

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., dos (2) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación: 68001233300020140065601 (58.372)

Demandante: Industria de Alimentos de Colombia S.A.S. –IALCOL S.A.S.-

Demandado: Municipio de Floridablanca

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Asunto: Sentencia de segunda instancia – Ley 1437 de 2011

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

El objeto de la controversia tiene por fin determinar si procede la nulidad de la resolución que revocó el acto de apertura de la licitación pública. El *a quo* negó las pretensiones, al advertir que no debían prosperar las pretensiones, toda vez que la propuesta del demandante no fue la mejor; el apelante, parte actora, insiste en la declaratoria de nulidad del acto enjuiciado y el restablecimiento de los perjuicios solicitados, dado que cumplió con los requerimientos establecidos en el pliego de condiciones para ser adjudicataria del contrato; además, señaló que la Administración argumentó de forma insuficiente el acto debatido.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

El 12 de mayo de 2016, el Tribunal Administrativo de Santander profirió la siguiente decisión (se transcribe conforme obra):

‘PRIMERO. DENEGAR las pretensiones de la demanda.

‘SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante por resultar vencida en esta instancia. Las agencias en derecho se liquidarán por auto separado. Líquidense las costas en la Secretaría de la Corporación.

‘TERCERO: Archívese el proceso, una vez ejecutoriada esta sentencia, previas las constancias de rigor en el sistema Siglo XXI.

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

Pretensiones

El 31 de julio de 2011, la Industria de Alimentos de Colombia S.A.S. –IALCOL S.A.S.- presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe literal):

‘1.- Que se declare LA NULIDAD de la Resolución N° 0064 del 17 de enero de 2014, ***‘POR MEDIO DEL CUAL SE REVOCA***

DIRECTAMENTE UN ACTO ADMINISTRATIVO Y DICTAN OTRAS DISPOSICIONES', proferida por el Alcalde Municipal de Floridablanca Santander al interior del proceso de licitación pública FLO-LIC-SEDU-014-2013.

'2.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** se impartan las siguientes órdenes y condenas.

'2.1. Se ordene al **MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA** proceda a continuar con el proceso licitatorio FLO-LIC-SEDU-014-2013 a fin de contratar LA 'PRESTACION DE SERVICIOS PARA LA EJECUCION DEL PROGRAMA DE ALIMENTACION ESCOLAR – PAE, PARA LA POBLACION BENEFICIARIA DE LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS OFICIALES DEL MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA SANTANDER' adjudicando el contrato a la única oferente INDUSTRIA DE ALIMENTOS DE COLOMBIA – IALCOL SAS.

'2.2. De no poderse adjudicar a mi representada el contrato objeto de la licitación por ya haber sido adjudicado a otra persona y estar en ejecución o por cualquier otra causa, solicito se condene al Municipio de Floridablanca a cancelar a mi representada INDUSTRIA DE ALIMENTOS DE COLOMBIA –IALCOL SAS, la utilidad esperada con la ejecución de tal contrato, la cual estima mi cliente en la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS MCTE (\$376.944.493), correspondiente al 22% del valor total de la propuesta presentada para la ejecución del contrato licitado.

'2.3. Que se cancele a mi representada los daños y perjuicios materiales causados con la expedición del acto administrativo 0064 de 2014, representados en los gastos e inversiones que tuvo que efectuar para elaborar y estructurar la propuesta, así como los costos de papelería y adquisición de póliza de seriedad de la oferta, pretensión representada en la suma de SEIS MILLONES SETESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL PESOS MCTE (\$6.773.000=).

'3. La entidad demandada dará cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 189 inciso 7 y 8 del CPACA.

'4. Que se condene al MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA, al pago de las costas procesales, expensas y agencias en derecho, en la suma que determine el Honorable Tribunal, siguiendo los lineamientos del artículo 188 del CPACA, en concordancia con el Código de Procedimiento Civil.

Hechos principales

Como supuestos de fácticos, la parte actora indicó que, el 18 de julio de 2013, el municipio de Floridablanca y el Ministerio de Educación Nacional suscribieron el convenio interadministrativo No. 603, por la suma de \$1.533'175.200, a través del cual el ministerio cofinanció al municipio para la implementación del programa de alimentación escolar "PAE" en la jurisdicción de dicha entidad territorial.

El 6 de diciembre de 2013, el municipio de Floridablanca publicó el aviso de convocatoria para la licitación pública FLO-LIC-SEDU-014-2013, con el fin de contratar a un operador privado para la "PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA EJECUCIÓN DEL PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – PAE, PARA LA POBLACIÓN BENEFICIARIA DE LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS OFICIALES DEL MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA SANTANDER".

El municipio de Floridablanca profirió la Resolución 2986 del 23 del diciembre de 2013, mediante la cual ordenó la apertura de la mencionada licitación pública y la publicación del pliego de condiciones definitivo, lo cual aconteció el 24 de diciembre siguiente.

Señaló que la propuesta de la Industria de Alimentos de Colombia S.A.S. fue la única que se presentó en el proceso de selección y que, como consta en el acta de evaluación de la oferta, cumplió con todos los requisitos técnicos, jurídicos y financieros; no obstante, por medio de la Resolución 64 del 17 de enero de 2014, el municipio demandado "revocó sin justificación y bajo argumentos que no obedecen a la realidad, más bien al parecer con una falsa motivación y una clara desviación de poder el acto administrativo de apertura del proceso licitatorio FLO-LIC-SEDU-014-2013".

El 24 de enero de 2014, el municipio de Floridablanca y el Ministerio de Educación Nacional liquidaron el convenio No. 603 de 2013 y ese mismo día el referido Ministerio celebró, de manera directa, el contrato 031 con la Unión Temporal por Una Niñez Feliz, cuyo objeto es "implementar el programa de atención escolar, a través del cual se brinda un complemento alimentario a los niños, niñas y adolescentes de la matrícula oficial en el Municipio de Floridablanca, acorde con los lineamientos técnico administrativos y estándares del programa de alimentación escolar y bajo la modalidad de contrato de aporte. Igualmente, adujo que, para esa fecha, 24 de enero de 2014, no estaba en firme el acto que revocó la apertura

Fundamentos de derecho

La parte actora aseveró que se desconocieron los artículos 6, 13, 23, 83, 84, 121, 209 y 269 de la Constitución Política, la Ley 80 de 1993, el Decreto 734 de 2012 y la Ley 1437 de 2011; para el efecto, formuló tres cargos, así:

Primer cargo, consistente en la *violación de las normas superiores*, toda vez que la demandada, al revocar el acto de apertura de la licitación, no fue eficiente y puso en riesgo el suministro de alimentos a los menores; además, trasgredió los derechos al trabajo y al debido proceso de la sociedad actora, pues pese a que reunió todos los requisitos exigidos en el proceso de selección y fue calificada satisfactoriamente, no le adjudicó el contrato de alimentación escolar.

Segundo cargo, relativo a la *falsa e indebida motivación*, por cuanto la Resolución 64 de 2014 se basó en argumentos engañosos, tales como: (i) que no existe acto administrativo que haya designado comité evaluador; lo cual, a juicio del actor no es cierto pues la misma entidad lo definió en el pliego de condiciones y en su manual de contratación; (ii) que el pliego adolece de irregularidades sustanciales; manifestación que, afirma el demandante, fue realizada por la entidad de forma general y ligera, sin precisar qué irregularidades se advirtieron; y, (iii) que las irregularidades encontradas no garantizan una alimentación adecuada a la población escolar del municipio, ante lo cual el actor señala que allí *"tampoco argumenta o explica cuáles son esas razones, y el por qué no se podrá garantizar la alimentación de forma adecuada"*.

Asimismo, en el acto enjuiciado se mencionó que los requisitos relativos a la experiencia limitaban la posibilidad de una participación plural de oferentes; lo cual, a juicio del demandante, no justifica la decisión proferida teniendo en cuenta que, en atención a las observaciones formuladas, en unos casos la entidad disminuyó exigencias y, en otros, explicó la razón de lo requerido; de manera que la experiencia exigida, de una parte, garantizaba la idoneidad del futuro contratante, y de otra, no fue desproporcionada ni excluyente, sino acorde con el deber de elegir al contratista más idóneo para garantizar la ejecución del programa de alimentación escolar.

Tercer cargo, referente a la desviación de poder, sobre el cual adujo (se transcribe como obra en el texto original):

"Mediante Acta de terminación anticipada, el Municipio de Floridablanca y el Ministerio de Educación Nacional deciden liquidar el Convenio No 603 de 2013 a través del cual se cofinanciaba el contrato con efectos a partir del 24 de enero de 2014, sin esperar siquiera que el acto de revocatoria resolución 0064 de 2014 cobrara ejecutoria, solicitando el Municipio de Floridablanca al Ministerio que fuera este último quien contrate directamente argumentando como soporte de tal pedido 'que no le fue posible encontrar una fundación sin ánimo de lucro para suscribir un convenio que les permita atender directamente desde el municipio', con lo cual se evidencia que los fines y motivos que impulsaron al Municipio y su nuevo Alcalde a revocar el proceso licitatorio no fueron ajustados a la ley sino movidos por un afán de adjudicar de manera directa el contrato a uno de sus amigos evadiendo la licitación pública y terminando por entregárselo al Ministerio para que fuera este el que lo adjudicara de manera directa ya que el Municipio no lo pudo hacer."

Adicionalmente, dentro de las consideraciones que sustentaron el contrato 031 del 24 de enero de 2014, celebrado entre el Ministerio de Educación y la Unión Temporal por Una Niñez Feliz, se registró que el municipio de Floridablanca no realizó tal contratación por *"la dificultad para conseguir recursos que les permita cofinanciar el PAE y asegurar el cumplimiento de los lineamientos técnico administrativos del programa*, aseveración que, indicó la parte actora, es falsa, comoquiera que obra el certificado de disponibilidad presupuestal donde el municipio garantizó la apropiación de recursos requerida para cumplir con su parte de cofinanciación; además, en la resolución de revocatoria demandada dicha entidad territorial

guardó silencio sobre este aspecto que, de ser cierto, era trascendental para proferir tal decisión.

Contestación de la demanda

Mediante auto del 12 de septiembre de 2011, el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda, ordenó la notificación a la entidad demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

El municipio de Floridablanca se opuso a la prosperidad de las súplicas de la demanda. Para el efecto, sostuvo que, aunque se presentaron varias observaciones al proyecto del pliego de condiciones, las cuales fueron respondidas en su oportunidad, existían limitantes a los requisitos habilitantes de los proponentes que impedían la aplicación de los principios de transparencia y selección objetiva.

En el pliego de condiciones no se designó al comité evaluador, ya que si bien se menciona que éste se conformaría en la parte técnica por la Secretaría de Educación, en la financiera por la Secretaría de Hacienda y en la jurídica por la Oficina Asesora de Contratación, en ningún momento se nombró, en los términos del artículo 2.2.9. del Decreto 734 de 2012, a los servidores públicos que tendrían a cargo el análisis de las ofertas; por tanto, el informe de evaluación preliminar, aludido por la demandante, se encuentra viciado, puesto que fue elaborado sin competencia.

Examinado el proceso de selección, advirtió que el requisito de experiencia limitaba la libre concurrencia y participación de potenciales oferentes, toda vez que *“el posible oferente deberá allegar dos contratos terminados y/o liquidados en los últimos 8 años fiscales anteriores al cierre del presente proceso, cuyo objeto este (sic) dentro de las categorías de suministro o alimento o componente alimenticio dirigido a población infantil escolar, cada uno por un valor del 1,5 del presupuesto; adicionalmente un contrato terminado y/o liquidado en los últimos 4 años fiscales anteriores al cierre del proceso y también debe tener una cuantía equivalente al 1,5 el (sic) valor del contrato ... aunado a ello se estaba exigiendo como mínimo un suministro d (sic) 23.070 raciones o porciones diarias, cuando al analizar las cantidades a suministrar y descritas en el estudio previo alcanzan a 11.535, no existiendo soporte técnico que determine razonablemente la exigencia de experiencia contractual ... y a la cantidad de raciones diarias.*

Alegatos de conclusión

Surtidas las etapas procesales correspondientes, al alegar de conclusión, la Industria de Alimentos de Colombia S.A.S. -IALCOL SAS- manifestó que probó la existencia del convenio interadministrativo 603 de 2013 y la apropiación que hizo el municipio de Floridablanca para cofinanciar el PAE, razón por la cual, a su juicio, se desvirtuó lo dicho por el Ministerio de Educación como justificación para la liquidación del convenio, esto es, que la entidad territorial tuvo dificultad para conseguir los recursos para cofinanciar el PAE.

Señaló que, pese a estar claras las reglas de la licitación, las cuales no eran desproporcionadas ni limitaban la participación de los oferentes, la demandada violó el principio de confianza legítima al revocar el acto de apertura de la licitación, basado en fundamentos falsos, comoquiera que sí se designó al comité evaluador en los términos del Manual de Contratación del municipio, que establecía éste *“será nombrado dentro de cada pliego de condiciones ... sin necesidad de nombramiento alguno*; sostuvo, además, que el hecho de que el comité no contara con la contratación y designación de una nutricionista que realizara la evaluación de la oferta, fue una omisión del municipio que de ninguna manera puede trasladarse al oferente.

Aseveró que las razones aducidas como sustento del acto de revocatoria podían ser subsanadas fácilmente por la propia entidad, puesto que *“si el Municipio consideraba que no asignarlos con nombre propio [a los integrantes del comité evaluador] significaba una designación irregular y pérdida de competencia, debió adoptar las medidas correctivas necesarias y proceder a realizar tales designaciones ... lo mismo debió hacer con la nutricionista que se requería para la revisión de los menús.*

El municipio de Floridablanca y el Ministerio Público guardaron silencio.

Fundamentos de la providencia recurrida

En la sentencia de primer grado, el Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones de la demanda, al considerar que, pese a que el pliego de condiciones contraría las finalidades del deber de selección objetiva, no se acreditaron los requisitos necesarios para la procedencia del restablecimiento solicitado.

Luego de examinar los requisitos de experiencia requeridos en el pliego, así como las observaciones que se formularon sobre éstos en la etapa de prepliegos y las respuestas dadas por la Administración, el Tribunal de origen sostuvo que el pliego de condiciones definitivo no es concordante con el principio de selección objetiva, dado que no encontró justificación para: (i) el aumento del requisito de experiencia establecido en el proyecto del pliego, al exigir la concurrencia de tres contratos para acreditar dicho requisito, dos terminados y liquidados en los últimos 8 años, cuyo presupuesto fuese 1,5 veces el oficial de la licitación FLO-LIC-SEDU-014-2013 y un contrato adicional terminado y liquidado en los 4 años anteriores, cuyo valor también debía superar el 1,5 del presupuesto oficial, por cuanto ello *“reduce el número de proponentes que pueden participar en el proceso licitatorio bajo análisis, pues son más los que pueden comprobar la ejecución de dos contratos en el último año, que los que han desarrollado tres contratos de suministro en los últimos años; y (ii) la notoria discrepancia entre las altas cantidades de porciones o raciones diarias exigidas para acreditar la experiencia con el fin de ser oferente -23.070- y las que realmente comprendía el contrato a celebrar -11.535-; además, cuestionó que la parte demandante dice ser la única en cumplir todos los requisitos de la licitación pública y que no formuló reparo alguno en relación con el requisito de experiencia.*

Afirmó que, si bien el pliego de condiciones no está orientado a seleccionar la oferta más favorable y que el municipio demandado expidió de forma irregular el acto enjuiciado, por no cumplir con el trámite del artículo 97 del CPACA, esto es, obtener el consentimiento previo de la sociedad que presentó la propuesta, toda vez que se configuró una situación particular respecto de esta última que podía ser afectada con la decisión de revocatoria, lo cierto es que no procede el restablecimiento pedido, por cuanto el oferente no presentó la mejor oferta.

Resaltó que el hecho que IALCOL S.A.S. fuese el único proponente, no le otorgaba el derecho a ser adjudicatario del contrato, puesto que no existió un pliego de condiciones válido conforme al cual se pudiera evaluar la mejor propuesta, comoquiera que los requisitos allí estipulados *“no son medios idóneos para obtener la oferta más favorable pues reduce el número de posibles oferentes a participar en la plurimencionada licitación pública, por lo que la exigencia de razonabilidad señalada en el marco normativo de esta sentencia fue desconocida hasta antes que se profiriera el acto acusado.*

Adujo que el acto acusado *“antes de contrariar normas superiores las desarrolla, pues “el Municipio de Floridablanca sí indicó las irregularidades sustanciales que afectaban el proceso licitatorio, relacionadas con la transparencia de la actuación contractual de las entidades públicas. Asimismo, destacó que no podía surgir a la vida jurídica un contrato que se edificó en reglas que eludían el deber de selección objetiva y la libre concurrencia, por lo que era necesario que la parte accionada deshiciera un procedimiento que contrariaba los elementos fundamentales de la licitación pública.*

II. EL RECURSO INTERPUESTO

Síntesis del recurso de apelación:

La parte demandante formuló recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, con el fin de que ésta sea revocada en su integridad y, en su lugar, se acceda a todas las pretensiones de la demanda.

Manifestó que el *a quo* se centró en justificar la desproporción o exigencia irrazonable del pliego, cuando eso le correspondía realizarlo a la Administración a través del acto enjuiciado, “[e]s decir el fallo recurrido debió limitarse a estudiar las justificaciones y razones que integran el acto administrativo demandado a fin de encontrarlas ajustadas o no al ordenamiento jurídico y a partir de ellas decidir los cargos de la demanda, sin que le esté permitido revisar los pliegos con el fin de encontrar y construir nuevas causales de justificación del acto administrativo demandado y así justificar que el pliego es ilegal, como erradamente lo hizo al final de la sentencia-

Insistió en que el acto demandado carece de motivación, pues fue sustentado en ligeros juicios, sin explicación o razonamiento alguno, pues no indicó qué tipo de irregularidades se presentaron, ni cómo violaron los principios de transparencia, pluralidad de oferentes y libre concurrencia; adujo que no se explican las razones para concluir que no se podía garantizar una alimentación adecuada a la población infantil; y señaló, respecto del comité evaluador, que en el manual de contratación de la entidad se previó que “el comité evaluador será nombrado dentro de cada pliego de condiciones o en su defecto en mismo será el que el presente decreto señala, sin necesidad de nombramiento alguno”.

Destacó que el Tribunal de origen tampoco estudió el cargo de desviación de poder, del cual se colige que se desvirtuaron las razones aducidas para la liquidación del convenio 603 de 2013 y que “lo que motivó al Nuevo Alcalde de Floridablanca al expedir la resolución demandada, (sic) no fue garantizar pluralidad de oferentes, y libertad de concurrencia o transparencia, sino facilitar la liquidación inmediata del convenio para que el Ministerio pudiera con los mismos recursos adjudicar de manera directa el contrato a quienes ellos quisieran-

Recalcó que fue el mismo municipio, en compañía con el Ministerio de Educación, el que estableció las exigencias de experiencia, acogió algunas de las observaciones formuladas a los prepliegos y expidió, con base en éstas, el pliego definitivo, mientras que a IALCOL S.A.S. le vulneraron “los derechos adquiridos y las expectativas legítimas”, toda vez que pese a que cumplió lo requerido en el pliego de condiciones para la formulación de la oferta, no se le adjudicó el contrato estatal.

El 22 de junio de 2016, el Tribunal de primera instancia concedió el recurso de apelación, el cual fue admitido el 2 de febrero de 2017 por esta Corporación; luego, el 6 de marzo de ese mismo año, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto-

La parte actora solicitó que “se tengan en cuenta todos y cada uno de los argumentos planteados y manifestados en el escrito del RECURSO DE APELACIÓN”; el municipio de Floridablanca pidió la confirmación de la sentencia recurrida y reiteró los argumentos que expuso en su contestación de la demanda; y el Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

El objeto de la apelación

Vistos los reparos esgrimidos en el recurso de alzada, la Sala analizará si procede o no la declaratoria de nulidad de la Resolución 64 de 2014 y la pretensión de restablecimiento solicitada, para lo cual se propone, luego de confirmar la competencia del Consejo de Estado en función del acto enjuiciado, (i) analizar si es viable el control jurisdiccional del acto debatido; (ii) examinar el contexto conceptual del acto administrativo y la naturaleza específica del proceso de selección de la licitación pública; (iii) precisar la procedencia o no de la revocatoria del acto de apertura del proceso de selección; y, (iv) estudiar los cargos específicos formulados por el recurrente contra la decisión de primera instancia.

Motivación de la sentencia

Competencia del Consejo de Estado

La Sala es competente para decidir este asunto, por cuanto la cuantía del proceso fue estimada en la suma de \$376'944.493 -valor de la pretensión mayor individualmente considerada-. Para la época de interposición de la demanda -31 de julio de 2014-, eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho cuya cuantía excediera de \$184'800.000 –numeral 3 del artículo 152 de la Ley 1437 de 201

-, equivalentes a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes para 2011 – monto que, como Por otra parte, el Consejo de Estado e se puede observar, se encuentra ampliamente superado. contra las sentencias dictadas por los T



Disposiciones analizadas por A
Normograma de la Comisión de
n.d.
Última actualización: 15 de ago

