

San Juan de Pasto, 05 de octubre de 2022

JUZGADOS LABORALES DEL CIRCUITO DE PASTO - NARIÑO (Reparto)

E.

S.

D.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONANTE: UNIÓN TEMPORAL HINCCO ORITO
R.L. HUGO FRANCISCO HINESTROZA
MONTENEGRO.

ACCIONADO: E.S.E. HOSPITAL ORITO
REPRESENTANTE LEGAL O QUIEN HAGA SUS VECES

PAOLA MARCELA MORAN DEL VALLE, abogada titulada e inscrita con T. P. 286371 del C. S. de la J., e identificada con C. c. 1.085.265.626 de San Juan de Pasto (N), actuando en representación de **HUGO FRANCISCO HINESTROZA MONTENEGRO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.754.374 de Pasto, en calidad de representante legal de **UNIÓN TEMPORAL HINCCO ORITO**, participante y proponente dentro del proceso de convocatoria pública No. CP-001-2022, que tiene por objeto "CONSTRUCCIÓN DE LA ESE HOSPITAL ORITO, MUNICIPIO DE ORITO DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO", formuló ACCIÓN DE TUTELA como mecanismo transitorio, contra la E.S.E. HOSPITAL ORITO - REPRESENTANTE LEGAL O QUIEN HAGA SUS VECES, por haberse violado de manera flagrante los derechos fundamentales al debido proceso, el derecho a la igualdad, al trabajo, al ejercer profesión u oficio, a la buena fe, fe pública, con ocasión de la declaración de desierto del proceso contractual No. CP-001-2022.

Tutela que hago, su señoría por considerar que se vulneraron los derechos consagrados en la Constitución Política de Colombia, Artículos 2, 13, 26, 29, 53 y 83, así mismo se debe tener en cuenta que se está vulnerando los derechos establecidos en el bloque de constitucionalidad de los cuales hace parte el Estado Colombiano, tal es así que se está ante una clara vulneración de los derechos fundamentales incoados que se aplica en Colombia, tutela su señoría que hago con base en los siguientes:

HECHOS:

PRIMERO: La E.S.E Hospital Orito, por medio de la Resolución No. 585 de fecha 22 de agosto de 2022, ordena la apertura del proceso de convocatoria pública proceso No. CP-001-2022, mismo que se adelantó a través de la plataforma dispuesta para ello, la cual es SECOP II, su publicación en la misma y en la página web de la entidad tal y como dispone el reglamento interno de contratación de la entidad estatal de régimen especial (Manual de Contratación y Estatuto de Contratación).

SEGUNDO: Que el día 23 de agosto de 2022, tal y como lo dispone los términos de condiciones de la convocatoria pública CP-001.-2022, participó mi representado en la etapa pre contractual de visita de obra, misma que se desarrolló en las instalaciones de la ESE Hospital Orito, y de la cual se levantó las constancias del caso.

TERCERO: Que el día 30 de agosto de 2022, y estando dentro de los plazos establecidos en el cronograma del proceso No. CP-001-2022, que tiene por objeto "CONSTRUCCIÓN DE LA ESE HOSPITAL ORITO, MUNICIPIO DE ORITO DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO", se presentó por parte de mi representado senda propuesta, por cuanto la Unión Temporal cuenta con la capacidad técnica, administrativa, personal, financiera y organizacional suficiente.

CUARTO: Que uno de los tantos requisitos y documentos que hace parte del proceso de contratación referido, es el de Términos de condiciones de invitación pública, mismo que en su numeral 7 contempla el CAPÍTULO VII. GARANTÍAS, a su vez el numeral 7.1. determina la GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA, estableciendo como característica de esta última las siguientes.

Característica	Condición
Clase	Cualquiera de las clases permitidas por el artículo 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1082 de 2015, a saber: (i) contrato de seguro contenido en una póliza, (ii) patrimonio autónomo y (iii) garantía bancaria.
Asegurado/ beneficiario	E.S.E. HOSPITAL ORITO identificada con el NIT 846.000.474-7 DEPARTAMENTO PUTUMAYO identificada con el NIT 800.094.164-4 MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL identificada con el NIT: 900.474.727-4.
Amparos	La sanción derivada del incumplimiento del ofrecimiento en los eventos señalados en el artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015.
Vigencia	3 meses contados a partir de la fecha de cierre del Proceso de Contratación.
Valor asegurado	Diez por ciento (10%) del Presupuesto Oficial del Proceso de Contratación
Tomador	<ul style="list-style-type: none"> Para las personas jurídicas: la Garantía deberá tomarse con el nombre o razón social y tipo societario que figura en el certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de comercio respectiva, y no solo con su sigla, a no ser que en el referido documento se exprese que la sociedad podrá denominarse de esa manera. Para los Proponentes Plurales: la Garantía deberá ser otorgada por todos los integrantes del Proponente Plural, para lo cual se tendrá que relacionar claramente los integrantes, su identificación y porcentaje de participación.

QUINTO: Por parte de la Aseguradora NACIONAL DE SEGUROS se emite PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO SERIEDAD ESTATAL No. PÓLIZA 400043104, con fecha de expedición 29 de agosto de 2022. Misma que fue presentada con la propuesta de UNIÓN TEMPORAL HINCCO ORITO, al proceso de convocatoria pública CP-001-2022 que tiene por objeto CONSTRUCCIÓN DE LA ESE HOSPITAL ORITO, MUNICIPIO DE ORITO DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO.

SEXTO: Que el día 30 de agosto de 2022, de acuerdo al cronograma establecido en la convocatoria pública CP-001-2022, se efectuó el cierre de las propuestas, de la cual se suscribió Acta No.008, en la cual se consignó los siguientes datos:

1. Revisión de Ofertas presentadas.

El Dr. Diego García Cortes, extiende un cordial saludo a los presentes e informa que se de trámite a lo establecido conforme al cronograma de la Convocatoria Pública No. CP-001-2022, para lo cual manifiesta:

Siendo el día 29 de agosto del 2022, de acuerdo a la fecha preestablecida, se presentó una única oferta de acuerdo a lo determinado por la plataforma SECOP II, por medio de la cual se ha adelantado el proceso de convocatoria publica CP-001-2022, en este sentido siendo las 9:00 de la mañana del día consignado se procede a evidenciar la propuesta presentada dentro del proceso de referencia así.

Proceso : CONSTRUCCIÓN DE LA ESE HOSPITAL ORITO - CP-001-2022 (id: CO1.BDOS.3160214)

Contratación régimen especial (con ofertas)
CP-001-2022 **Cerrada la recepción de ofertas**
Valor estimado 19.164.528.574 COP | Clasificación de objetos: Obra
Unidad de contratación ESE HOSPITAL ORITO

PROVEEDORES
12
Competidores
1

Fecha de publicación: 29/08/2022
Presentación de ofertas: 29/08/2022
Apertura de Ofertas: 31/08/2022

LÍNEA DE TIEMPO

LISTA DE OFERTAS

Referencia de oferta	Entidad	Presentado	Oferta
CO1.RPL.2938507	Sin datos	29/08/2022 8:40 PM	

EVALUACIÓN ECONÓMICA
EVALUACIÓN
INFORMES PROCESO DE SELECCIÓN
CONTRATOS

OBSERVACIONES AL PLIEGO DE CONDICIONES

Abrir Panel Opciones

Comentar Cerrar

2. Propositiones y varios

No se discuten otras circunstancias.

Cabe resaltar que la oferta de la U.T. HINCCO ORITO, se radicó con referencia No. CO1 RPL2938507, siendo las 8:40 horas del 29 de agosto de 2022.

SEPTIMO: De acuerdo a lo establecido en el cronograma del proceso de convocatoria pública CP-001-2022, el día 31 de agosto de 2022, se suscribió Acta No. 010, cuyo tema era: "acta de apertura y evaluación preliminar de requisitos habilitantes y solicitud de subsanación a proponentes". En el cual, se estableció la siguiente información:

Acta No:	010	Tema:	APERTURA SOBRE REQUISITOS HABILITANTES Y EVALUACION DE LOS PONDERABLES DENTRO DEL PROCESO INVITACIÓN PUBLICA CONVOCATORIA PUBLICA No. CP-001-2022		
Fecha:	31/08/2022	Proceso:	Subdirección Administrativa y Financiera		
Hora Inicio:	9:00 AM	Hora Fin:	12:15 PM	Lugar:	Subd. Atva y Financiera

1. ANTES DE LA REUNIÓN

Objetivo (Para qué)	APERTURA SOBRE REQUISITOS HABILITANTES Y EVALUACION DE LOS PONDERABLES DENTRO DEL PROCESO INVITACIÓN PUBLICA CONVOCATORIA PUBLICA No. CP-001-2022		
Agenda (Temas)	<ol style="list-style-type: none"> 1. INFORME DE PRESENTACION DE OFERTAS 2. APERTURA SOBRE SECOP II. 3. VERIFICACION DE REQUISITOS HABILITANTES. 4. EVALUACIÓN FACTORES DE PONDERACIÓN PRESENTADOS EN EL SOBRE REQUISITOS HABILITANTES 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 		
Participantes			
Nombre	Proceso/Área	Nombre	Proceso/Área
DIEGO GARCIA CORTEZ	Subdirector Administrativo y Financiero	ESTEFANY CUCHALA	Técnico Administrativo Almacén
JOSE RAFAEL TIMANA	Asesor Jurídico		

2. SEGUIMIENTO COMPROMISOS ACTA ANTERIOR. (SI___ NO X)

Compromiso	Responsable	Cumplimiento (SI/NO)

3. DESARROLLO DE LA REUNIÓN

(Descripción de temas tratados en la reunión)

OFERENTE : REP. LEGAL: NIT- CC: DIRECCION: EMAIL: CIUDAD:	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 10px;"> <p style="font-size: small; color: orange;">Por favor revise el tratamiento de datos personales que usará a los documentos del proceso y el contrato recuerde que algunos pueden ser confidenciales.</p> <p style="font-size: x-small;">Lista de ofertas.</p> <p style="font-size: x-small;">Verán de la lista: 1</p> <table border="1" style="width: 100%; font-size: x-small;"> <thead> <tr> <th>Estado</th> <th>Estado</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Posición</td> <td>Fecha y hora de llegada</td> </tr> <tr> <td>1</td> <td>Talla de tiempo transcurrido</td> </tr> </tbody> </table> <div style="display: flex; justify-content: space-between; align-items: center;">  <div style="font-size: x-small;"> U.T. HINCCO ORITO COLOMBIA, Pasto Número de documento </div> </div> </div> <p> U.T. HINCCO ORITO HUGO FRANCISCO HINESTROZA MONTENEGRO 12.754.374 expedida en Pasto KM 3 VIA PASTO LA COCHA hugohinestroza@hotmail.com San Juan de pasto. </p>	Estado	Estado	Posición	Fecha y hora de llegada	1	Talla de tiempo transcurrido
Estado	Estado						
Posición	Fecha y hora de llegada						
1	Talla de tiempo transcurrido						

CAPACIDAD JURIDICA	HABIL
EXPERIENCIA	HABIL
CAPACIDAD FINANCIERA	HABIL
CAPACIDAD ORGANIZACIONAL	HABIL
CAPACIDAD RESIDUAL	HABIL

CONCLUSIÓN.- Téngase así las cosas que la propuesta presentada por el U.T. HINCCO ORITO, Representada Legalmente por HUGO FRANCISCO HINESTROZA MONTENEGRO, **HABIL** para continuar con el proceso de Convocatoria Pública de la Referencia.

Determinando claramente como **HÁBIL** la propuesta presentada por U.T. HINCCO ORITO.

OCTAVO: Dicha acta en la que está inmersa la evaluación preliminar de requisitos habilitantes y solicitud de subsanación a proponentes, fue conforme al cronograma establecido por la entidad E.S.E. Hospital Orito, puesta a disposición de los interesados en la plataforma SECOP II, a fin de contribuir con el principio de publicidad, dando como resultado la **NO PRESENTACIÓN DE OBSERVACIÓN ALGUNA**.

NOVENO: De acuerdo a lo establecido en el cronograma del proceso de convocatoria pública CP-001-2022, el día 02 de septiembre de 2022, se suscribió Acta No. 012, cuyo tema era: *"Informe de evaluación consolidado con resumen de requisitos habilitantes y ponderación de ofertas habilitadas"*. En la cual, se estableció la siguiente información: en primera medida, que no se presentaron observaciones al acta de apertura y evaluación preliminar de requisitos habilitantes y solicitud de subsanación a proponentes, llevada a cabo el día 31 de agosto de 2022, y siendo publicada en la plataforma SECOP II, determinando que **NO SE EVIDENCIO OBSERVACIÓN** respecto al documento antedicho.

En segundo lugar, la entidad procedió a realizar el informe consolidado de requisitos habilitantes del proponente U.T. HINCCO ORITO, generando como resultado la siguiente tabla:

3.8. PONDERACION FINAL DE LOS REQUISITOS HABILITANTES PONDERABLES

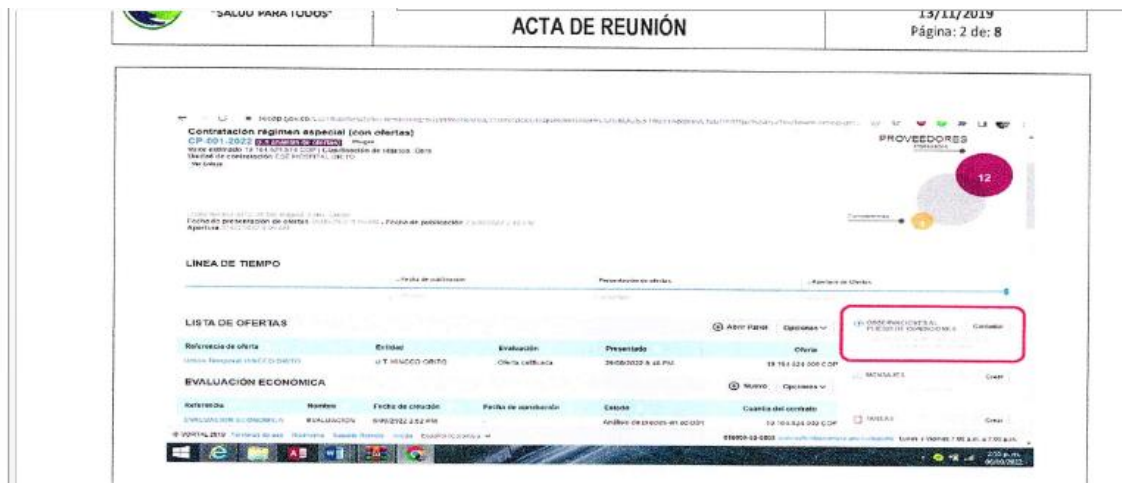
Concepto	Puntaje máximo
FACTOR DE CALIDAD – plan de calidad y maquinaria	15
FORMACIÓN ADICIONAL DE EQUIPO DE TRABAJO	40
EXPERIENCIA ADICIONAL DEL PROPONENTE	19
APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL	10
TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD	1
Total	85

Nota: Formato para diligenciar en digital, revisar antes de imprimir.

Que para efectos de publicidad y acorde a los documentos del proceso la entidad manifiesta que se efectuará su publicidad en la plataforma SECOP II, con el fin de que se pueda presentar cualquier tipo de observación respecto del documento, mismas que no

se presentaron por parte del comité evaluador o tercero interesado hasta la hora y fecha dispuestos para tal.

DECIMO: De acuerdo a lo establecido en el cronograma del proceso de convocatoria pública CP-001-2022, el día 06 de septiembre de 2022, se suscribió Acta No. 014, cuyo tema era: “*evaluación sobre 2 oferta económica y consolidada de evaluación definitiva* “ En la cual, se informó que hasta las 5 de la tarde del 05 de septiembre de 2022 de acuerdo a lo fijado en el cronograma, no se presentaron observaciones al Informe de evaluación consolidado con resumen de requisitos habilitantes y ponderación de ofertas habilitadas, por lo que procede a quedar en firme el documento mencionado,



Sin embargo, se informa por parte de la secretaria de Gerencia que al correo destinado para recibir mensajes referente al proceso de convocatoria pública CP-001-2022, acorde a lo manifestado en los documentos del mismo proceso, gerencia@esehospitalorito.gov.co, se radicó un mensaje sin identificación, a las 11:25 p.m. del 05 de septiembre de 2022, siendo esta hora no habilitada y encontrándose por fuera de los plazos contemplados en el cronograma dispuesto para desarrollar el proceso de contratación referenciado.

Pese a lo anterior, y no siendo obligación de la U.T HINCCO por cuanto los plazos ya se encontraban vencidos, la entidad E.S.E. Hospital Orito, requirió al oferente a fin de informar lo referente a la póliza de seriedad de oferta presentada, y en ejercicio al principio de transparencia se brindó la oportunidad de manifestarse y por ende dar respuesta al requerimiento informado, al cual se manifestó:

“De conformidad con el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, 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. Por esta disposición es posible subsanar todo defecto que no afecte la asignación de puntaje de un proceso de contratación hasta el traslado del informe de evaluación, salvo el proceso de mínima cuantía y el proceso de subasta inversa. Conforme a esto, esta Agencia ha

determinado que: «Los errores en el contenido de la póliza no afectan la comparación de las propuestas, porque las entidades no asignan puntaje a la póliza y, por lo tanto, la entidad les debe otorgar la facultad a los proponentes de subsanar cualquier error en el contenido de la póliza, y estos últimos deben subsanarlos hasta el traslado del informe de evaluación, so pena de rechazar la oferta».

Teniendo en cuenta que nosotros como proponentes adjuntamos una garantía de seriedad que cumple con los términos señalados en su cobertura y que el error al momento de emitir la póliza refiere a que sus beneficiarios solo se tomó al Departamento del Putumayo, este es objeto de corrección, aclarando que la causal de rechazo es la NO aportación de la garantía, mas no un error en su digitación, por lo cual haciendo caso a la observación presentada adjuntamos la póliza corregida en donde se realiza la aclaración de los beneficiarios. ”

Por parte del proponente se adjuntó el Anexo 0, que a tenor literal señala:

“ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS: E.S.E HOSPITAL ORITO NIT 846.000.474-7 Y/O DEPARTAMENTO PUTUMAYO NIT 800.094.164-4 Y/O MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL NIT 900.474.727-4. NOTA: EL CONTRATANTE ACEPTA CON EL RECIBO DE LA PÓLIZA QUE EL PAGO DEL SINIESTRO EN CASO DE RECLAMACIÓN SE REALIZARÁ ÚNICAMENTE AL DESTINATARIO FINAL DE LAS OBRAS SERVICIOS, DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL ART. 1077 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, DEBERÁ DEMOSTRAR LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO Y LA CUANTÍA DE LA PÉRDIDA RESPECTIVAMENTE.”

DÉCIMO PRIMERO: De acuerdo a lo expuesto, el comité en el Acta No. 014 de fecha 06 de septiembre de 2022, menciona que: “(…) que los documentos presentados son de recibo y por tratarse de documentos subsanables y los mismos no son necesarios para la comparación de las propuestas y en atención a la ley 1150 Artículo 5, no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos, y tal como se observa en el Numeral 1.14 de los términos de condiciones de la Convocatoria Pública no se encuentran como causales de rechazo referentes a meros requisitos formales o rechazar las ofertas por esta razón. En este sentido se tiene como HÁBIL al proponente U.T. HINCCO ORITO”
Subrayado propio

En consecuencia, procede a realizar el análisis de la oferta económica y se concluye recomendando a la E.S.E Hospital Orito, adjudicar el proceso de convocatoria pública CP-001-2022 a U.T. HINCCO ORITO.

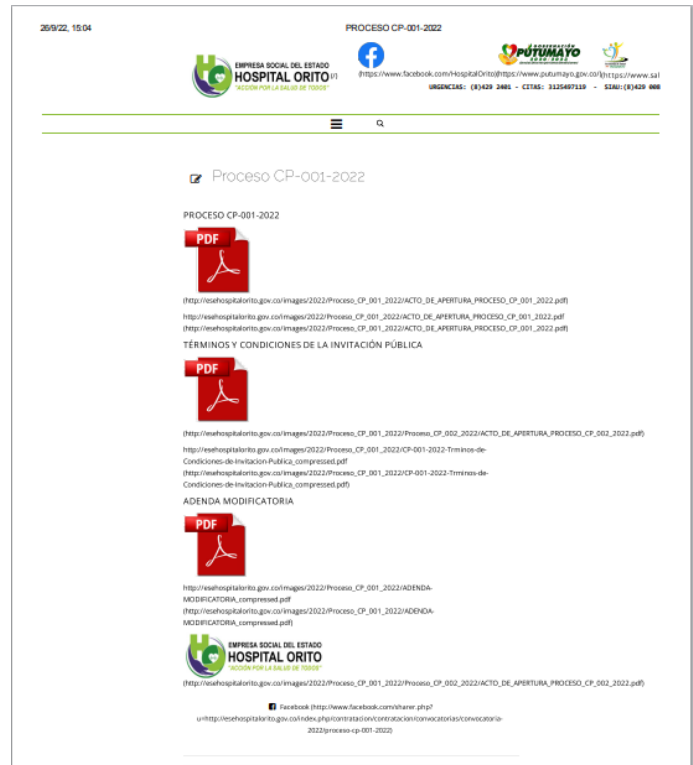
DÉCIMO SEGUNDO: Por sorpresa el mismo día, 06 de septiembre de 2022 siendo las 06:29 p.m., llegó una notificación al correo y una publicación mediante mensaje en la plataforma SECOP II, contentiva de un documento denominado “ACTA DE SUSPENSIÓN”, dentro de la cual se manifiesta que se había posesionado una nueva gerente la Señora

NELCY YANETH DULCE ORTEGA, en razón a la renuncia presentada por la anterior, argumentando que recae sobre la gerente la calidad de ordenador del gasto de la entidad, se ve en la necesidad de enterarse y verificar la actuaciones que se han adelantado en el proceso de convocatoria pública CP-001-2022, y por tanto procede a suspender el proceso, sin más justificaciones.

Actuación que es contraria a derecho y omite lo ordenado por el Acuerdo 007 de 2020 y la Resolución 1103 de 04 de diciembre de 2020, documentos que compilan el Estatuto y Manual de Contratación de la E.S.E. Hospital Orito, normas que son de obligatorio cumplimiento para el proceso contractual de referencia, que en sus artículos 37.4.3.y 38.4.3 respectivamente mencionan, *“se podrán introducir modificaciones mediante adendas, las que una vez firmadas por el Gerente, se publicarán en la página Web del HOSPITAL o cartelera.”* Negrillas y subrayados propios. Dicha actuación no suspendió el proceso y la línea de tiempo en el portal secop II, como más adelante se demostrará.

De otro lado, se tiene QUE NO EXISTE UN ACTO ADMINISTRATIVO de igual o mayor categoría que modifique la Resolución No. 585 de fecha 22 de agosto de 2022, mediante la cual se ordena la apertura del proceso de convocatoria pública proceso No. CP-001-2022. Dejando vigentes todos y cada uno de los plazos inicialmente fijados, por tanto, el documento de suspensión carece de legitimidad por cuánto no cumple con los requisitos formales de un acto administrativo como tal, máxime que el mismo no fue publicado en la página Web del Hospital o cartelera tal y cómo lo dispone su reglamentación interna vulnerando el príncipe de publicidad.

<http://esehospitalorito.gov.co/index.php/contratacion/contratacion/convocatorias/convocatoria-2022/proceso-cp-001-2022>



DÉCIMO TERCERO: Se resalta de otro lado que no existió en ningún momento interrupción o suspensión del proceso contractual por cuanto el proceso continuó vigente en plataforma SECOP II, conforme a su línea de tiempo dejando pasar las horas y días para el cumplimiento de las actividades precontractuales correspondientes, esto es, seguir con el cronograma dispuesto para el proceso de convocatoria pública CP-001-2022. Tal y como se evidencia en la siguiente imagen: (LINEA DEL TIEMPO PLATAFORMA SECOP II.-)


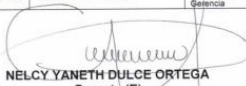
Scheduling

TimeZone:	(UTC-05:00) Bogotá, Lima, Quito
Presentación de Ofertas	27 días de tiempo transcurrido (30/08/2022 9:00:00(UTC-05:00) Bogotá, Lima, Quito)
Apertura de Ofertas	26 días de tiempo transcurrido (31/08/2022 9:00:00(UTC-05:00) Bogotá, Lima, Quito)
Firma del Contrato	16 días de tiempo transcurrido (09/09/2022 17:00:00(UTC-05:00) Bogotá, Lima, Quito)
Inicio de Ejecución del Contrato	16 días de tiempo transcurrido (09/09/2022 17:00:00(UTC-05:00) Bogotá, Lima, Quito)
Ejecución del Contrato	09/12/2023 17:00:00 ((UTC-05:00) Bogotá, Lima, Quito)
Fecha de Publicación del Procedimiento	23/08/2022 15:40:15 ((UTC-05:00) Bogotá, Lima, Quito)

Dejando a un lado lo establecido en el cronograma del proceso de selección y realizando las actuaciones precitadas de manera arbitraria y contrarias a los principios que rigen la

contratación estatal, que si bien la E.S.E. Hospital Orito, está constituida como una entidad que goza de régimen especial, no puede por ello desconocer los principios rectores de la actividad contractual (Resolución 5185 de 2013 MIN. SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL)

DÉCIMO CUARTO: Sin más, el día 12 de septiembre de 2022, la gerente encargada expide "ACTA DE REANUDACIÓN", respecto de la convocatoria pública N°001 de 2022, manifestando:

		
E.S.E. HOSPITAL ORITO NIT: 84600047-7 "ACCIÓN POR LA SALUD DE TODOS"		
12 de septiembre del 2022 – Orito – Putumayo		
ACTA DE REANUDACIÓN CONVOCATORIA PÚBLICA N°001 DE 2022		
Que el día 23 de agosto de 2022, se publicó por parte de la Empresa Social del Estado Hospital de Orito, la Convocatoria Pública N° CP-001-2022 con el fin de seleccionar al contratista encargado de ejecutar el contrato de obra pública para la CONSTRUCCIÓN DE LA ESE HOSPITAL ORITO, MUNICIPIO DE ORITO PUTUMAYO, por un valor estimado de DIECINUEVE MIL CIENTO SESENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTICUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$19.164.524.574)		
Que mediante Decreto 446 del 06 de septiembre de 2022, la Gobernadora encargada del Departamento del Putumayo, nombró a NELCY YANETH DULCE ORTEGA , identificada con cédula de ciudadanía N°120.217.539 de San Francisco – Putumayo, como Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Orito, teniendo en cuenta la renuncia realizada por la titular del cargo.		
Que la Gerente Encargada de la E.S.E. Hospital Orito, suspendió la convocatoria pública No. 001 de 2022, a través de acta de suspensión, con el objetivo de enterarse de todas las actuaciones realizadas dentro del proceso, para así garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia, economía, igualdad y publicidad.		
Que una vez revisadas todas las actuaciones del proceso de Convocatoria Pública N°CP-001-2022, y contando con los medios de conocimiento pertinentes, que permitirán la toma de decisiones en el proceso Precontractual con base en la normatividad aplicable al proceso, es menester reanudar el presente proceso.		
Que, en consideración de la presente reanudación, las dos últimas etapas del cronograma quedarán así:		
Resolución de Adjudicación.	12 de septiembre de 2022	ESE HOSPITAL ORITO, oficina Gerencia
Elaboración, firma y legalización del contrato	14 de septiembre de 2022	ESE HOSPITAL ORITO, oficina Gerencia
		
NELCY YANETH DULCE ORTEGA Gerente (E) E.S.E. Hospital Orito Decreto 446 del 06 de septiembre de 2022		

Replicó sobre la ACTA DE REANUDACIÓN, en el entendido que la misma vulnera flagrantemente el proceso contractual de la convocatoria pública CP-001-2022, por cuanto nuevamente es contraria a los mandatos internos de la entidad (Acuerdo 007 Y Resolución 1103 Del 2020), especialmente que las modificaciones al cronograma deben realizarse a través de ADENDAS, y respetando los principios de la contratación estatal. Así las cosas, dicha acta también es nula ya que no se constituyó bajo los mecanismos y tramites estatutarios, legales y constitucionales correspondientes. Así lo establece los artículos 37.4.3.y 38.4.3 del Acuerdo 007 y Resolución 1103 Del 2020 respectivamente, "se podrán introducir modificaciones mediante adendas, las que una vez firmadas por el Gerente, se publicarán en la página Web del HOSPITAL o cartelera."

Lo que guarda concordancia con el Decreto 1082 de 2015, que en su 2.2.1.1.2.2.1 señala cómo se pueden realizar modificaciones en los pliegos de condiciones, así:

"La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

La Entidad Estatal puede expedir Adendas para modificar el Cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato.

La Entidad Estatal debe publicar las Adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación."

Ahora bien, y teniendo presente que el acta de suspensión y la supuesta reanudación son nulas por cuanto son contrarias a la Constitución, Ley y reglamentos, la administración aunando más en su error, vicios en el procedimiento y un agravio injustificado a la U.T. HINCCO ORITO, vulnera los plazos fijados en el cronograma legalmente establecido saltando y finiquitando una etapa importante para el principio de publicidad, esto es, el día de traslado del informe sobre 2 oferta económica y consolidado evaluación definitiva, así las cosas dejan aún lado el día completo del 7 de septiembre de 2022.


Publicación de evaluación sobre 2 oferta económica y consolidado evaluación definitiva.	06 al 07 de septiembre 2022	SECOP II - http://www.colombiacompra.gov.co/sistemaelectronico-de-contratacion-publica
---	-----------------------------	---

De igual forma como el acta de suspensión el acta de reanudación no fue publicada en la página web de la entidad, conforme a pantallazo descrito en el hecho DÉCIMO SEGUNDO.

DÉCIMO QUINTO: El mismo día se expide la Resolución No.622, por medio de la cual se declara desierto el proceso de convocatoria pública CP-001-2022 que tiene por objeto la "Construcción De La Ese Hospital Orito, Municipio De Orito Departamento Del Putumayo", bajo la siguiente consideración:

"De la revisión detallada de la subsanación presentada, es claro que la póliza de seriedad de oferta presentada por la UNIÓN TEMPORAL HINCCO ORITO, no cumple a cabalidad con lo establecido en la Convocatoria Pública del presente proceso en cuanto a "Asegurado/beneficiario", en consideración de que, si bien es cierto, en principio la aseguradora señala como asegurados o beneficiarios con la póliza al Departamento del Putumayo, Ministerio de Salud y Protección Social y la E.S.E. Hospital Orito, la nota excluye de la condición de "Asegurado/beneficiario" al Departamento del Putumayo y al Ministerio de Salud y Protección Social, limitando su reconocimiento única y exclusivamente al destinatario final de las obras, es decir la E.S.E Hospital Orito. "negrillas y subrayados propios.

RESOLUCION 622 12 S... 6 / 8 92%

 **E.S.E. HOSPITAL ORITO**
NIT: 846000474-7
"ACCIÓN POR LA SALUD DE TODOS"

ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS: E.S.E. HOSPITAL ORITO NIT 846000474-7 Y/O DEPARTAMENTO PUTUMAYO NIT 800.094.164-4 Y/O MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL NIT 900.474.721-4
NOTA: EL CONTRATANTE ACEPTA CON EL RECIBO DE LA PÓLIZA QUE EL PAGO DEL SINISTRO EN CASO DE RECLAMACIÓN SE REALIZARÁ ÚNICAMENTE AL DESTINATARIO FINAL DE LAS OBRAS SERVICIOS, CUYO NOMBRE FIGURA COMO ASEGURADO EN LA PÓLIZA, EL CUAL DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL ART. 1077 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, DEBERÁ DEMOSTRAR LA OCURRENCIA DEL SINISTRO Y LA CANTIDAD DE LA PERDIDA RESPECTIVAMENTE.

NOTA: EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.6. DEL DECRETO 1082 DE 2015, LA GARANTÍA DE LOS RIESGOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OFERTA, LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA CUBRE LA SANCIÓN DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OFERTA, EN LOS SIGUIENTES EVENTOS:

1. LA NO AMPLIACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA CUANDO EL PLAZO PARA LA ADJUDICACIÓN O PARA SUSCRIBIR EL CONTRATO ES PRORROGADO, SIEMPRE QUE TAL PRÓRROGA SEA INFERIOR A TRES (3) MESES.
2. EL RETIRO DE LA OFERTA DESPUÉS DE VENIDO EL PLAZO FIJADO PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS OFERTAS.
3. LA NO SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA POR PARTE DEL ADJUDICATARIO.
4. LA FALTA DE OTORGAMIENTO POR PARTE DEL PROPONENTE SELECCIONADO DE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

***** FIN PÓLIZA *****

De la revisión detallada de la subsanación presentada, es claro que la POLIZA DE SERIEDAD DE LA OFERTA presentada por la UNION TEMPORAL HINCCO ORITO no cumple a cabalidad con lo establecido en la Convocatoria Pública del presente proceso en cuanto a "Asegurado/beneficiario", en consideración de que, si bien es cierto, en principio la aseguradora señala como asegurados y beneficiarios con la póliza al Departamento del Putumayo, Ministerio de Salud y Protección Social y la E.S.E. Hospital Orto, la nota excluye de la condición de "Asegurado/beneficiario" al Departamento del Putumayo y al Ministerio de Salud y Protección Social, limitando su reclamación única y exclusivamente al destinatario final de las obras, es decir la E.S.E. Hospital Orto.

Lo anterior claramente limita la cobertura de la POLIZA DE SERIEDAD DE LA OFERTA en relación con la Convocatoria Pública CP-001-2022 y condiciona la misma, lo que indudablemente genera un riesgo para la entidad y desconoce de manera clara los requisitos establecidos en cuanto a dicha póliza en los términos de condiciones.

Además, del estudio del proceso de evaluación, se puede observar claramente que el comité evaluador en ninguno de sus informes realiza observaciones referentes a la póliza

Dicha condición de declarar la propuesta como no hábil se da por la manifestación clara y expresa de la Resolución No. 622 del 12 de septiembre de 2022, en la que refiere como causales de rechazo, de acuerdo a los términos de condiciones de invitación pública:

"1.14 CAUSALES DE RECHAZO

Son causales de rechazo de las propuestas las siguientes:

(...)

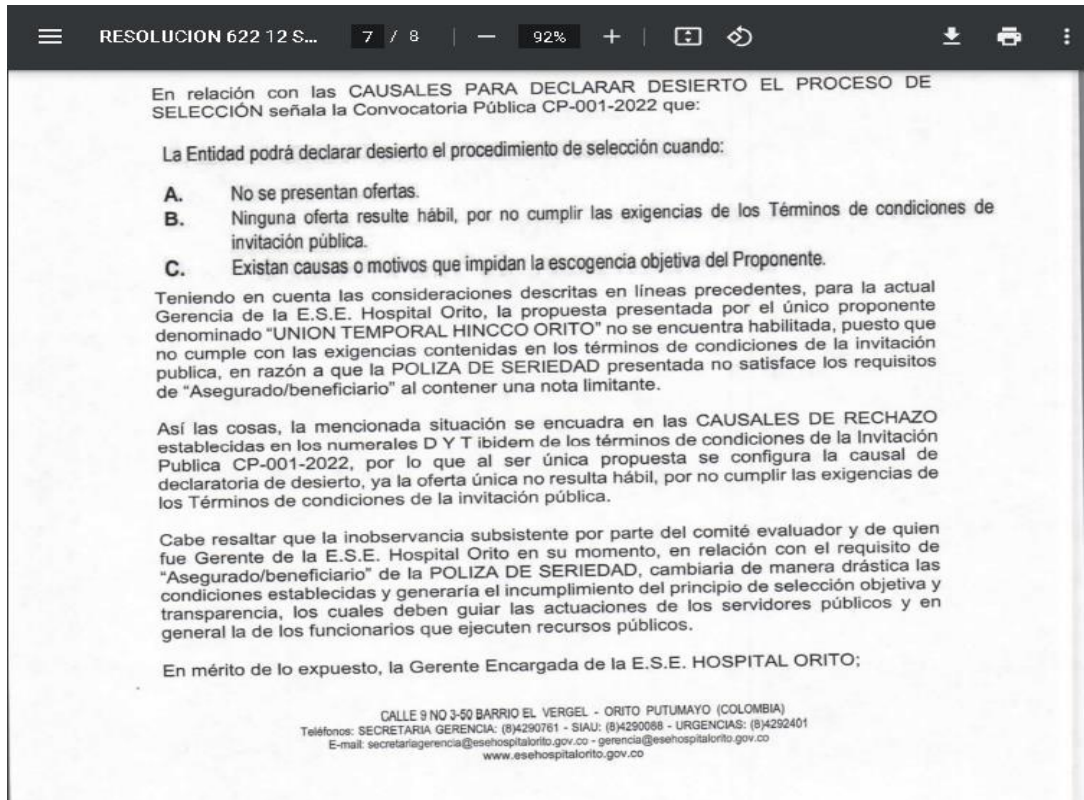
D. Que el proponente no aclare, subsane o aporte documentos necesarios para cumplir un requisito habilitante o aportándolos no lo haga de forma correcta, en los términos establecidos en la sección 1.16.

(...)

T. Cuando se presente la propuesta condicionada para la adjudicación del Contrato.

(...)” negrillas y subrayado propio

Principalmente frente a lo aducido en el numeral 5 de este escrito y que es una transcripción de la citada resolución 622 ibidem.



Acto administrativo objeto del presente recurso que no es de recibo en el entendido que el mismo surge de una serie de irregularidades administrativas contrarias a la Constitución, La Ley y el reglamento interno de la entidad en materia de contratación. De otro lado, se tiene que dicho acto administrativo deja por fuera las consideraciones expuestas por el Comité Evaluador, apartándose por completo de la recomendación realizada de adjudicar el proceso contractual al único oferente hábil, en este caso U.T. HINCCO ORITO.

La Resolución advierte el incumplimiento de un requisito habilitante como es la póliza de seriedad de oferta, no frente a la existencia o aporte como tal de la misma como parte de la propuesta sino respecto a los asegurados/beneficiarios y una presunta exclusión de algunos de ellos.

Dable es, manifestar que mi representado estuvo atento a las observaciones de los informes de evaluación suministradas dentro del plazo y hora legalmente fijados, e iteramos que frente a ellos NO EXISTIO OBSERVACIÓN ALGUNA, ahora bien, se entregaron los documentos correspondientes (anexo 0) sin que al mismo se haya OBSERVADO, por el Comité Evaluador o el organismo competente, así las cosas, de existir novedad o inconformidad frente al documento debió haberse advertido en su momento, todos y cada una de las presuntas falencias del documento entregado y permitir dentro de los plazos establecidos el corregir o subsanar, situación está que no se permitió por la administración, vulnerando el debido proceso administrativo y el derecho de defensa y

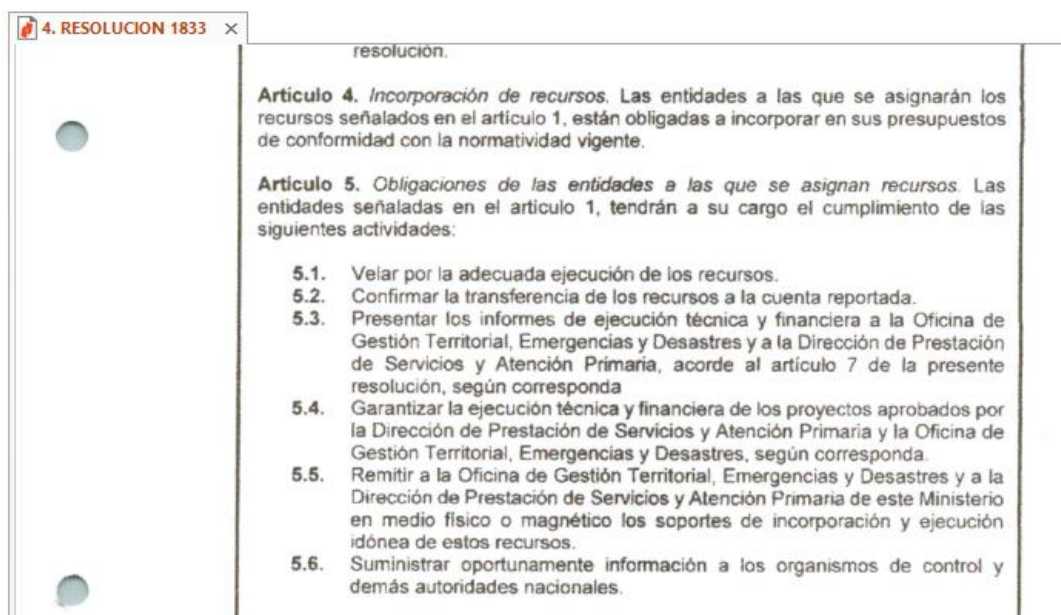
contradicción y por ende los demás derechos fundamentales invocados, el trabajo, buena fe, igualdad, el derecho de ejercer profesión u oficio.

DÉCIMO SEXTO: Otro hecho que sustenta la inconformidad frente al actuar inconstitucional de la accionada ESE HOSPITAL ORITO, a través de su representante legal y asesores, se da dentro de la Resolución No.622 del 12 de septiembre de 2022, cuando bajo su propio reconocimiento acepta de donde provienen las fuentes de recursos y su ejecutor, es decir, uno de los aportantes es el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL mediante la Resolución número 1833 del 12 de noviembre de 2021, asigna recursos del presupuesto de gastos de funcionamiento del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL para la cofinanciación de 09 proyectos de infraestructura en salud, así:

4. RESOLUCION 1833					
7	Cundinamarca		Secretaria de Salud de Cundinamarca	25 TAB	3.150.000.000
8	Huila	La Plata	Ese Hospital San Antonio de Padua	1 TAB	150.000.000
9	Nariño	Pasto	Instituto Departamental de Salud de Nariño	11 TAB, 1 TAM, 1 TAB fluvial	2.000.000.000
10	Tolima	Coyaima	Hospital San Roque ESE	1 TAB	113.000.000
11	Valle del Cauca	Cali	Red de Salud del Centro ESE	2 TAB 1 TAM	500.000.000
12	Valle del Cauca	Riofrío	ESE Hospital Kennedy de Riofrío	1 TAB	150.000.000

GRUPO No. 2 INFRAESTRUCTURA EN SALUD					
No.	Departamento	Municipio	Entidad ejecutora	Nombre del proyecto	Propuesta de asignación del MSPS (En pesos)
13	Antioquia	Apartadó	municipio de Apartadó	construcción del Complejo Hospitalario Antonio Roldán Betancur del Municipio de Apartadó	50.000.000.000
14	Arauca	Arauca	ESE Hospital San Vicente de Arauca	construcción y terminación de la infraestructura física de la nueva torre de la ESE Hospital San Vicente de Arauca	10.000.000.000
15	Boyacá	Puerto Boyacá	ESE Hospital José Cayetano Vásquez	ampliación de infraestructura hospitalaria	15.830.851.782
16	Córdoba	Tierralta	ESE Hospital San José de Tierralta	construcción del Nuevo Hospital San José de Tierralta Córdoba	3.294.853.999
17	Norte de Santander	Villa del Rosario	ESE Hospital Local Jorge Cristo Sahium Villa del Rosario	construcción del Nuevo Hospital Local de la ESE Jorge Cristo Sahium de Villa del Rosario	21.451.360.842
18	Putumayo	Orito	Ese Hospital Orito	construcción de La ESE Hospital Orito, Municipio de Orito Departamento del Putumayo	10.000.000.000
19	Santander	Bucaramanga	Empresa Social del Estado Hospital Universitario de Santander	construcción de torres metálicas para instalación de sistema de aire acondicionado, y ventilación mecánica para la ESE. Hospital Universitario de Santander HUS Bucaramanga	30.000.000.000
20	Valle del Cauca	Cali	Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" ESE	construcción de la unidad funcional oncológica del Hospital Universitario del Valle Evaristo García	39.637.000.000
21	Vichada	Puerto Carreño	Ese Hospital Departamental San Juan de Dios	reposición de la infraestructura de la E.S.E. Hospital Departamental San Juan de Dios	22.703.213.889

Y menciona en el artículo 5 de la citada Resolución:



Con lo anterior se tiene que la entidad ejecutora por designación del Ministerio de Salud y Protección social para este proceso contractual es E.S.E. HOSPITAL ORITO, la que se encarga de adelantar el proceso precontractual, contractual y postcontractual del mencionado proyecto constructivo y garantizar la ejecución técnica y financiera del proyecto.

De la misma manera el Departamento del Putumayo, mediante Decreto No. 225 de 2022, prioriza, aprueba y DESIGNA COMO ENTIDAD EJECUTORA E INSTANCIA ENCARGADA DE CONTRATAR el proyecto a la E.S.E. HOSPITAL ORITO.

DÉCIMO SÉPTIMO: Ahora bien, el acto administrativo por medio del cual se declara desierto el proceso, no tiene plena validez, ni eficacia, ni legalidad alguna, en el entendido que la discusión recae sobre la póliza de seriedad de oferta y la nota que hace parte de la misma, por cuanto la argumentación expresada en la parte motiva del acto administrativo mentado, expresa que el documento presentado por LA U.T HINCCO ORTIO, NO CUMPLE por la presunta nota excluyente, esto es, que garantizan conforme al artículo 1077 del Código De Comercio, únicamente a la E.S.E HOSPITAL ORITO, en su condición de entidad ejecutora de los recursos y en la que recae el trámite precontractual y contractual.

Pertinente en este momento, resaltar como se ha manifestado y debe ser de conocimiento de la actual gerente encargada, que los recursos que se han destinado tanto para el desarrollo de la obra de construcción como el de su respectiva interventoría, por parte del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y EL DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO, y se le asigna a la E.S.E. Hospital Orito la función de entidad encargada de ejecutar y adelantar los procesos contractuales respectivos, pues es la entidad beneficiaria de tales dinero, así lo detalla la Resolución 1 183 de 2021 del Minsalud y Protección Social y Decreto No. 225 de 2022

Así las cosas, al ser la entidad ejecutora, la garantía de póliza de seriedad de oferta, claro está que sería la correspondiente y legalmente establecida para el proceso contractual, no obstante, si el Hospital pretendió que la misma se modifique, aclare o subsane, debió realizar la correspondiente solicitud conforme a los términos de condiciones de la invitación pública, esto es dentro del plazo establecido para realizar las correspondientes observaciones, es el siguiente:

Hasta el 1 de septiembre de 2022, hora: 5:00 p.m. para subsanar requisitos habilitantes (informe preliminar).

Hasta el 5 de septiembre de 2022, hora: 5:00 p.m. traslado informe de evaluación consolidado requisitos habilitantes.

Hasta el 7 de septiembre de 2022, hora: 5:00 p.m. publicación y evaluación sobre 2 oferta económica y consolidada evaluación definitiva. (ESTE ÚLTIMO quebrantado con el ACTA DE REANUDACIÓN, puesto que se saltaron esta fase precontractual, REANUDANDO DESDE EL DIA DE ADJUDICACIÓN Y CELEBRACIÓN DEL CONTRATO) vulnerando derechos fundamentales de mi patrocinado.

DÉCIMO OCTAVO: La E.S.E. Hospital Orito, está vulnerando el derecho de defensa y contradicción, por cuanto la entidad debió advertir o informar dentro de los términos establecidos en el cronograma las presuntas falencias de forma detallada y concreta en el requisito no ponderable "garantía de seriedad de oferta", determinando claramente en esa oportunidad o trasladando la observación y/o la posible subsanación dentro de los plazos legal y estatutariamente establecidos conforme a términos de condiciones de invitación pública del proceso de selección ya determinados. Esto ya que, en reuniones de comité evaluador pasadas, ya se habían realizado los informes respectivos mismos que en su momento se publicaron en la plataforma SECOP II a fin de cumplir con el principio de publicidad, respecto a los cuales como en párrafos anteriores se estableció no se presentaron observaciones quedando en firme cada evaluación realizada, cumpliendo así con los principios rectores que rigen la contratación estatal.

DÉCIMO NOVENO: En el presunto plazo de suspensión y análisis que realiza la gerente encargada, debió correrse traslado de las observaciones o presuntas falencias a mi representado U.T. HINCCO ORITO, con el propósito de que se realicen las subsanaciones, y presentar los documentos en aras de garantizar el debido proceso y derecho de defensa que le asistía a mi representado y no realizar de facto un acto administrativo declarando desierto el proceso, vulnerando además de los derechos fundamentales, los principios de función pública, los de contratación estatal y los términos de condiciones de invitación pública del proceso ampliamente referido.

VIGÉSIMO: Resaltar que el acto administrativo por el cual declara desierto el proceso, es contrario a los términos de condiciones de invitación pública del proceso de convocatoria pública CP-001-2022, ya que en el capítulo 7 correspondiente a garantías, en lo concerniente a la garantía de seriedad de oferta, señala:

“Cualquier error o imprecisión en el texto de la *Garantía presentada* será susceptible de aclaración por el Proponente hasta el término de traslado del informe de evaluación. Sin embargo, la no entrega de la *Garantía* no es subsanable y se rechazará la oferta.” “negritas y subrayados propios.



E.S.E. HOSPITAL ORITO
NIT: 84600474-7
“ACCIÓN POR LA SALUD DE TODOS”

7 CAPITULO VII. GARANTÍAS

7.1 GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA

El Proponente debe presentar con la propuesta una Garantía de seriedad de la oferta que cumpla con los parámetros, condiciones y requisitos que se indican en este numeral.

Cualquier error o imprecisión en el texto de la Garantía presentada será susceptible de aclaración por el Proponente hasta el término de traslado del informe de evaluación. Sin embargo, la no entrega de la Garantía no es subsanable y se rechazará la oferta.

Las características de las Garantías son las siguientes:

Característica	Condición
Clase	Cualquiera de las clases permitidas por el artículo 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1082 de 2015, a saber: (i) contrato de seguro contenido en una póliza, (ii) patrimonio autónomo y (iii) garantía bancaria.
Asegurado/ beneficiario	E.S.E. HOSPITAL ORITO identificada con el NIT 846.000.474-7 DEPARTAMENTO PUTUMAYO identificada con el NIT 800.094.164-4 MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL identificada con el NIT: 900.474.727-4
Amparos	La sanción derivada del incumplimiento del ofrecimiento en los eventos señalados en el artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015.
Vigencia	3 meses contados a partir de la fecha de cierre del Proceso de Contratación.
Valor asegurado	Diez por ciento (10 %) del Presupuesto Oficial del Proceso de Contratación
Tomador	<ul style="list-style-type: none"> Para las personas jurídicas: la Garantía deberá tomarse con el nombre o razón social y tipo societario que figura en el certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de comercio respectiva, y no solo con su sigla, a no ser que en el referido documento se exprese que la sociedad podrá denominarse de esa manera. Para los Proponentes Plurales: la Garantía deberá ser otorgada por todos los integrantes del Proponente Plural, para lo cual se tendrá que relacionar claramente los integrantes, su identificación y porcentaje de participación.

Si en desarrollo del Proceso de Contratación se modifica el Cronograma, el Proponente deberá ampliar la vigencia de la Garantía de seriedad de la oferta hasta tanto no se hayan perfeccionado y cumplido los requisitos de ejecución del respectivo contrato.

63

CALLE 9 NO 3-50 BARRIO EL VERDEL - ORITO PUTUMAYO (COLOMBIA)
Teléfono: SECRETARÍA GERENCIA: (54236761 - 3141) (54230095 - URGENCIAS: (54232421)
E-mail: secretaria@esehospitalrito.gov.co - gerencia@esehospitalrito.gov.co
www.esehospitalrito.gov.co

Así las cosas, para que se pueda generar el rechazo por parte de E.S.E. Hospital Orito en el proceso de convocatoria pública CP-001-2022 aduciendo como causal la póliza de garantía de oferta solo podía hacerse en el entendido de que no se hubiera presentado tal como establece en los documentos del proceso.

De otro lado todas las subsanaciones o aclaraciones se podían hacer en su momento, y conforme a los tiempos descritos en el cronograma del proceso de contratación CP-001-2022, incluso si se hubiera observado por parte de la Gerencia en regular forma y correr traslado de la misma pudo efectuarse Hasta El Término De Traslado Del Informe De Evaluación, mismo que fue cortado dentro del acta de suspensión y posterior reanudación del proceso contractual, como ya se ha venido explicando.

VIGÉSIMO PRIMERO: El día 26 de septiembre de 2022, se radicó Recurso de Reposición en contra de la Resolución No.622 del 12 de septiembre de 2022, estando dentro de los términos legales para tal fin. En cuyo documento se evidenció los motivos de disconformidad con el acto administrativo expedido por la Gerente encargada, precisando que la Póliza de seriedad de Oferta se aportó en el momento determinado para ello de

acuerdo a cronograma que adoptó la E.S.E., así mismo que la forma como suspendieron y reanudaron el proceso contractual de marras, se encuentra por fuera de la formalidad determinada para la expedición de los actos administrativos en materia de contratación estatal. Se evidenció la vulneración indudable del debido proceso y el derecho de defensa y contradicción que negó la entidad al oferente habilitado, al no permitir subsanar si era el caso un documento que, de acuerdo a la ruta establecida para adelantar el proceso, siendo esta los términos de condiciones de invitación pública, no era causal de rechazo la póliza de seriedad de oferta misma que podría ser subsanada hasta el traslado del informe de evaluación. Pero que a todas luces se evidencia el afán de dar de baja el proceso contractual sin mediar el principio rector debido proceso o motivación que lo apruebe.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Para el día 28 de septiembre de 2022, LA E.S.E HOSPITAL ORITO, procede a contestar el recurso interpuesto mediante Resolución No. 656, resolviendo no reponer la Resolución No. 622 del 12 de septiembre de 2022 y en consecuencia confirmar en todas sus partes la Declaratoria Desierta de la convocatoria pública CP-001-2022.

VIGÉSIMO TERCERO: Precisar que la Resolución No. 656, genera ambigüedad en sus consideraciones y vulnera los derechos fundamentales de mi representado, de acuerdo a las siguientes manifestaciones:

En primera medida en las primeras páginas de su contenido en lo que respecta a las consideraciones manifiesta de manera fehaciente sin lugar a otra interpretación que el proceso contractual en discusión se realizó de acuerdo a lo establecido por el Manual de contratación de la E.S.E. HOSPITAL ORITO, sin embargo, en páginas posteriores manifiesta todo lo contrario y se dirige a lo estipulado por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, el Decreto 1082 de 2015. Avizorando total desconocimiento de cómo se debe adelantar y las reglas establecidos para el respectivo desarrollo de procesos contractuales de régimen especial, para mayor claridad el Ministerio De Salud y Protección Social a través de la Resolución No. 5185 de 2013, señala:

Artículo 1. Objeto. Mediante la presente resolución se fijan los lineamientos generales para que las Empresas Sociales del Estado adopten sus respectivos estatutos de contratación, conforme al artículo 76 de la Ley 1438 de 2011. El estatuto regirá la actividad de la Empresa Social del Estado en el sistema de compras y contratación.

Situación que genera un vacío frente a qué norma entonces para la actual ordenadora del gasto de la entidad contratante pretende hacer valer dentro del proceso.

En segundo lugar, de acuerdo al Manual de contratación adoptado mediante Resolución No. 1103 de 2020, en su capítulo II se establecen los principios rectores de la contratación, en el artículo 19 señala los siguientes:

- 1.** *Principio del Debido Proceso: Las actuaciones contractuales de la Empresa Social del Estado se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.*

2. *Principio de Igualdad.*
3. *Principio de Imparcialidad.*
4. *Principio de buena fe*
5. *Principio de moralidad.*
6. *Principio de participación (...)*
7. *Principio de publicidad: La E.S.E dará a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, las actuaciones en el proceso de contratación, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información. (...)*

Así las cosas, respecto a los actos administrativos expedidos desde el día 06 de septiembre de 2022, con el acta de suspensión de la convocatoria pública CP-001-2022, es notable para esta representación que tales documentos carecen de forma y fondo respecto a su expedición y más aún no se encuentran debidamente notificados, comunicados y publicados de acuerdo a la naturaleza del mismo, esto es utilizando realizando las correspondientes publicaciones en las plataformas electrónicas, SECOP y página web de la entidad, tal y como define el MANUAL DE CONTRATACIÓN.

En tercer lugar el acto administrativo que resuelve el recurso, sostiene una clara y fehaciente vulneración de derechos fundamentales y de los principios antes anotados, puesto que como se ha venido iterando existen unos plazos, condiciones y demás disposiciones en los términos de condiciones de la invitación pública que no se han respetado ni lo más mínimo, convirtiéndose en actos administrativos arbitrarios e ilegales, mismos que están ocasionando perjuicio irremediable al actor, situaciones estas que afectarían el patrimonio público del estado hoy representado y apropiado por la ESE Hospital Orito, y que se verán afectados por todos y cada uno de los actos administrativos (resolución declara desierto – y que resuelve el recurso) y los simples documentos emanados sin el contexto legal (acta de suspensión y reanudación) que se encuentran por debajo de lo contenido en el acto administrativo de apertura y los presupuestos de régimen especial (manual de contratación y estatuto de contratación).

En cuarto lugar, todas y cada una de las consideraciones del despacho al resolver el recurso no son de recibo, máxime cuando las mismas no dan cuenta a todos y cada uno de los hechos narrados y que son motivo de disconformidad del acto recurrido y hoy objeto de la presente acción de tutela, téngase que:

En lo relacionado a la póliza de seriedad de oferta, se sustenta que no es de recibo la garantía presentada por cuanto mantiene una excluyente, no obstante a nuestra consideración la póliza de seriedad es un requisito habilitante subsanable y que de haberse presentado observación frente a la misma en los plazos y tiempos fijados por la entidad se podría subsanar en cualquier medida, así las cosas, se presenta inicialmente garantía con unos beneficiarios/asegurados en la totalidad que solicitan los pliegos, no obstante en la resolución de desierto, se presentan otras observaciones diferentes, mismas que debieron darse traslado en los términos previstos en la invitación pública y no de ipso facto entrar a terminar abruptamente el proceso precontractual y contractual, cuyo objeto

es cumplir uno de los fines del estado (sector salud). Esto contribuye a la vulneración al debido proceso.

En cuanto a la carencia de legitimidad de los actos de suspensión y reanudación, claro es que el procedimiento establecido en el manual y estatuto de contratación (RÉGIMEN ESPECIAL) son ley para las partes y su apego debe respetarse y no apartarse, discutible la adopción y expedición de los actos administrativos irregulares y la forma en que se realizan, por cuanto el deber ser es otro y se encuentra plenamente reglado, en los términos de condiciones y en su reglamentación propia.

En cuanto la vulneración del principio de publicidad, es flagrante su vulneración, en el entendido que es uno de los tantos que se encuentran regulados en los manuales de contratación de las empresas sociales del estado, y su aplicación es de obligatorio cumplimiento, máxime por cuanto nos encontramos frente a una CONVOCATORIA PÚBLICA, donde se encuentran convocadas todas la personas interesadas, es decir son decisiones que no únicamente afectan a un sujeto de derechos y deberes, sino a un conglomerado que debe enterarse del que está sucediendo frente al proceso contractual. No obstante, la indebida publicación afecta los principios legales de transparencia y publicidad de las entidades públicas.

En lo referente al tema de realizar las actuaciones como adendas, no es un invento de mi representado y actor de la presente acción, en cuanto existen reglas dentro del proceso que se deben entrar a cumplir, sin dejar por fuera su actuar, esto es, realizar ADENDAS, que son las llamadas a introducir en el proceso, lo anterior conforme al estatuto interno artículos 37.4.3.y 38.4.3 del Acuerdo 007 y Resolución 1103 Del 2020 respectivamente, *“se podrán introducir modificaciones mediante adendas, las que una vez firmadas por el Gerente, se publicarán en la página Web del HOSPITAL o cartelera.”*

Lo que guarda concordancia con el Decreto 1082 de 2015, que en su 2.2.1.1.2.2.1 señala cómo se pueden realizar modificaciones en los pliegos de condiciones, así:

“(…) La Entidad Estatal puede expedir Adendas para modificar el Cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato (…).”

PRETENSIONES POR VÍA DE TUTELA

Con base en los hechos y antecedentes expuestos, solicito que se acceda a las siguientes peticiones:

PRIMERO: Tutelar los derechos que constitucionalmente se consideran fundamentales al debido proceso, el derecho a la igualdad, al trabajo, al ejercer profesión u oficio, a la buena fe, fe pública Y LOS CONTEMPLADOS EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD vulnerados por el ACTA DE SUSPENSION de fecha 6 de septiembre de 2022, el Acta de Reanudación de fecha 12 de septiembre de 2022, el acto de declaratoria de desierto del proceso contractual CP-001-2022 según la Resolución No.622 del 12 de septiembre de

2022, expedida por la Gerente encargada y la Resolución No. 656 del 28 de septiembre de 2022 por medio de la cual no repone la resolución anterior y por lo tanto mantiene la declaratoria desierta del proceso contractual, siendo esta la última actuación de la entidad

SEGUNDO: Teniendo en cuenta lo anterior, ORDENAR DEJAR SIN EFECTOS el acto administrativo Resolución No.622 del 12 de septiembre de 2022 que declaró desierto el proceso contractual CP-001-2022. y por ende la Resolución No. 656 que no repone el recurso de reposición interpuesto y ORDENAR proceder a realizar la ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO, en atención a que se ha cumplido con todas y cada una de las etapas del proceso de contratación garantizando así el efectivo cumplimiento de los derechos constitucionales en especial el trabajo y el derecho a ejercer profesión u oficio, SIENDO EL ÚNICO OFERENTE QUE ESTA HABILITADO PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

TERCERO: En aplicación del artículo 7º del Decreto No. 2591 de 1.991 que señala: Artículo 7º. "Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el Juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere...", solicito como medida cautelar se ORDENE con el auto admisorio de esta acción de tutela, a la ESE HOSPITAL ORITO, que de manera inmediata y como medida provisional, hasta que haya un pronunciamiento judicial en el trámite dispendioso de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que habrá de iniciarse por parte de la accionante, en atención a los agravios cometidos por los actos inconstitucionales, injustos e ilegales. LA SUSPENSIÓN solicitada recaerá sobre los efectos de los actos administrativos Resolución No.622 del 12 de septiembre de 2022 que declaró desierto el proceso contractual CP-001-2022 y la Resolución No. 656 del 28 de septiembre de 2022 por la cual se resuelve recurso.

De igual manera como SUSPENSIÓN provisional se ordene a la E.S.E HOSPITAL ORITO, abstenerse de adelantar otro proceso contractual que tenga por objeto la "CONSTRUCCIÓN DE LA ESE HOSPITAL ORITO, MUNICIPIO DE ORITO DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO" O SIMILAR hasta tanto se resuelva la presente demanda tutelar o se defina en jurisdicción ordinaria.

CUARTO: En consecuencia, solicito se ordene se compulse copias a la Fiscalía General de la Nación y Procuraduría de la Nación, en contra de todos los actores y partícipes en la emisión irregular de los actos administrativos por medios de los cuales se han vulnerado los derechos fundamentales, para efectos de que se investigue y adopten las medidas a que hubiere lugar por los posibles hechos punibles y disciplinables relacionada en el libelo de la presente acción.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La procedencia de la acción de tutela se circunscribe a la carencia de otro medio de defensa judicial efectivo para la defensa de los derechos fundamentales que se consideren vulnerados o amenazados. De su naturaleza se desprenden dos características: La subsidiaridad y la inmediatez. En virtud de la primera solamente es procedente la acción,

cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para su defensa, a menos que busque evitar un perjuicio irremediable, y la inmediatez tiene que ver con la aplicación urgente de medidas que tiendan a hacer efectivo, concreto y actual, el derecho objeto de la violación o amenaza.

Respecto de la procedencia de la acción de tutela contra actos la Honorable Corte Constitucional ha aceptado la procedencia excepcional contra este tipo de actos, bajo el entendido de que se tenga en cuenta que:

“Sin embargo, tanto en el caso de la acción de tutela contra actos administrativos, como en lo que respecta a solicitudes de reliquidación pensional, la regla general descrita también ha implicado excepciones que han autorizado la pertinencia de esta acción como mecanismo transitorio o principal según la situación, en especial frente a actuaciones administrativas que han involucrado para las personas afectadas, un perjuicio irremediable concreto. Ello ha ocurrido particularmente en aquellas oportunidades en las que la acción de tutela ha sido el medio oportuno de protección para evitar el perjuicio irremediable reseñado o ante la insuficiencia del medio ordinario de defensa, dada la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales objetivamente perturbados¹.

La procedencia de la acción constitucional en tales casos, en cuanto a su alcance frente a actos administrativos, ha sido avalada no sólo en consideración al artículo 86 de la Carta que así lo autoriza, sino también en atención a lo precisado por los artículos 6², 7³ y 8⁴ del Decreto 2591 de

¹ Ello se ha presentado, por ejemplo, en casos en que se produce una discriminación en concursos públicos y en el acceso a cargos de esta naturaleza, que compromete seriamente la confianza de los particulares en el Estado (art. 83 C.P.); el derecho de acceder en igualdad de condiciones (art. 13 y 40 CP), el debido proceso (art. 29 C.P.) y el derecho al trabajo (art. 25 C.P.). La cuestión a resolver, en estos casos, es constitucional. De otra parte, el mecanismo ordinario que podría ser utilizado, no es plenamente idóneo para resarcir los eventuales daños. En consecuencia, la tutela se concede como mecanismo principal para evitar la lesión de los derechos fundamentales involucrados. Sobre este particular pueden revisarse las sentencias T-100 de 1994; T-256 de 1995; T-325 de 1995; T-398 de 1995; T-455 de 1996 y T-083 de 1997 y SU 133 de 1998. Un ejemplo, en materia de educación, es la sentencia T- 689 de 2005.

² Art. 6º Decreto 2591 de 1991. “La acción de tutela no procederá: 1º Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.” (La subraya es fuera del original).

³ Dice el Artículo 7º del Decreto 2591 de 1991: “Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la ejecución del acto concreto que lo amenace o vulnere.” (Subraya fuera del original).

⁴ Dice el artículo 8º del decreto 2591 de 1991: “Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.” (Subraya fuera del original).

1991 que permiten el amparo constitucional contra tales actos. En efecto, ha dicho el legislador que, de configurarse el perjuicio irremediable, 'el juez de tutela puede suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo'⁵."⁶

Y en otra oportunidad señaló:

"En materia de actos administrativos de contenido particular y concreto, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que por regla general la acción de tutela no es procedente para controvertir actos administrativos toda vez que las discrepancias suscitadas por la aplicación o interpretación de los mismos deben ser dirimidas a través de la jurisdicción contenciosa administrativa. No obstante, en criterio de la Corte, la aceptación de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra los actos administrativos depende de si el contenido de los mismos implica una vulneración evidente de los derechos fundamentales o la amenaza de la ocurrencia de un perjuicio irremediable de tal magnitud que obligue la protección urgente de los mismos"⁷.

De lo anterior se concluye que, si con la acción de tutela se pretende controvertir un acto administrativo de carácter particular, en principio ésta no es el instrumento adecuado para la salvaguarda de los derechos en tanto se cuenta con otro mecanismo ordinario para tal fin; sin embargo, procede excepcionalmente si con la expedición de dicho acto se afectan derechos fundamentales, o en donde se evidencie el acaecimiento de un perjuicio irremediable (subrayado por la suscrita).⁸

Con todo, en eventos determinados es posible que, pese a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, sea necesario conceder el amparo, debido a la presencia de un perjuicio que sólo podría ser remediado con la decisión del juez constitucional. La Corte ha establecido los requisitos para que proceda la tutela contra actos administrativos, así:

⁵ Sentencia T-435 de 2005. Por otra parte, en la sentencia SU-039 de 1997, la Corte Constitucional afirmó: "es posible instaurar simultáneamente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, sin que interese que se haya solicitado o no la suspensión provisional del acto administrativo, pues en parte alguna la norma del art. 8 (del Decreto 2591 de 1991) impone como limitante que no se haya solicitado al instaurar la acción contenciosa administrativa dicha suspensión. Además, dentro del proceso de tutela es posible, independientemente de dicha suspensión, impetrar las medidas provisionales a que alude el art. 7 en referencia". Ver también las sentencias T-514 de 2003, T-596 de 2001, T-754 de 2001, T-873 de 2001, C-426 de 2002 y T-418 de 2003, entre otras, sobre estas consideraciones.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-948 de 2009.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-161 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amaris.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-498/11

“(1) Que se produzca de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (2) que de ocurrir no exista forma de reparar el daño producido al mismo; (3) que su ocurrencia sea inminente; (4) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (5) que la gravedad de los hechos, sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”⁹.

La sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial, no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela¹⁰, dado que el medio judicial debe ser idóneo y eficaz para la defensa de los derechos fundamentales¹¹.

La Constitución de 1991 consagró los derechos fundamentales, como uno de los pilares del Estado social de derecho, por lo que para su defensa y eficacia se creó la acción de tutela como mecanismo de protección de aplicación inmediata.

Se trata de una acción pública de carácter subsidiaria, residual y autónoma, por medio de la cual es posible ejercer el control judicial de las acciones u omisiones de los órganos públicos o de los entes privados que puedan vulnerar derechos fundamentales, a través de un procedimiento preferente y sumario, salvo las excepciones establecidas en la Ley para su procedencia.

Este mecanismo fue introducido a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, según el cual toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tendrá Acción de Tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, agregando a renglón seguido, que dicha protección consistirá “en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”.

Esta acción de rango constitucional está instituida también para proteger a los coasociados de las amenazas o vulneraciones causadas por la inacción del Estado o de particulares, es decir, por el incumplimiento de sus deberes constitucionales y legales.

Lo anterior, se desprende del contenido mismo del artículo 86 de la Constitución Política, al señalar que la protección que dispensan los jueces competentes para dar trámite a la Acción de Tutela *“consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la*

⁹ Ver sentencias C-359 de 2006, T-771 de 2004, T-600 de 2002 y SU 086 de 1999.

¹⁰ Sentencia T-972 de 2005.

¹¹ Sentencias T-626 de 2000; T-585 de 2002; T-315 de 2000; T-972 de 2005 y T-822 de 2002, entre otras.

tutela, actúe o se abstenga de hacerlo". Si la causa de la lesión es una actuación positiva la orden debe consistir en una abstención, pero si la misma proviene de una omisión, el derecho sólo se protege si el juez le ordena a la autoridad que cumpla sus deberes, es decir, que actúe.

La acción de tutela permite a todas las personas reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, en los casos previstos en la ley. Así lo ha reiterado la Corte Constitucional, al precisar:

"Esta Corporación, al interpretar el contenido y alcance del artículo 86 de la Constitución Política, en forma reiterada ha señalado que el objetivo de la acción de tutela se circunscribe a la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley.

*Así las cosas, se tiene que el propósito de la tutela, como lo establece el mencionado artículo, es que el Juez Constitucional, de manera expedita, administre justicia en el caso concreto, profiriendo las órdenes que considere pertinentes a la autoridad pública o al particular que con sus acciones u omisiones han amenazado o vulnerado derechos fundamentales y procurar así la defensa actual y cierta de los mismos."*¹²

Entonces, para que proceda el amparo de los derechos constitucionales fundamentales mediante el ejercicio de la acción de tutela es necesario que el juez constitucional encuentre debidamente probada la afectación de los mismos por la acción o la omisión de la autoridad o del particular accionado.

Bajo estos postulados la acción de tutela procede para la protección de los derechos fundamentales cuando éstos sean efectivamente vulnerados o amenazados por una autoridad pública, siempre que no exista otro medio judicial para su defensa, o que existiendo éste sea ineficaz o se quiera evitar la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional ha sostenido sobre el tema:

3. Requisitos para la procedencia de la acción de tutela

Según lo establece el artículo 86 de la Carta Política de 1991 y la jurisprudencia reiterada de esta Corporación¹³, la acción de tutela es una garantía y un mecanismo constitucional de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten

¹² Sentencia T-149 de 2006

¹³ Sentencia T-1214/00 ALVARO TAFUR GALVIS.

*vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o en determinados eventos de los particulares y no procede cuando exista otro medio de defensa judicial, salvo que éste resulte ineficaz y se configure un perjuicio irremediable, caso en el cual, la tutela se concede como mecanismo transitorio, hasta tanto la autoridad correspondiente decida de fondo sobre el asunto.*¹⁴

*No obstante, esta Corporación ha señalado con fundamento en la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.) y en la necesidad impuesta por la Constitución Política, de dar efectividad a los derechos fundamentales (arts. 2, 5 y 86 C.P.), que en cada caso en particular, el juez de tutela debe evaluar la eficacia del medio judicial que formalmente se muestra como alternativo, para establecer si en realidad, consideradas las circunstancias del solicitante, se está ante un instrumento que sirva a la finalidad específica de garantizar materialmente y con prontitud el pleno disfrute de los derechos conculcados o sujetos a amenaza*¹⁵.

*A este respecto, la Corte ha dicho de manera sistemática que, conforme a los artículos 2º y 86 de la Constitución y al numeral 1º del artículo 6º Decreto 2591 de 1991, el análisis de la existencia de otros medios de defensa que desplacen a la acción de tutela debe evaluarse en concreto.*¹⁶ (Negrillas de la Sala para resaltar)

La acción de tutela se caracteriza, además, por su **informalidad**, lo que implica que puede ser presentada por cualquier persona, independientemente de su edad, sexo, raza, condición económica o profesión y que su formulación no debe responder a ninguna técnica específica, al punto que ella puede ser presentada en forma verbal ante cualquier autoridad judicial, quien se encuentra en la obligación de darle el trámite establecido en la ley¹⁷.

El decreto 2591 de 1991 ha establecido que la acción de tutela es un **mecanismo preferente, sumario y residual**, para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando hayan sido amenazados o vulnerados por la acción o la omisión concreta –no presunta o eventual- de las autoridades públicas o de los particulares, en este último caso, en los eventos expresamente señalados en la Constitución y la ley.

La Corte Constitucional en otra oportunidad puntualizó:

¹⁴ Sentencia T-615 de 2005 M.P. ALVARO TAFUR GALVIS.

¹⁵ Cfr. Sentencia SU-086 de 1999 M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

¹⁶ Corte Constitucional. Sala octava de revisión. Sentencia T-892A del 02 de noviembre de 2006. M.P. ALVARO TAFUR GALVIS. Referencia: expediente T-1420226

¹⁷ T-013 de 2007

“Sobre el particular la sentencia T-013 de 2007, dijo:

“Ahora bien, en cuanto a los requisitos de procedibilidad de la acción, uno de ellos responde a la necesidad de que exista una actuación u omisión concreta y atribuible a una autoridad o a un particular, frente a la cual sea posible establecer la efectiva violación de los derechos fundamentales que se alegan como conculcados por el peticionario, de tal manera que sobre la base de actos u omisiones eventuales o presuntos que no se han concretado no es posible acudir al mecanismo de amparo constitucional, ya que ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermitiera los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos. (...)”.

(...)

3.2 En conclusión, la procedencia del mecanismo de amparo constitucional exige que exista alguna acción u omisión atribuible al sujeto pasivo de la acción, de tal manera que sea posible analizar si ésta ha comportado una vulneración o una amenaza de los derechos fundamentales del peticionario.”¹⁸ (Negrilla de la Sala para resaltar).

Esta acción de rango constitucional está instituida también para proteger a los coasociados de las amenazas o vulneraciones causadas por la inacción del Estado o de particulares, es decir, por el incumplimiento de sus deberes constitucionales y legales.

Lo anterior, se desprende del contenido mismo del artículo 86 de la Constitución Política, al señalar que la protección que dispensan los jueces competentes para dar trámite a la Acción de Tutela *“consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”*. Si la causa de la lesión es una actuación positiva la orden debe consistir en una abstención, pero si la misma proviene de una omisión, el derecho sólo se protege si el juez le ordena a la autoridad que cumpla sus deberes, es decir, que actúe.

Ahora bien, la H Corte Constitucional ha identificado como defecto procesal el denominado exceso ritual manifiesto a efectos de garantizar los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, para el efecto esta alta corporación ha señalado:

¹⁸ C.C... Sala primera de Revisión. Sentencia T-084 del 16 de febrero de 2009. Referencia: expediente T- 2.067.456. M.P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

“(…) La formulación del defecto procedimental por exceso ritual manifiesto contra providencias judiciales surgió con la finalidad de resolver la aparente tensión entre dos principios constitucionales fundamentales, el derecho al debido proceso y la prevalencia del derecho sustancial. En principio estos dos mandatos se complementan y funcionan como garantías que están estrechamente relacionadas, sin embargo, existen eventos en los cuales podría entenderse la existencia de una subordinación de la justicia material respecto del cumplimiento de ciertos procedimientos. Frente a esta aparente tensión, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que la solución radica en el entendimiento de las formalidades procedimentales como un medio para la realización de los derechos sustantivos y no así como fines en sí mismos.¹⁹

4.1 En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha venido decantando la caracterización del defecto procedimental para señalar que este se configura en aquellas situaciones en las que el juzgador incurre en desconocimiento de derechos fundamentales al negar el derecho sustancial²⁰, bien sea por no aplicar la norma procesal que rige el procedimiento pertinente²¹, o cuando excede la aplicación de formalidades procesales que hacen imposible la realización material de un derecho.²²

En primer lugar, la doctrina constitucional ha señalado que se produce un defecto procedimental de carácter absoluto “cuando el funcionario judicial se aparta del proceso legalmente establecido, bien sea porque sigue un proceso ajeno al autorizado o porque omite una etapa sustancial a éste”.²³ La segunda forma de estructuración de dicho defecto, corresponde a los eventos en los cuales el juzgador utiliza o eleva el procedimiento en forma tal que “constituye un obstáculo para la realización de un derecho sustancial”, con lo cual su actuación deviene

¹⁹ Sentencia T-264 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁰ Cfr. sentencias T-268 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-301 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-893 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²¹ Cfr. sentencias T-389 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-1267 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo y T-386 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²² Cfr. sentencias T-264 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-267 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo, T-327 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-591 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-213 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²³ Al respecto ver entre otras las sentencias SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-996 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

*en una denegación de la justicia y del derecho al acceso a la administración de la misma.*²⁴

*4.2 Ahora bien, profundizando específicamente respecto a la fórmula del defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, este implica la afectación de los derechos al acceso a la administración de justicia (artículo 229 constitucional) y a la primacía del derecho sustancial (artículo 228 superior), en los eventos en los que los funcionarios judiciales, bajo el pretexto del apego a las normas procedimentales, incumplen con las obligaciones de impartir justicia, buscar que las sentencias se fundamenten en una verdad judicial, garantizar la efectividad de los derechos constitucionales y evitar pronunciamientos inhibitorios que obstaculicen la administración de justicia y la efectividad de los derechos sustantivos.*²⁵

En este sentido, esta Corte ha precisado que el exceso ritual manifiesto se presenta cuando un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y, por esta vía sus actuaciones devienen en una denegación de justicia²⁶, causada por la aplicación de disposiciones procesales opuestas a la vigencia de los derechos fundamentales²⁷, por la exigencia irreflexiva del cumplimiento

²⁴ Cfr. Sentencia T-264 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-599 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-591 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁵ Al respecto consultar la sentencia T-264 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) en la que se realiza un recuento jurisprudencial del desarrollo del defecto procedimental por exceso ritual manifiesto. Adicionalmente se pueden consultar las sentencias T-1306 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-590 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-973 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-289 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1091 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-599 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-268 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-386 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-531 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-637 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-769 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-972 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-1004 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-267 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo, T-327 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-429 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-781 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-892 de 2011 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-893 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-950 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-158 de 2012 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-213 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁶ Así por ejemplo, en uno de los primeros pronunciamientos respecto al exceso ritual manifiesto, en la sentencia T-1306 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, esta Corte analizó el caso de un ciudadano que, una vez agotados los recursos ordinarios, acudió a la Corte Suprema de Justicia mediante el recurso extraordinario de casación. En el asunto, esta Alta Corporación evidenció que el demandante efectivamente tenía el derecho a su pensión de vejez, sin embargo, decidió no casar la sentencia de segunda instancia que le había negado el reconocimiento de la misma, debido a que incurrió en errores técnicos al presentar la demanda de casación. En dicha oportunidad la Corte Constitucional señaló que, si bien los requisitos formales y técnicos del recurso extraordinario de casación son constitucionalmente legítimos, no encontraba admisible que la Corte Suprema de Justicia, tras constatar que el peticionario cumplía con los requisitos para acceder a un derecho constitucional, finalmente decidiera no casar la sentencia impugnada porque no cumplió con los requisitos de forma.

²⁷ Cfr. sentencias T-1091 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-386 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-429 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-893 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de requisitos formales²⁸ o por un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas.²⁹

(...) De esta manera, la Corte ha enfatizado que la procedencia de la tutela en los casos de defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta porque el juez “no acata el mandato de dar prevalencia al derecho sustancial y se configura en íntima relación con problemas de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas (defecto fáctico)³⁰, y con problemas sustanciales relacionados con la aplicación preferente de la Constitución cuando los requisitos legales amenazan la vigencia de los derechos constitucionales.”³¹

(...) En estos términos esta Corte ha concluido que se incurre en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto por parte de un funcionario judicial cuando: (i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, (ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto, (iii) por la aplicación en exceso rigurosa del derecho procesal, (iv) pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales.³²(...)”³³

Adicionalmente, aquella Corporación ha señalado que en las circunstancias en las que se alegue la configuración de tal defecto, para la procedencia de la acción de tutela se deberá establecer la concurrencia de los siguientes elementos:

“(...) “(i) que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela;

(ii) que el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales;

²⁸ Cfr. sentencias T-892 de 2011 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²⁹ Cfr. sentencias T-599 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-268 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-386 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-531 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-950 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-327 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁰ Sobre la relación entre defecto procedimental por exceso ritual manifiesto y el defecto fáctico, remitirse a la consideración 4.8 de este apartado.

³¹ Sentencia T-264 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³² Sentencias sentencia T-1091 de M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-429 de 2011 M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³³ Corte Constitucional sentencia T 363-2013.

(iii) que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico; y

(iv) que como consecuencia de lo anterior se presente una vulneración a los derechos fundamentales”.³⁴ (...) ³⁵

Por tal motivo si bien los actos atacados no fueron emitidos por un juez ordinario, sino por una autoridad administrativa, solicito se acceda a la protección deprecada con la presente acción de tutela debido a que se encuentra que la actuación del operador en el proceso administrativo se realizó con total desconocimiento del debido proceso administrativo, y sin acatar las normas establecidas en los documentos que se determinaron para desarrollar el proceso de contratación mismo que por gozar la entidad de ser un régimen especial, debía basar el trámite respectivo a lo dispuesto por el estatuto y Manual de contratación de la E.S..E..

DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

El derecho fundamental al debido proceso es la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado, el cual “establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley” (Sentencia C-641 de 2002).

El debido proceso aplicado al procedimiento administrativo, se define como:

“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la Administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa; (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la Administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados (Cfr. Sentencias T-909 de 2009, T-653 de 2006 y T-552 de 1992).”

Es de tener en cuenta que el derecho fundamental al debido proceso se encuentra protegido, a su vez, por normas de derecho internacional y preceptuado en instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en sus artículos 14 y

³⁴ Sentencia T-264 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En igual sentido consultar las sentencias SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-737 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁵ Corte Constitucional sentencia T 363-2013.

15; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en sus artículos XVIII y XXVI; la Declaración Universal de Derechos Humanos, en sus artículos 10 y 11; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8; y ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia internacional de órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha determinado que este principio se aplica, así mismo, a todos los demás procedimientos de índole civil y administrativo (Cfr. Sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003, T-786 de 2003 y C-1189 de 2005).

La jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa.

Para empezar, se destaca la introducción positiva, en el art. 17 de la ley 1150 de 2007, del debido proceso como *principio rector de la contratación estatal*. Su propósito fue el de afirmar lo que constitucionalmente es indiscutible, pero que materialmente ofrece dificultades. Sin embargo, la inclusión en la ley no supone que sólo a partir de ese momento la contratación estatal debió ajustarse a este derecho, en virtud a que de ninguna manera una norma inferior a la Constitución tiene la posibilidad de hacerla regir, sobre todo porque ella misma no pidió la colaboración legislativa para tal efecto. Dispone este precepto:

“Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

“Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas

al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

“Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.”

El derecho a que el procedimiento administrativo se adelante *con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio* también tiene raigambre en la contratación estatal.

En general, proscribire las sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, porque esto atenta contra el procedimiento a través del cual el contratista puede participar en las etapas y momentos oportunos para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate. La Corte Constitucional expresa al respecto, en defensa del derecho, que “Sin embargo, bajo la consideración de que la prestación de servicios públicos domiciliarios involucra derechos de rango fundamental, esta Corporación precisó que una decisión en tal sentido no puede adoptarse por la empresa de manera automática, es decir, una vez se den las circunstancias objetivas que establece la norma, sino que ella debe estar precedida de un debido proceso que le permita al usuario conocer sobre la eventual adopción de estas medidas, ejercer su derecho a la defensa y controvertir la decisión.”

Desde este punto de vista, la Constitución exige a la administración, previo a adoptar una decisión sancionatoria, adelantar un procedimiento que garantice el derecho a que de manera pausada y tranquila se debata el asunto en cuestión. En este sentido, debe destacarse –como lo señala Juli Ponce Solé– que el debido proceso, aplicado a la administración, garantiza dos cosas. *De un lado*, que la administración queda mejor equipada para adoptar decisiones administrativas, pues “... facilita a priori la investigación y toma en consideración los datos e intereses relativos a un caso concreto... a fin de proceder a la ponderación para la adopción de las futuras decisiones adecuadas en su servicio de interés general...”. *De otro lado*, contribuye a la legitimación de la administración pública, pues en el modelo de Estado actual ya no basta el qué o el cuánto de las cosas, sino el cómo de ellas, lo cual se garantiza con el procedimiento administrativo debido, es decir “... con un reforzamiento de la racionalidad procedimental: el procedimiento administrativo permite el análisis de los intereses envueltos en el caso concreto y la elaboración de razones que fundamentan la decisión final...”. Agrega que el procedimiento permite la discusión pública, fomenta la existencia de una democracia deliberativa e influye en la legitimidad, desde la perspectiva de la equidad, con lo que incide favorablemente en el adecuado cumplimiento del deber de realizar una buena administración pública. Por ello la Sala ha sostenido –auto de 24 de septiembre de 1998. Exp. 14.821-, en defensa de este derecho y fustigando las sanciones de plano, que:

“Como quiera que el cargo formulado por la demandante se concreta en la ausencia de una oportunidad para conocer las razones de incumplimiento alegadas por la entidad contratante para poder justificarlas, lo cual en su criterio respondía a una defensa adecuada y necesaria para la expedición del acto, el punto central de análisis por parte de la Sala será determinar si es suficiente la expedición de un acto debidamente motivado como lo señala el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, o si por el contrario, antes de la expedición del acto debe agotarse un procedimiento administrativo concreto que garantice el derecho de defensa y el debido proceso.

(...)

“De la doctrina constitucional citada merece destacarse el hecho de que en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar su puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública.

(...)

“Aplicados los razonamientos anteriores al caso que se examina se tiene que la entidad demandada declaró la caducidad administrativa del contrato que celebró con la demandante para la prestación de servicios profesionales como instrumentadora quirúrgica a través de la resolución 291 de 2 de abril de 1997 y le imputó como causal de incumplimiento hechos que ocurrieron el mismo día de la expedición del acto -participación en el cese de actividades del personal de la salud que constituyen riesgos y perjuicios en la vida e integridad de pacientes...- de acuerdo con informes que la contratista no pudo conocer para controvertir antes de que se tomara la decisión.

“La entidad demandada actuó con fundamento en un hecho que calificó de inmediato como incumplimiento grave. En estas condiciones, la contratista fue sorprendida con la terminación del contrato sin que hubiera mediado procedimiento administrativo alguno sobre su conducta. Distinto sería el caso cuando el contratista incumplido al menos está advertido de las consecuencias de su proceder en cuanto la administración le haya dado a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento (requerimientos, apremios por retardo, órdenes previas, avisos por faltantes,

etc.), con lo cual la declaratoria de caducidad no siempre será intempestiva y permitirá un análisis particular de los antecedentes en cada caso.

“Esto hace que el proceder de la administración no se ajuste a los procedimientos que establece el Código Contencioso Administrativo, de obligatorio cumplimiento por disposición del art. 29 de la Carta y 77 de la Ley 80 de 1993 y que con ello desconoció y vulneró fundamentalmente el derecho de defensa que estatuye el art. 35 de la normatividad examinada.”

Esta garantía, sin embargo, tampoco es exclusiva de los procedimientos sancionatorios contractuales, sino de los demás trámites administrativos que se surten al interior de la actividad contractual, que también deben garantizar un procedimiento previo que racionalice las decisiones que se adoptan a través suyo. Los más representativos son los procesos de selección de contratistas, cuyas etapas y requisitos son de estricta observancia, tanto para la administración como para los participantes, en señal de respeto al principio de legalidad como a este derecho que integra el debido proceso.

El artículo 17 de la ley 1150 exaltó aún más esta garantía, al disponer sobre la imposición de las sanciones que “Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista.” Sobra insistir en que este derecho no sólo es predicable de las sanciones de multa o cláusula penal, sino de cualquiera otra, por aplicación analógica de esta disposición –analogía *in bonam partem*– y por aplicación directa del art. 29 CP. En otras palabras, para la Sala no cabe duda que también cuando se ejercen los poderes exorbitantes, como la terminación, modificación o interpretación unilateral, caducidad, reversión, así como cuando se declara un siniestro, y en general cuando se adopta cualquier otra decisión unilateral de naturaleza contractual, es necesario que la administración observe el debido proceso a lo largo del procedimiento correspondiente.

Ahora, la siguiente disyuntiva surge ante la cuestión de si las formas propias de cada juicio deben regularse por ley, o si también un reglamento ordinario puede ocuparse del tema. Recientemente esta Sala definió el problema, al juzgar la validez del art. 87 del decreto 2.474 de 2008, señalando que sólo el legislador puede hacerlo, porque en este aspecto existe una reserva de ley, derivada del art. 29 CP.:

“Es necesario advertir, que con la expedición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, no hay lugar a dudas respecto de la capacidad de la Administración de imponer unilateralmente las multas pactadas en el contrato, como una forma de conminar al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. En virtud, del mismo precepto legal, y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política, al tratarse de la imposición de una sanción, la autoridad administrativa deberá asegurar en su actuación las garantías propias del debido proceso, razón por la cual, la decisión que se asuma deberá estar precedida de “audiencia del afectado, que deberá contar con un procedimiento mínimo.”

“Visto lo anterior, el problema suscitado en el libelo de la demanda se centra en determinar, si es ajustado a la legalidad que el procedimiento para la imposición de las multas se confíe a cada entidad estatal o si con ello se incurre en un desbordamiento de la potestad reglamentaria. (...)

“La Sala, en primer lugar, precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales, corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión, tal como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo.

“Esta postura ha sido defendida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha señalado que: “a partir de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que puedan existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo como lo exige con fines de sistematización, el aparte final del artículo 158 de la Constitución Política...” (Subraya fuera de texto).

“Por consiguiente, no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (relación extra-orgánica), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo, norma supletoria para estos casos.

“Sin embargo, la Sala debe precisar que los aspectos inter-orgánicos del procedimiento sí pueden ser confiados a la potestad de auto-organización de cada entidad administrativa, tal como se señaló cuando se estudiaban los cargos formulados contra el artículo 89 del decreto 2474 del 2008 –fls. 58 y ss.-. La determinación, por ejemplo, del trámite interno que deben seguir los funcionarios en las dependencias de la entidad cuando se adelanta un procedimiento administrativo de carácter sancionador no condiciona ninguna de las garantías del debido proceso, la eficacia de esta clase de normas se agota en el interior del aparato administrativo y por ende pueden regularse en los denominados manuales de contratación o de funciones.

“Para la Sala, si bien no es nulo todo el aparte acusado, por las razones expuestas, en todo caso se condiciona su alcance en cuanto a que “...el procedimiento mínimo a seguir para la imposición de multas y que las entidades pueden señalar en sus manuales de contratación” se refiera a aspectos inter-orgánicos, es decir, a los trámites internos que deben adelantar los funcionarios encargados del correspondiente procedimiento administrativo sancionatorio. Por oposición, debe entenderse que la posibilidad de crear procedimiento administrativo sancionador, con base en la norma analizada, vulnera el ordenamiento jurídico constitucional.” (Negrillas fuera de texto)

Si se hace una integración de principios constitucionales, en relación con el tema que se estudia, se tiene que el procedimiento que se echa de menos no tiene que ser tan complejo como el judicial, porque se sabe que la administración también debe ajustarse a los principios de eficiencia, economía y eficacia –entre otros del art. 209 CP-, que por sí mismos demandan rapidez en las decisiones; pero esto tampoco puede llevar a desconocer las garantías ciudadanas. En palabras de la sentencia de 17 de marzo de 2010 de esta Sección –exp. 18.394-: “Por regla general, todos los derechos que integran el debido proceso deben ser aplicables en esta actividad administrativa en cumplimiento del mandato perentorio del artículo 29 de la Constitución Política y para lograrlo es necesario precisar la manera, forma y grado en que ello debe serlo, dado que el mismo debe ser armonizado con la naturaleza y objetivos de la contratación pública, en tanto los contratos son celebrados por las entidades públicas para cumplir los fines estatales (art. 2 C.P.), la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (artículo 3 de la Ley 80 de 1993), bajo el principio de legalidad, en desarrollo del interés general y en ejercicio de la función administrativa (art. 209 de C.P.).”

Además, es una verdad irrefutable que la ejecución de los contratos públicos tampoco puede convertirse en un sucedáneo de la función judicial, en cuanto a la resolución de conflictos que surgen en los negocios; pero esto tampoco puede justificar la inmediatez atropellante del poder público sobre el ciudadano. No es sencillo precisar lo que se debe lograr, pero está claro que se tiene que alcanzar un justo medio entre el derecho a las formas propias de cada juicio –art. 29-, con los principios de economía, celeridad y eficacia –art. 209 CP.-.

En las actuaciones contractuales también rige el derecho a que “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa”, así como la garantía “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, del mismo modo que “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, pero se requiere hacer dos precisiones.

De un lado, y en armonía con la garantía inmediatamente analizada, la necesidad de la prueba de los hechos que se imputan es *conditio sine qua non* de la validez de la decisión administrativa, porque sólo así se legitima la misma, y se contrarresta la arbitrariedad y el abuso del poder, que fácilmente se esconde tras una medida sin soporte en hechos demostrados. En esta perspectiva, la Corte Constitucional ha manifestado: “En conclusión, en toda actuación administrativa la apreciación de las pruebas por parte del funcionario deberá ceñirse a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en

desarrollo del principio constitucional del debido proceso en actuaciones administrativas.” (sentencia T-011 de 1993)

De otro lado, el derecho de defensa también garantiza que se vincule al afectado con el procedimiento sancionatorio, para que exponga las razones que explican su percepción de los hechos investigados. Es tan arraigada esta garantía, que el Código Contencioso Administrativo ya aseguraba su defensa desde 1984. Sobre el particular, el art. 28 CCA. protege, incluso, a las personas que pudieran afectarse con la decisión, de manera que ordena hacerlas parte del procedimiento administrativo. Y si esto acontece con los terceros, con mayor razón aplica para quien es parte.

Así mismo, el derecho de defensa no tiene más limitaciones en materia contractual, y por eso se admite cualquier manifestación suya. Es decir, que se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes, ser oído y que se practiquen pruebas y se controvierta, es decir, en síntesis, que se respete su derecho de audiencia y defensa, que permita fijar la posición de la parte, y en general, toda forma de participación en el procedimiento, que contribuya a defender una posición o postura jurídica.

De suerte que el debido proceso administrativo consagrado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política, se convierte en una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente establecida en la ley, como también las funciones que les corresponden cumplir y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión (C.P. arts. 4° y 122).

Siendo entonces un desarrollo del principio de legalidad, el debido proceso administrativo representa un límite normativo al ejercicio de las potestades administrativas, en la medida en que las autoridades del Estado únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el ordenamiento jurídico, favoreciendo de esta manera a las personas que acuden ante quienes han sido investidos de atribuciones públicas en virtud de la Constitución o la ley. Ello es así, por una parte, porque los administrados conocerán de antemano cuáles son los medios que tienen para controvertir e impugnar lo resuelto en su contra, y por la otra, porque sabrán los términos dentro de los cuales deberán presentar las alegaciones y recursos procedentes a su favor.

Por su parte, el Consejo de Estado ha dejado clara la existencia de reserva de ley para la creación y modificación de procedimientos, incluidos los administrativos. En este sentido dijo:

“Finalmente, esta misma ratio es predicable en cuanto a la creación o modificación de los procedimientos administrativos punto éste en el cual también cabe destacar que el diseño constitucional colombiano erige al legislador, por regla general, como autoridad normativa competente para el efecto, como se desprende, por una parte, del artículo 150.2 superior “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes funciones: (...) 2. Expedir código en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones” y por otro tanto de la jurisprudencia constitucional que ha reconocido que “los procedimientos administrativos especiales constituyen materia esencial y básica de la

primera parte del C.C.A que regula los procedimientos administrativos” y todo nuevo procedimiento especial “necesariamente debe hacerse por el legislador y no a través de facultades extraordinarias”, esto no hace más que confirmar la tesis expuesta según la cual la regulación normativa sobre procedimientos administrativos especiales constituye privilegio y reserva del legislador.”

Una irregularidad acaecida en el curso de un procedimiento administrativo se considera como sustancial, cuando incide en la decisión de fondo que culmina con la actuación administrativa, contrariando los derechos fundamentales del administrado, es decir, que de no haber existido tal irregularidad, el acto administrativo que define la situación jurídica debatida hubiese tenido un sentido sustancialmente diferente. Por el contrario, las irregularidades o vicios, que no afectan el fondo del asunto discutido, esto es, que de no haber ocurrido, la decisión definitiva hubiese sido en igual sentido, no tienen la relevancia para generar la nulidad del mismo, pues esto no desconoce la finalidad del debido proceso administrativo, es decir, la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. No toda irregularidad acaecida dentro del procedimiento administrativo o inobservancia de los requisitos formales por parte de la administración pública, constituye por sí sola, un motivo para declarar la nulidad de los actos administrativos producto de una actuación administrativa. Estos solo podrán ser anulados, cuando los vicios dentro del procedimiento impliquen el desconocimiento de las garantías fundamentales de quien pueda resultar afectado con su expedición, es decir, que la nulidad de un acto administrativo por desconocimiento del debido proceso administrativo puede ser decretada únicamente cuando dentro del proceso para su expedición se presenten irregularidades sustanciales o esenciales, que afecten las garantías constitucionales del administrado.

Así las cosas y al constituirse en un requisito que puede ser subsanado, esto es, la garantía de seriedad de la oferta, la declaración de desierto del proceso contractual CP-001-2022, que realiza la entidad que ha adelantado el proceso es a todas luces arbitraria y desconocedora del principio rector debido proceso que se entiende como un eje transversal a todas las actuaciones que se adelanten, por cuanto su violación a ejercer el derecho de defensa impidió a mi representado poder concluir el trámite para el cual ya había demostrado la suficiencia técnica, administrativa y financiera que le asiste para poder ejecutar la obra de construcción, que en conclusión es lo determinante e importante en este tipo de procesos contractuales.

DERECHO A LIBERTAD DE ESCOGER PROFESIÓN U OFICIO

La libertad de escoger profesión u oficio se encuentra consagrada como derecho en el art. 26 Superior y sustentado en sentencias como la T-484 de 2015 donde la Corte Constitucional considera el derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio como de carácter instrumental para permitir a la persona el cumplir con suplir su mínimo vital, y las sentencias T-498 de 1994 y T-906 de 2014, donde la Corte enfatiza en este derecho como fundamental y sin más limitaciones que las impuestas por la Constitución y la ley. A esta suma de derechos conexos, mediante la Sentencia T-073 de 2017 la corte vincula el derecho a escoger profesión con el derecho fundamental al libre desarrollo de

la personalidad, tan coherente con la dignidad humana, pilar importante de nuestra Constitución Política.

En este orden de ideas el derecho a escoger profesión u oficio se presenta conexo con el derecho al trabajo y de manera dignificante para el ser humano, así lo precisó la Corte en sentencias T-498 de 1994, C-530 de 2015, C-385 de 2015 y C-166 de 2015.

Mediante la Sentencia T -073 de 2017, la Corte vincula dicho derecho en conexidad con el derecho al libre desarrollo de la personalidad: “Frente a lo anterior, es claro que existe una estrecha relación entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la libertad de escoger profesión u oficio, el cual se encuentra en el artículo 26 de la Constitución Política, [...] Dicha relación consiste en que los sujetos tienen la libertad de escoger, en que actividad económica, emplearan su capacidad productiva. Y en tal sentido, la libertad de profesión u oficio al igual que las libertades económicas se garantizan en la medida que no puede prohibirse a una persona el ejercicio de una actividad laboral o comercial lícita [...]”.

En este mismo sentido, la Corte también manifestó en Sentencia T-4101 de 2016: “Por su parte, el derecho a la libertad de escoger profesión u oficio (artículo 26 de la Carta) se constituye como una garantía constitucional autónoma, en virtud de la cual se protege la facultad que poseen las personas de elegir libremente las labores a las cuales desea dedicarse; y en consecuencia, se ha dicho que el contenido de este derecho se relaciona con la ‘decisión autónoma del individuo respecto de la forma como desea utilizar su tiempo y sus capacidades creativas y productivas’; por lo cual representa, además, una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y se materializa de forma concreta a través del derecho fundamental al trabajo”.

Así las cosas, se tiene que a los integrantes de la U.T HINCCO ORITO, Arquitecto HUGO HINESTROZA y CARLOS URIAS RUEDA ALVAREZ, son profesionales y tienen el derecho al igual que profesiones similares de ejercerlas de manera libre y voluntaria, dedicándose con su actuar en el desarrollo de las actividades objeto de la convocatoria pública CP-001-2022, máxime que con sus perfiles cumplen con la idoneidad profesional para la realización de la obra pública constructiva, y por intereses oscuros y clandestinos se pretende coartar sus derechos fundamentales.

AL TRABAJO

La jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha reconocido el trabajo, como un derecho inherente al ser humano, es un medio a través del cual la persona, dentro de un conglomerado social, se dignifica y permite la subsistencia y desarrollo de la comunidad en la que habita. Así, este derecho debe ser entendido como una prerrogativa que habilita la vida en sociedad, permite que la persona se desarrolle como individuo y promueva la obtención de mejores condiciones de existencia para sí y para la colectividad.

El trabajo, en su dimensión individual, supone la capacidad con que cuenta la persona de escoger el campo en el que se desea desarrollar laboralmente, así como el correlativo

derecho a que, cuando quiera que considere que la labor que desempeña no contribuye a ese desarrollo, escoja otros ámbitos de proyección personal y social.

Por ello, se ha considerado por esta Corporación que los derechos fundamentales al trabajo y al libre acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, establecidos en el artículo 25 y en el numeral 7 del artículo 40 Constitucionales, en concordancia con el derecho a escoger libremente profesión u oficio contenido en el artículo 26 de la Constitución Política, se encuentran íntimamente ligados con otro derecho que de ellos se deriva, esto es, con la posibilidad con que cuenta cada persona de renunciar libremente al ejercicio del servicio público cuando así lo desee.

Este derecho se encuentra vulnerado, en tanto ya existía la expectativa real de haber logrado el cumplimiento de todas y cada una de las etapas del proceso precontractual, y la propuesta presentada por la UT HINCCO ORITO, quedó debidamente habilitada por parte del COMITÉ EVALUADOR, organismo colegiado, que dentro de sus funciones (artículo 12 del ACUERDO No. 007 de NOVIEMBRE 30 DE 2020), se encuentran:

- 1. Asesorar al Gerente en las etapas del proceso contractual de la convocatoria pública.*
- 2. Proyectar las observaciones que se realicen dentro del proceso.*
- 3. Brindar asistencia y asesoría al Gerente en el análisis y evaluación de las ofertas presentadas dentro de los diferentes procesos.*
- 4. Requerir el concepto técnico que respalde el proceso de selección.*
- 5. Asesorar al Gerente en la interpretación del presente estatuto de contratación, de los términos de los procesos de selección y de los contratos en particular cuando se presenten vacíos, dudas en su contenido.*
- 6. Proyectar el informe de evaluación en la convocatoria pública.*
- 7. Recomendar o no la adjudicación del proceso según el caso.*

Así las cosas, el comité realizó las evaluaciones correspondientes y presentó su sustento en las sendas actas de comité evaluador, poniendo a disposición del suscrito y del público en general las decisiones adoptadas, para que se presenten las observaciones del caso. Siendo así que dentro del plazo establecido no se contaron con las mismas, quedando en firme las actas de verificación y en las que se consideró a la U.T HINCCO ORITO, HÁBIL, para el proceso y que sin más reparos debía contar no con una declaratoria desierta, sino más bien, y como era el normal curso del proceso de una ADJUDICACIÓN, perse a ello y

radia en la ilegalidad la administradora de turno y sus asesores apartándose del criterio del COMITÉ EVALUADOR cometiendo el injusto de terminar anormal e ilegalmente el proceso contractual a sabiendas que sus conclusiones van encaminadas a un requisito subsanable, y hoy quebrantando el derecho al trabajo que como Unión Temporal y sus conformantes dejan de acceder por el acto arbitrario e injusto.

FRENTE A LOS REQUISITOS SUBSANABLES

Se debe manifestar frente a este tema que el uso indebido de la facultad de rechazo de la oferta, comoquiera que la exigencia va relacionado a la póliza de seriedad de oferta, no por su no entrega, sino por una exigencia de la errónea interpretación de la administración de turno, no constituía este como un criterio de selección objetiva para la ponderación de las ofertas y, por el contrario, se trataba de un requisito formal que pudo ser subsanado por el proponente, de tal manera que al habersele limitado esa posibilidad se le privó del derecho a que se le adjudicase el proceso, lo que constituye un daño cierto y personal, aunado al hecho que el ordenamiento no le imponía el deber jurídico de soportarlo.

En relación con los requisitos subsanables en las ofertas contractuales presentadas por los proponentes, la Subsección A, de esta Sección, en reciente pronunciamiento puntualizó [1]:

“Se debe tener presente que en su texto original, la Ley 80 se ocupó de regular, de manera expresa y completa, cuáles podrían ser los únicos títulos válidos para el rechazo o exclusión de las ofertas, sin dejar espacio en esa materia a la creatividad de las decisiones provenientes de las autoridades administrativas, todo de conformidad con el inciso 2º del numeral 15 de su artículo 25 (...) en un primer momento, la ley se encargó de precisar, de manera clara y categórica, que únicamente la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que sí fueran necesarios para la comparación de propuestas, servirían de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. (...) Posteriormente, 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.

“El rechazo de una propuesta o su exclusión del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, además de que imposibilita la consideración de ese ofrecimiento para la correspondiente selección o adjudicación, también impide su comparación frente a las demás ofertas, por lo cual uno o varios de los componentes de la propuesta rechazada –como por ejemplo su precio o su plazo– mal podrían tenerse en cuenta para efectos de operar, al momento de adoptar la decisión definitiva de adjudicación o de declaratoria de desierta, los elementos de comparación previstos en el pliego de condiciones, como suelen ser las fórmulas matemáticas consagradas para determinar el precio más favorable (a partir del promedio o de la media aritmética del precio de todos los ofrecimientos recibidos). Así pues, el rechazo de una propuesta o su exclusión, cuando a ello hay lugar con fundamento en las previsiones normativas expresas como las que aquí se han venido revisando y que enseguida se puntualizarán de manera sistemática, impide incluso su calificación, asignación de puntaje o inserción en el orden de elegibilidad.

“En cualquier caso debe tenerse presente que la aludida decisión administrativa de rechazo o de exclusión de una propuesta, dados los importantes efectos que está llamada a generar, según se deja anotado, sólo podrá adoptarse de manera válida –en respeto a la garantía constitucional del Debido Proceso– después de haberle brindado al proponente afectado, de manera real y efectiva, la oportunidad de desplegar sus derechos de defensa y de contradicción, cuestión que perfectamente puede satisfacerse –sin perjuicio de consultar las particularidades de cada caso concreto– con el traslado que debe darse a todos los proponentes de los informes de evaluación de las propuestas, en cuyo contenido, como es natural, deberán expresarse los fundamentos fácticos y jurídicos que darían lugar al rechazo o exclusión de su propuesta.

“(…) De esta manera, según el régimen normativo de contratación estatal vigente, se encuentra que el rechazo de una propuesta o, lo que es lo mismo, la exclusión de una oferta del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sólo puede adoptarse o decidirse de manera válida por parte de la respectiva entidad estatal contratante, cuando verifique la configuración de una o varias de las hipótesis que se puntualizan a continuación, las cuales se distinguen para facilitar su comprensión, aunque desde alguna perspectiva pudieran asimilarse o entenderse como comprensivas unas de otras, así: i) cuando el respectivo

proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; ii) cuando el respectivo proponente no cumple con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; iii) cuando se verifique “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente” que en realidad sean necesarios, esto es forzosos, indispensables, ineludibles, “para la comparación de las propuestas” y, claro está, iv) cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a Principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.

“Pues bien, a propósito de los Principios Constitucionales y/o presupuestos mínimos que emergen de aquellos, por la importancia que reviste para el caso concreto que ahora se decide, la Sala se detendrá a examinar algunos aspectos relacionados con la Buena Fe, presupuesto que si bien por mandato constitucional ha de presumirse presente en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas (artículo 83 C.P.), no es menos cierto que tal presunción no corresponde a una de derecho que no admita prueba en contrario, por manera que ha de destacarse que la referida presunción constitucional es susceptible de ser desvirtuada, a lo cual –como resulta apenas obvio, por los trascendentales efectos que comporta desvirtuarla–, deberá procederse con los máximos cuidado, responsabilidad y rigor.

“En cualquier caso resulta evidente que todas las actuaciones que los particulares desarrollen ante las entidades estatales contratantes deben estar presididas por la buena fe y en especial es claro que deben ajustarse a esos postulados las ofertas que presenten ante las entidades estatales, cuyo examen comparativo deberá adelantarse a la luz de las normas vigentes y con sujeción al pliego de condiciones, para determinar si hay lugar a seleccionar una de ellas con el fin de proseguir con la celebración y ejecución del contrato estatal correspondiente.

“En este punto resulta pertinente reiterar que a través de su oferta, cada interesado en contratar con las entidades estatales, en cuanto considere que reúne los requisitos y las condiciones exigidas para cada caso, por lo general atiende la convocatoria o la invitación que formulen dichas entidades para participar en los respectivos procedimientos administrativos de selección contractual, propósito para cuyo efecto a cada uno de tales interesados le corresponde estudiar previamente el sentido, alcance y características del contrato que se pretende celebrar, así como debe estructurar su propuesta con arreglo a las formalidades y exigencias que

*determinen las normas vigentes y el pliego de condiciones, de tal manera que se satisfagan plenamente las tres (3) categorías en las cuales suelen clasificarse o agruparse los requisitos de orden jurídico, a saber: a).- **subjetivos**, relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad; b).- **objetivos**, concernientes al contenido de la oferta, sus características y alcance, y c).- **formales**, relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta.” (Negrillas adicionales).*

Como se aprecia, del contenido y alcance de las normas citadas se pueden extraer varias conclusiones relacionadas con la potestad de la administración contratante de rechazar las propuestas y, por lo tanto, de impedir su evaluación: i) sin importar si el requisito es subsanable o insubsanable, es importante garantizar el principio - derecho constitucional al debido proceso, en aras de que se permita controvertir las decisiones adoptadas, ii) los requisitos predicables respecto de los proponentes y la oferta pueden ser de tres tipos, clases o naturaleza, esto es: **subjetivos** que atienden a las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; **objetivos** que se refieren a aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., que permiten ponderar las ofertas en su real y efectiva dimensión, y **formales** que atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal, iii) en relación con los requisitos simplemente formales, que pueden ser subsanados en los términos del artículo 25.15 de la ley 80 de 1993, es posible que se otorgue un plazo razonable al proponente para que corrija el mismo, al tenor de lo establecido en el artículo 30.7 *ibídem*.

Esta lógica principalística, estructurada en el derecho que tienen los proponentes de enmendar los requisitos simplemente formales que no tienen incidencia en la calificación y evaluación objetiva de las propuestas, fue desarrollada por un fallo proferido por esta misma Subsección del 26 de febrero de 2014, que, por su importancia y especial *sindéresis*, se transcribe *in extenso* [2]:

3.1. La evaluación de las ofertas en la Ley 80 de 1993

“a) La evaluación de ofertas, y el régimen jurídico de la subsanabilidad de requisitos.

“Uno de los aspectos más sensibles de los procesos de selección de contratistas es la evaluación de las ofertas, y dentro de ella la calificación del cumplimiento de los requisitos que exigen los pliegos de condiciones, la ley y los reglamentos. No cabe duda de que a la entidad estatal que dirige el proceso administrativo es a quien le corresponde adoptar esa decisión, en primera instancia; la cual puede ser controvertida por los proponentes –a través de sus observaciones contra el informe de evaluación[3]-, para que

de nuevo la administración estudie el tema; y finalmente es eventual la posibilidad de que intervenga el juez para controlar los actos de la administración donde adopta esas decisiones, como sucede en el caso sub iudice, donde el demandante, que fue participante de un proceso de licitación, acudió a esta jurisdicción para buscar lo que considera es la corrección de las decisiones adoptadas.

“Pero para comprender íntegramente el tema sometido a juicio de la Corporación, se analizarán dos aspectos básicos: i) el régimen jurídico de la evaluación de las ofertas en la ley de contratación estatal, y ii) en especial, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las mismas.

“Como punto de partida, la Sala recuerda que en el tema propuesto se presentó una ruptura ideológica entre los estatutos contractuales anteriores a la Ley 80 de 1993 (Decreto-ley 150 de 1976 y Decreto-ley 222 de 1983) y el régimen que impuso ésta. La diferencia consistió en que antes de 1993 era muy limitada la posibilidad que se concedía a los proponentes para “subsanar” los errores en que incurrían, para satisfacer las exigencias previstas en las leyes, decretos y sobre todo en el pliego de condiciones, porque en esa época prevaleció la cultura del formalismo procedimental, que sacrificó lo esencial o sustancial de las ofertas por lo procedimental.

“Esta ideología jurídica condujo a que las entidades rechazaran las ofertas, indiscriminada e injustificadamente, que no cumplían algunos requisitos establecidos en el pliego de condiciones y el resto del ordenamiento, bien porque se trataba de requisitos esenciales del negocio o bien de formalismos insustanciales, de esos que no agregaban valor a los ofrecimientos hechos. Por esto, se desestimaban propuestas aduciendo que ofrecían: especificaciones técnicas diferentes a las exigidas en el pliego, porque condicionaban la oferta, no acreditaban la capacidad para contratar, etc., lo que era razonable; no obstante, también se rechazaban por no aportar el índice de los documentos entregados, o una o más copias junto con el original, o por no aportar los documentos en el “orden” exigido por la entidad, etc. De esta manera, sucedió que muchas ofertas técnicas y económicas extraordinarias fueron rechazadas por obviar exigencias sustanciales del negocio; pero también por no cumplir aspectos adjetivos, que en nada incidían en la comparación de las ofertas y en general en el negocio jurídico potencial.

“Con el advenimiento de la Constitución de 1991 se irradió a lo largo y ancho del sistema jurídico, incluido el administrativo, un nuevo valor para las actuaciones judiciales y administrativas. En particular, el art. 228 estableció que en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial sobre el procedimental[4], y el art. 209 incorporó principios más

versátiles y eficientes para el ejercicio de la función administrativa [5]. Esto, y otros cambios propios de la gerencia de lo público –es decir, de sus entidades-, transformaron la perspectiva y la mirada del derecho, en cuanto a la aproximación a los problemas jurídicos y a su solución, y también en el abordaje de las tensiones entre los derechos y las actuaciones del Estado.

“Concretamente, en 1993, con la expedición de la Ley 80, en materia contractual, se incorporó esta filosofía a la normativa de los negocios jurídicos del Estado. De manera declarada, en franca oposición a la cultura jurídica formalista que antes aplicaba la administración pública a los procesos de selección de contratistas, que sacrificaron las ofertas so pretexto de hacer prevalecer una legalidad insulsa -no la legalidad sustancial y protectora de los derechos y las garantías-, la nueva normativa incorporó un valor diferente, incluso bajo la forma de principio del derecho contractual, que debía invertir o reversar la lógica que regía los procesos de contratación. En virtud de ese nuevo pensamiento rector de los procedimientos administrativos, en adelante las ofertas no podrían desestimarse por irregularidades, insuficiencias o incumplimientos frívolos y triviales, en relación con las exigencias que hiciera el ordenamiento jurídico y sobre todo el pliego de condiciones para cada proceso de contratación. Finalmente, tres normas, que se deben armonizar, expresaron la moderna filosofía:

“i) El numeral 15 del artículo 25, centro de gravedad de la nueva lógica de los procesos de selección, que contiene el principio de la economía, dispuso que:

“15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

“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.”

“Al amparo de esta disposición, la principal de las normas que se refieren al tema, las entidades públicas ya no podían rechazar ofertas por aspectos puramente formales, en palabras de la Ley: por requisitos “no necesarios para la comparación de propuestas”. La nueva filosofía del derecho constitucional, recibida ahora como filosofía del derecho contractual, dispuso con total claridad que las ofertas incompletas -por falta de requisitos o documentos- no se rechazarán automáticamente por cualquier tipo de

deficiencia; es necesario que la entidad estatal pondere la decisión alrededor de un concepto jurídico indeterminado, que la conducirá a la decisión correcta: le corresponde valorar si lo que falta es “necesario para la comparación de propuestas”, si concluye que es indispensable debe rechazarla, pero si no lo es debe concederle al proponente la oportunidad de subsanarla, para luego admitirla y evaluarla.

“ii) Más adelante, el art. 30.7 retomó el tema, para agregar elementos de valoración sobre la subsanabilidad de las ofertas. Expresó que durante el lapso en que la administración las evalúa, debe pedirle al oferente que “aclare” y “explique” lo que necesite esclarecimiento.

“7o. 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.” (Negritas fuera de texto)

“De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo in limine de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará “a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare.

“De esta manera, 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, para 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 art. 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 8, de la misma 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 art. 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 art. 25.15, y no en los aspectos que prohíbe.

“Para la Sala la segunda solución es la correcta, porque si el art. 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 surgiría, de un lado, una contradicción lógica grave, profunda e irreconciliable, entre los artículos 25.15 y 30.7 con el art. 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 art. 25.15 contiene un principio general del derecho administrativo –el principio de economía–, mientras que el art. 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 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 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.” (Negrillas fuera de texto)

“El nuevo criterio derogó el inciso segundo del art. 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...”.”

“En adelante, el criterio de diferenciación entre los requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto, “aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas”; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables “... todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje”, los que “... podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”

“Como es apenas comprensible, a partir de la Ley 1150 de 2007 el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad y la libertad de comprensión que tuvo la administración en vigencia del art. 25.15 de la Ley 80, para establecer qué o cuáles exigencias eran necesarias para comparar las ofertas. Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que “asignan puntaje”, de allí que si en un procesos de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -ldebe corregirse-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás.

“A partir de esta norma resulta sencillo concluir, por ejemplo: que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal

por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje. Si se permitiera enmendar lo que asigna puntaje sería fácil para el proponente defraudar a los demás participantes en la licitación, ofreciendo un dato irrisorio, porque para ese instante conoce los valores ofrecidos por sus competidores. En tal evento, es seguro que obtendría el máximo puntaje en el ítem o aspecto omitido, y es bastante probable que ganaría la licitación.

“No obstante la claridad que ofrece esta norma, se insiste: porque redujo la discrecionalidad que tenía la administración de definir, en cada caso, qué aspectos de la oferta eran subsanables, atendiendo a la necesidad de ellos para compararlas; por introducir un criterio objetivo: no es subsanable lo que otorgue puntaje, lo demás sí; al poco tiempo el Gobierno reglamentó la Ley 1150, y señaló, en el art. 10 del Decreto 066 de 2008[7], que en ejercicio de esta facultad -la de subsanar ofertas- no era posible “... permitir que se subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.”

“Esta norma introdujo una gran contrariedad, y por ende provocó un gran debate de legalidad entre los operadores jurídicos de la contratación, porque mientras la Ley 1150 exigió subsanar cualquier defecto o insuficiencia de una oferta, con la condición de que el defecto no asignara puntaje; el reglamento introdujo una limitación a la subsanabilidad de algunos de esos defectos, relacionada con dos criterios nuevos: i) falta de capacidad y ii) ocurrencia de circunstancias después de presentadas las ofertas[8]. Esto significó que a pesar de que los defectos o falencias observadas de una oferta no asignaban puntaje, no se podían corregir o cumplir -es decir, no eran subsanables-, si se trataba de alguna de las dos circunstancias prohibidas por el decreto -tres circunstancias contando la ausencia de póliza de seriedad-.

“En este escenario, los administradores debieron estimar que hasta tanto el Consejo de Estado no anulara o suspendiera esa disposición -lo que, por cierto, no sucedió, porque la norma no se demandó-, las entidades públicas y los oferentes la debieron presumir legal, es decir ajustada a derecho, y por tanto la aplicaron obedientemente, porque en Colombia la excepción de ilegalidad no la pueden aplicar la administración ni los particulares; salvo el juez administrativo[9].

“Poco tiempo después, la misma norma la reprodujo el Decreto reglamentario 2474 de 2008 –que derogó al Decreto 066 de 2008[10]-. Dispuso el art. 10, de manera idéntica, que las entidades estatales tampoco pueden: “... permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.” La garantía de seriedad de la oferta conservó el mismo tratamiento expresado al pie de página pertinente.

“A su vez, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 734 de 2012[11], que sobre el mismo tema dispuso que la entidad tampoco podía: “... permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta.” La garantía de seriedad de la oferta conservó el mismo tratamiento expresado al pie de página pertinente, pero ahora en el artículo 5.1.7.1. del Decreto 734.

“Hasta este año los tres decretos –más el 4828 de 2008- conservaron el problema jurídico comentado: la contradicción parcial entre ellos y el art. 5 de la Ley 1150, puesto que tergiversaron buena parte de la regla que estableció la ley, porque mientras ésta permitió subsanar todos los defectos que no asignaran puntaje, sin importar el momento del procedimiento contractual en que se haga -incluso la norma dispone que hasta la adjudicación[12]-; los reglamentos impidieron subsanar muchos requisitos que no asignaban puntos, porque se referían a la capacidad para contratar o porque se trataba de requisitos cumplidos después de presentadas las ofertas. Así se crearon dos sub-reglas –tres con la norma sobre la insubsanabilidad de la ausencia de póliza de seriedad-, autónomas, separadas de la ley, por tanto no ajustadas a ella.

“Finalmente, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 1510 de 2013, que a diferencia de los anteriores no reprodujo la norma que se viene citando. Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente.

“En la sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera –exp. 36.054– expresó sobre la evaluación de las ofertas y los requisitos subsanables, en el mismo sentido que se comenta, que: “La ley señala principalmente como requisitos habilitantes la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y las condiciones de organización. Estos factores no se pueden evaluar con puntos, sino con el criterio admisión/rechazo. Estas exigencias, vienen a constituir así, mínimos que cualquier sujeto interesado en ser proponente debe cumplir[13].

*“A la lógica anterior obedece el contenido del párrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que “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”. Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, “ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”*

“Para bien del principio de legalidad, del derecho a acceder a los contratos estatales, del derecho a participar en las contrataciones públicas, y de los principios de economía, eficiencia y eficacia de la gestión administrativa, desaparecieron los dos criterios de insubsanabilidad que crearon los primeros tres decretos reglamentarios; en adelante regirá uno solo, el legal -como siempre debió ser-: defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas –usualmente indicado en los pliegos de condiciones-, sin exceder del día de la adjudicación.”

De modo que, el objetivo de la ley 80 de 1993 fue establecer, precisamente, un estatuto contractual de la administración pública basado en principios, de tal forma que se permitiera la ponderación de esos mandatos de optimización y a las entidades contratantes elaborar y desarrollar procesos de selección –que con independencia al carácter reglado que se deriva del principio de planeación– fueran más ágiles y dinámicos sin caer en la excesiva reglamentación, detalle y direccionamiento.

Por lo tanto, 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*³⁶.

³⁶ [1] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 24059, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[2] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 25804, M.P. Enrique Gil Botero.

[3] Sobre la posibilidad de controvertir los informes de evaluación, en cualquier clase de proceso de selección de contratistas, el art. 24.2 de la Ley 80 establece: “En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.”

De manera especial, sólo para la licitación pública, la Ley 80 establece, en el art. 30.8, que: “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.”

[4] “Art. 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”

[5] “Art. 209. 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.”

[6] Mediante la Sentencia del 26 de abril de 2006 –exp.16.041- la Sección Tercera anuló parte de unos pliegos de condiciones porque evaluó la forma de presentación de la oferta, cuando se trata de un aspecto insustancial para compararlas. Expresó:

“En los Pliegos de Condiciones, numeral 28.2 de la Sección II, Evaluación de la Propuesta, y en particular, en el Adendo No. 1 modificadorio de los mismos, numeral 9, se estableció como factor ponderable en la Licitación Pública la forma de organizar la oferta, bajo el título “Presentación de la Propuesta”.

“Este criterio de ponderación era susceptible de calificación con cien puntos (100) de los mil (1.000) posibles que podía obtener una propuesta. Los cien (100) puntos se obtenían por la sola presentación de la propuesta, pero eran penalizados si la misma se encontraba incurso en las causas previamente determinadas para la disminución de ese puntaje y descritas en el numeral 9 del Adendo No. 1 que modificó la Sección II, numeral 28.2, Subcapítulo 6, de los Pliegos de Condiciones. Dentro de esas causas, se contempló en el citado numeral una rebaja de cinco (5) puntos, por “no respetar el orden de los documentos que conformaban la propuesta”.

“(…)

“Así mismo, está acreditado en el proceso que el actor intercaló en su propuesta documentos que rompieron el orden de presentación establecido en el Adendo No 1 del Pliego de Condiciones, en lugar de adicionarlos en último término (fls 66 a 110 cd 3; fls. 0 a 44, cdo 6). En efecto, el ingeniero Casas adicionó e intercaló documentos relacionados en las letras E. Programación y Cronograma de Inversión; F. Cuadro de Obras de Ejecución; G. Equipo Mínimo Requerido de su oferta rompiendo la secuencia que había sido aclarada en la audiencia de precisión de pliegos y contenida en el citado adendo.

“(…)

“Si bien la actuación de la administración no resultó *per se* discriminatoria frente al actor, y se demostró que este se valió de la regla establecida en Pliego de Condiciones para luego desconocer de manera inadmisiblemente un acto propio, conclusión que unida al hecho de que fue apenas en la formulación del recurso de apelación cuando el actor se quejó del sentido del pliego en este aspecto y pidió tenerlo por ineficaz, lo cual es suficiente para desestimar el cargo, la Sala no quiere dejar pasar la oportunidad para llamar la atención sobre la consagración de criterios en los pliegos de condiciones que, como el denominado “Por presentar la propuesta en un orden distinto al que aparece en los documentos de la propuesta”, a pesar de ser puramente formal inciden en la calificación a través de una disminución de puntaje.

“(…)

“De lo dicho y de conformidad con la norma transcrita, no puede, entonces, aceptarse que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se consagren como requisitos habilitantes o criterios ponderables, cláusulas, disposiciones o factores puramente formales o adjetivos, que no sean esenciales para la comparación objetiva de las propuestas, es decir, que no conlleven un valor agregado al objeto de la contratación o no permitan medir o evaluar sustancialmente el mérito de una propuesta frente a las necesidades concretas de la administración, toda vez que ello contraría los principios de la contratación pública, como el de planeación, transparencia y el deber de selección objetiva.

“(…)

“Por consiguiente, así como, en repetidas oportunidades ha explicado la Sala, que no es susceptible de descarte o rechazo propuestas por aspectos formales o de mero detalle que no comprometen el componente sustancial de la propuesta, de igual manera, con este mismo raciocinio, no pueden incluirse en los pliegos de condiciones o términos de referencia y, por ende, ponderarse o calificarse criterios de índole formal, que ningún valor le agregan a la contratación y que, por el contrario, ponen en riesgo la escogencia de la oferta favorable al interés público perseguido con ella y en tela de juicio principios de la Ley 80 de 1993 y sus normas (artículos 3; 5 24 numeral 5, apartes a) y b) del artículo 24; 25 numeral 1, 2 y 3; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993).”

[7] “Artículo 10. Reglas de subsanabilidad.

“En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 Y 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

“Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

“Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización.

“En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.” (Negritas fuera de texto)

[8] Incluso, el Decreto 4828 de 2008, que reglamentó las garantías en la contratación, señaló que la ausencia de póliza de seriedad de las ofertas era insubsanable-a pesar de que es claro que este requisito no otorga puntaje-, pero sí se pueden corregir los defectos que tuviera la presentada junto con la oferta: Dispuso el inciso final del art. 7.1: “(...) La no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de esta última.”

Esta norma se reprodujo en los dos decretos reglamentarios siguientes de la contratación estatal, pero no en el Decreto 1510 de 2013.

[9] A esta conclusión llegaron el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Ésta lo expresó en la sentencia de constitucionalidad C-037 de 2000, en los siguientes términos:

“19. Con todo, el orden jerárquico que emana de la Constitución, a pesar de no impedir la penetración de los principios constitucionales en todas las dimensiones del quehacer judicial, da soporte a la existencia de la excepción de ilegalidad y a que su consagración por el legislador resulte acorde con la Carta.

“Sin embargo, su aplicación o invocación no pueden ser generales, ni la obligatoriedad de los actos administrativos normativos ha sido dejada por el constituyente al libre examen de las autoridades y los particulares. Tal facultad de inaplicar actos administrativos contrarios a las normas superiores, se reserva a la jurisdicción contencioso administrativa. A esta conclusión se llega a partir de las siguientes consideraciones:

“20. En principio, podría pensarse que ante la ausencia de una norma constitucional expresa que autorice a toda persona el no cumplir actos administrativos contrarios al ordenamiento superior, cabría una interpretación analógica del artículo 4° de la Constitución, según la cual así como cualquier autoridad debe dar aplicación prevalente a las normas constitucionales sobre cualesquiera otras que resulten contrarias a ellas, de igual manera debe inaplicar disposiciones contenidas en actos administrativos de cualquier índole, cuando contradicen a aquellas otras que les son superiores jerárquicamente. En efecto, la analogía entre los fenómenos de la inconstitucionalidad y la ilegalidad de las normas parece ser manifiesta, pues en uno y otro caso se trata del desconocimiento de normas de mayor rango jerárquico. Así, siendo análogas ambas situaciones cabría la aplicación del artículo 4° superior, para deducir que en todo caso de incompatibilidad entre una norma superior y otra inferior deberán prevalecer las disposiciones de mayor jerarquía.

“Sin embargo, la Corte descarta esta posible interpretación analógica del artículo 4° de la Constitución Política, por las siguientes razones: (...)

“De todo lo anterior concluye la Corte que no hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o las autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador. Así las cosas el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, debe ser interpretado de conformidad con las consideraciones precedentes, pues entenderlo en el sentido de conferir una facultad abierta para que autoridades y particulares se sustraigan al principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, desconoce la Constitución.

“24. Finalmente, motivos que tocan con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la vigencia y efectividad del orden jurídico, dan fundamento de razonabilidad adicional a la reserva hecha por el legislador respecto de posibilidad concedida a los particulares y a las autoridades administrativas de sustraerse a la fuerza obligatoria de los actos administrativos. Efectivamente, dejar al criterio de cualquier autoridad, o aun al de los particulares, la observancia de las disposiciones de las autoridades contenidas en los actos administrativos, propiciaría la anarquía en perjuicio de la efectividad de los derechos de los ciudadanos y dificultaría en alto grado la posibilidad de alcanzar el bien común. En cambio, dejar a la competencia de la jurisdicción contenciosa la definición sobre la legalidad de un acto en nada lesiona los derechos de los administrados, pues cualquiera tiene abierta la posibilidad de demandar su nulidad y aún de pedir su suspensión provisional, la cual, cuando verdaderamente hay un manifiesto desconocimiento de las normas de superior jerarquía, se concede en un breve lapso que garantiza la vigencia del principio de legalidad.

“De todo lo anterior, se concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma *sub exámine* tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos.

“Al respecto, destaca la Corte que cuando, con posterioridad a expedición del Código Contencioso Administrativo, el h. Consejo de Estado ha invocado el artículo 12 de la ley 153 de 1887, lo ha hecho dentro del trámite de un proceso judicial, para efectos de inaplicar un acto administrativo en razón de su ilegalidad. Así, la postura jurisprudencial de esa Corporación que aboga por la vigencia de la norma mencionada, la ha aplicado dentro de este contexto procesal judicial, y no con el alcance de cláusula general de inaplicabilidad de los actos administrativos por cualquier autoridad que los estime ilegales.”

[10] “Artículo 10. *Reglas de subsanabilidad*. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

“Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, (o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones), sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

“Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

“Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente decreto.

“En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.”(Negrillas fuera de texto) (La parte entre paréntesis y subrayada fue declarada nula por la Sección Tercera del Consejo de Estado)

[11] “Artículo 2.2.8. *Reglas de subsanabilidad.* En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

“Sin perjuicio de lo anterior, será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

“Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 3.2.1.1.5 del presente decreto.

“En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta.” (Negrillas fuera de texto)

[12] En la sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera –exp. 36.054. CP. Enrique Gil Botero- declaró la nulidad parcial del art. 10 del Decreto 2474 de 2008, que limitaba la posibilidad de subsanar las ofertas *“hasta el momento en que la entidad lo establezca...”*; y no como lo expresa la Ley *“...hasta la adjudicación del contrato respectivo.”* La Sala expresó que:

“A la lógica anterior obedece el contenido del parágrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que *“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”*. Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, *“ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”*

“El problema que suscita el cargo formulado se centra en el momento en el que las ofertas pueden subsanarse cuando faltan documentos que acrediten uno o varios requisitos habilitantes. La Sala considera que, en este aspecto, efectivamente la norma reglamentaria desconoció el requisito de necesidad, toda vez que reguló de manera disímil un tema que ya había sido precisado por el legislador.

“De la comparación hecha entre el aparte demandado del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se puede inferir sin dificultad que la ley permite que los requisitos habilitantes se soliciten hasta el momento previo a la adjudicación, de allí que la subsanación debe realizarse antes de que ésta se lleve a cabo, mientras que el inciso segundo del precepto cuestionado señala que los documentos se pueden solicitar *“hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...”*

“De modo tal que, como se sostuvo en el auto que decretó la suspensión provisional de la disposición acusada, se sobrepasa la facultad reglamentaria porque se *“...limita temporalmente la posibilidad de que subsanen las deficiencias de las ofertas, señalando que los pliegos pueden anticipar dicho momento, aspecto que no se ajusta a la ley, porque ella establece que de ser necesario subsanar las ofertas la entidad puede solicitarlo hasta el momento de la adjudicación, de manera que no es necesario hacer mayores reflexiones para advertir que la ley y el reglamento no dicen lo mismo”*; y por ello la sala declarará la nulidad de la expresión *“...o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...”* contenida en el inciso segundo del artículo 10 del decreto 2474 de 2008.”

[13] *Ibidem*.

[14] “Al hacer la comparación entre el anterior régimen y el impuesto con la expedición de la ley 80 de 1993, hay un cambio sustancial, por cuanto pasamos de un régimen en el cual la oferta debería cumplir todos y cada uno de los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones..., so pena de ser rechazada, a un escenario en el cual la administración si entroncaba un documento faltante y este no era comparativo de ofertas, debería

FRENTE A LA PÓLIZA DE SERIEDAD DE OFERTA

La posición del Consejo de Estado que sirve de fundamento a la disposición proferida por la Agencia Nacional de Contratación Pública se sustenta en lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que textualmente indica que «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.»

A través de la norma citada, el Legislador dio alcance en materia contractual al principio consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política, según el cual, lo sustancial prevalece sobre lo formal.

Es importante recordar que cuando la Ley 80 de 1993 consagró el principio de economía en la contratación estatal, también intentó establecer una regla de subsanabilidad que facilitara la selección objetiva, dándole prevalencia a lo sustancial. El numeral 15 del artículo 25 de la mencionada ley sostenía que «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.»

Con fundamento en las normas citadas, el Consejo de Estado ha concluido lo siguiente: A partir de esta norma resulta sencillo concluir, por ejemplo: que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo, la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje. Si se permitiera enmendar lo que asigna puntaje sería fácil para el proponente defraudar a los demás participantes en la licitación, ofreciendo un dato irrisorio, porque para ese instante conoce los valores ofrecidos por sus competidores. En tal evento, es seguro que obtendría el máximo puntaje en el ítem o aspecto omitido, y es bastante probable que ganaría la licitación.¹ (Subrayado por fuera del texto)

proceder a requerirlo y si se allegaba, la oferta seguía compitiendo.” MALLANA Camacho, Ernesto “Manual de contratación de la administración pública”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pág. 428.

Ahora, del entendimiento literal del párrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se deriva que el legislador previó que lo insubsanable es no aportar la garantía junto con la propuesta, más no se pronunció sobre los casos en los que se presenta una garantía que evidencia ciertas falencias como, por ejemplo, un error en el valor asegurado o en la vigencia de los amparos. De esto se infiere que, la regla contenida en el párrafo citado debe aplicarse cuando la garantía de seriedad no se entregó con la presentación de la oferta. Por ello, en principio, se podrían corregir los errores de la garantía, siempre y cuando estos se pretendan corregir, modificar o enmendar y no se enmarquen en el supuesto de no presentación de la garantía de seriedad junto con la oferta, por lo que es posible enmendar ciertas falencias.

Finalmente el Acuerdo 007 de 2020 de la Junta Directiva de la E.S.E. HOSPITAL ORITO y la Resolución 1103 de 04 de diciembre de 2020 de la Gerencia de la E.S.E. HOSPITAL ORITO, documentos que compilan el Estatuto y Manual de Contratación de la E.S.E. Hospital Orito, normas que son de obligatorio cumplimiento para el proceso contractual de referencia, que en sus artículos 37.4.3 y 38.4.3 respectivamente, Previo al cierre, *“se podrán introducir modificaciones mediante adendas, las que una vez firmadas por el Gerente, se publicarán en la página Web del HOSPITAL o cartelera.”*

Concordantes con lo normado por el Decreto 1082 de 2015, que en su 2.2.1.1.2.2.1 señala cómo se pueden realizar modificaciones en los pliegos de condiciones, así:

“La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.”

La Entidad Estatal puede expedir Adendas para modificar el Cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato.

La Entidad Estatal debe publicar las Adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación.”

Las normas en comento dan pie a demostrar que la administración de la E.S.S. HOSPITAL ORITO ha incurrido en un acto irregular por cuanto viola las normas que establecen el procedimiento para la formación de los actos administrativos, contrarios a la Constitución, la Ley y los reglamentos y máxime cuando están causando un agravio injustificado al proponente habilitado para celebrar el contrato que se desprende de la convocatoria pública CP-001-2022 para el caso U.T. HINCCO ORITO.

La convocatoria, como norma reguladora del proceso de selección, se convierte en el referente para evaluar si en el desarrollo de las etapas y procedimientos que integran el concurso público de méritos se garantiza el derecho al debido proceso. Sobre el particular, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente en la sentencia SU 913 de 2009:

[...] (i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o

resulten violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por los partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido [...]

El requerimiento de subsanación debe distinguirse de las solicitudes de ampliación que puede solicitar la entidad contratante a causa de la alteración del cronograma del proceso de contratación, cuya desatención no necesariamente amerita el rechazo de la oferta. De acuerdo con lo explicado, si el proponente presenta su garantía de seriedad conforme a la vigencia inicialmente exigida, o la subsana dentro del término otorgado, la entidad no podrá rechazar la oferta si el proponente no atiende una solicitud de ampliación de esta por un plazo superior al término de tres meses previsto en el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, motivada en la prórroga de los plazos de adjudicación o de suscripción del contrato. En ese mismo sentido, la entidad tampoco podrá rechazar la oferta si el proponente se niega a atender alguna solicitud de ampliación de la garantía de seriedad motivada en la prórroga de alguna etapa del proceso de contratación distintas de las previstas en el referido numeral, o fenómenos como la suspensión del proceso de contratación.

Por último, el Honorable Consejo de Estado ha precisado que la causal en la que se apoya la declaratoria de desierta debe estar prevista en el pliego de condiciones, en el entendido de que se impone cuando ningún proponente cumple con los criterios de favorabilidad señalados en él. Esos criterios deben obedecer a los necesarios para comparar las propuestas, siempre y cuando sean posibles de cumplir, no induzcan a error a los proponentes y no incorporen reglas que dependen de la exclusiva voluntad de la entidad contratante. **En ese orden, la administración no está facultada para declarar desierta una selección contractual con el objeto de salvar o enmendar un error cometido por ella en la planeación del procedimiento de selección del contratista.** Por el contrario, *[1] a regla de la adjudicación compulsoria obliga a la administración pública siempre a escoger el contratista que haya presentado la propuesta más favorable*

FRENTE AL ACTO ADMINISTRATIVO

La Sala, reitera que los actos administrativos generales son aquellos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica abstracta o impersonal, que no puede vincularse en forma directa e inmediata con una persona determinada o determinable. Uno de los factores que suele asociarse erróneamente a la determinación de actos de esta naturaleza es la cantidad de personas que se ven afectadas por la manifestación de voluntad de la administración, sin embargo, ello no es característico de los mismos ya que lo que los define es «[...] la abstracción o indeterminación individual de sus destinatarios o de las personas que pueden resultar cobijadas por el acto [...]».

Por su parte, el acto administrativo particular o individual es aquel que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas personales y subjetivas, generando consecuencias directas e inmediatas sobre personas que la misma decisión identifica o que podrían ser identificables.

Un aspecto esencial que a juicio de esta Sala debe tenerse en cuenta es que cuando la administración pública, debiendo adoptar una decisión que por esencia es de carácter general, lo hace a través de un acto que en apariencia es de contenido particular, no se desnaturaliza la condición de acto administrativo de carácter impersonal y abstracto que tiene tal manifestación de voluntad a efectos de definir la procedencia de la acción. En otras palabras, la imprecisión cometida por la administración pública al dictar un acto administrativo de carácter particular cuando éste, en razón de la decisión adoptada, ha debido ser de contenido general, no es una excusa para que escape al control judicial que le correspondía de haberse expedido en debida forma.

Con el fin de analizar este punto, es aconsejable resaltar que la motivación de los actos administrativos constituye un elemento necesario para la validez de un acto administrativo. Es condición esencial que existan unos motivos que originen su expedición y que sean el fundamento de la decisión que contienen.

En otras palabras, deben existir unas circunstancias o razones de hecho y de derecho que determinan la expedición del acto y el contenido o sentido de la respectiva decisión.

Los motivos son entonces el soporte fáctico y jurídico que justifican la expedición del acto administrativo y el sentido de su declaración y, por lo general, cuando por disposición legal deben ponerse de manifiesto, aparecen en la parte considerativa del acto.

FRENTE A LAS CAUSALES DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En el ordenamiento jurídico colombiano, los vicios invalidantes de los actos administrativos aluden a todas aquellas circunstancias que tienen la capacidad de suprimirlos validez a las manifestaciones de voluntad de la administración a raíz del incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para que estas se produzcan conforme a derecho. Se

trata entonces de una teoría que entra en juego cuando las decisiones de la administración desconocen el valor normativo del ordenamiento y, en consecuencia, pueden catalogarse como antijurídicas.

Es por ello que, aunque el artículo 137 del CPACA consagra varias causales de nulidad, todas estas podrían quedar subsumidas dentro de aquella contemplada como la infracción de las normas superiores en que debía fundarse el acto administrativo, causal que ha sido entendida como genérica frente a las específicas referidas a cada uno de los elementos de las decisiones de la administración, a saber: incompetencia, expedición irregular, desviación de poder, desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa y falsa motivación.

FRENTE AL CARÁCTER EJECUTORIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO GENERAL Y SU PUBLICIDAD

Uno de los atributos de los actos administrativos es la eficacia. En virtud de este, el acto administrativo tiene la aptitud para producir los efectos jurídicos que persigue, como una expresión de la autotutela de la administración. La regla general es que los actos administrativos tengan eficacia inmediata a partir de su firmeza y que ella sea constante en el tiempo, esto es, que la obligación de su cumplimiento se mantenga durante toda la vida del acto. En ese sentido, el artículo 89 del CPACA dispone lo siguiente:

[...] ARTÍCULO 89. CARÁCTER EJECUTORIO DE LOS ACTOS EXPEDIDOS POR LAS AUTORIDADES. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional [...]

Por su parte, el inciso 1 del artículo 91 de la Ley 1437 de 201125 prevé que «[...] salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo [...]». Es importante señalar que el hecho de que el carácter ejecutorio de los actos administrativos opere desde el momento en que estos adquieren firmeza tiene su explicación en la presunción de legalidad que los cobija, en virtud de la cual, a partir de entonces y mientras que no sean declarados nulos judicialmente, debe entenderse que se profirieron de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, presumir la legalidad de la decisión administrativa permite que esta se haga definitivamente obligatoria tanto para la administración como para los administrados desde que ha quedado ejecutoriada.

Visto lo anterior, hay que indicar que lo relativo a la firmeza de los actos administrativos se encuentra regulado en el artículo 87 del CPACA, del que interesa resaltar su numeral 1.º en cuanto indica que, en los casos en que en contra de aquellos no proceda ningún recurso, estos quedan en firme desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación, según se trate.

No está de más realizar dos precisiones. La primera de ellas es que la prevista en el citado numeral 1.º es la hipótesis aplicable a los actos administrativos de carácter general porque, en atención al artículo 7528 del CPACA, estos no son susceptibles de los recursos administrativos, salvo que exista una disposición que así lo prevea específicamente. De otro lado, es importante señalar que la notificación, comunicación y publicación son procedimientos a través de los cuales se satisface el principio de publicidad, primordial en todo Estado social de derecho.

Este postulado se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, según el cual la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento, entre otros, en el mencionado principio. Aunque el propósito de este es otorgarle seguridad jurídica y transparencia a la actividad estatal al permitir que sea conocida por sus destinatarios, las formas en que puede concretarse son diversas y su definición corresponde al legislador. Así, a la hora de establecer la vía por medio de la cual se ha de garantizar la publicidad de los actos administrativos, la ley debe tener en cuenta la naturaleza y características de la decisión respectiva.

Es por ello que el CPACA diferenció los mecanismos de publicidad aplicables a los actos administrativos de contenido general y abstracto de aquellos a los que se encuentran sometidas las decisiones de contenido particular y concreto. Mientras que, en los primeros, la publicidad y, por ende, la ejecutoria está dada por su publicación, en los segundos, este requisito se satisface a través de la notificación y el respectivo ejercicio del derecho de contradicción que garantizan los recursos del procedimiento administrativo.

Al respecto, los artículos 65 y 66 *ibidem* prevén lo siguiente: [...] *ARTÍCULO 65. DEBER DE PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL.* Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso. Las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar esos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica o por bando, en tanto estos medios garanticen amplia divulgación. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general, se comunicarán por cualquier medio eficaz. En caso de fuerza mayor que impida la publicación en el Diario Oficial, el Gobierno Nacional podrá disponer que la misma se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz.

PARÁGRAFO. También deberán publicarse los actos de nombramiento y los actos de elección distintos a los de voto popular.

ARTÍCULO 66. DEBER DE NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. Los actos administrativos de carácter particular deberán ser notificados en los términos establecidos en las disposiciones siguientes [...] De lo anterior se desprende que ningún acto administrativo es obligatorio para sus destinatarios ni para las autoridades mientras no haya sido objeto de publicidad a través de las formas especialmente dispuestas para tal fin, las que tratándose de aquellos de carácter general aluden a la publicación. En cuanto a la manera en que debe surtirse esta última, la disposición transcrita conduce a afirmar que, en principio, los actos administrativos proferidos por entidades del nivel territorial deben publicarse en la gaceta respectiva y, a falta de ésta, es factible acudir a otros instrumentos que garanticen el conocimiento efectivo por parte de sus destinatarios. Por su parte, la regla general tratándose de actos administrativos que se originen en una autoridad del nivel nacional es que la publicación se realice en el diario oficial.

FRENTE AL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA EXPEDICIÓN DE ACTOS NORMATIVOS

El principio de confianza legítima tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y se ha entendido que este impone límites a los cambios normativos provenientes de los órganos estatales productores de derecho, cuando afectan las expectativas legítimas de los particulares.

En este sentido, se trata de una garantía en favor de las personas, que restringe la posibilidad de que se emitan decisiones abruptas y sorpresivas, sin adoptar medidas de transición o que minimicen los efectos negativos que el cambio de regulación les implica.

Es decir, que su alcance no es el de hacer intangibles o inmodificables las disposiciones jurídicas, sino el de reducir el impacto negativo que el cambio en ellas pueda producir.

Es importante resaltar la íntima relación que tiene este principio con los de buena fe, seguridad jurídica y respeto por el acto propio. Este último, conocido también por la locución latina «Venire contra factum proprium non valet», señala que un sujeto que ha emitido un acto, que ha definido una situación jurídica particular y concreta, en favor de otro, está impedido para modificar unilateralmente su decisión, porque de hacerlo, estaría violando la confianza que se generó con la primera conducta desplegada

De acuerdo con lo anterior, para la configuración del principio de confianza legítima, la Corte Constitucional fijó los siguientes presupuestos: [...] (i) La necesidad de preservar de manera concreta un interés público, esto es, resulta indispensable para la administración generar un cambio en sus actuaciones en aras de proteger el interés general; (ii) la demostración de que el particular ha desplegado su conducta acorde con el principio de

la buena fe; (iii) la desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; y (iv) la obligación de adoptar medidas por un periodo transitorio que adecúen la actual situación a la nueva realidad [...] En síntesis, el principio de confianza legítima se convierte en un deber jurídico de la administración frente a los administrados, que ha de atender en el ejercicio de la potestad de expedir actos que creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas, en detrimento de las ya consolidadas para ellos.

FUNDAMENTO DE DERECHO

Fundamento la presente acción de tutela en los artículos 86, 13,26, 29, 53 de la Constitución Política de Colombia, Decreto 2591 de 1991 y demás normas concordantes y complementarias con el caso materia de estudio.

PRUEBAS Y ANEXOS

Solicito al señor Juez, se sirva decretar y practicar las siguientes pruebas:

DOCUMENTALES APORTADAS:

1. Copia Acto administrativo de apertura.
2. Copia Respuesta a las observaciones presentadas.
3. Copia Adenda modificatoria.
4. Copia Audiencia de asignación de riesgos
5. Copia Acta de visita al sitio de obra
6. Copia Póliza de seriedad de oferta
7. Copia Acta de cierre de presentación de ofertas.
8. Copia Apertura de requisitos habilitantes.
9. Copia Informe de evaluación de consolidado
10. Copia Acta de evaluación de oferta económica.
11. Copia Anexo 0 póliza de seriedad de oferta
12. Copia Acta de suspensión
13. Copia Acta de Reanudación de convocatoria
14. Copia Resolución 622 12 de septiembre de 2022
15. Recurso de Reposición
16. Copia Resolución 656 28 de septiembre de 2022.
17. link

secop:

<https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=es-CO&Page=login&Country=CO&SkinName=CCE>

18. Copia Estatuto y Manual de Contratación de la E.S.E HOSPITAL ORITO.
19. Memorial poder.

20. Acta de conformación de unión temporal.

COMPETENCIA

Es su despacho el competente para conocer de la presente acción, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el decreto 2591 de 1991.

ANEXOS

Los documentos del acápite de pruebas y el sustento legal frente a la medida cautelar.

DECLARACIÓN JURADA

Para efectos del artículo 38 del decreto ley 2591, bajo la gravedad del juramento manifiesto, que no se ha interpuesto acción de tutela por estos mismos hechos ante autoridad jurisdiccional alguna.

NOTIFICACIONES

El ACCIONANTE, las recibirá en la DIRECCIÓN: KM 3 VÍA PASTO LA COCHA, correo electrónico: hugohinestroza@hotmail.com, Celular: 3167408481

La Apoderada en la Carrera 22 N° 17-27 (3er Piso) Of. 301-315 Centro – San Juan de Pasto (N) 3146431028- 7222051 o en su defecto y para mayor agilidad, autorizo notificar la contestación al correo electrónico: marcelamorán13@hotmail.com

EL ACCIONADO: La E.S.E HOSPITAL ORITO - Representante legal o quien haga sus veces, en la dirección Barrio Vergel calle 9 No. 10-50 - Orito, P, correo electrónico: gerencia@esehospitalorito.gov.co

Atentamente,



PAOLA MARCELA MORAN DEL VALLE
C. c. 1.085.265.626 de San Juan de Pasto (N),
T. P. 286371 del C. S. de la J.