, por ende, garantizar el interés público, y ii) la posibilidad de que los contratistas interactúen con la administración en la búsqueda de solucionar y superar los yerros formales, con miras a que no resulte infructuoso el procedimiento de selección y, por lo tanto, no se frustre, circunstancia por la que la declaratoria de desierto se convierte en una ultima ratio"

Finalmente, y respecto a lo expuesto en las observaciones de ADDMEDIA CENTRAL DE MARCA SAS, en las que argumenta que:

"Resulta de relevancia precisar, que existe una gran diferencia entre aclarar y subsanar un requisito, el primero consiste en solicitar la explicación de una información de un requisito que ya reposa en el expediente, y la otra es corregir o completar un requisito que no fue aportado con el ofrecimiento, en el caso de la oferta de la empresa que represento, el requisito de validez de la profesión como administrador de empresas se ha cumplido a cabalidad y el hecho de que la entidad requiera verificar los antecedentes del profesional RAFAEL JURI ROJAS, no implica que estemos ante una subsanación de requisitos, ya que ella habilitación de este profesional está claramente demostrado con la propuesta, y esta condición se ha observado desde antes del cierre del proceso contractual,"

Se pronuncia este comité evaluador manifestando que en el caso bajo estudio, al acreditarse con la oferta la calidad e idoneidad del profesional para el cargo de Director de Planeación de acuerdo a los postulados legales, en concordancia con la intención del pliego, y al consolidarse las certificaciones de vigencia y antecedentes en un criterio de forma, es pertinente entender que con la aclaración realizada en las observaciones de ADDMEDIA CENTRAL DE MARCA es procedente el reconocimiento de los 150 puntos solicitados por el proponente, en atención a la justificación presentada.

Lo anterior, entendiendo el límite impuesto a la administración respecto de no desechar las propuestas por cuestiones netamente formales, y la carga que tiene respecto a la aclaración de factores dudosos que no impliquen el mejoramiento de la oferta, frente a los cuales deberá aplicar métodos de interpretación que permitan entender el sentido del pliego, así lo ha expuesto el Consejo de estado mediante sentencia del 29 de julio de 2015 (JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA) en la que se expresa lo siguiente:

"Es evidente que dicho estatuto previó la imposibilidad del rechazo in limine de las ofertas por el incumplimiento de formalidades e impuso a las entidades estatales la carga de alcanzar la claridad en los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas, para de esta manera, evitar el desconocimiento de los derechos fundamentales de los proponentes. Es decir, que si la entidad no comprende alguna o algunas de las cosas señaladas en la oferta, o si existe contradicción, o si un requisito fue omitido debe la administración solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que considere pertinentes para lograr los fines de la contratación.

(...) la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos"; o bien puede requerirlo con el fin de que lo aporte (posibilidad legal actual), sin que ello comporte una mejora, modificación o adición de la propuesta"

Así mismo se ha expuesto por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 27 de enero de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 15001 23 31 000 2007 00640 01 (54.919) lo siguiente:

"Ahora bien, es posible que en algunas oportunidades sea necesario acudir a herramientas como la hermenéutica para interpretar algunas disposiciones del pliego de condiciones.

No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que no en pocas oportunidades los proponentes se encuentran con preceptos confusos cuya interpretación tiende a inducirlos en error, afectando de forma definitiva la calidad de las ofertas presentadas. Así mismo, en otras ocasiones las propuestas son rechazadas por asuntos meramente formales. En ambos casos, ha reconocido este Tribunal que, atendiendo a las disposiciones constitucionales y legales referentes a la función administrativa y a la prelación del derecho sustancial sobre las formalidades, el proponente está facultado para subsanar la oferta. (...),

en sentencia del 26 de febrero de 2014, esta Corporación estableció que "la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que, para la primera se trata de un deber, de una obligación con el objetivo de que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general; no hacerlo en los términos indicados, significaría violar el derecho de los oferentes a subsanar la oferta y en consecuencia se trasgrediría el ordenamiento jurídico". Esta prerrogativa encuentra sustento constitucional en el artículo 209, en virtud del cual: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley." Con esta disposición, el Constituyente de 1991, pretendió que la administración encaminara sus actuaciones a la consecución del bien común y a que se cifiere a una serie de principios que garantizaran dicho postulado.

Bajo esta línea, la administración debe permitir que los proponentes presenten las aclaraciones y explicaciones pertinentes cuando haya lugar a propuestas dudosas como consecuencia de unos pliegos confusos."

Considerando todo lo expuesto se procede a conceder los 150 puntos al proponente ADDMEDIA CENTRAL DE MARCA SAS."

Al hecho 20. Es cierto que el 24 de abril de 2018 se llevó a cabo la audiencia pública de adjudicación, no obstante el texto que se escribe en dicho hecho no hace parte de dicha acta.

Al hecho 21. Es cierto.

Al hecho 22. Es cierto.

Al hecho 23. Es cierto.

Al hecho 24. No es cierto, pues el análisis que conllevó al desempate y posterior adjudicación del proceso de licitación, no fue que ADD MEDIA CENTRAL DE MARCA SAS era la única propuesta que había sido presentada por una pequeña empresa, sino que siendo una pequeña empresa, fue la única propuesta que no utilizó la figura de unión temporal o consorcio, hecho que desató el desempate.

Al hecho 25. No es cierto, pues con la narrativa imprecisa del apoderado de la parte activa se pretende inducir al señor Juez en un error.

Es importante aclarar que no es cierto que dicho hecho cobre relevancia en el caso que nos ocupa, pues como lo establece la entidad (Municipio de Santiago de Cali - Secretaria de Gobierno- Oficina de Comunicaciones) en el acta de audiencia de adjudicación del 24 de abril de 2018, pronunciarse respecto del mismo argumento que expone el apoderado del Señor LOMBANA, "(...) es pertinente precisar que cada uno de los procesos que ha dispuesto la administración para satisfacer las necesidades públicas se distinguen unos de otros a pesar de que traten sobre la misma materia o pretendan satisfacer la misma necesidad, dadas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean cada proceso, pues son vigencias diferentes. Por otra parte, es importante precisar que el criterio de los profesionales que integran cada equipo evaluador asignado para cada proceso de contratación pueden diferir sustancialmente, aun recayendo sobre procesos similares, sin que dichas recomendaciones sean vinculantes entre un proceso y otro para la administración o se pretenda que pueda encontrarse en ellas algún antecedente que genere una línea obligatoria para que siempre los comités evaluadores generen los mismos conceptos; lo que es claro para la administración es que cada comité evaluador designado tiene el deber de realizar su labor de verificación y evaluación de manera objetiva, basándose en hechos y datos reales y verificables conforme a lo establecido en los pliegos de condiciones formulados para cada proceso.

Aclarado lo anterior, se encuentra necesario verificar de fondo el antecedente evocado por el proponente Unión Temporal UM —VISION 2018 en audiencia, quien manifiesta que dentro del proceso de selección No. 411-0.32.007 del año 2016, la entidad no otorgó puntaje a la Corporación Talentum quien en su momento fuera oferente de dicho proceso por no haber presentado los soportes que acreditaban la vigencia y antecedentes del profesional propuesto. Una vez verificada la información del aludido proceso en el SECOP, el comité evaluador pudo constatar que:

1. Dentro del informe de evaluación del proceso de selección No. 411-0.32.007 suscrito el 21 de julio de 2016, no se otorga el puntaje, dado que el proponente Corporación Talentum no logra acreditar con su propuesta la idoneidad y competencia del Director de cuenta propuesto para la acreditación del puntaje, en este caso el comité evaluador manifiesta que tal proponente: "No Cumple. Con la Experiencia Profesional Específica solicitada, de haber participado como Director de Cuenta o Gerente en contratos con objeto similar al presente proceso como mínimo de 5 años" y adicionalmente, como segunda condición que no se cumplió se hace alusión a la no presentación del certificado de vigencia y antecedentes de la profesión. (se adjunta soporte en 16 folios)

En este sentido, la evaluación referida por el representante legal de la UT UM-VISION 2018 señor Guillermo Lombana se aleja de la realidad, y los postulados de hecho y de derecho aplicables en la presente evaluación, considerando que lo que debe buscar la administración es escoger la mejor oferta para la satisfacción plena de las necesidades públicas, las cuales en el caso concreto se enfocan en la idoneidad del director de

planeación propuesto quien como se comentó cumple con la experiencia y a la vez acredita el título y copia de la tarjeta profesional necesaria para su ejercicio profesional, conforme a los documentos aportados en su propuesta y con lo estipulado en la Ley 60 de 1981 indicando que los requisitos mínimos para el ejercicio legal de la profesión de administrador de empresas son la obtención del título y la matrícula profesional. Siendo así es posible validar que el profesional aportado por la empresa ADD MEDIA CENTRAL DE MARCAS SAS cumple con las calidades exigidas de acuerdo con el espíritu y el sentido del requisito en el pliego de condiciones, situación frente a la cual mal obraría la Entidad habiéndose verificado el cumplimiento de la condición legal para el ejercicio de la profesión no tener en cuenta el argumento del oferente ADD MEDIA CENTRAL DE MARCAS SAS. Por todo lo expuesto, no es viable realizar la comparación propuesta frente a los dos casos expuestos."

En este orden de ideas, en el proceso de selección 411-0.32.007 del 21 de julio de 2016, acontecieron situaciones fácticas y jurídicas completamente diferentes a las acaecidas en el proceso No. 4112.060.32.001-2018 que culminó con la adjudicación del contrato 4112.060.26.1.069 del 26 de abril de 2018 del cual hoy se demanda la nulidad absoluta.

Lo anterior, atendiendo a que en el caso de la CORPORACION TALENTUM no solo se omitió el anexar dentro de la propuesta el certificado de vigencia y antecedentes de la tarjeta profesional de la persona propuesta como Director de Cuenta, sino que a su vez, dicho profesional no cumplía con la experiencia requerida en el pliego de condiciones; consolidándose este segundo hecho ya no como algo netamente formal sino plenamente sustancial y de fondo.

Al hecho 26. No es cierto, pues como se comentó en el hecho 25 de la presente contestación, el caso de la CORPORACIÓN TALENTUM no tiene ninguna relación con el proceso que aquí se discute, por cuanto aplicaron situaciones de hecho y de derecho totalmente distintas.

De igual forma, aun cuando la parte activa no comparta la decisión de la administración de adjudicar el contrato 4112.060.26.1.069 del 26 de abril de 2018 a la empresa ADD MEDIA CENTRAL DE MARCA SAS, el Municipio de Santiago de Cali argumento ampliamente y juiciosamente su decisión jurídica como se dejó plasmado en el hecho 29 literal b de la presente contestación, en donde se manifiesta claramente que no se procedió a una subsanación sino a una aclaración de la condición e idoneidad que ya había demostrado con los documentos presentados en la oferta, manifestando lo siguiente:

"Así las cosas, en primer lugar es necesario entender cuál es la intención o el objetivo del pliego con el fin de satisfacer una necesidad pública a través de la obtención de la mejor oferta en el presente proceso, centrándonos en este orden de ideas en la acreditación de las calidades de formación académicas que debió acreditar cada uno de los oferentes respecto del Director de Planeación con el fin de recibir el beneficio de los 150 puntos ofrecidos.

Con el anterior propósito, es necesario establecer como se debe acreditar la calidad y cuando se entiende legítimo el ejercicio de los profesionales en administración de empresas, para lo cual es necesario remitirnos a lo consagrado en el artículo cuarto de la ley 60 de 1981, el cual establece que:

"Artículo cuarto. Para ejercer la profesión de Administrador de Empresas en el territorio de la República, se deberán llenar los siguientes requisitos: a) Título Profesional, expedido por institución de educación superior aprobada por el Gobierno nacional; b) Matrícula Profesional, expedida por el Consejo Profesional de Administración de Empresas"

Bajo este criterio y entendiendo que es la ley la que propiamente establece como se acredita la calidad y bajo que postulados puede llevarse a cabo el ejercicio de la profesión, es necesario interpretar que es este el sentido del pliego y no otro, siendo claro que los contenidos del pliego siempre deberán estar supeditados a los designios legales, aunado a que la administración al momento de la evaluación de las propuestas, no podrá omitir la calificación de las mismas por consideraciones netamente formales, así lo ha establecido el Consejo de estado mediante la sentencia del 13 de febrero de 2015. C.P: Jaime Orlando Santofirmio Gamboa, en la cual expresa lo siguiente:

"Con todo lo expuesto se tiene que por regla general la ley exige una estricta sujeción de los proponentes y la administración a los requisitos y reglas previstos en los pliegos de condiciones, sin embargo, ésta regla se ve matizada por la misma ley al señalar que el único título válido para rechazar o excluir las ofertas de un determinado proceso de

selección es el incumplimiento de requisitos o reglas que estando previstos en los pliegos de condiciones, sean necesarios para comparar las propuestas. Así, se entiende que es la misma ley que establece un límite a la facultad de las entidades estatales para rechazar o eliminar las propuestas presentadas por el incumplimiento de requisitos meramente formales, innecesarios para la comparación de las diversas propuestas presentadas”

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, expone mediante la Sentencia del 11 de mayo de 2015. (C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp: 34.510.) lo siguiente:

“Ahora bien, la ley establece los criterios para la determinación de los factores de escogencia y de calificación, haciendo diferencias entre reglas de simple verificación de requisitos y reglas para la determinación de factores de escogencia e, igualmente, determinando los parámetros sobre los cuales se pueden considerar objetivamente los ofrecimientos más favorables a la entidad. El anterior marco de reglas se hace acompañar con algunas otras relativas a la posibilidad de subsanabilidad de deficiencias de las propuestas, haciendo predominar lo sustancial sobre lo estrictamente formal y habilitando en consecuencia a la administración para que soliciten todo aquello que consideren vital para la debida conformación de las propuestas presentadas oportunamente. En la realidad de las cosas, se observa con la incorporación de esta regla, una inversión en las cargas de corrección de las propuestas, esto en la medida en que corresponde a la administración velar por la integridad documental y de información de las mismas, exigiendo lo que considere faltante dentro del ámbito de lo factible de solicitar. Lo no solicitado por la administración de hecho queda subsanado”

Bajo este criterio y entendiendo que la intención del pliego es la de conceder puntaje a la propuesta que acredite las calidades consideradas en el numeral 3.5.2, es necesario entender la necesidad de someter las formalidades a los deseos materiales del pliego y del proceso de licitación en general, más aun cuando es la administración la que tiene el deber de dar prioridad a la sustancia frente a la solemnidad, en esta dirección se ha pronunciado el Consejo de Estado en la sentencia citada anteriormente en el siguiente sentido:

“ No cabe duda que de los principios y valores constitucionales antes referidos y en el marco de un Estado Social de Derecho, es que la administración pública en su actividad contractual debe propender por hacer prevalecer lo sustancial sobre lo meramente formal para de esta forma alcanzar los fines del Estado: “(...) 4.2.4.- Por lo anterior, se tiene que a partir de una juiciosa lectura de tales principios y valores es que se encuentra que las actuaciones de la Administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma, la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o de mero ejecutor formal de la Ley; contrario a ello, resulta que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la “profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad. . - Y justamente la contratación estatal es uno de aquellos instrumentos con que cuenta la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado, razón por la cual durante las etapas de estructuración, proyección o planeación de los contratos del Estado, la precontractual propiamente dicha y, luego de ello, a lo largo de la existencia del contrato estatal se impone a la Administración hacer uso de las herramientas jurídicas de dirección y manejo del contrato conforme a los principios constitucionales y con miras a satisfacer el interés general. (...)”

De esta manera, se le impone a la administración la carga de que su actuar esté basado en una legalidad de carácter material y no meramente formal, ya que tal circunstancia constituye garantía para los administrados de que siempre los funcionarios estatales estarán en la búsqueda del interés general y de los fines esenciales del Estado, y no de intereses de carácter particular que pueden afectar a la comunidad en general. Así pues, en el marco de los contratos estatales las entidades públicas deberán propender porque todos aquellos que concurran al proceso de selección lo hagan con la garantía de que sus propuestas no serán descalificadas ante la ausencia de requisitos formales (...)

De esta forma, el legislador estableció principios y reglas que ya no buscaban limitar y restringir la participación de los proponentes en los procesos de selección estatales, si no por el contrario, reconocer el derecho participación de los proponente en la actividad contractual pública limitación la posibilidad de que las entidades contratantes pudieran para rechazar, eliminar o excluir las ofertas presentadas por el incumplimiento de requisitos meramente formales.”

Considerando lo descrito, se puede determinar que la certificación de vigencia y antecedentes de la profesión de administrador de empresas exigida en el pliego, no se consolidaba en un aspecto sustancial que permitiera acreditar la calidad de profesional del Director de planeación, sino que se materializa como un aspecto de la forma, pues el ejercicio de la profesión puede materializarse con el título y la tarjeta profesional, lo cual es acreditado en la propuesta de ADDMEDIA CENTRAL DE MARCA SAS desde el momento del cierre del proceso.

Lo anterior, no obsta para que el proponente al omitir la presentación de dichos documentos con la presentación de su oferta, no pueda posteriormente aclarar dicha circunstancia adjuntando el certificado referido sin que dicha conducta constituya una mejora en su oferta, atendiendo a que la calidad exigida en los pliegos ya había sido satisfecha al momento de la presentación de su oferta."

Al hecho 26. (Es pertinente manifestar que en la demanda la parte activa repite el hecho 26, por esto en esta oportunidad dicho hecho se menciona y se responde como hecho 26, aun cuando se debía referir a hecho 27)

Este hecho no es cierto, pues no se puede determinar que hasta el momento se tenga claridad que la propuesta de la Unión Temporal CM-T&E debía ser rechazada por la entidad, pues como se evidencia en el pronunciamiento al hecho 18 de la demanda que consta en el presente documento, el Municipio de Santiago de Cali justifica no proceder al rechazo de dicha propuesta argumentado que:

"Teniendo en cuenta la situación sobrevenida en desarrollo del presente proceso, que ha generado un nuevo pronunciamiento por parte del Ministerio de Trabajo mediante el documento fechado de 13 de abril de 2016, en el cual hace constar que la empresa TIEMPOS Y ESPACIOS SAS identificada con NIT No. 805017876-1 no cumple con los requisitos necesarios que le permitan certificar que cuenta con un 10% de empleados en situación de discapacidad, es preciso señalar lo siguiente:

En primer lugar, se evidencia por parte del equipo evaluador que la acreditación del nuevo certificado expedido por el Ministerio de Trabajo permite concluir que la Unión Temporal CM-T&E, en las circunstancias actuales no cumple con el criterio establecido en el numeral 4 del punto 2.11 de los pliegos de condiciones definitivos (Criterios de desempate), puesto que no se consolida la causal que permite el desempate establecido en los pliegos, entendiéndose que al haber quedado revaluada la certificación, el proponente ya no se encuentra cobijado por el beneficio que trae dicha disposición y por tanto las propuestas quedarían nuevamente empatadas.

Por otra parte y frente a la solicitud de rechazo que solicita el observante respecto de la propuesta de la Unión Temporal CM-T&E, quien infiere que los documentos presentados por el proponente contienen información imprecisa, inexacta o que no corresponde a la realidad o que no permite su verificación por parte de la entidad, aclaramos que los pronunciamientos expedidos por autoridades administrativas, como lo es el Ministerio de Trabajo, gozan de plena presunción de legalidad, autenticidad y se consolidan en actos administrativos, así ha estimado el Consejo de Estado que mediante sentencia del 4 de febrero de 2016 de la sala de lo contencioso administrativo (2015-00121), expone lo siguiente:

"En similares términos, los artículos 244, 245 y 246 de la Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso, mantienen la tendencia de las disposiciones explicadas anteriormente, habida cuenta de que en ellos se consagra la posibilidad de que los documentos públicos y privados emanados de las partes o de terceros se presuman auténticos sin importar si fueron aportados al proceso en original o copia, presunción que podrá ser desvirtuada por los sujetos procesales interesados aportando las pruebas para ello o tachando de falsedad los correspondientes documentos"

En este orden de ideas, es primordial aclarar que al momento de ser presentado el certificado al presente proceso fue tenido en cuenta según los criterios expuestos, considerando que dicho documento gozaba del aval de una autoridad administrativa, razón por la cual fue admitido al momento de sustentar el informe de evaluación, en el cual se recomienda la adjudicación a la Unión Temporal CM-T&E.

No obstante lo dicho, entendiéndose que posteriormente es el mismo Ministerio de Trabajo quien cambia su postura inicial; y como bien se señala en el sustento de la observación del señor Lombana, el error o la inconsistencia que se generó en el certificado se debió a una consideración propia de una inspectora de trabajo vinculada al mencionado ministerio, situación que como se expone ha sido expuesta a la procuraduría general de la nación quien es el órgano competente para realizar la investigación pertinente,

En este orden de ideas, se aclara que no es competencia del comité evaluador, el pronunciamiento sobre juicios de valor que lleven a determinar si el proponente Unión Temporal CM-T&E incurrió en alguna conducta ilícita, o inmoral, ya que el comité se encuentra ceñido a evaluar las propuestas según los criterios propuestos en la ley con el fin de escoger la propuesta más favorable para la satisfacción de una necesidad pública según los criterios plasmados en el pliego.

Así las cosas, no es procedente el rechazo de la propuesta presentada por la Unión Temporal CM-T&E, considerando que el error que se evidenció en el certificado de personal discapacitado fue expedido por la autoridad competente y por tanto dicha

autoridad garantizaba su exactitud, precisión y veracidad, al momento de la presentación de las ofertas y aun cuando posteriormente dicho certificado fuera revaluado por la misma entidad, el proponente que lo presento actuó conforme al principio de confianza legítima respecto al pronunciamiento de la autoridad administrativa competente."

Siendo claro entonces que para que las pretensiones del demandante prosperen en el presente juicio, se hace necesario entonces no solo demostrar que su propuesta es mejor que la de mi poderdante (frente a lo cual ya se ha dejado claro en la respuesta a los hechos de la demanda que la entidad contratante sustentó claramente que no fue así), sino que también le es necesario probar la pertinencia de la causal de rechazo de la oferta de la UNION TEMPORAL CM-T&E con quien se encontraría empatado en el supuesto que solo dichas dos propuestas pudiesen ser evaluadas.

Finalmente es importante destacar que no es cierto, que se consolide en una causal de rechazo para la propuesta de la empresa ADD MEDIA CENTRAL DE MARCA SAS según los criterios del pliego, el no aportar el certificado de vigencia y antecedentes del profesional propuesto para el cargo de Director de Planeación, como lo afirma la parte activa. §

Hecho 27. Es cierto.

Hecho 28. Es cierto que el contrato se publicó en la plataforma secop 1 el 26 de abril de 2018. Pero no es cierto que el contrato este viciado de nulidad absoluta por las razones que se han expuesto en el pronunciamiento sobre los hechos, y los que se expondrán en el desarrollo de la contestación de la demanda.

IV. RESPECTO A LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO PRESENTADOS EN LA DEMANDA.

Es acertado manifestar que las controversias que se desaten como efecto de la suscripción de un contrato (entre ellas la nulidad absoluta) deben ser resueltas en ejercicio del medio de control de controversias contractuales consagrado en el artículo 141 de la ley 1437 de 2011.

Así mismo, también es acertado señalar que una de las causales que genera la nulidad absoluta del contrato estatal se relaciona con la nulidad de los actos administrativos que sirvieron de fundamento para la suscripción del mismo, lo cual se encuentra claramente definido en el artículo 44 de la ley 80 de 1993.

En este orden de ideas, es claro que el fundamento jurídico de la parte actora para la declaratoria de nulidad absoluta del contrato estatal se encuentra exclusivamente en la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que llevaron a la celebración del contrato, en especial el acto administrativo de adjudicación, (tal como se señala en las pretensiones de la demanda).

Así las cosas, es necesario afirmar que las pretensiones de la demanda expuestas por la parte activa no están llamadas a prosperar, entendiendo que como se planteó en las excepciones previas de la contestación, el medio de control de nulidad y restablecimiento establecido en el artículo 138 de la ley 1437 de 2011, ya se encuentra caduco y por tanto no opera la posibilidad de la acumulación de las pretensiones, tal y como lo expone la providencia del 24 de octubre de 2018, con radicado: 20001-23-26-000-2013-00502- 01 (54132), ya citada en el aparte de excepciones previas de la presente contestación de la demanda.

V. HECHOS FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA.

Señor Juez, me permito hacer la siguiente reflexión como sustento de la contestación de los hechos de la demanda y de los conceptos supuestamente violados.

En primer lugar es pertinente destacar que la administración, (en este caso representada por el Municipio de Santiago de Cali – Secretaria de Gobierno-Oficina de Comunicaciones) en desarrollo del proceso de licitación pública No. 4112.060.32.001-2018 agotó cabal y transparentemente cada una de las etapas establecidas en la ley, la jurisprudencia y doctrina. En este sentido, publicó avisos de convocatoria, permitió observaciones al proyecto de pliegos (así como al pliego definitivo), celebró audiencia de riesgos y aclaración de pliegos, publicó el acto administrativo de apertura junto con los pliegos definitivos, realizó audiencia de cierre, evaluó las propuestas presentadas y corrió traslado a los oferentes para sus observaciones, y finalmente procedió a la adjudicación del proceso según los criterios del pliego de condiciones, actuando dentro de los términos establecidos en la ley y acatando el principio de publicidad y transparencia, al publicar cada una de sus actuaciones, las cuales pueden ser consultadas en su integridad en el portal del secop 1.

De igual forma, la administración procedió a la elaboración de pliegos de condiciones regidos por criterios objetivos en el marco del artículo 5 de la ley 1150 de 2011, que buscaban escoger la mejor oferta con el propósito de satisfacer el interés público como criterio supremo de la contratación.

Lo anterior, se hace evidente al considerar el triple empate que acontece entre los 3 proponentes del proceso licitatorio y que finalmente se define por los criterios establecidos taxativamente en los postulados del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 para descifrar al ganador, evidenciándose la completa objetividad del proceso.

Por lo expuesto, al demandante no le asiste razón en manifestar que existieron irregularidades en el proceso simplemente porque no le fue adjudicado el contrato, entendiendo que la decisión de la administración se dio en los términos establecidos en el pliego, con apego a los postulados jurisprudenciales que permiten interpretar la finalidad de los criterios establecidos en la normatividad vigente.

En este sentido, es importante aclarar que según los criterios legales, jurisprudenciales y preceptos establecidos en el pliego, no es procedente el rechazo de la oferta presentada por la empresa ADD MEDIA CENTRAL DE MARCA SAS, entendiendo los argumentos que a continuación se exponen.

En primer lugar es pertinente aclarar el error conceptual en el que incurre la parte activa en la demanda presentada, respecto a la interpretación equivocada que realiza sobre los factores habilitantes, ponderables y la subsanación de las ofertas establecidas en el ordenamiento jurídico, así como de las causales de rechazo establecidas en el pliego de condiciones.

Para el desarrollo de lo anterior, es imperativo establecer la diferencia que pacíficamente ha resuelto el Consejo de Estado, respecto de los factores habilitantes de aquellos que conceden puntaje, (denominados ponderables), quien mediante sentencia del 12 de noviembre de 2014 (Radicado No. 250002326000200201606-01) menciona lo siguiente:

"Bajo esta óptica, el recién mencionado artículo 5: (i) distinguió expresamente entre los requisitos habilitantes y los factores de ponderación, (ii) señaló que los requisitos habilitantes sólo son objeto de verificación (cumple o no cumple) y, por ende no otorgan puntaje, salvo en algunos procesos de selección en los que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de ellos sean calificados, (iii) precisó que los requisitos habilitantes deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y al valor del contrato que se pretende celebrar, (iv) estableció que son requisitos habilitantes la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y de organización de los proponentes y (v) consagró que la favorabilidad se determina con la ponderación de los factores técnicos y económicos de escogencia previstos en el pliego, relacionados con los elementos calidad y precio (salvo en algunos procesos de selección donde el precio es el único factor de escogencia), bien sea por

métodos aleatorios o por la relación costo – beneficio, los cuales son susceptibles de asignación de puntaje.

La norma en cita: (i) dejó claro, pues, que los requisitos habilitantes se refieren a las condiciones que debe reunir el oferente para participar en el proceso de selección y que los factores de ponderación están relacionados con la propuesta y (ii) limitó la posibilidad de que algunos de los requisitos habilitantes pudieran ser, a la vez, factores de ponderación de las propuestas, lo cual sucedía con mucha frecuencia en los procesos de selección que se adelantaban en vigencia de la Ley 80 de 1993; pero, como se dijo en precedencia, dejó a salvo algunos procesos de selección en que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de esos requisitos habilitantes sean calificados.

Lo anterior constituye una manifestación de los principios de igualdad y de la libre concurrencia que se deriva de aquél, pues garantiza que todas las personas que reúnan ciertas condiciones mínimas (adecuadas y proporcionales) señaladas en el pliego puedan participar en el procedimiento administrativo en igualdad de condiciones, al margen de que algunos de los oferentes gocen de mayor capacidad de contratación, de mayor fortaleza financiera (mejores índices de liquidez, menores índices de endeudamiento y mayor cobertura de intereses) o de mayor experiencia, pues lo que determina quién será el vencedor del proceso será el que tenga la mejor oferta, es decir, la que resulte mejor calificada en los factores ponderables. Para lo anterior, la norma señala que la entidad estatal efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello, sin que los requisitos habilitantes puedan otorgar puntaje, salvo en algunos procesos de selección, como se anotó párrafos atrás."

Así las cosas, es de suma importancia aclarar que el factor de calidad consagrado en el pliego de condiciones definitivo de presentar un Director de Planeación con formación profesional en la propuesta, se consolidaba en un factor ponderable y no habilitante como tiende a confundirlo la parte activa en la demanda.

Encontrándose este factor (Calidad), dentro del capítulo 3.5 del pliego de condiciones "FACTORES DE EVALUACION Y CALIFICACIÓN", específicamente en el numeral 3.5.2 "CALIDAD- EQUIPO DE TRABAJO" en el que se conceden 150 puntos a la propuesta que presente un profesional para el cargo de Director de Planeación con la experiencia definida en el pliego de condiciones.

En este orden de ideas, no procede la solicitud de rechazo de la propuesta requerida por la parte activa, soportada en el artículo 5 de la ley 1882 de 2018 que modifica el parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2011, que dispone que:

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

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso." (Subrayas fuera de texto)

Y no procede la solicitud de rechazo requerida por el demandante a folio 225 del expediente, entendiendo en primer lugar que el factor de calidad mencionado al no ser de carácter habilitante, no le son aplicables los postulados de la norma en cita, puesto que esta habla exclusivamente del término que la entidad le concede a los proponentes para subsanar los factores habilitantes (que no conceden puntos) quienes en el evento de no subsanar en el término concedido, deberán exponer el rechazo de la oferta.

El error conceptual en el que se involucra el apoderado de la parte activa, lleva a solicitar un rechazo improcedente para el caso en estudio, pues por una parte el factor ponderable de director de planeación que la parte activa arguye (y en el que sustenta toda la ofensiva para la satisfacción de sus pretensiones), no le es aplicable el rechazo estimado en el contenido del artículo 5 de la ley 1882 de 2018, pero además es importante aclarar que el certificado de vigencia y antecedentes del profesional propuesto para director de planeación en ningún momento es solicitado por la entidad para subsanación, por lo cual tampoco son aplicables los términos establecidos en dicho artículo para ADD MEDIA CENTRAL DE MARCA SAS.

Así mismo, se hace necesario dejar claro que el certificado de vigencia y antecedentes de la tarjeta profesional del profesional propuesto para el rol de Director de Planeación es presentado junto con las observaciones que realiza ADD MEDIA CENTRAL DE MARCA SAS al informe de evaluación preliminar, en el cual se aclara que dicho documento no es entregado a título de subsanación, sino que se presenta en su derecho de aclarar uno de los factores ponderables de su oferta.

Lo expuesto en el párrafo anterior, se realiza considerando que en el informe de evaluación preliminar la entidad no le concedía puntos a mi poderdante por el factor ponderable de calidad, por cuanto no se anexo el certificado de vigencia y antecedentes de la profesión, aun cuando si se había anexado la tarjeta profesional y los demás documentos señalados en el pliego.

Frente a lo anterior, y en ejercicio del derecho de contradicción mi poderdante presenta las siguientes observaciones al informe de evaluación preliminar:

"Respecto a la asignación del puntaje de calidad debemos señalar que la empresa ADD MEDIA CENTRAL DE MARCA S.A.S., a diferencia de lo establecido en el informe de evaluación, considera que si se anexó a la propuesta toda la información que dio cuenta del cumplimiento de los requisitos de formación, experiencia e idoneidad para el cargo de Director de Planeación de Formación Profesional, ya que se presentó el perfil profesional del señor RAFAEL JURI ROJAS, quien en su calidad de administrador de empresas, cumple a cabalidad con las condiciones para el ejercicio del cargo de Director, no solo desde el perfil sino también desde sus condiciones de experiencia, adicionalmente se anexó su tarjeta profesional y el certificado del registro de matrícula expedido por el Consejo Profesional de Administración de Empresas, lo cual al tenor de lo dispuesto en la Ley 60 de 1981 y el decreto 2718 de 1984, son los requisitos mínimos para el ejercicio legal de la profesión de administrador de empresas, observando con ello las condiciones mínimas establecidas en el pliego de condiciones.

El pliego de condiciones en el numeral 3.5.2, señaló que, para el requisito del perfil profesional del Director de Planeación, se debía acreditar: "(...) fotocopia de la Cédula de ciudadanía, fotocopia de la matrícula o tarjeta profesional, certificación de vigencia y antecedentes de la profesión expedida por el Consejo Profesional respectivo en los casos requeridos por la Ley". Nótese como la entidad en su plena libertad de configuración de pliegos, estableció que los documentos de vigencia y antecedentes del profesional que se presentara para el Director de Planeación, debía anexarse en los casos requeridos por la Ley y para el caso en concreto al revisar la Ley 60 de 1981, solo se exige para el ejercicio legal de la profesión la obtención del título profesional en administración de empresas, contar con el registro de título profesional y la matrícula profesional expedida por el Consejo Profesional de Administración de Empresas, lo cual fue debidamente aportado por la empresa que represento, al allegar la información de titulación del señor RAFAEL JURI ROJAS, la matrícula profesional No. 91334 y el certificado de registro como administrador de empresas, por consiguiente la no asignación del puntaje a la propuesta de la empresa que represento no es congruente con las condiciones de participación establecido por la Entidad estatal.

Es importante resaltar que, en ninguno de los apartes de la Ley citada y su decreto reglamentario, se ha exigido para el ejercicio de la profesión la presentación de certificados de vigencia y antecedentes y es por ello que en esta oportunidad, no pueda la entidad estatal alejarse de los expresos términos del pliego de condiciones, por consiguiente debe proceder la asignación del puntaje ya que la propuesta ha evidenciado el cumplimiento de los requisitos señalados por la administración pública.

El pliego de condiciones es el acto jurídico fundamental sobre el cual gira toda la etapa de selección del contratista, por cuanto en el mismo se fija el objeto del contrato a suscribir, se identifica la causa del negocio jurídico, se determina el procedimiento o cauce a surtir para la evaluación objetiva y técnica de las ofertas, y se indican los plazos y términos en que se ejecutará toda la selección que culminará con la adjudicación del contrato o con la declaratoria de desierta. Por consiguiente, el pliego de condiciones materializa los principios de planeación contractual y de transparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento, y es por ello, que siendo regulado el requisito de acreditación del perfil profesional en exigencias de tipo normativo, no pueda interpretarse en forma aislada dicha condición del mandato legal que regula la profesión de la administración de empresas, y que insistimos no exige la presentación de estos documentos como una condición para el ejercicio de la profesión, por consiguiente consideramos respetuosamente modificarse el informe de evaluación, asignando el puntaje respectivo."

De igual forma, la empresa ADDMEDIA, también reclama la asignación de puntaje basada en el siguiente criterio:

"Para esta empresa es clara que todas las ofertas que se presenten en un proceso contractual deben ajustarse al pliego de condiciones, tal como lo establece el artículo 30 numeral 6 de la Ley 80 de 1993, puesto que sería inaudito que en estos casos las propuestas se puedan separar del pliego, y que la entidad las deba admitir y adjudicar. Sin embargo, es el mismo legislador quien en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007, quien ha señalado que la evaluación de las ofertas debe fundamentarse en la aplicación del principio de la primacía de lo sustancial sobre lo meramente formal, puesto que la finalidad del proceso es garantizar que el proponente seleccionado es quien presenta el ofrecimiento más favorable para la administración pública, de ahí que la Entidad no solo deba permitir la subsanación de las propuestas, como lo establece el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, sino que cuando tenga dudas o la información no sea clara, pueda admitir la aclaración de la información presentada, incluso respecto a factores que asignen puntaje, tal como lo ha indicado el Consejo de Estado en la Sentencia 31.211 de 2015, con Ponencia de la Consejera de Estado Olga Melida Valle de la Hoz, quien sobre el particular manifestó: "(...) Añadió la sentencia del 12 de noviembre de 2014 -exp. 27.986- que una norma que debe armonizarse con el artículo 30.6 de la Ley 80 de 1993 es el artículo 30.7, que por su importancia se transcribe:

De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables." (Cursiva fuera de texto)

Se trata de un caso especial de adecuación de la oferta al pliego de condiciones; y más que una forma de subsanabilidad es una posibilidad diferente: la oportunidad de aclarar o explicar lo que contiene la propuesta, solo que es discutible la interpretación o conformidad con el pliego. Conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de aclarar los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de evaluación de las ofertas -que se diferencia de la subsanabilidad-, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta -los que hay que subsanar-, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, así que el requisito que el pliego exige aparentemente lo cumple la propuesta, pero la entidad duda si efectivamente es así. De esta manera, aclarar o explicar es diferente a subsanar, pues aquellas acciones no presumen agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene.

Sin embargo, lo anterior no obsta para que con esa misma finalidad -aclarar, explicarse aporten documentos que no estaban en la oferta, siempre que no le agregan nada a lo propuesto, en el sentido de que no se adicione un requisito del pliego que se incumplió, sino que tiene por finalidad explicarlo o aclararlo⁴.

⁴ Sobre la posibilidad de explicar o aclarar la oferta, PINO RICCI señala que se puede hacer añadiendo documentos, lo que no implica modificar la oferta: "Dentro del plazo de las evaluaciones la entidad estatal podrá, solicitar 'las aclaraciones y explicaciones que estime indispensables'. Adicionalmente, si los oferentes lo considera pertinente, podrán hacer las aclaraciones que consideren oportunas sin que sea necesario el requerimiento expreso de la entidad. Las

Aunque los conceptos de aclarar y explicar son independientes, en significado y alcance durante el proceso de selección, de la posibilidad de subsanar la oferta, todos persiguen una finalidad coincidente, contribuyen a adecuar las ofertas a los pliegos de condiciones, ya sea: i) para remediar un defecto, por incumplimiento de un requisito sustancial del pliego – subsanar-, o ii) para hacer más perceptible o claro el ofrecimiento hecho, dilucidando un aspecto dudoso o definiendo las incoherencias –aclarar o explicar-. En relación con lo último, no puede olvidarse que las propuestas, como textos que son, están sujetas a interpretación, son objeto de una hermenéutica, de un entendimiento de su alcance y contenido, como sucede con el pliego de condiciones y, en general, con cualquier documento que contiene un mensaje, un dato o una información. Entre otras cosas, la hermenéutica, es decir la interpretación, ni siquiera es exclusiva o privilegio de los textos, y entre ellos ni siquiera de los jurídicos. De ahí que no sea extraño, sino apenas natural, que también la oferta para un negocio jurídico, en un proceso de contratación estatal, requiere entenderse y concretar su alcance. Por esta razón, es justificable que: i) la administración intente comprenderlas, para valorarlas; y que ii) del lado de los oferentes exista la oportunidad de ofrecer aclaraciones o explicaciones para entenderlas, cuando su lectura es compleja. En todo caso, cuando la administración asume la actitud hermenéutica no trata, como propósito, de encontrar incoherencias o errores para detenerse en ellos y agotar su trabajo de evaluación, la intención correcta es precisar la incidencia que tiene ese hallazgo en el proceso de selección y en el futuro contrato, de ahí que cuando se presentan dudas sobre el alcance o sobre posibles falencias de la oferta deben escucharse las explicaciones del proponente, para garantizar tanto su participación como el interés general de encontrar la oferta que mejor garantice el servicio público. Finalmente, la necesidad de aclarar o explicar la oferta es el resultado de una actitud hermenéutica no satisfecha autónomamente por el sujeto que interpreta -la administración, quien se encuentra ante una situación de incomprensión, confusión y falta de inteligibilidad de un dato.

Por su parte el consejo de estado en la sentencia 1996-12809 de 12 de noviembre de 2014: "(...) De esta forma, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende —sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse— violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley. En conclusión, que las ofertas se pueden corregir y aclarar lo confirma el artículo 30.7 de la Ley 80. Si no se pudiera, ¿para qué "solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables", si lo que respondieran no se pudiera tener en cuenta? iii) El artículo 30, numeral 8º, de la Ley 80, también se refirió al mismo tema, porque reguló parte de la etapa de evaluación de las ofertas en los procesos de licitación pública, y señaló que esa actividad se efectuará conforme a las siguientes reglas: "8. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

La etapa de "observaciones al informe de evaluación" corresponde al momento posterior a la primera evaluación de las propuestas que realiza la entidad. La parte final de la disposición transcrita la entendieron muchos con un doble sentido, de ahí parte de los problemas: i) para algunos significó que como no es posible completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, entonces las entidades no podían recibir documentos adicionales que explicaran sus insuficiencias, pues claramente se trasgredía esta norma; ii) para otros la comprensión debía hacerse de conformidad con el artículo 25.15 citado, armonizándolos, es decir, que durante el término que existe para presentar observaciones al informe de evaluación sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas, pero en los aspectos que permite el artículo 25.15, y no en los aspectos que prohíbe. Para la Sala la segunda solución es la correcta, porque si el artículo 30.8 se aísla para leerlo, significaría que si falta, por ejemplo, una copia de la propuesta, entonces no se podía pedirla al oferente para que subsanara el requisito, porque al aportarla necesariamente completaría o adicionaría lo que no estaba. De admitir este entendimiento

aclaraciones permitirán a la entidad precisar el alcance de aquellos aspectos confusos o ambiguos de las ofertas, pero en ningún caso éstas podrán implicar una modificación del ofrecimiento. Ocurrirá una modificación si se presentan informaciones no referidas en la oferta, por tanto, presentar un documento que permita acreditar la información contenida en la oferta o constituye una modificación." (PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 301)

surgiría, de un lado, una contradicción lógica grave, profunda e irreconciliable, entre los artículos 25.15 y 30.7 con el artículo 30.8; y del otro lado, si las reglas hermenéuticas permiten entender todas las normas en su propio contexto, conservando la filosofía que inspiró el cambio de la regulación sobre la subsanabilidad de ofertas, se debe optar por ese entendimiento. Además, el artículo 25.15 contiene un principio general del derecho administrativo —el principio de economía—, mientras que el artículo 30.8 contiene una regla específica de aplicación en la licitación, así que el orden en que se interpretan y la coherencia que hay que hallar entre ellos indica que la regla debe entenderse conforme al principio, pues éste inspira su alcance e indica la mejor forma de aplicarla.

En conclusión, pese a que la aceptación de la nueva filosofía de la evaluación de las ofertas no fue fácil, por la fuerte tradición que se arraigó en la entrañas de la administración, los operadores del derecho administrativo contractual entendieron, finalmente, que no cualquier omisión en que incurriera el proponente justificaba el rechazo automático de la oferta; en su lugar, había que ponderar si lo omitido "era o no necesario para la comparación de las propuestas". No obstante, esa expresión es demasiado amplia, general, vaga e imprecisa —se trata de un típico concepto jurídico indeterminado—, de ahí que si bien la nueva constitución y la nueva legislación contractual avanzaron en la solución de los problemas del pasado, en todo caso aún se carecía de certeza y objetividad sobre el significado de esa expresión, de manera que en cada entidad estatal, y para cada proceso de contratación, se debió calificar qué repercusión tenía. Durante muchos años estas tres disposiciones apoyaron en la administración la toma de las decisiones de cada evaluación de ofertas en cada proceso de selección; no obstante, frente a la ambigüedad parcial que pese a todo subsistió, pues algunas entidades aún calificaron ciertos requisitos insustanciales como "necesarios para la comparación de las ofertas" —por tanto, rechazaron propuestas porque, por ejemplo, no estaban ordenados los documentos o no estaban numeradas las hojas, como lo exigía el pliego de condiciones (6)—, la Ley 1150 de 2007 —catorce años después— reasumió el tema, para aclararlo más, darle el orden "definitivo" y también algo de previsibilidad, en todo caso con la intención de conservar y profundizar la solución anti-formalista que introdujo la Ley 80, es decir, para asegurar más y mejor la solución sustancialista a los problemas de incompletitud de las ofertas. La nueva norma dispuso, en el artículo 5º, parágrafo 1º, que: "ART. 5º—De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: (...). "PAR. 1º—La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización" (resaltado fuera de texto).

El nuevo criterio derogó el inciso segundo del artículo 25.15, y lo reemplazó por esta otra disposición, que conservó, en esencia, lo que aquél decía, pero lo explicó, añadiendo un texto que lo aclara, para garantizar que su entendimiento fuera generalizado y uniforme. Por esto declaró que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son: "todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación...".

Finalmente y después de exponer el sustento jurisprudencial con el que argumenta su solicitud, manifiesta que:

"Los antecedentes jurisprudenciales citados, evidencian que en los procesos contractuales es posible aclarar las ofertas, lo cual no se erige como una potestad de la Entidad estatal, sino que esto es un derecho de aclaración de información que tiene el oferente cuya finalidad consiste en la oportunidad de explicarle a la administración como su propuesta observa cada uno de los requisitos exigidos en las condiciones para ofertar. Por lo expuesto y descendiendo al caso que nos ocupa, debemos resaltar que al haberse aportado todos los documentos exigidos para el ejercicio de la profesión de administrador de empresas del señor RAFAEL JURID ROJAS, sin que en el registro de matrícula se evidencie nota marginal o exista documento alguno que establezca antecedente que obstaculice el ejercicio del citado profesional. No es viable presumir que este profesional no tenga vigente su inscripción o tenga sanciones, pues conforme a lo establecido en el artículo 83 de la Constitución Política, en todas las actuaciones de los particulares y la administración pública debe presumirse la buena fe, y es por ello que todos los

documentos aportados para el citado profesional Juri Rojas demuestran su normal inscripción ante el Consejo Nacional de Administradores, debiendo por tal razón asignarse el puntaje del criterio de calidad, y en caso de duda por parte de la Entidad estatal, es clara la interpretación jurisprudencial, que podrá solicitarse o aportarse la aclaración respectiva o proceder ella misma a validar tal condición. Resulta de relevancia precisar, que existe una gran diferencia entre aclarar y subsanar un requisito, el primero consiste en solicitar la explicación de una información de un requisito que ya reposa en el expediente, y la otra es corregir o completar un requisito que no fue aportado con el ofrecimiento, en el caso de la oferta de la empresa que represento, el requisito de validez de la profesión como administrador de empresas se ha cumplido a cabalidad y el hecho de que la entidad requiera verificar los antecedentes del profesional RAFAEL JURI ROJAS, no implica que estemos ante una subsanación de requisitos, ya que ella habilitación de este profesional está claramente demostrado con la propuesta, y esta condición se ha observado desde antes del cierre del proceso contractual, sin embargo para mayor claridad de la Entidad estatal, procedemos anexar un certificado de vigencia y antecedentes del citado profesional, el cual solicitamos que se admita como una información aclaratoria, y que en caso de no asignarle tal calidad, respetuosamente requerimos que la misma sea valorada de oficio por la entidad, como una facultad plenamente reconocida a las entidades estatales conforme a los establecido en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

La información que se aporta con esta observación, no comporta un mejoramiento de propuesta, ya que el requisito siempre se ha tenido y no se han alterado las condiciones mínimas de la oferta presentada por la empresa presentada, y es por ello que nos encontramos plenamente facultados para aclararle a la entidad a través de los documentos aportados que el profesional tiene plenamente vigente su inscripción ante el Consejo Nacional de Administrador de Empresas. Corolario de lo expuesto, solicitamos que se modifique el informe de evaluación publicado el pasado 11 de abril y se le asigne el puntaje máximo de 150 puntos, al cumplirse los requisitos del pliego de condiciones. Finalmente, y al proceder la modificación del informe de evaluación, se debe recalcular la asignación de puntajes, debiendo cambiarse el orden de elegibilidad y en caso de estimarse que existe un empate en el puntaje, debe aplicarse los criterios de desempate en su orden sucesivo y excluyente, tal como lo exige el Decreto 1082 de 2015."

Que frente a la defensa presentada por mi poderdante, la entidad en uso de sus facultades y guiada por la posibilidad que tiene de proceder a la corrección y modificación del informe de evaluación; modifica el informe mencionado y concede los puntos a mi poderdante.

Lo anterior lo realiza la entidad, en el entendido que encontró en las observaciones de mi poderdante argumentos suficientes y contundentes que le llevaron a reconsiderar su decisión, siempre al amparo del ordenamiento jurídico.

Respecto a esta posibilidad el Consejo de Estado se ha pronunciado a través de su sala tercera en Sentencia del 7 de septiembre de 2004, expediente 13790, indicando:

"No obstante que es con el informe de evaluación de las propuestas que la administración da a conocer a los proponentes la calificación que asignó a cada una de las ofertas, de acuerdo con los diferentes factores que fueron objeto de la evaluación, dicho informe no decide la adjudicación ni le confiere al proponente calificado con el mayor puntaje el derecho a exigirla, en tanto, como ya se indicó, los informes de evaluación los elabora un comité asesor o consultor, a quien la ley prohíbe trasladar la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección ya que ésta solo la tiene el jefe o representante de la entidad estatal (Ley 80/93 art.26 ord. 5°) Además esa calificación se puede corregir o modificar cuando la administración encuentre pertinentes y ajustadas a las reglas de la licitación las observaciones realizadas por los oferentes" (...). Como consecuencia de lo anterior el informe de evaluación de las propuestas no es obligatorio para el jefe o representante legal de la entidad a quien le compete realizar la adjudicación, ya que puede apartarse del mismo" (subrayado fuera del texto)

En coherencia con lo señalado, el Municipio de Cali – Secretaria de Gobierno – Oficina de Comunicaciones, expone lo siguiente en respuesta a las observaciones presentadas por ADD MEDIA CENTRAL DE MARCA SAS al informe preliminar:

"El proponente ADDMEDIA CENTRAL DE MARCA SAS considera que "si se anexó a la propuesta toda la información que dio cuenta del cumplimiento de los requisitos de formación, experiencia e idoneidad para el cargo de Director de Planeación de Formación Profesional, ya que se presentó el perfil profesional del señor RAFAEL JURI ROJAS, quien en su calidad de administrador de empresas, cumple a cabalidad con las condiciones para el ejercicio del cargo de Director, no solo desde el perfil sino también desde sus condiciones de experiencia, adicionalmente se anexó su tarjeta profesional y el certificado del registro de matrícula expedido por el Consejo Profesional de Administración de Empresas, lo cual al tenor de lo dispuesto en la Ley 60 de 1981 y el decreto 2718 de 1984, son los requisitos mínimos para el ejercicio legal de la profesión de administrador de empresas".

A lo dicho, es pertinente manifestar que el numeral 3.5.2 (CALIDAD EQUIPO DE TRABAJO) del pliego definitivo de condiciones estipula que:

"El proponente deberá acreditar las calidades de formación académica del Director de planeación, con la presentación fotocopia de la Cédula de ciudadanía, fotocopia de la matrícula o tarjeta profesional, certificación de vigencia y antecedentes de la profesión expedida por el Consejo Profesional respectivo en los casos requeridos por la Ley."
(Subraya fuera de texto)

Así las cosas, en primer lugar es necesario entender cuál es la intención o el objetivo del pliego con el fin de satisfacer una necesidad pública a través de la obtención de la mejor oferta en el presente proceso, centrándonos en este orden de ideas en la acreditación de las calidades de formación académicas que debió acreditar cada uno de los oferentes respecto del Director de Planeación con el fin de recibir el beneficio de los 150 puntos ofrecidos.

Con el anterior propósito, es necesario establecer como se debe acreditar la calidad y cuando se entiende legítimo el ejercicio de los profesionales en administración de empresas, para lo cual es necesario remitirnos a lo consagrado en el artículo cuarto de la ley 60 de 1981, el cual establece que:

"Artículo cuarto. Para ejercer la profesión de Administrador de Empresas en el territorio de la República, se deberán llenar los siguientes requisitos: a) Título Profesional, expedido por institución de educación superior aprobada por el Gobierno nacional; b) Matrícula Profesional, expedida por el Consejo Profesional de Administración de Empresas"

Bajo este criterio y entendiendo que es la ley la que propiamente establece como se acredita la calidad y bajo que postulados puede llevarse a cabo el ejercicio de la profesión, es necesario interpretar que es este el sentido del pliego y no otro, siendo claro que los contenidos del pliego siempre deberán estar supeditados a los designios legales, aunado a que la administración al momento de la evaluación de las propuestas, no podrá omitir la calificación de las mismas por consideraciones netamente formales, así lo ha establecido el Consejo de estado mediante la sentencia del 13 de febrero de 2015. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la cual expresa lo siguiente:

"Con todo lo expuesto se tiene que por regla general la ley exige una estricta sujeción de los proponentes y la administración a los requisitos y reglas previstos en los pliegos de condiciones, sin embargo, ésta regla se ve matizada por la misma ley al señalar que el único título válido para rechazar o excluir las ofertas de un determinado proceso de selección es el incumplimiento de requisitos o reglas que estando previstos en los pliegos de condiciones, sean necesarios para comparar las propuestas. Así, se entiende que es la misma ley que establece un límite a la facultad de las entidades estatales para rechazar o eliminar las propuestas presentadas por el incumplimiento de requisitos meramente formales, innecesarios para la comparación de las diversas propuestas presentadas"

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, expone mediante la Sentencia del 11 de mayo de 2015. (C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp: 34.510.) lo siguiente:

"Ahora bien, la "ley establece los criterios para la determinación de los factores de escogencia y de calificación, haciendo diferencias entre reglas de simple verificación de requisitos y reglas para la determinación de factores de escogencia e, igualmente, determinando los parámetros sobre los cuales se pueden considerar objetivamente los ofrecimientos más favorables a la entidad. El anterior marco de reglas se hace acompañar con algunas otras relativas a la posibilidad de subsanabilidad de deficiencias de las propuestas, haciendo predominar lo sustancial sobre lo estrictamente formal y habilitando en consecuencia a la administración para que soliciten todo aquello que consideren vital para la debida conformación de las propuestas presentadas oportunamente. En la realidad de las cosas, se observa con la incorporación de esta regla, una inversión en las cargas de corrección de las propuestas, esto en la medida en que corresponde a la administración velar por la integridad documental y de información de las mismas,

exigiendo lo que considere faltante dentro del ámbito de lo factible de solicitar. Lo no solicitado por la administración de hecho queda subsanado"

Bajo este criterio y entendiendo que la intención del pliego es la de conceder puntaje a la propuesta que acredite las calidades consideradas en el numeral 3.5.2, es necesario entender la necesidad de someter las formalidades a los deseos materiales del pliego y del proceso de licitación en general, más aun cuando es la administración la que tiene el deber de dar prioridad a la sustancia frente a la solemnidad, en esta dirección se ha pronunciado el Consejo de Estado en la sentencia citada anteriormente en el siguiente sentido:

"No cabe duda que de los principios y valores constitucionales antes referidos y en el marco de un Estado Social de Derecho, es que la administración pública en su actividad contractual debe propender por hacer prevalecer lo sustancial sobre lo meramente formal para de esta forma alcanzar los fines del Estado: "(...) 4.2.4.- Por lo anterior, se tiene que a partir de una juiciosa lectura de tales principios y valores es que se encuentra que las actuaciones de la Administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma, la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o de mero ejecutor formal de la Ley; contrario a ello, resulta que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la "profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad. . - Y justamente la contratación estatal es uno de aquellos instrumentos con que cuenta la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado, razón por la cual durante las etapas de estructuración, proyección o planeación de los contratos del Estado, la precontractual propiamente dicha y, luego de ello, a lo largo de la existencia del contrato estatal se impone a la Administración hacer uso de las herramientas jurídicas de dirección y manejo del contrato conforme a los principios constitucionales y con miras a satisfacer el interés general. (...)

De esta manera, se le impone a la administración la carga de que su actuar esté basado en una legalidad de carácter material y no meramente formal, ya que tal circunstancia constituye garantía para los administrados de que siempre los funcionarios estatales estarán en la búsqueda del interés general y de los fines esenciales del Estado, y no de intereses de carácter particular que pueden afectar a la comunidad en general. Así pues, en el marco de los contratos estatales las entidades públicas deberán propender porque todos aquellos que concurren al proceso de selección lo hagan con la garantía de que sus propuestas no serán descalificadas ante la ausencia de requisitos formales (...)

De esta forma, el legislador estableció principios y reglas que ya no buscaban limitar y restringir la participación de los proponentes en los procesos de selección estatales, si no por el contrario, reconocer el derecho participación de los proponente en la actividad contractual pública limitación la posibilidad de que las entidades contratantes pudieran para rechazar, eliminar o excluir las ofertas presentadas por el incumplimiento de requisitos meramente formales."

Considerando lo descrito, se puede determinar que la certificación de vigencia y antecedentes de la profesión de administrador de empresas exigida en el pliego, no se consolidaba en un aspecto sustancial que permitiera acreditar la calidad de profesional del Director de planeación, sino que se materializa como un aspecto de la forma, pues el ejercicio de la profesión puede materializarse con el título y la tarjeta profesional, lo cual es acreditado en la propuesta de ADDMEDIA CENTRAL DE MARCA SAS desde el momento del cierre del proceso.

Lo anterior, no obsta para que el proponente al omitir la presentación de dichos documentos con la presentación de su oferta, no pueda posteriormente aclarar dicha circunstancia adjuntando el certificado refendo sin que dicha conducta constituya una mejora en su oferta, atendiendo a que la calidad exigida en los pliegos ya había sido satisfecha al momento de la presentación de su oferta.

Según lo expuesto, y entendiendo que ADDMEDIA CENTRAL DE MARCA SAS acredita la calidad e idoneidad del profesional propuesto para el cargo de director de planeación, allegando la experiencia exigida en el pliego, el título y la tarjeta profesional, no se considera posible que con la remisión de los certificados de antecedentes y vigencia haya mejorado en grado alguno su oferta, cosa que se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico.

Respecto a lo anterior, han sido reiterados los pronunciamientos del Consejo de Estado aclarando que solo se podrán subsanar aquellos criterios que no mejoren la oferta presentada al momento del cierre, pues dicha práctica atentaría contra los principios de igualdad y transparencia de los demás proponentes.

Frente a lo anterior, el Consejo de estado mediante la sentencia del veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015) PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C Radicación: 25000 23 31 000 2005 01178 01 (40.660) nos ilustra respecto a la subsanación manifestando que:

"Previo a adentrarnos de fondo en el estudio de la procedibilidad de la subsanación de las ofertas presentadas en el marco de un proceso contractual adelantado por una entidad pública, la Sala considera pertinente revisar el alcance de la palabra subsanar y de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, este debe entenderse como reparar o remediar un defecto.

Lo anterior significa, que en el plano de la contratación estatal la subsanación de las ofertas, se encuentra circunscrita o limitada a la posibilidad que tiene un proponente de remediar un defecto o error de su propuesta, siendo por lo tanto incorrecto entender que esta facultad le confiere a este, el derecho de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial, puesto que bajo esta consideración se estaría violando el derecho de igualdad poniendo en desventaja a los demás participantes. (...)

De esta manera, se entiende que la subsanabilidad es una carga inherente a la administración, en el contexto del deber de verificación del cumplimiento de las exigencias y requisitos efectuados en el pliego por parte de la entidad pública y se convierte indefectiblemente en un derecho del proponente. Así lo dijo la jurisprudencia contenciosa, en sentencia del 26 de febrero de 2014, en donde indicó que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que, para la primera se trata de un deber, de una obligación con el objetivo de que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general; no hacerlo en los términos indicados, significaría violar el derecho de los oferentes a subsanar la oferta y en consecuencia se trasgrediría el ordenamiento jurídico²⁶. Por tanto, si las entidades contratantes no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta dudosa o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse- violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirían la obligación que les asigna la ley.

(...) Lo anterior busca significar, que la inactividad de la administración no debe afectar al oferente, por el contrario, ante el silencio de la entidad se entenderá que el defecto queda subsanado de acuerdo con la ley, por lo que no podrá aducirse la carencia de dicho requisito como fundamento del rechazo o descalificación de la propuesta, (...)

Lo anterior, también fue considerado en la Sentencia del 14 de marzo de 2013. C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Exp: 24.059 también del Consejo de Estado, en la que se expuso lo siguiente:

"aunque la Ley 1150 derogó de manera expresa –a través de su artículo 32– el transcrito inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, en la medida en que ese mismo mandato fue reproducido en el parágrafo primero del artículo 5º de la aludida Ley 1150, el Estatuto de Contratación Estatal mantuvo pues las directrices y la filosofía inicial, en el sentido de regular de manera restringida la posibilidad de que las entidades estatales puedan rechazar o excluir válidamente las ofertas recibidas, de conformidad con las siguientes previsiones: PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación."

En este orden de ideas, las entidades estatales siempre tendrán la carga de buscar claridad frente a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas, concediendo la posibilidad de aclarar y corregir la oferta, situación que no se consolida en un derecho que tiene la entidad, sino en un derecho que tiene el contratista. Con lo cual se pretende que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en procura del interés general. Siendo subsanables o aclarados en este sentido aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, los cuales podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, y hasta la adjudicación.

De esta misma forma, la misma entidad mediante Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P: Enrique Gil Botero. Exp: 25.804 expone nuevamente que la falta de documentos de carácter formal no es un motivo legal para la desestimación de la propuesta, argumentando que:

Durante muchos años estas tres disposiciones apoyaron en la administración la toma de las decisiones de cada evaluación de ofertas en cada proceso de selección; no obstante, frente a la ambigüedad parcial que pese a todo subsistió, pues algunas entidades aún calificaron ciertos requisitos insustanciales como "necesarios para la comparación de las

ofertas" –por tanto, rechazaron propuestas porque, por ejemplo, no estaban ordenados los documentos o no estaban numeradas las hojas, como lo exigía el pliego de condiciones-, la Ley 1150 de 2007 –catorce años después- reasumió el tema, para aclararlo más, darle el orden "definitivo" y también algo de previsibilidad, en todo caso con la intención de conservar y profundizar la solución anti-formalista que introdujo la Ley 80, es decir, para asegurar más y mejor la solución sustancialista a los problemas de incompletitud de las ofertas. La nueva norma dispuso, en el art. 5, parágrafo 1, que: "Art. 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: (...) "Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos."

A su vez mediante la sentencia del 12 de noviembre de 2014. (C.P: Carlos Alberto Zambrano. Exp.) el Consejo de Estado expone que:

"lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. (...) Ahora, cosa distinta es que, a pesar de cumplir los requisitos habilitantes, la entidad encuentre falencias en la prueba aportada para acreditarlos o que los demás documentos requeridos en los pliegos de condiciones (desde luego que no incidan en la asignación de puntaje) generen dudas o ambigüedades. En estos casos es cuando, precisamente, se abre la posibilidad de "subsanar", enmendar o rectificar."

Recogiendo lo descrito, se evidencia que la administración en su camino a la satisfacción de las necesidades públicas, y en cumplimiento del interés general, debe buscar siempre alternativas que le permitan superar los obstáculos formales que se observan en las propuestas, asumiendo una posición que garantice el enfoque en los criterios sustanciales que pretende exponer el pliego para la escogencia de la mejor oferta, así lo ha expuesto también el Consejo de Estado mediante la Sentencia del 12 de junio de 2014. (C.P: Enrique Gil Botero. Exp: 21.324), en la que se expone que:

"los principios de economía y de selección objetiva se articulan para garantizar dos fines esenciales de la contratación pública: i) la escogencia de la mejor propuesta para la administración, que permita satisfacer las necesidades públicas y, por ende, garantizar el interés público, y ii) la posibilidad de que los contratistas interactúen con la administración en la búsqueda de solucionar y superar los yerros formales, con miras a que no resulte infructuoso el procedimiento de selección y, por lo tanto, no se frustre, circunstancia por la que la declaratoria de desierta se convierte en una última ratio"

Finalmente, y respecto a lo expuesto en las observaciones de ADDMEDIA CENTRAL DE MARCA SAS, en las que argumenta que:

"Resulta de relevancia precisar, que existe una gran diferencia entre aclarar y subsanar un requisito, el primero consiste en solicitar la explicación de una información de un requisito que ya reposa en el expediente, y la otra es corregir o completar un requisito que no fue aportado con el ofrecimiento, en el caso de la oferta de la empresa que represento, el requisito de validez de la profesión como administrador de empresas se ha cumplido a cabalidad y el hecho de que la entidad requiera verificar los antecedentes del profesional RAFAEL JURI ROJAS, no implica que estemos ante una subsanación de requisitos, ya que ella habilitación de este profesional está claramente demostrado con la propuesta, y esta condición se ha observado desde antes del cierre del proceso contractual,"

Se pronuncia este comité evaluador manifestando que en el caso bajo estudio, al acreditarse con la oferta la calidad e idoneidad del profesional para el cargo de Director de Planeación de acuerdo a los postulados legales, en concordancia con la intención del pliego, y al consolidarse las certificaciones de vigencia y antecedentes en un criterio de forma, es pertinente entender que con la aclaración realizada en las observaciones de ADDMEDIA CENTRAL DE MARCA es procedente el reconocimiento de los 150 puntos solicitados por el proponente, en atención a la justificación presentada.

Lo anterior, entendiendo el límite impuesto a la administración respecto de no desechar las propuestas por cuestiones netamente formales, y la carga que tiene respecto a la aclaración de factores dudosos que no impliquen el mejoramiento de la oferta, frente a los cuales deberá aplicar métodos de interpretación que permitan entender el sentido del

pliego, así lo ha expuesto el Consejo de estado mediante sentencia del 29 de julio de 2015 (JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA) en la que se expresa lo siguiente:

"Es evidente que dicho estatuto previó la imposibilidad del rechazo in limine de las ofertas por el incumplimiento de formalidades e impuso a las entidades estatales la carga de alcanzar la claridad en los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas, para de esta manera, evitar el desconocimiento de los derechos fundamentales de los proponentes. Es decir, que si la entidad no comprende alguna o algunas de las cosas señaladas en la oferta, o si existe contradicción, o si un requisito fue omitido debe la administración solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que considere pertinentes para lograr los fines de la contratación.

(...) la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos"; o bien puede requerirlo con el fin de que lo aporte (posibilidad legal actual), sin que ello comporte una mejora, modificación o adición de la propuesta"

Así mismo se ha expuesto por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 27 de enero de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 15001 23 31 000 2007 00640 01 (54.919) lo siguiente:

"Ahora bien, es posible que en algunas oportunidades sea necesario acudir a herramientas como la hermenéutica para interpretar algunas disposiciones del pliego de condiciones.

No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que no en pocas oportunidades los proponentes se encuentran con preceptos confusos cuya interpretación tiende a inducirlos en error, afectando de forma definitiva la calidad de las ofertas presentadas. Así mismo, en otras ocasiones las propuestas son rechazadas por asuntos meramente formales. En ambos casos, ha reconocido este Tribunal que, atendiendo a las disposiciones constitucionales y legales referentes a la función administrativa y a la prelación del derecho sustancial sobre las formalidades, el proponente está facultado para subsanar la oferta. (...),

en sentencia del 26 de febrero de 2014, esta Corporación estableció que "la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que, para la primera se trata de un deber, de una obligación con el objetivo de que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general; no hacerlo en los términos indicados, significaría violar el derecho de los oferentes a subsanar la oferta y en consecuencia se trasgrediría el ordenamiento jurídico". Esta prerrogativa encuentra sustento constitucional en el artículo 209, en virtud del cual: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley." Con esta disposición, el Constituyente de 1991, pretendió que la administración encaminara sus actuaciones a la consecución del bien común y a que se ciñera a una serie de principios que garantizaran dicho postulado.

Bajo esta línea, la administración debe permitir que los proponentes presenten las aclaraciones y explicaciones pertinentes cuando haya lugar a propuestas dudosas como consecuencia de unos pliegos confusos."

Considerando todo lo expuesto se procede a conceder los 150 puntos al proponente ADDMEDIA CENTRAL DE MARCA SAS."

Así las cosas, en primer lugar se manifiesta que frente a la propuesta presentada por ADD MEDIA CENTRAL DE MARCA SAS no procedía el rechazo, entendiendo que los factores ponderables no se encuentran involucrados en los postulados del artículo 5 de la ley 1882 de 2018.; en segundo lugar se evidencia que mi poderdante no procedió a subsanar su oferta, sino que procedió a la aclaración de la misma; entendiendo que la experiencia requerida del Director de Planeación propuesto se cumplía con la presentación de la tarjeta profesional y demás documentos presentados junto con la propuesta. Siendo así evidente que la entidad en obediencia de los postulados jurisprudenciales, diera mayor valor al fondo que a la forma de la propuesta con el objetivo de cumplir con la satisfacción del interés público.

En este orden de ideas, el profesional propuesto por ADD MEDIA CENTRAL DE MARCA SAS para el roll de Director de Planeación, sí cumplía con los requisitos técnicos de formación, experiencia, e idoneidad exigidos en el pliego, es decir que acreditara su calidad de profesional y que permitiera demostrar una experiencia específica como Director de Planeación de 5 años en contratos con objeto similar.

Lo expuesto, en el sentido que se presentó el perfil profesional del señor RAFAEL JURI ROJAS, quien en su calidad de administrador de empresas, cumple a cabalidad con las condiciones para el ejercicio del cargo de Director, no solo desde el perfil sino también desde sus condiciones de experiencia, anexándose su tarjeta profesional y certificado del registro de matrícula expedido por el Consejo Profesional de Administración de Empresas, lo cual al tenor de lo dispuesto en la Ley 60 de 1981 y el decreto 2718 de 1984, son los requisitos mínimos para el ejercicio legal de la profesión de administrador de empresas, observando con ello las condiciones mínimas establecidas en el pliego de condiciones.

Por otra parte, es necesario reiterar que frente al caso relacionado con la Corporación Talentum (proponente en la licitación del proceso de licitación pública de 2016 ya mencionado) tan repetidamente evocado por el demandante, no es posible realizar una analogía con el caso que ocupa al presente proceso, pues como se manifiesta en el pronunciamiento a los hechos de la demanda, las decisiones, pronunciamientos o argumentos del comité evaluador que ejerció dicha potestad para un proceso de 2016, no es vinculante respecto de los evaluadores, ni mucho menos de la entidad, respecto del proceso que se adelantó en la vigencia 2018, el cual se encontraba conformado por profesionales distintos que analizaron circunstancias distintas y respecto a proponentes diferentes, entendiendo que como se evidencia en el documento de respuesta a las observaciones al informe de evaluación del proceso de licitación pública No. 411-0.32.007 del año 2016, los acontecimientos de tiempo, modo y lugar fueron diferentes a los aplicables para el caso que nos ocupa, entendiendo que en aquella oportunidad, la Corporación Talentum no cumplía con el criterio ponderable de calidad establecido en los pliegos, no solo porque omitió adjuntar en su propuesta el certificado de vigencia y antecedentes del profesional propuesto para el cargo de director de cuenta, sino que además, dicho profesional no cumplía con la experiencia mínima requerida en el pliego.

Por todo lo expuesto en el escenario planteado en la contestación de la demanda, las pretensiones del proponente no están llamadas a prosperar entendiendo que cuando la intención de la parte activa en un proceso de controversias contractuales en la cual se acumula la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, es la indemnización que se exige de la entidad contratante por no adjudicarle un proceso, se hace imperativo no solo demostrar que el procedimiento licitatorio infringió la normatividad vigente y por tanto es procedente su nulidad, sino que también es preciso demostrar que la oferta presentada era la mejor y por tanto merecía la adjudicación.

Respecto a lo descrito la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 19 de septiembre de 1994. Exp. 8071, expone lo siguiente:

"Con respecto al tema la Sala ha sostenido: "Cuando alguien demanda la nulidad del acto de adjudicación y pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere si quiere sacar avante sus pretensiones doble compromiso procesal. El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración. En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración."

Dicho lo anterior, la parte activa en la demanda, no logra demostrar ningún infracción de la normatividad aplicable al proceso de licitación pública que nos ocupa, ni la vulneración de ninguno de los principios de la función administrativa, pues como se ha señalado a lo largo del presente documento, la entidad actuó

justificando jurídica y jurisprudencialmente cada una de sus actuaciones. Así mismo, tampoco logra demostrar que su oferta fuese mejor que la presentada por mi poderdante, entendiendo que primando los criterios de fondo sobre la forma amparado por el amplio criterio de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la entidad opta por permitir la aclaración de la propuesta de mi poderdante y concederle los puntos requeridos para que las condiciones de desempate establecidas en la ley procedieran a determinar el ganador del proceso.

No obstante, aún se encuentra un obstáculo mucho más imponente en el camino a la satisfacción de las pretensiones de la demanda de la parte activa, y radica en la tercera propuesta que se evidencia en el proceso, presentada por la Unión Temporal CM-T&E, la cual también concurre al empate junto con la propuesta de ADD MEDIA CENTRAL DE MARCA SAS y la de Unión Temporal UM Visión 2018 (en la cual el demandante es uno de sus integrantes).

Respecto a esta propuesta, el demandante exige a su vez que sea rechazada, por cuanto la Unión Temporal CM-T&E anexa en su oferta un documento autentico expedido por autoridad competente (Ministerio de Salud) en el cual se certifica que el 10% de su nómina está compuesta por personal en situación de discapacidad; criterio que según la normatividad vigente resuelve el desempate favorablemente frente al proponente que no logre acreditar dicha condición.

La solicitud de rechazo, se fundamenta en que el 13 de abril de 2018 (antes de la audiencia de adjudicación) el Ministerio procede a expedir un nuevo documento en el cual se vislumbra que el proponente UT CM-T&E no cumpliría con dicha condición.

En este sentido y entendiendo que el error fue cometido por la propia inspectora del trabajo vinculada al Ministerio, situación que fue expuesta para investigación de la Procuraduría General de la Nación para la correspondiente investigación, y al no ser un error o inconsistencia del documento aportado por el proponente que a todas luces es auténtico, el comité evaluador resuelve no tener en cuenta dicho documento para que tenga validez respecto de los criterios de desempate, pero a su vez considera que no es pertinente el rechazo, entendiendo que la UT CM-T&E obro en la legítima confianza que otorga la presunción de los actos administrativos expedidos por autoridad competente.

Según lo esgrimido, el comité evaluador considera un empate respecto de las tres propuestas presentadas y al dar aplicación a los criterios de desempate del Decreto 1082 de 2015, adjudica la licitación a mi poderdante.

Del mismo modo, es interesante reflexionar que en el hipotético caso en el que los puntos no le hubiesen sido otorgados a ADD MEDIA CENTRAL DE MARCA SAS, el empate entre las propuestas presentadas por la UT CM-T&E y UT UM VISION 2018, hubiese sido resuelto por el procedimiento de balotas, escenario en el cual le es imposible al demandante alegar que la suerte de dicho procedimiento lo favorecería a él, siendo absurdo entonces demostrar que su oferta era la mejor.

Por las razones expuestas, las pretensiones plasmadas en la demanda no son procedentes y por tanto se solicita al señor Juez que sean negadas y que se condene al demandante en costas procesales a pagar a mi poderdante.

Lo anterior, se requiere entendiendo que ADD MEDIA SAS debió incurrir en costas judiciales frente a pretensiones infundadas, lo cual se hace más gravoso entendiendo que mi poderdante ni siquiera se encuentra legitimado en la causa por pasiva.

VI. EXCEPCIONES DE MERITO.

71
3/6

Sin perjuicio de la forma en que me referí a los hechos, declaraciones y pretensiones de la demanda, me permito formular ante usted, las siguientes excepciones de mérito:

1. FALTA DE OBJETO Y CAUSA

Toda pretensión debe tener una causa y un objeto, es claro que el demandante carece de objeto y causa, al pretender el pago de una indemnización que carece de material probatorio y que está amparada meramente en criterios subjetivos impulsados por su deseo de obtener un provecho económico frente a un proceso que le fue desfavorable y en el que le es prácticamente imposible demostrar que su oferta fue la mejor.

Así mismo, no hay lugar a que se pretenda la vinculación de mi poderdante en este proceso por la ausencia de razón y justificación legal alguna de los criterios discutidos.

2. INOMINADA

La fundo en todo hecho en virtud del cual las leyes civiles, comerciales o administrativas desconocen la existencia de una obligación o la declara extinguida si alguna vez existió.

VII. FUNDAMENTOS JURIDICOS.

Los previstos en el artículo 61 del 1564 de 2012, artículos 138, 141, 180 de la ley 1437 de 2011, artículo 21 de la ley 640 de 2001, los previstos en la demanda y demás normas concordantes.

VIII. ESTIMACIÓN RAZONADA DE LAS COSTAS

Considerando las pretensiones infundadas de la parte activa, solicito comedidamente al señor Juez, en primer lugar que se desvincule a la empresa ADD MEDIA SAS por no consolidarse mi poderdante en parte pasiva del proceso, no obstante y teniendo en cuenta los costos asumidos por la defensa en la contestación de la demanda, solicito al señor Juez condenar al señor Guillermo Eduardo Rafael Lombana Zapata a pagar las siguientes costas a favor de mi poderdante, con la debida indexación al momento de emitirse la sentencia:

Honorarios de abogada:

Dentro de los honorarios jurídicos se incluyen además de los gastos por asesoría, representación judicial y copias, los costos en los que incurrió la empresa ADD MEDIA S.A.S por la alimentación en las reuniones en las que se relataron y aclaraban los hechos pertinentes para contestar la demanda.

Asesoría y Representación judicial:

A título de honorarios jurídicos, la empresa ADD MEDIA SAS canceló un valor de CATORCE MILLONES DE PESOS MCTE (\$14.000.000) por los servicios de asesoría en los meses de octubre y noviembre de 2019 (para lo cual se anexan los soportes del pago de planillas de seguridad social), contestación de la demanda y actuación hasta la culminación del proceso, sin incluir apelación.

42
317

Alimentación:

Por la alimentación en las reuniones que se sostuvieron entre ADD MEDIAS SAS y la defensa del presente proceso, se incurrió en un total de \$423.000, de los cuales se adjuntan a la presente contestación los respectivos recibos que se incluyen como pruebas.

Asesoría y Representación judicial	\$14.000.000
Alimentación	\$423.000
	<hr/>
Total costas procesales:	14.423.000

En este orden de ideas, se solicita al señor Juez reconocer como costas del proceso a favor de mi poderdante y a cargo del demandante un valor total de \$14.423.000, valor que cuentan con los soportes aportados como anexos en la presente contestación, y que a su vez se proceda a la debida indexación al momento de emitirse el fallo.

IX. PRUEBAS

Documentales:

1. Poder otorgado por el señor Cristian Andrés Ochoa Goernitz.
2. Certificado de existencia y representación legal de la empresa ADD MEDIA SAS.
3. Cedula del representante legal de la empresa ADD MEDIA SAS.
4. Copia de las planillas integradas de los meses de octubre y noviembre de 2019 No. 8497918622 y 8498795698 de la apoderada del proceso.
5. Copia de la cuenta de cobro de fecha 4 de noviembre de 2019 por servicios jurídicos cobrados a ADD MEDIA SAS.
6. Copia de las facturas en las que constan los pagos por servicios de restaurantes.
7. Los que se anexan con la demanda.

X. SOLICITUD.

De acuerdo a los hechos probados y las excepciones propuestas solicito al señor juez lo siguiente:

1. Declarar probadas las excepciones previas propuestas y de acuerdo con el artículo 180 de la ley 1437 de 2011, que una vez surtido el traslado de la demanda o de la reconvenición el señor Juez en la audiencia inicial al momento de decidir las excepciones previas dé por terminado el proceso.
2. Condenar en costas a la demandante.
3. Desvincular a mi poderdante del proceso, considerando su falta de legitimación por pasiva.
4. Llamar como litisconsorte necesario por activa a la empresa MCCAN SERVICIOS DE MEDIOS LIMITADA integrante de la Unión Temporal U-M-VISION 2018.
5. Ordenar el archivo del expediente y cancelar su radicación.
6. Desestimar todas las pretensiones de la demanda.

XI. ANEXOS

1. Copia del certificado de existencia y representación legal de la empresa ADD MEDIA SAS.
2. Copia de la cedula del señor Cristian Ochoa Goernitz Representante legal de la empresa ADD MEDIA SAS.
3. Los documentos relacionados en las pruebas.

4. Copia de poder para actuar judicialmente.

XII NOTIFICACIONES:

La parte demandada en la dirección aportada en la demanda y la parte demandante también en la dirección aportada en la demanda.

La suscrita apoderada la recibirá por secretaria en su despacho profesional ubicado en la calle 12ª No. 106-90 apt 403 Torre 3 en la ciudad de Cali Colombia.

Del señor Juez con todo acatamiento,



MARIA FERNANDA BOTERO PORRAS
CC. 38.642.376 de Cali
Tp. 158690 del C.S.J