

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil trece (2013)

Proceso número: 20001-23-31-000-2000-01023-01(24311)
Actor: APAC y Compañía Limitada *“Tecnología en Electrónica de Comunicación”*
Demandada: Comisión Nacional de Televisión
Acción: Controversias contractuales

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 14 de noviembre de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de César, mediante la cual resolvió negar las pretensiones (fl. 277, c. ppal 2).

SÍNTESIS DEL CASO

El 13 de junio de 1999, la Comisión Nacional de Televisión ordenó la apertura de la licitación 002 para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción en el nivel distrital o municipal igual o mayor a cien mil habitantes, particularmente, en el municipio de Valledupar. El 22 de noviembre siguiente declaró desierto el proceso de selección debido a la omisión de diligenciar los planes de cubrimiento inicial y de expansión, decisión que la actora estimó ilegal.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El 7 de abril de 2000 (fl. 34, c. ppal), la sociedad Apac Compañía Limitada *“Tecnología en Electrónica de Comunicación”*, en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo,

presentó demanda en contra de la Comisión Nacional de Televisión (fls. 6 a 34, c. ppal)¹.

1.1.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 8 a 21, c. ppal):

1.1.1.1. El 13 de junio de 1999, la Comisión Nacional de Televisión ordenó la apertura de la licitación 002 para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción en el nivel distrital o municipal igual o mayor a cien mil habitantes, particularmente, en el municipio de Valledupar.

1.1.1.2. Según el acta de cierre del 26 de agosto del mismo año, entre otros, participaron la sociedad Apac y Compañía Limitada *“Tecnología en Electrónica de Comunicación”*.

1.1.1.3. Dentro de la evaluación, la actora obtuvo los siguientes puntajes: 953 por registro; 343 y 436.96 por condiciones financieras y técnicas, respectivamente.

1.1.1.4. Entre el 21 y 27 de octubre de 1999 se dio traslado del informe de evaluaciones a los proponentes. Como consecuencia de las observaciones presentadas por la actora, su calificación sólo varió en las condiciones financieras de 343 a 750 puntos, en lo demás permaneció incólume. En esas condiciones, fue la mejor propuesta.

1.1.1.5. El 6 de octubre de 1999, mediante resolución 4516, la Contraloría General de la República ordenó que la adjudicación del proceso de selección en estudio se efectuara en audiencia pública.

1.1.1.6. El 21 de noviembre siguiente, en sesión extraordinaria, la Junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión acogió el informe de evaluación del comité

¹ En principio la demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, quien, mediante auto del 18 de mayo de 2000 (fls. 38 y 39, c. ppal), remitió por competencia al Tribunal Administrativo del César.

evaluador y, en consecuencia, decidió adjudicar a la actora la zona correspondiente.

1.1.1.7. Al día siguiente, en el curso de la audiencia pública de adjudicación, con ocasión de la intervención del apoderado de la sociedad proponente Intercable Ltda., la Junta Directiva de la demandada estimó que la propuesta de la actora omitió el diligenciamiento de los planes de cubrimiento inicial y de expansión, requisitos que, necesarios para la comparación de las propuestas, daban lugar a su rechazo. Por consiguiente, habida cuenta de que ninguno de los oferentes cumplió con las exigencias del pliego, procedió a declarar desierta la licitación. Decisión confirmada al resolver el recurso de reposición interpuesto por la actora.

1.1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 6 a 8, c. ppal):

1. Declarar la nulidad para efectos del restablecimiento del derecho del artículo segundo de la resolución 1079 de noviembre 22 de 1999 expedida por la Comisión Nacional de Televisión "Por la cual se adjudica en Audiencia Pública la licitación pública 002 de 1999, PARA EL OTORGAMIENTO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN PARA LA OPERACIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN EN EL NIVEL DISTRITAL O MUNICIPAL IGUAL O MAYOR DE 100.000 HABITANTES", específicamente en lo referente al contenido del inciso tercero del mencionado artículo y cuarto del mismo, en su parte pertinente, que a la letra dicen: "Igualmente la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, determinó no adjudicar licitación al proponente APAC Y COMPAÑÍA LIMITADA "TECNOLOGÍA EN ELECTRÓNICA DE COMUNICACIÓN" y en consecuencia se declara desierta la licitación para el municipio de Valledupar" (inciso tercero) "Por lo anterior y en consideración a las propuestas rechazadas enunciadas en la parte considerativa de esta resolución, se declara desierto el otorgamiento de la concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción en los siguientes municipios: (...) y Valledupar.

2. Así mismo, declarar la nulidad para efectos de restablecimiento del derecho de la Resolución No. 0074 de febrero 11 de 2000, mediante la cual la Comisión Nacional de Televisión resolvió el recurso de reposición interpuesto por mi poderdante para agotar vía gubernativa, en contra de la RESOLUCIÓN 1079 DE NOVIEMBRE 22 DE 1999.

3. Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN a pagar a la sociedad APAC Y COMPAÑÍA LTDA TECNOLOGÍA EN ELECTRÓNICA DE COMUNICACIÓN, el valor de los perjuicios de orden material, como reparación del daño causado, los cuales son superiores a la suma de VEINTISIETE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES, CIENTO VEINTINUEVE MIL PESOS M/L. \$27.882.129.000, discriminados como se detalla en el correspondiente acápite de la demanda, o de conformidad con lo que resulte probado en el proceso, y que corresponde al valor neto de las utilidades que se hubiesen obtenido en desarrollo de los diez años de ejercicio de la licencia de concesión y que el demandante hubiese percibido de habersele adjudicado el contrato producto de la licitación.

4. Como petición subsidiaria, a efecto del monto de los perjuicios indemnizables, se condene a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN a pagar a la sociedad APAC COMPAÑÍA LTDA TECNOLOGÍA EN ELECTRÓNICA DE COMUNICACIÓN la suma (sic).

5. La condena respectiva será actualizada conforme a lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., reajustándola en su valor, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de adjudicación hasta la ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.

6. A la sentencia que le ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

7. Si no se efectúa el pago oportunamente, la entidad condenada reconocerá los intereses legales desde la fecha en que se haga exigible hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso.

1.1.3. Concepto de la violación

La actora fundamentó la solicitud de nulidad de los actos administrativos en cuestión (fls. 10 a 28, c. ppal), en que los planes de cobertura inicial y de expansión fueron incorporados en el pliego de condiciones como requisitos puntuables, en los términos del ítem 7.13 del numeral 7 del Capítulo VII y cuya omisión daba lugar a la reducción correlativa del puntaje, como efectivamente ocurrió en el caso de la actora, sin afectar su calificación mínima de 300 puntos para los factores técnicos y financieros, que sí constituía causal de rechazo.

En esos términos, estimó ilegal el rechazo y agregó que, salvo el punto precedente, no existían fundamentos distintos para apartarse del informe de

evaluación y de la sesión extraordinaria de la Junta Directiva, que daban por satisfechos los requisitos para proceder a la adjudicación, sin que la audiencia pública sea la oportunidad para replantear esa cuestión.

Afirmó que, al resolver el recurso de reposición, esgrimió un nuevo argumento para respaldar la declaratoria de desierta, consistente en que la propuesta de la actora no resultaba acorde con los fines de la televisión por suscripción y, por ende, para la prestación del servicio a la comunidad, con lo que desconoció, no sólo su contenido técnico, del que se desprendía todo lo contrario e, incluso, se satisfacían las exigencias que se echaron de menos en los actos administrativos atacados, sino también los derechos constitucionales del debido proceso y de defensa.

1.2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Comisión Nacional de Televisión (fls. 175 a 196, c. ppal 2) sostuvo que la actora no cumplió con las exigencias del pliego, en tanto omitió incorporar los planes de cubrimiento inicial y de expansión que permitían medir el tamaño del sistema ofrecido y el de su cobertura real, de lo que se sigue la imposibilidad de establecer la efectiva prestación del servicio público de televisión y, por ende, una selección objetiva, que constituye en el fundamento por excelencia de la declaratoria de desierta.

Agregó que la pretermisión de tales exigencias impedía suscribir el contrato, en tanto resultaba imposible definir las obligaciones del concesionario debido al desconocimiento del tamaño del sistema ofrecido, además de generar un tratamiento desigual injustificado frente a los proponentes que cumplieron tal exigencia; igualmente, generaba la imposibilidad de constatar el plan de inversiones y el número de usuarios, toda vez que para ello se requería determinar el número de casas “pasadas”, información que provenía del requisito omitido.

1.3. LOS ALEGATOS²

En esta oportunidad, la demandada (fls. 238 a 242 y 252 a 260, c. ppal 2) reiteró los argumentos de su defensa.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 14 de noviembre de 2002 (fls. 266 a 277, c. ppal 3), el *a quo*, para negar las pretensiones de la demanda, sostuvo:

A juicio de la Sala, la sociedad demandante carece de fundamento, cuando sostiene que en el pliego de condiciones no se relacionan el plan de cubrimiento inicial y el plan de expansión, porque en el capítulo sexto numeral 6 “CONDICIONES FINANCIERAS DEL PROYECTO DE CONCESIÓN” en los numerales 6.1.3 y 6.1.4 se habla respectivamente de cuantificación del plan de inversión en la etapa inicial y de cuantificación del plan de expansión a cinco años y financiación y allí mismo, en el numeral 6.2, se determina como puntaje máximo 1.000 puntos.

Según se pudo leer en la propuesta presentada por la demandante, en el ítem correspondiente al cubrimiento inicial y plan de expansión, no se presentó ninguna oferta, razón por la cual fueron calificados estos ítems con cero puntos cada uno.

En esta circunstancia era imposible hacer una selección objetiva debido a la ausencia de la cuantificación relacionada con el plan de inversión de cubrimiento inicial y el plan de expansión al no tener un sustento técnico (...).

Al respecto, debemos precisar que la circunstancia de que en la resolución 0074 de 2000, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición, se presenten nuevas argumentaciones para sustentar el recurso no indica de manera alguna, que se haya violado el debido proceso (...).

Observa la Sala que si bien, el Comité de licitaciones, estimó que la demandante cumplía con las condiciones, debemos apuntar, que la adjudicación de la licitación, así como, la posibilidad de declararla desierta, compete únicamente al Representante legal de la entidad, porque de no ser así, la referida adjudicación podría hacerla el Comité de licitaciones, lo cual pugna con la Ley 80 de 1993.

Por esta razón, después de adelantar el proceso de licitación con base en las pruebas, en las intervenciones en la audiencia pública, en las observaciones en las calificaciones y al (sic) todo procedimiento indicado por la ley, al llegar al momento de la adjudicación, la representante legal de la

² La parte demandada solicitó reabrir el proceso a pruebas porque se dejaron de practicar los testimonios pedidos y decretados (fls. 238 a 242, c. ppal 2); sin embargo, el *a quo* falló sin pronunciarse en tal sentido. Con todo, en segunda instancia la parte demandada no apeló la decisión ni advirtió esa situación como causal de nulidad.

entidad consideró que ninguna de las ofertas para Valledupar era favorable para los fines señalados en el pliego de condiciones (fls. 272 a 274, c. ppal 2).

III. SEGUNDA INSTANCIA

3.1. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la actora interpone recurso de apelación (fls. 287 a 299, c. ppal 3). Sostiene que la propuesta contenía los planes de cobertura inicial y de expansión, si se analiza su contenido técnico, donde se desprenden tales exigencias y así se aseguraba la prestación efectiva del servicio licitado.

Recuerda que la evaluación técnica tenía un total de 1000 puntos, de los cuales seiscientos correspondían al diseño del sistema, doscientos para el cubrimiento inicial y los mismos al plan de expansión. En el primer factor la actora obtuvo una calificación de 436.97 puntos, que superaba el mínimo exigido y a su vez garantizaba una señal de excelente calidad y un alto nivel de confiabilidad del sistema, exigencias que ratificó con su inscripción, calificación y clasificación en el Registro Único de Operadores del servicio público de televisión por suscripción para el nivel municipal al obtener 953 puntos de 1000 posibles, donde los aspectos técnicos fueron calificados con el máximo puntaje. Sin perder de vista que dicho registro constituía el 20% de la calificación total dentro del proceso de selección en estudio. En esos términos, estimó que la declaratoria de desierta se fundó en requisitos formales, toda vez que las exigencias que se echan de menos estaban satisfechas.

Asimismo, asegura que la decisión fue subjetiva, arbitraria y caprichosa porque sin sustentación alguna se separó de lo que el informe de evaluación recomendaba y que la Junta Directiva de la demandada había acogido preliminarmente, con desconocimiento de las reglas del pliego que imponían la adjudicación a quien obtuviera el puntaje mínimo requerido.

3.2. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, la demandada reiteró sus argumentos de defensa de la primera instancia (fls. 309 a 131, c. ppal 3).

IV. CONSIDERACIONES

4.1. PRESUPUESTOS PROCESALES

4.1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente

Atendiendo a la naturaleza pública de la Comisión Nacional de Televisión³, sus controversias son de conocimiento de esta jurisdicción, en los términos del artículo 1 de la Ley 1107 de 2006⁴, siendo esta Corporación la competente para conocer del presente asunto, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos⁵.

³ Los artículos 76 y 77 de la Constitución Política previeron la existencia de un ente autónomo con independencia administrativa, patrimonial y técnica encargado de dirigir la política que en materia de televisión señale la Ley, así como de ejercer la intervención estatal en el espectro electromagnético, en relación con el servicio público de televisión. Para tales efectos, el artículo 3 de la Ley 182 de 1995 creó la Comisión Nacional de Televisión como una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica y con la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de las atribuciones que le asignan la Constitución, la ley y sus estatutos.

⁴ Que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo dispuso: *“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley”*.

⁵ El numeral 8 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, imponía el conocimiento en primera instancia a los Tribunales Administrativos de los procesos de contratos administrativos, interadministrativos y de los de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad, celebrados por la Nación y las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes. Además, como los perjuicios materiales se calcularon en \$27.882.129.000, siendo esta la mayor pretensión (fl. 7, c. ppal 1), es claro que para el año 2000, cuando se presentó la demanda (fl. 34, c. ppal 1), la controversia contractual tenía un valor superior a \$36.950.000.

La acción contractual es la conducente⁶, por cuanto se pretende declarar la nulidad de unos actos administrativos precontractuales de una entidad pública.

4.1.2. La legitimación en la causa

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que la demandada es la responsable del proceso licitatorio y su contraparte fue proponente dentro del mismo, según las resoluciones de apertura⁷ y de adjudicación de la licitación 002 de 1999⁸ (fls. 41 a 43, c. 2 y 198 a 213, c. ppal 1).

4.1.3. La caducidad

Los actos administrativos en cuestión, en tanto fueron dictados con ocasión de la actividad contractual⁹, debían demandarse dentro de los treinta días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. En ese orden, como frente a la

⁶ En efecto, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, aplicable al presente asunto, así lo prescribe al señalar que los actos proferidos antes de la celebración del contrato y con ocasión de la actividad contractual, como ocurre en el *sub lite*, son pasibles de la acción contractual. Sobre la naturaleza contractual de los actos de declaratoria de desierta: Consejo de Estado, auto del 2 de agosto de 2006, exp. 30.141, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁷ Resolución 867 del 13 de julio de 1999 allegada en copia auténtica.

⁸ Resolución 1079 del 22 de noviembre de 1999, allegada por la demandada en copia simple. Sobre el valor probatorio de estos documentos: Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de octubre de 2011, exp. 20.450. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. En dicha oportunidad sostuvo: *“Pero, además, se añade en esta oportunidad, que con fundamento en el artículo 255 del Código de Procedimiento Civil es posible, sin contrariar lo dispuesto en los artículos 244 y 268 ibídem, conferir valor probatorio a las copias simples, cuando la parte contra la cual se aducen conserva el original de las que se señala fueron reproducidas y puede por lo tanto, efectuar su cotejo y tacharlas de falsedad cuando no estén conformes, sin necesidad de que practique la inspección judicial de que trata la norma. (...). // Sin embargo, resultaría superfluo que la misma parte que tiene bajo su guarda los documentos originales, de los cuales la parte contraria afirma haber obtenido las copias que aporta, solicite una inspección judicial para que se practique el cotejo, cuando esa misma parte puede practicar la confrontación sin intervención judicial y en caso de encontrar disconformidad, proponer la tacha de falsedad de que tratan los artículos 289 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. (...). // -Más evidente aún resulta la carencia de necesidad de que se autentiquen las copias simples aportadas en contra de quien tiene a su disposición los originales o copias auténticas anteriores, o de que éstas se cotejen en diligencia de inspección judicial, en aquellos eventos en los que quien tiene bajo su guarda esos originales o copias auténticas y en contra de quien se aducen las copias simples, en vez de tachar éstas de falsedad, se remite a las mismas para fundamentar su defensa, con ese comportamiento procesal, ha de entenderse que la parte contra quien se aducen las copias ha verificado su autenticidad y las acepta como pruebas válidas del proceso”.*

⁹ Así se definió en: Consejo de Estado, auto del 2 de agosto de 2006, exp. 30.141, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

resolución 1079 del 22 de noviembre de 1999, que declaró desierta la licitación pública 002, en lo que interesa al presente asunto, se interpuso recurso de reposición, cuya decisión fue notificada a través de edicto el 7 de marzo de 2000 (fls. 436 y 437, c. 2)¹⁰, el plazo para demandar vencía el 26 de abril siguiente. En consecuencia, como la demanda se presentó el 7 del mismo mes y año, fuerza concluir que fue interpuesta en tiempo.

4.2. EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en dilucidar si la propuesta de la sociedad Apac y Compañía Limitada “*Tecnología en Electrónica de Comunicación*” cumplió con los requisitos técnicos relativos a los planes de cobertura inicial y de expansión y si el cumplimiento de la calificación mínima le daba derecho a la adjudicación. De ser así, se impondría revisar si se trataba de la mejor propuesta e indemnizar los perjuicios con base en lo probado.

4.3. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA LEGALIDAD DE LA DECLARATORIA DE DESIERTA

4.3.1. Del régimen jurídico del proceso de selección

De entrada precisa señalar que el régimen contractual de la Comisión Nacional de Televisión está previsto en la Ley 182 de 1995. En ella se establece que las concesiones de televisión por suscripción deberán otorgarse de modo tal que promuevan la eficiencia, la libre iniciativa, la competencia, la igualdad de condiciones en la utilización de los servicios y la realización plena de los derechos a la información y al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones (artículo 41); a través de licitación pública (artículo 42), cuyos requisitos son definidos por la Comisión (artículo 43), sin perjuicio de los que, en lo pertinente, señala expresamente el artículo 48 *ejusdem* así:

DE LAS CONCESIONES A LOS OPERADORES ZONALES. La escogencia de los operadores zonales, se hará siempre y sin ninguna excepción por el procedimiento de licitación pública. La adjudicación se hará en audiencia pública. De ninguna manera la concesión se hará por subasta pública.

¹⁰ Allegado en copia simple por la entidad demandada.

*Para tales efectos, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión tendrá en cuenta las siguientes disposiciones especiales, **sin perjuicio de las que ordene incluir en los correspondientes pliegos de condiciones:***

a) Sólo podrán participar en la licitación respectiva y celebrar contratos, las personas que se encuentren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas con anterioridad a la apertura de la licitación en el registro único de operadores del servicio de televisión, que estará a cargo de la Comisión Nacional de Televisión y cuya reglamentación corresponderá a la Junta Directiva de ésta.

En dicho registro se evaluarán fundamentalmente la estructura organizacional de los participantes, su capacidad financiera y técnica, los equipos de que disponga, su experiencia y la de sus socios mayoritarios o con capacidad de decisión en los aspectos fundamentales de la compañía. La calificación y clasificación de los inscritos tendrán una vigencia de dos (2) años. Esta vigencia es lo que se exigirá para participar en la licitación.

Esta vigencia sólo se exigirá para participar en la licitación o la celebración del contrato o licencia respectiva. Los factores calificados del registro, no podrán ser materia de nuevas evaluaciones durante el proceso licitatorio;

b) Los criterios que la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión tendrá en cuenta para la adjudicación de los contratos, serán los evaluados en el registro de proponentes y la calidad del diseño técnico, la capacidad de inversión para desarrollo del mismo, la capacidad de cubrir áreas no servidas, el número de horas de programación ofrecida, mayor número de horas de programación nacional y la viabilidad económica de programación del servicio, entre otros.

Solamente serán elegibles aquellos proponentes que cumplan estrictamente con las exigencias establecidas para el diseño técnico, de conformidad con los pliegos de condiciones y que demuestren de manera satisfactoria una capacidad económica suficiente para cumplir con el plan de inversión correspondiente (se destaca) (...).

Ahora, el literal e) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 fijó como funciones de la Comisión Nacional de Televisión, entre otras, la siguiente:

Funciones. En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión (...):

e) Reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos de concesión de espacios de televisión y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos;

En desarrollo de lo anterior, en el artículo 34 del Acuerdo 014 del 20 de marzo de 1997¹¹, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión prescribió¹²:

Artículo 34. Proceso licitatorio. La Comisión Nacional de Televisión adoptará el proceso licitatorio que para el efecto determine la Junta Directiva o en su defecto, el establecido en la Ley 80 de 1993 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan en todo aquello que sea pertinente.

En ese orden, el pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 1999 en el numeral 1.4 dispuso¹³:

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

El régimen jurídico aplicable a la presente licitación pública y a la prestación del servicio de televisión por suscripción será el contenido en el presente pliego de condiciones, en la Ley 80 de 1993 en cuanto a las normas que regulan el proceso licitatorio; en las leyes 14 de 1991, 182 de 1995, 335 de 1996 y en los Acuerdos No. 014 de 1997, 049 de 1998, 001, 002 y 004 de 1999 expedidos por la Comisión Nacional de Televisión y demás normas que adicionen, modifiquen o reglamenten la materia (fl. 163, c. 2).

De lo expuesto brevemente se tiene que el proceso de selección está sometido a las disposiciones especiales contenidas en la Ley 182 de 1995, lo desarrollado en el pliego de condiciones y las normas del proceso licitatorio de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, bajo esas disposiciones se analizarán los cargos formulados.

4.3.2. La declaratoria de desierta

Los procesos de selección de las entidades públicas tienen como finalidad prioritaria la escogencia del mejor proponente y, en esa medida, lo ideal es la adjudicación, sin perjuicio de que, excepcionalmente, en eventos en que la selección objetiva no sea posible, se declare desierta la licitación con base en razones expresas y detalladas¹⁴.

¹¹ “Por medio del cual se reglamenta el servicio de televisión por suscripción, se adopta el Plan de Promoción y Normalización de dicho servicio y se dictan otras disposiciones”.

¹² En: http://www.antv.gov.co/normatividad/acuerdos/1997/acuerdo_014.pdf. Visto el 11 de julio de 2013.

¹³ En copia simple allegada por la actora.

¹⁴ Así lo impone el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Ahora, no todos los hechos impeditivos conducen a la declaratoria de desierta de una licitación, toda vez que resulta necesario que los mismos estén concebidos dentro de las causales que al efecto dispuso el legislador¹⁵. En ese orden, la administración no está facultada para declarar desierta una licitación cuando las razones que invoca están por fuera de la ley, lo cual también permite afirmar que a las entidades públicas contratantes no les asiste competencia legal para declarar desierta una licitación con el objeto de salvar o enmendar un error cometido por ellas mismas en la planeación del procedimiento de selección del contratista¹⁶.

Contrario sensu, cuando alguna de las causales de declaratoria de desierta no está configurada, la administración debe proceder a la adjudicación del contrato. En efecto, *“La regla de la adjudicación compulsoria¹⁷ obliga a la administración pública siempre a escoger el contratista que haya presentado la propuesta más favorable”¹⁸*.

4.3.3. De los hechos probados

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. De las cuales se tiene:

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 13.683, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. En esa oportunidad se precisó: *“La facultad de adjudicar la licitación o no adjudicarla, que se reserva la Administración, entonces, debe entenderse en el sentido de que, eventualmente, el proceso de selección adelantado podría culminar sin la escogencia de un contratista, a pesar de constituir ésta su objeto esencial, pero ello sólo sucedería excepcionalmente, en los eventos expresa y taxativamente previstos por la norma”*.

¹⁶ Argumentos expuestos en: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 16.432. M.P. Mauricio Fajardo Gómez (E).

¹⁷ Cita original: La adjudicación compulsoria es el derecho que le asiste al licitante que ha formulado la mejor propuesta, a que el procedimiento administrativo concluya con un acto de adjudicación a su favor. En otras palabras, la obligación de la administración de concluir la licitación con la adjudicación al licitante triunfador, a menos que no se den las condiciones exigidas en los pliegos y la administración recurra a la declaratoria de desierta de la licitación. La idea general es que la administración concluya el proceso licitatorio que inició, con el acto que le ponga fin, bien a través de la adjudicación o la declaración de desierta, motivando razonadamente tal decisión (art. 24.7 ley 80 de 1993).

¹⁸ Sentencia del 10 de diciembre de 2004, exp. 15.235, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

4.3.3.1. El 13 de julio de 1999, mediante resolución 0867, la Comisión Nacional de Televisión abrió la licitación pública 002 para la concesión de la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción para el nivel distrital y municipal igual o mayor a 100.000 habitantes, entre otros, respecto del municipio de Valledupar, por el término de diez años, contados a partir de la facturación del servicio a los usuarios (fls. 41 a 43 y 63, c. 2).

4.3.3.2. En lo pertinente, el pliego de condiciones prescribió¹⁹:

3.1.6. Documentos de la propuesta

Toda propuesta deberá contener los siguientes documentos:

- 1. Carta de presentación de la propuesta (...).*
- 2. Existencia y representación legal de las personas jurídicas, públicas y privadas (...).*
- 3. Documento de constitución de Consorcio o Unión Temporal (...).*
- 4. Garantía de seriedad de la propuesta (...).*
- 5. Paz y salvo de obligaciones de pago*

3.1.7. Causales de rechazo de la propuesta

Serán causales de rechazo de la propuesta las siguientes:

- 1. No estar debidamente inscrito, clasificado y calificado en el Registro Único de Operadores para el Servicio de Televisión por suscripción en el nivel para el cual se presenta la respectiva propuesta.*
- 2. No presentar los documentos exigidos en el numeral 3.1.6 de este pliego. Sin embargo, tratándose de los documentos señalados en los puntos 2 (En cuanto a la vigencia del certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio) y 4 del numeral 3.1.6., la entidad requerirá por una sola vez a efecto de que sean aclaradas las omisiones o errores en ellos contenidos. Su no aclaración dentro del término señalado por la entidad dará motivo de rechazo de la propuesta.*
- 3. Presentar la propuesta encontrándose incurso en inhabilidad, incompatibilidad o prohibición de las señaladas en la Constitución y la Ley, o que le sobreviniere alguna en el desarrollo del proceso licitatorio.*

¹⁹ En copia simple allegada por la entidad demandada (fls. 298 a 305, c. 2).

4. Cuando un mismo licitante, ya sea en consorcio, en unión temporal o individualmente, presente más de una propuesta.

5. No haber cancelado a favor de la CNTV el valor de los pliegos de condiciones (...).

3.1.11. Adjudicación (...)

La Comisión Nacional de Televisión podrá declarar desierta la licitación total o parcialmente en el evento previsto en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 (...).

5. CRITERIOS DE EVALUACIÓN (...)

5.1. REGISTRO ÚNICO DE OPERADORES DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN

El puntaje obtenido por el proponente en el Registro Único de Operadores del Servicio de Televisión en la modalidad de Televisión por Suscripción para el nivel municipal tendrá un valor equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total de la calificación (...).

5.2. CONDICIONES FINANCIERAS DEL PROYECTO DE CONCESIÓN

El puntaje obtenido por el proponente en las condiciones financieras del proyecto de concesión, tendrá un valor equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) del valor total de la calificación (...).

5.3. CONDICIONES TÉCNICAS

El puntaje obtenido por el proponente en las condiciones técnicas, tendrá un valor equivalente al cuarenta y cinco por ciento (45%) del valor total de la calificación (...).

5.5. No se otorgará puntaje a aquellos proponentes que obtengan un puntaje inferior menor de trescientos (300) puntos en la evaluación técnica o un puntaje menor de trescientos (300) puntos en la evaluación financiera (...)²⁰.

6. CONDICIONES FINANCIERAS DEL PROYECTO DE CONCESIÓN (...)

6.2 CALIFICACIÓN

El puntaje máximo será de mil (1000) puntos.

Las condiciones financieras del proyecto se evaluarán con base en la información presentada teniendo en cuenta los siguientes criterios:

6.2.1. Promedio del número de usuarios en los primeros cinco años de operación

El puntaje máximo será de doscientos cincuenta (250) puntos y se asignará de acuerdo con la siguiente fórmula:

²⁰ Introducido mediante adendo 1 sin fecha (fl. 56, c. 2).

$$P = \frac{250 \times P_{Ui}}{P_{Umax} (...)}$$

N_{Ui} = Número de usuarios en el año i

P_{Umax} = El mayor P_{Ui} propuesto

6.2.2. Análisis del pago de compensación

El puntaje máximo será de doscientos cincuenta (250) puntos y se asignará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$P = \frac{250 \times P_{Ci}}{P_{Cmax}}$$

Donde:

P_{Ci} = [VP (15%) del producto del número de usuario multiplicado por la tarifa del año uno al año cinco] 0.10

VP (15%) = Valor del presente descontando al 15%

P_{Cmax} = El mayor P_{Ci} propuesto

6.2.3 Análisis de la eficiencia operativa

El puntaje máximo será de doscientos cincuenta (250) puntos y se asignará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$P = \frac{250 \times E_{Omin}}{E_{Oi}}$$

E_{Oi} = [VP (15%) de la sumatoria de los gastos operacionales de administración, venta y mantenimiento del año uno al cinco]/ sumatoria del número de usuarios del año uno al año cinco.

E_{Omin} = El menor de los E_{Oi} propuestos

VP(15%) = Valor presente descontando al 15%

6.2.4 Plan de inversión y financiamiento

El puntaje máximo será de doscientos cincuenta (250) puntos.

Cobertura inicial = $\frac{\text{capital de trabajo} + \text{recursos crediticios}}{\text{Costo de inversión inicial}} * 100$

Capital de trabajo = Activo corriente – pasivo corriente

Recursos Crediticios = Corresponde a los valores indicados en las cartas de intención

Costo inicial de la inversión = Corresponde a la sumatoria de los ítems expuestos en el modelo de caja, en la sección inversión (...).

7. CONDICIONES TÉCNICAS

7.1. INTRODUCCIÓN (...)

7.1.2. La propuesta técnica será evaluada sobre un total de 1000 PUNTOS distribuidos de la siguiente forma:

Diseño del sistema 600 puntos
 Cubrimiento inicial 200 puntos
 Plan de expansión 200 puntos

7.1.3. El proponente tendrá que especificar y suministrar toda la información requerida, de manera clara y precisa. **Los ítems no diligenciados se calificarán con cero (0) puntos, así como la omisión de alguna información y/o documentación solicitada (...).**

7.2. DISEÑO DEL SISTEMA PARA CIUDADES IGUALES O MAYORES A 100.000 HABITANTES (600 PUNTOS) (...)

7.2.3. Cabecera maestra del sistema

7.2.3.1. Tabla de calificación

1	MAYOR NÚMERO DE SUBSISTEMAS	20
2	DIAGRAMA DE BLOQUES DE LA CABECERA MAESTRA	20
3	REALIZÓ, SUSTENTÓ CÁLCULOS DE PARÁMETROS QUE CUMPLAN CON LAS NORMAS FCC	30

7.2.4. Red de la ciudad

7.2.4.5. Tabla de calificación

DISEÑO DE LA RED HASTA 380 PUNTOS

1	DISEÑO DE LA AUTOPISTA EN FIBRA ÓPTICA	180
2	DIAGRAMA DE BLOQUES DE LA CABECERA MAESTRA	90
3	REALIZÓ, SUSTENTÓ CÁLCULOS DE PARÁMETROS QUE CUMPLAN CON LAS NORMAS FCC	200

7.2.5. Sistema de alimentación eléctrica de la cabecera y de la red diseño de la puesta a tierra (...).

7.2.5.6. Tabla de calificación

1	Aterrizaje del sistema eléctrico de red donde sea requerido por el diseño	15
2	Ofrece montar pararrayos y protección contra descargas en la cabecera y en los centros de distribución	10
3	REALIZÓ, SUSTENTÓ CÁLCULOS DE PARÁMETROS QUE CUMPLAN CON LAS NORMAS FCC	15
4	Ups y cálculo de carga	10

7.2.6. Criterio de mantenimiento (...)

7.2.6.3.5. Tabla de calificación:

1	Presenta plan de mantenimiento preventivo	15
2	Presenta diagrama de flujo con la metodología de corrección de fallas. Menor tiempo de respuesta	20
3	Relaciona equipos de instrumentación, herramientas, transporte y comunicaciones para cada cuadrilla	5
4	Se asignarán 10 puntos al proponente que ofrezca el menor	10

número de casas pasadas cubiertas por cuadrilla. A los demás proponentes se les asignará un puntaje proporcional	
--	--

7.2.6.4. Servicio técnico al usuario

7.2.6.4.4. Tabla de evaluación. Se calificarán los siguientes aspectos:

1	Presenta plan de atención al usuario	5
2	Menor tiempo de respuesta a las llamadas de servicio	5
3	Relaciona equipos de instrumentación, herramientas, transporte y comunicaciones para cada cuadrilla	5
4	Se asignarán 10 puntos al proponente que ofrezca el menor número de casas pasadas cubiertas por cuadrilla. A los demás proponentes se les asignará un puntaje proporcional	10
5	Presenta diagrama de flujo con la metodología de corrección de fallas	25

7.3. CUBRIMIENTO INICIAL (200 PUNTOS)

7.3.1. Objetivo

La capacidad real de penetración de la red de cable es un aspecto de calificación en el área de servicio entregada en concesión, que permite la posibilidad, a un mayor número de hogares, de tener acceso al servicio de televisión por cable, independientemente de su condición social y cultural.

7.3.2. Cubrimiento inicial

El cubrimiento inicial es el cubrimiento que se tenga al finalizar el sexto mes contado a partir del perfeccionamiento del contrato (Tiempo Cero). El concesionario mostrará a la Comisión Nacional de Televisión, en la visita técnica y administrativa que ha cumplido con el plan propuesto, medido en número de casas pasadas²¹.

Indicar el cubrimiento de las redes del sistema, medido en el número de casas pasadas, que se compromete el proponente a servir para el inicio de operaciones (...).

7.3.4. Asignación de calificación

El proponente diligenciará la siguiente tabla para la ciudad donde proponga prestar el cubrimiento:

Nombre de ciudad o municipio	No. de casas existentes (según DANE-93 oficial)	Número inicial de casas pasadas (H.P.)	H.P. x 100% Casas existentes
TOTAL	TOTAL	TOTAL	%Promedio

(...)

Se entiende que el proponente que sustente el mayor cubrimiento inicial obtendrá el mayor puntaje. Los proponentes que estén compitiendo por la misma concesión obtendrán puntajes proporcionales.

²¹ El término casas pasadas corresponde al número “de casas por donde pasa la red”, según el glosario del pliego, anexo 6 (fl. 160, c. 2).

7.4. PLAN DE EXPANSIÓN (200 PUNTOS)

7.4.1. Objetivo

Se considera, como un aspecto de calificación, la capacidad real de penetración de la red de cable en el área de servicio entregada en concesión y la posibilidad real futura de que el mayor número de los hogares puedan tener acceso al servicio de televisión por cable, independientemente de su condición social y cultural. Se fija un término de cinco años a partir del inicio de operaciones para que los proponentes implementen el plan de cubrimiento en el área de servicio en la que participan, el cual permita a la comunidad acceder al servicio de televisión por cable (...).

7.4.2. Plan de expansión

El plan de expansión corresponde al período comprendido entre el perfeccionamiento del contrato y el final del quinto año de operaciones.

Indica el cubrimiento de las redes medido en casas pasadas que se compromete a instalar el operador en el área servida para cada año en el plan de expansión.

7.4.4. Asignación de calificación

El proponente diligenciará la siguiente tabla para la ciudad donde proponga dar cubrimiento y para cada año de operación entre el primero y el quinto (...)

El proponente que sustente el plan de expansión mayor en cubrimiento obtendrá el mayor puntaje y se tiene en cuenta al proponente que alcance, el mayor número de casas pasadas sobre casas existentes. La comparación se realizará únicamente entre los proponentes que estén compitiendo por la misma concesión.

El proponente, basado en la lista de equipos relacionada en la parte de diseño del sistema, diligenciará las tablas del anexo 5 para sustentar la inversión técnica, cubrimiento inicial y plan de expansión. El proponente indicará cada uno de los equipos que planea utilizar, según el diseño técnico, equipos y sistemas propuestos en la cabecera maestra y en la red. Se acepta sustitución de equipos mencionados en el registro siempre y cuando sean de igual o mejor desempeño y calidad.

En cualquier momento, la Comisión Nacional de Televisión podrá realizar inspección física de los equipos relacionados en la propuesta presentada, tanto para el inicio de operaciones como para el plan de expansión.

CRONOGRAMA PARA CUBRIMIENTO INICIAL Y PLAN DE EXPANSIÓN (...)

NOTA:

El cumplimiento de los tiempos estipulados para el cubrimiento inicial y el plan de expansión, dará lugar a las sanciones contractuales pertinentes (se destaca) (fls. 71, 72, 77 a 101, c. 2).

4.3.3.3. Después del cierre, además de la actora, se presentó la sociedad Intercable Ltda. para la ciudad de Valledupar, según lo consignado en la resolución 1079 del 22 de noviembre de 1999 (fl. 367, c. 2)²². La primera, en sus lineamientos técnicos, en lo que aquí interesa, planes de cobertura inicial (*ítem 7.3*) y extensión (*ítem 7.4*), se limitó a señalar “[e]nterado”. Igualmente, se observan los cuadros para calificación sin diligenciar (fls. 571 rev. y 572, c. 2).

4.3.3.4. La calificación técnica y financiera de la actora fue la siguiente (fls. 216 y 224, c. 2)²³:

TÉCNICA		
CONCEPTO	PUNTAJE MÁXIMO POSIBLE	CALIFICACIÓN
DISEÑO DEL SISTEMA	600 PUNTOS	436.97
CUBRIMIENTO INICIAL	200 PUNTOS	0.00
PLAN DE EXPANSIÓN	200 PUNTOS	0.00
TOTAL	1000 PUNTOS	436.97

FINANCIERA	
CONCEPTO	CALIFICACIÓN
6.1 Promedio número usuarios	113
6.2 Pago por compensación	136
6.3 Eficiencia	94
6.4 Plan de inversión y financiamiento	0
TOTAL	343

4.3.3.5. Según el consolidado de respuestas a las observaciones, sin fecha, particularmente, en lo relacionado con las propuestas presentadas para la ciudad de Valledupar (fls. 318 a 324, c. 2), el Comité concluyó que la “*calificación total no se modifica*” (fl. 324, c. 2).

²² Obra en copia simple allegada por la demandada. En los documentos se observan que datan del 14 y 21 de octubre de 1999.

²³ Obran en copia auténtica.

4.3.3.6. El 21 noviembre de 1999, en sesión extraordinaria, según acta 621, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, frente a los proponentes de la ciudad de Valledupar, manifestó:

2. APAC Y CÍA LTDA. CONTRA INTERCABLE

La duda en la respuesta a esta observación radica en la forma en que se realizó el cruce financiero técnico de la firma APAC, cuando esta no presentó dos ítems del anexo No. 5 de la propuesta relacionados con el cubrimiento inicial y plan de expansión.

Igualmente el Comisionado Quiroz solicita aclaración sobre la modificación en la calificación de estas propuestas ante lo cual los Subdirectores Administrativo y Financiero y Técnico explican detalladamente la nueva calificación y manifiestan su seguridad frente a la misma²⁴.

La Junta Directiva considera que es conveniente revisar nuevamente el tema al momento de la adjudicación (fls. 172 y 173, c. ppal 2).

4.3.3.7. El 22 de noviembre siguiente, dentro de la audiencia pública de adjudicación, Intercable Ltda., el otro proponente, advirtió:

Señala que en cuanto a las observaciones a la firma APAC en los numerales 7.3, 7.4 y anexo 5, se establece como factores de calificación el plan de cubrimiento inicial y el plan de expansión si se revisa la propuesta de APAC, se puede establecer que esta firma no presenta plan de cubrimiento inicial ni plan de expansión a cinco años. Además se encuentra incoherencia entre la parte financiera lo cual trasciende en los flujos de caja, frente a la ausencia de las especificaciones de los planes iniciales y de expansión. Esta circunstancia demerita de plano la oferta (debido a que no terminó su intervención, por agotarse el tiempo previsto, aporta el documento que hace parte de esta acta) (fls. 354 y 355, c. 2).

En la misma audiencia, la demandada respondió:

Con respecto a las observaciones presentadas por el señor Germán Rojas Garavito, apoderado de la sociedad INTERCABLE LTDA con respecto a la propuesta de APAC LTDA., en lo concerniente a los factores de calificación plan de cubrimiento inicial y plan de expansión (ítems que corresponden a la naturaleza del objeto de la licitación), la Junta Directiva de la Comisión procedió a revisar la propuesta y determinó que con el fin de garantizar el principio de selección objetiva contenido en la ley 80 de 1993, dado el cotejo de los ofrecimientos realizados por la sociedad APAC COMPAÑÍA LTDA, este no cumple con el diligenciamiento del plan de cubrimiento inicial y el plan de expansión, criterio este que forma parte de las condiciones técnicas

²⁴ No obran tales modificaciones en el expediente.

de la licitación y que además la Junta Directiva considera necesarios para garantizar el deber de selección objetiva que debe regir todos los procesos licitatorios, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 80/93; por lo anterior, no se adjudica licitación a este proponente y en consecuencia se declara desierta la licitación para el municipio de Valledupar, ya que la propuesta de la sociedad INTERCABLE LTDA no cumplió con el porcentaje mínimo señalado en el pliego para las condiciones financieras (fl. 361, c. 2).

4.3.3.8. En la misma fecha, mediante resolución 1079, la demandada acogió el informe final de evaluación así (fl. 373, c. 2):

PROPONENTE	CIUDAD	PUNTAJE EN EL REGISTRO	PUNTAJE CONCIONES FINANCIERA	PUNTAJE CONDICIONES TÉCNICAS	TOTAL ²⁵	OBSERVACIONES
APAC Y COMPAÑÍA	VALLEDUPAR	953	750	436.96	649	Cumple
INTERCABLE LTDA	VALLEDUPAR	950.5	250	961.02	710.1	No puede adjudicarse

En el artículo segundo decidió no adjudicar los contratos de concesión a los proponentes que obtuvieron menos de trescientos puntos en la evaluación técnica y/o financiera, entre otros, a la sociedad Intercable Ltda. y declarar desierta la licitación para la ciudad de Valledupar con base en lo expuesto en el acta de adjudicación de ese mismo día (fl. 379, c. 2).

4.3.3.9. Mediante resolución 0074 del 11 de febrero de 2000, la Comisión Nacional de Televisión confirmó la decisión de declaratoria de desierta así²⁶:

3. Que el pliego de condiciones contempló en el punto 3.1.11 que la Comisión podía declarar desierta la licitación total o parcialmente en el evento previsto en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

El numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 señala que la declaratoria de desierta de la licitación procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva. Por su parte, el artículo 29 de la Ley 80 define que la selección de los contratistas debe ser objetiva, entendiendo como objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable para la entidad y a los fines que ella busca, sin tener cuenta factores de afecto o de interés y en general cualquier motivación subjetiva.

4. Ni la propuesta presentada por Intercable ni la propuesta presentada por APAC LTDA (sociedad recurrente) constituían una oferta favorable para los fines que persigue la televisión por suscripción y por ende la prestación del servicio a la comunidad (...) (fls. 433 y 434, c. 2).

²⁵ El total corresponde a la sumatoria de los porcentajes a los cuales equivalían los puntajes por registro (20%); condiciones financieras (35%) y técnicas (45%).

²⁶ En copia auténtica.

4.3.4. DE LOS CARGOS FORMULADOS

4.3.4.1. *La propuesta de la actora cumplió con los planes de cobertura inicial y de expansión.* De entrada precisa advertir que la actora en su propuesta no diligenció los referidos planes y se limitó a señalar “[e]nterado” (fls. 571 rev. y 572, c. 2); sin embargo, sostiene que tales exigencias se encontraban satisfechas dentro de los demás requerimientos técnicos, sin que la prueba técnica de cuenta de ello, advirtiendo que se trata de un tema especializado que corresponde definir en ese contexto. Efectivamente, los expertos se limitaron a establecer los perjuicios causados con la declaratoria de desierta²⁷.

Vale precisar que algunos criterios de calificación de las exigencias financieras, particularmente, (i) el promedio del número de usuarios en los primeros cinco años de operación (numeral 6.2.1) y el plan de inversión, al compararlos con la definición de los planes de cobertura inicial²⁸ y de expansión²⁹, dan la impresión de satisfacerlos. Sin embargo, el primero de los criterios financieros refiere al número de usuarios mientras el plan de expansión a casas pasadas³⁰, siendo éste el factor para calificar este último (7.4.4.), sin que obre en el proceso elemento que permita concluir que el número de usuarios y casas pasadas corresponden técnicamente al mismo concepto; ahora, la forma de calificar el plan de inversión supone calcular la cobertura inicial con base en una fórmula (numeral 6.2.4) que en nada se corresponde con los criterios de calificación, aunado al hecho que la calificación de ambos fue de cero (fls. 216 y 224, c. 2).

²⁷ En efecto, en la demanda solicitó, mediante la intervención de peritos, “se determine los perjuicios causados a mi representada tomando como fundamento las utilidades dejadas de percibir o de conformidad con lo que resulte probado en el proceso” (fl. 29, c. ppal 1). En esos términos fue rendido el peritaje (fls. 208 a 225, c. ppal 2).

²⁸ Numeral 7.3.2. “El cubrimiento inicial es el cubrimiento que se tenga al finalizar el sexto mes contado a partir del perfeccionamiento del contrato (Tiempo Cero). El concesionario mostrará a la Comisión Nacional de Televisión, en la visita técnica y administrativa que ha cumplido con el plan propuesto, medido en número de casas pasadas” (fl. 97, c. 2).

²⁹ Numeral 7.4.2. “El plan de expansión corresponde al período comprendido entre el perfeccionamiento del contrato y el final del quinto año de operaciones. // Indica el cubrimiento de las redes medido en casas pasadas que se compromete a instalar el operador en el área servida para cada año en el plan de expansión”.

³⁰ El término casas pasadas corresponde al número “de casas por donde pasa la red”, según el glosario del pliego, anexo 6 (fl. 160, c. 2).

El mismo ejercicio sobre las condiciones técnicas tampoco permite llegar a la conclusión que resulta evidente para la actora, sobre todo cuando el diseño del sistema y la calificación de cada uno de sus criterios ni siquiera suponen las coincidencias que se advirtieron en relación con los factores financieros.

En esos términos, se impone tener por no probado el cargo en estudio.

4.3.4.2. *Obtener la calificación mínima en los factores financieros y técnicos daba derecho a la adjudicación.* La razón para no adjudicar la licitación a la actora se concretó en la omisión de diligenciar los planes de cobertura inicial y de expansión. Esa exigencia no fue establecida en el pliego de condiciones como documento esencial ni como causal de rechazo (numerales 3.1.6 y 3.1.7); por el contrario, se incorporó como un criterio de calificación técnica, con doscientos puntos cada uno de ellos de un total de mil (numeral 7.1.2), sin perjuicio de que, en el evento de que la calificación financiera y técnica no superara los trescientos puntos, se inhabilitara al proponente.

En esos términos, le asiste razón a la actora cuando afirma que, de conformidad con el pliego de condiciones, los referidos planes no constituían causal para desestimar su propuesta. Con mayor razón si superaba el mínimo de la calificación financiera y técnica, como en efecto quedó demostrado en la parte considerativa de la resolución 1079 del 22 de noviembre de 1999 (fl. 373, c. 2).

Entonces, la decisión atacada desconoció el pliego de condiciones bajo el argumento de que la omisión atribuida a la actora impedía la selección objetiva, cuando los efectos tenían una connotación eminentemente cuantitativa. Si se quería generar otra consecuencia, la declaratoria de desierta no era el escenario apropiado, en tanto impide a los proponentes la oportunidad correlativa de ajustar sus propuestas, si se considera que los términos de las diferentes etapas de la selección son preclusivos y perentorios (numeral 1 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993)³¹.

³¹ Sobre las modificaciones al pliego de condiciones en la licitación pública, el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 dispuso: *“Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el*

Así las cosas, la declaratoria de desierto atacada evidencia un afán por modificar los pliegos de condiciones, so pretexto de salvaguardar la selección objetiva, comportamiento que contrasta con la obligación de elaborar reglas objetivas, claras y completas (numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993), en tanto son el presupuesto para determinar el ofrecimiento más favorable³². En todo caso, la oportunidad para proceder en esa vía había precluido. Según la jurisprudencia de la Sala³³, la administración no tiene la facultad discrecional para declarar a su arbitrio desierto un proceso de selección de contratista, decisión que sólo resulta procedente cuando medien causales y circunstancias contempladas en las normas, habida consideración a que la facultad de adjudicar o no un contrato estatal es reglada.

Lo hasta aquí expuesto, no hace otra cosa que reprochar el desconocimiento de los pliegos de condiciones, sin abordar la problemática que supone la omisión de los planes de cobertura inicial y de expansión en la selección objetiva, toda vez que ese análisis es pertinente para definir si la propuesta de la actora resultaba ser la mejor.

Ahora, precisa decir que la Sección tuvo la oportunidad de conocer un asunto donde, según la misma sentencia, los hechos se resumían así³⁴:

objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. // Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles. // Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia”.

³² En efecto, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, aplicable al proceso en estudio prescribía: “Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido”.

³³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 27 de abril de 2011, rad. 25000232600019970392401 (18.293), M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2013, exp. 24.939, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Los **hechos** sobre los cuales hizo consistir la demanda se pueden presentar así: (i) el 14 de diciembre de 1998, la “Secretaría de Educación de Santafé de Bogotá” abrió un concurso público para la elaboración de los anteproyectos arquitectónicos de dos bibliotecas públicas, sede el Tintal y el Tunal; (ii) el 15 de febrero de 1999, Luis Enrique Reyes Beltrán presentó su propuesta, a la cual se asignó el código EXC; (iii) el 20 de febrero de 1999, un día antes de que expirara el período de juzgamiento, el jurado calificador emitió el informe de evaluación y expresó la metodología y los criterios empleados en el juzgamiento; (iv) la propuesta EXC fue calificada en el primer lugar, con el mayor puntaje total, y dentro del informe correspondiente se afirmó que las propuestas que habían ocupado los primeros lugares cumplían con los criterios de evaluación establecidos; (v) el 22 de febrero de 1999 se exhibieron en el salón de exposiciones de la Sociedad Colombiana de Arquitectos los proyectos ganadores del primero, segundo y tercer lugar y de la mención honorífica, así como también los códigos de los participantes y sus puntajes; (vi) el 3 de marzo de 1999, el jurado calificador “emitió una nueva acta de juzgamiento del concurso” y modificó lo juzgado anteriormente al concluir que los tres proyectos que tuvieron más alto puntaje tenían inconsistencias a nivel estructural y, en consecuencia, declaró desierto el primero y el segundo lugar y concedió el tercer puesto a la oferta EXC; (vii) el 11 de marzo de 1999, la entidad expidió la resolución n.º 944, que acogió en su totalidad el acta de fecha 3 de marzo de 1999; (viii) con base en lo anterior, la entidad procedió a la contratación directa del proyecto con otros arquitectos.

En esa oportunidad, con base en los anteriores hechos, se fijó el problema jurídico en los siguientes términos:

¿la decisión tomada por la entidad de declarar desierto el primer y segundo lugar del concurso de méritos para el anteproyecto de la biblioteca El Tintal y, en su lugar, calificar en el tercer puesto a la propuesta que obtuvo la más alta calificación y abstenerse de celebrar con este proponente el contrato, es contraria a las prescripciones legales y ha de ser sancionada con nulidad?

Al respecto se dijo que el jurado calificador había obrado dentro de las oportunidades para modificar su calificación así:

11.6 De conformidad con el resumen de la Sala, se concluye que entre el acta del 20 de febrero y la del 3 de marzo hay importantes diferencias: El nombre del primer acta es “METODOLOGÍA Y CRITERIOS EMPLEADOS EN EL JUZGAMIENTO” y el de la segunda “ACTA DE JUZGAMIENTO”, lo cual sugiere, desde la perspectiva del lenguaje, que la primera comprendía una etapa anterior del proceso y que la definitiva era la segunda. Este entendimiento se corrobora al apreciar que el acta del 20 de febrero era de presentación de los resultados que hasta el momento se habían dado y que no estableció un cuadro o listado en el cual se indicara qué proyectos habían ocupado los primeros lugares; por el contrario, el acta del 3 de marzo sí definió claramente los nombres de los concursantes que habían ocupado los primeros lugares: en el caso de El Tunal, el primero, segundo y tercer puesto,

respectivamente, correspondieron a Tectus Ltda., Consorcio Gamboa y María Lucía Barreto; en el caso de El Tintal, el primero y segundo puestos fueron declarados desiertos, mientras que el tercero correspondió a Luis Enrique Reyes Beltrán.

12 La primera calificación del jurado, de fecha 20 de febrero de 1999, fue modificada por la calificación final del 3 de marzo de 1999. El demandante ha señalado que la última, en tanto que comprendía un juzgamiento respecto de los anteproyectos, era extemporánea, puesto que el término para ello expiraba el 21 de febrero, y en ese orden de ideas la primera calificación no se podía modificar.

12.1 La Sala no está de acuerdo con esa afirmación porque después de que el comité o jurado ha rendido un concepto o juicio sobre las propuestas, la legislación nacional ha determinado que debe existir una oportunidad para que los concursantes formulen las observaciones correspondientes al juzgamiento de sus propias propuestas y de las de sus competidores. En efecto, el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, prescribe que en virtud del principio de transparencia, “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”. Sobre el particular, la Sección ha expuesto:

... en los términos de esta disposición existe: (i) la obligación de poner en conocimiento los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, dentro de los cuales se encuentran los estudios de evaluación de las ofertas; (ii) el derecho de los proponentes participantes en el respectivo proceso de selección para conocerlos y controvertirlos; y, (iii) en consecuencia, el deber de establecer etapas en los procesos de contractuales que permitan el conocimiento de dichas actuaciones, de suerte que se posibilite el ejercicio de ese derecho contradicción que les otorga la ley, a través de la presentación de observaciones.

Para la Sala, esta norma del estatuto de contratación es imperativa y de orden público y su aplicación se refiere a todos los procesos contractuales, sin distinción de ninguna índole, con el propósito, reiterando su texto, de que los interesados tengan la oportunidad de conocer y controvertir los informes de evaluación que se emitan en relación con sus propuestas, en el evento en que consideren que presentan errores, deficiencias o equivocaciones que les perjudique e incidan en el orden de elegibilidad; es decir, garantiza su derecho de defensa y contradicción en este tipo de actuaciones administrativas, a la par que evita situaciones de secreto o clandestinidad durante el proceso de selección y sirve de instrumento de purificación en la toma de la decisión por parte de la Administración Pública, pues aquéllos, a través de la formulación de observaciones, pueden advertir circunstancias que hubiesen pasado desapercibidas, en aras de contribuir a que se respete la legalidad de la adjudicación.

En suma, esta norma jurídica (art. 24 No. 2 Ley 80 de 1993), como concepto básico del principio de transparencia, sin ambages, confiere un derecho a los proponentes a enterarse del contenido de la evaluación realizada por la entidad pública a sus ofertas; un derecho a expresar, exponer o formular las observaciones o reparos a que haya lugar y, por supuesto, un derecho a

recibir respuesta en torno a las mismas antes de la adjudicación del contrato; pero, también, correlativamente impone una obligación de regular en los procedimientos de selección etapas que hagan posible el desarrollo de esos derechos, esto es, la publicidad y contradicción de los informes, conceptos y decisiones que se adopten en los procesos por parte de la Administración, brindando así la oportunidad a los interesados de conocerlos y controvertirlos³⁵.

12.2 La consideración del numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 como una norma imperativa –la cual encuentra soporte en la fuente constitucional³⁶ y en otras normas legales³⁷–, implica que todo proceso de contratación estatal contará con una etapa en la cual los concursantes habrán de conocer los conceptos, informes y decisiones correspondientes, tendrán la oportunidad de controvertirlos y recibirán respuesta de las autoridades. En consecuencia, cuando quiera que los pliegos, términos o bases del concurso se abstengan de disponer expresamente sobre el particular, la norma indicada entrará a hacer parte de ellos, en virtud del fenómeno jurídico denominado integración:

En general, con el término “integración” se hace referencia a formas de intervención sobre el contrato que van más allá del amplio desarrollo de la lógica de la declaración de los contratantes y que se agregan a su actividad en la construcción definitiva de sus obligaciones y derechos. En otros términos, el fenómeno de la integración debe ser entendido como el medio de intervención de la voluntad pública en las relaciones contractuales, lo cual significa que al lado de las determinaciones convencionales que tienen fundamento en el acuerdo de las partes, es necesario considerar las prescripciones que tienen título en la ley o en las otras fuentes externas a su acuerdo. Se habla de integración mediante normas imperativas, cuando quiera que éstas hacen parte del contrato y generan obligaciones y derechos para las partes, bien porque existe un vacío o laguna respecto de un tema preciso o, porque a pesar de que las partes dispusieron sobre el asunto en ejercicio de la autonomía, lo hicieron en contra de tales normas, las cuales en atención a su naturaleza no son susceptibles de modificación, ni menos aún de desestimación por los contrayentes, como lo define claramente el artículo 16 del Código Civil: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”. Así, normas que integran el contrato pueden asumir el carácter de inderogabilidad, es decir, normas imperativas, cuando tutelan un interés general prevalente sobre el de las partes, o también el interés de una parte contra la preeminente fuerza contractual de la otra³⁸.

³⁵ Cita original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 1 de abril de 2009, expediente n.º 36.476, C.P. Ruth Stella Correa.

³⁶ Cita original: Constitución Política: “artículo 29.- El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (...)”.

³⁷ Cita original: Código Contencioso Administrativo: “artículo 3.- Principios orientadores. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera. (...) En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales.”

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de septiembre de 2011, expediente n.º 18837, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

12.3 En ese orden de ideas, si bien es cierto que dentro de las bases del concurso sub *judice* no se determinó explícitamente que con posterioridad a la evaluación o juzgamiento de las propuestas habría un período para las observaciones de los concursantes, la Sala encuentra que la norma imperativa en mención integra el contenido de las bases del concurso y permite que, bajo el numeral “6.1 CALENDARIO DEL CONCURSO”, se incorpore una etapa posterior a la de “Juzgamiento” en la que los concursantes conocen los conceptos del jurado calificador, tienen la oportunidad de controvertirlos y el derecho a recibir las respuestas a sus observaciones. Así lo entendió el jurado calificador al dar trámite a las observaciones, estudiarlas y responderlas.

12.4 En efecto, la arquitecta Rodríguez formuló sus observaciones el 26 de febrero de 1999, una fecha razonable en opinión de la Sala, dado que la etapa denominada “Informe de Evaluación en la sede de la SCA” tuvo lugar entre el 17 de febrero y el 1 de marzo de 1999. Sus observaciones fueron objetivas, serias y mensurables, pues hacían énfasis en que el anteproyecto del arquitecto Reyes no había cumplido con algunas de las exigencias de las bases del concurso –párrafo 6.5– y recibieron respuesta directa por parte del jurado calificador –párrafo 6.6–.

12.5 Así, el jurado calificador al momento de la “proclamación de ganadores”, 3 de marzo de 1999, última etapa del concurso, tuvo la oportunidad de volver sobre las consideraciones que había expuesto en el acta del 20 de febrero, en la cual se incorporaban apreciaciones positivas y negativas respecto de los anteproyectos para el diseño de la biblioteca de El Tintal y, con fundamento en las observaciones formuladas y en la ampliación de las apreciaciones negativas que tenía sobre los proyectos, concluyó que el primer y el segundo lugar se debían declarar desiertos y que el tercero correspondía al arquitecto Reyes (se destaca).

Y se sigue a continuación con una afirmación que distancia ese asunto del que aquí se discute:

La Sala aprecia que el concepto del jurado analiza elementos objetivos y cuantificables, **que constituían las exigencias de las bases del concurso**, como son el sistema constructivo, la funcionalidad y el paisajismo, los cuales no se satisficieron con el anteproyecto del demandante (se destaca).

En esa vía se sigue:

13. El demandante tenía la carga argumentativa de demostrar que la resolución n.º 944 “por la cual se acoge en su totalidad el acta de juzgamiento del Concurso Público de Diseño adelantado para las bibliotecas sedes Parque El Tunal y El Tintal”, expedida el 11 de marzo de 1999 por la “SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTAFE DE BOGOTÁ, D.C.” –párrafo 6.11– estaba afectada de invalidez, cuestión que no se logró en este proceso, puesto que, en opinión de la Sala, el análisis realizado por el jurado calificador y la decisión tomada por la entidad estatal estaban fundamentados en las normas legales. Así, el jurado calificador, en ejercicio de sus funciones, artículo 6 del Decreto 2326 de 1995, rindió el concepto

correspondiente a los anteproyectos que se presentaron para la biblioteca El Tintal, el cual fue acogido, también en cumplimiento de sus funciones, por parte de la entidad estatal, quien procedió a declarar desierto el primero y segundo lugar del concurso. En efecto, en atención a lo ordenado por el artículo 4 del Decreto 2326 de 1995 la entidad tiene, entre otras, la obligación de “aceptar o rechazar el fallo del jurado calificador” y la de “expedir el acto administrativo de declaratoria de desierto del concurso de arquitectura en los términos del numeral 7 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993³⁹”, términos de conformidad con los cuales obró en el caso concreto.

14 Además de lo anterior, la Sala aprecia que la actividad que cumplió el jurado calificador al evaluar la materia específica del diseño arquitectónico, requiere de unas consideraciones especiales en atención a su naturaleza artística. En Colombia, la arquitectura constituye una profesión y un arte, de acuerdo con su definición legal, comprendida en el artículo 1 de la Ley 435 de 1998:

“Para todos los efectos legales, entiéndase por arquitectura, la profesión a nivel universitario, cuya formación consiste en el arte de diseñar y crear espacios, de construir obras materiales para el uso y comodidad de los seres humanos, cuyo campo de acción se desarrolla fundamentalmente con un conjunto de principios técnicos y artísticos que regulan dicho arte. El ejercicio profesional de la arquitectura es la actividad desarrollada por los arquitectos en materia de diseño, construcción, ampliación, conservación, alteración o restauración de un edificio o de un grupo de edificios. Este ejercicio profesional incluye la planificación estratégica y del uso de la tierra, el urbanismo y el diseño urbano. En desarrollo de las anteriores actividades, el arquitecto puede realizar estudios preliminares, diseños, modelos, dibujos, especificaciones y documentación técnica, coordinación de documentación técnica y actividades de otros profesionales especializados, planificación, economía, coordinación, administración y vigilancia del proyecto y de la construcción.

14.1 En atención a ello, los concursos para la escogencia de un anteproyecto arquitectónico demandan que el jurado calificador, además de considerar los elementos mensurables y cuantificables contenidos en las bases del concurso, analice los elementos artísticos, estéticos y funcionales que necesariamente han de conjugarse con aquellos para elegir la mejor opción. En tal sentido, los parámetros objetivos comprendidos en las bases del concurso son el fundamento para la elaboración del diseño respectivo, y desde la perspectiva del juzgamiento, resultan los límites mínimos que deben ser acatados por parte de los concursantes. No obstante, el cumplimiento de tales parámetros, en cuanto que mínimos, jamás implica que haya de escogerse a todos los proyectos que los cumplan, puesto que habrá unos, dentro de ese rango, que brinden, de acuerdo con el juicio del jurado calificador, mejores soluciones desde la perspectiva artística, estética y funcional. Esto no implica que haya arbitrariedad del jurado calificador, puesto que su juzgamiento toma como punto de inicio la objetividad de la bases del concurso y de ahí en adelante, con un análisis ponderado que

³⁹ Cita original: Ley 80 de 1993, “artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio: 7. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.

tiene en cuenta todos los elementos y necesidades, decide si hay lugar para premiar con el primer lugar a un proyecto, o si, por el contrario, se debe declarar desierto.

De lo expuesto se puede concluir que la sentencia en cita fundó la solución como sigue: (i) el jurado calificador varió la calificación dentro de la oportunidad legal, con todo y que el pliego no establecía una oportunidad para el efecto; (ii) esa decisión estaba fundada, no sólo en el conocimiento técnico del jurado, sino también en las normas legales y en las disposiciones del pliego que así lo imponían y (iii) el principio de integración se aplicó para llenar un vacío con las normas imperativas, más no para modificar o desconocer el pliego de condiciones.

En esta ocasión, lejos se está de pensar que se actuó en oportunidad, puesto que, en el consolidado de las evaluaciones, es decir, superada la etapa de las observaciones de los proponentes, en lo relacionado con las propuestas presentadas para la ciudad de Valledupar (fls. 318 a 324, c. 2), (i) el Comité concluyó que la *“calificación total no se modifica”* (fl. 324, c. 2); (ii) fue en sede de evaluación donde la Junta Directiva de la demandada decidió desconocer las disposiciones del pliego de condiciones que preveían que la ausencia de información relacionada con el cubrimiento inicial y el plan de expansión se calificaba con cero (0) puntos, para variar el orden elegibilidad, sin que este tipo de evaluaciones al margen de las reglas de la licitación esté permitida por la ley. Si conforme con esa normatividad era posible que en los formatos de la propuesta se omitiera la información relativa a los dos *ítems* mencionados, carece de justificación la calificación de incumplimiento a la que acudió la demandada para descalificar la propuesta, presentada por la actora bajo el supuesto de que sería evaluada con cero puntos en esos dos renglones de que se trata, como lo disponía el pliego y como fue calificada por el Comité.

En efecto, la decisión demandada se fundó así:

en lo concerniente a los factores de calificación plan de cubrimiento inicial y plan de expansión (ítems que corresponden a la naturaleza del objeto de la licitación), la Junta Directiva de la Comisión procedió a revisar la propuesta y determinó que con el fin de garantizar el principio de selección objetiva contenido en la ley 80 de 1993, dado el cotejo de los ofrecimientos realizados

por la sociedad APAC COMPAÑÍA LTDA, este no cumple con el diligenciamiento del plan de cubrimiento inicial y el plan de expansión, criterio este que forma parte de las condiciones técnicas de la licitación y que además la Junta Directiva considera necesarios para garantizar el deber de selección objetiva que debe regir todos los procesos licitatorios, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 80/93; por lo anterior, no se adjudica licitación a este proponente y en consecuencia se declara desierta la licitación para el municipio de Valledupar, ya que la propuesta de la sociedad INTERCABLE LTDA no cumplió con el porcentaje mínimo señalado en el pliego para las condiciones financieras (fl. 361, c. 2).

La simple referencia a la selección objetiva no puede tenerse como suficiente para apartarse del pliego de condiciones y si bien la entidad puede no acoger las recomendaciones del comité evaluador, deberá en todo caso sujetarse al ordenamiento jurídico, los pliegos y exponer detalladamente las razones para proceder en esa vía. Así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de la Sección⁴⁰:

El informe del comité evaluador constituye un criterio auxiliar para determinar cual es la mejor oferta. Sin embargo, el jefe de la entidad puede apartarse de los resultados de la calificación allí contenidos cuando considere que éstos no acataron los principios que rigen la contratación estatal y las condiciones previamente definidas en los pliegos de condiciones. En las anteriores condiciones, al momento de efectuar la adjudicación del contrato, debe expresar las razones que lo llevaron a separarse de tales recomendaciones.

Al respecto la sala ha precisado que los informes de los comités o cuerpos técnicos a quienes se encarga la evaluación de las propuestas para la adjudicación de la licitación pública, a pesar de ser “de una importancia excepcional...no es obligatorio para el funcionario u organismo que adjudica, a menos que el ordenamiento así lo imponga”⁴¹. En igual sentido indicó que “los cuerpos asesores deben ser oídos, pero sus puntos de vista son simplemente ilustrativos”⁴², ya que la elección de la oferta más ventajosa debe ser efectuada por el órgano competente. Así mismo destacó la importancia de los informes o conceptos para definir la mejor propuesta, pero sin que ello signifique que son intocables, incuestionables e inapelables, ya que “sería quitarle al órgano encargado de hacer la adjudicación, la posibilidad de ejercer la competencia”⁴³.

A pesar de que la ley 80 de 1993 no establece una etapa que legalmente se denomine preadjudicación del contrato, como si ocurre en otras legislaciones

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de junio de 2004, exp. 15.705, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴¹ Cita original: Sentencia del 20 de junio de 1983. Exp. 3.355.

⁴² Cita original: Sentencia del 25 de marzo de 1993. Exp. 6.740.

⁴³ Cita original: Sentencia del 12 de agosto de 1993. Exp.6.867.

-la etapa preparatoria a la adjudicación definitiva del contrato-, el sistema que diseñó el art. 30 tiene en estricto sentido el mismo alcance jurídico, Así lo describe Dromi:

“La adjudicación provisional no vincula al órgano competente ni es parte de un acto complejo, es una actividad previa, preparatoria de la decisión final. Es, en suma, un acto de trámite o simple acto de la administración, que necesita de la aprobación para producir efectos jurídicos directos.

La aprobación o adjudicación definitiva confiere suficiencia jurídica sustancial a la preadjudicación, ya que ésta, en sí, no importa una declaración de voluntad propia y autónoma ni reúne los elementos necesarios para la existencia del acto administrativo complejo o de voluntad concurrente.

...la preadjudicación puede ser modificada por la autoridad competente e impugnada por los oferentes, lo que sin duda traduce su intrascendencia jurídica, en el procedimiento de la licitación pública. De ahí que la situación jurídica del preadjudicatario, se tipifique como la de titular de un interés legítimo y la decisión de preadjudicación como un simple acto de la administración, preparatorio de la voluntad contractual administrativa. ...Dada la forma jurídica que reviste, la preadjudicación no crea derecho alguno a favor del preadjudicatario. Éste no tiene derecho incontrovertible a ser adjudicatario. El ente público no está obligado a contratar con el adjudicatario provisional y, correlativamente, éste no puede intimar a la autoridad a que contrate con él.”⁴⁴

2.2 La motivación del acto administrativo se considera como “la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a su emisión”⁴⁵, la cual reviste especial importancia al momento de realizar el análisis de legalidad por ser un “medio técnico de control de la causa del acto”⁴⁶. Por tal razón, se considera que no es “un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional: por el contrario, la motivación ha de ser

⁴⁴ Cita original: *La licitación pública*. Buenos Aires, 1985. E. Astrea. Pag 386-387. La doctrina española por su parte, también reconoce que “el procedimiento administrativo no es más que una concatenación de actos que tienden a un resultado final” y en ese contexto, unos son los actos de procedimiento o de trámite, aquellos, la mayor parte, “que sirven para el resultado final”. “son instrumentales”, en tanto “no encierran declaraciones de voluntad constitutiva en el sentido exacto del vocablo ... no crean relaciones jurídicas, sino a lo máximo situaciones jurídicas” y otro el acto final o ‘resolución’, “que supone propiamente, la finalización”. (José Antonio García-Trevijano. *Los actos administrativos*. Madrid. Ed. Civitas, 1986. 1ª edición. P.187.

⁴⁵ Cita original: MIGUEL S. MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot S.A., 1981. tercera edición. Tomo II, pág. 323. Este autor distingue entre el motivo y la motivación. Considera que el primero es “la circunstancia o antecedente de hecho aceptado o impuesto por la ley para justificar la emisión del acto” en tanto que la motivación es “la expresión o constancia de que el motivo existe o concurre en el caso concreto.” Tomo II, pág. 298

⁴⁶ Cita original: EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA / TOMÁS-RAMON FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, 2002. Tomo I, pág. 565.

suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión."⁴⁷

*El acto de la administración obedece a unas circunstancias fácticas y legales anteriores a su expedición, las cuales deben ser expresadas en el cuerpo de la decisión, salvo excepción legal, con el objeto de que los afectados con el acto conozcan las razones que influyeron para su expedición, ya que "la administración no puede actuar caprichosamente, sino que por el contrario, debe hacerlo respondiendo a las circunstancias de hecho y derecho que en cada caso correspondan."*⁴⁸

El Código Contencioso Administrativo establece la obligación de motivar, en forma sumaria,⁴⁹ las decisiones de la administración, a pesar de lo cual hay que entender que la motivación debe incluir la totalidad de los aspectos en los cuales es necesario tener en cuenta, como reiteradamente lo ha indicado la doctrina y la jurisprudencia, que la motivación no se cumple con cualquier fórmula de carácter general, llamadas comodín o passe-partout⁵⁰, sino que ella ha de ser suficiente, esto es ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión, en cada caso concreto.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina afirman, cuando se trata de actos de carácter particular y concreto, que la administración debe señalar en la decisión cuales fueron los motivos de hecho y derecho que dieron lugar a la expedición del acto administrativo, con el fin de permitir a los implicados en la decisión ejercer su derecho de audiencia y defensa y, además, controvertir y controlar el ejercicio de la función administrativa⁵¹.

En esos términos, en tanto en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala la entidad demandada se apartó del pliego de condiciones para dejar de aplicar un criterio de evaluación previamente establecido, sin que esté acreditado que este último contravenga normas imperativas, el cargo en estudio está llamado a

⁴⁷ Cita original: *Ibídem*, pág. 565.

⁴⁸ Cita original: HÉCTOR ESCOLA. *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1975. pág. 89.

⁴⁹ Cita original: *Sumario, ria. adj. Reducido a compendio; breve, sucinto*. Diccionario de la Real Academia Española, vigésima primera edición, Madrid, Editorial Espasa Calpe, S.A., 1992. Tomo II, pág 1919. MARIENHOFF señala que la motivación ideal o perfecta es aquella que contiene "una relación de las circunstancias de hecho y derecho que determinaron la emanación del acto" y concluye diciendo que "la motivación idónea o eficaz requiere que ella sea "suficiente" para apreciar con exactitud los motivos determinantes del acto." Tomo II, págs. 331 y 332.

⁵⁰ Cita original: Son aquellas que valen para cualquier supuesto y no para el supuesto determinado que se decide.

⁵¹ Cita original: "Tratándose de actos administrativos que creen o modifiquen una situación jurídica de carácter particular o concreto, reconozcan o nieguen un derecho, la motivación del acto constituye una garantía que le permite al beneficiado o afectado conocer y controvertir la decisión con mayor seguridad jurídica." Sala plena, sentencia del 15 de marzo de 1999, Exp. S-780.

prosperar y, por ende, la nulidad de los actos administrativos demandados, tal como lo ha definido esta Corporación frente a este tipo de asuntos⁵².

4.3.5. DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Frente al restablecimiento del derecho, la jurisprudencia de la Sección ha sido reiterativa en señalar⁵³:

Se reitera la jurisprudencia según la cual cuando se demanda la nulidad de la decisión de adjudicación de la administración y el pago de perjuicios, el oferente demandante que se considere con derecho a resultar adjudicatario, deberá demostrar: i) el vicio de ilegalidad de la decisión y ii) que su propuesta es la mejor, lo que hace indispensable que el proponente desfavorecido, que se siente lesionado en su interés jurídico y demanda, sea celoso de la observancia de la carga procesal y probatoria que implica acreditar en forma concurrente estos aspectos⁵⁴.

En ese orden, frente a la utilidad dejada de percibir, precisa señalar que cuando existen reparos sobre la evaluación, como sucede en el presente asunto, se impone realizar ésta nuevamente. Ejercicio que no resulta posible adelantar en el presente asunto, toda vez que no se conocen, porque no se allegaron a la actuación todas las propuestas, sin que en la demanda tampoco se hubiera solicitado (fls. 28 a 32, c. 2). Efectivamente, obra en autos únicamente la presentada por la actora; además, es de anotar que el dictamen no se ocupó de la calificación, pues los expertos se circunscribieron a calcular el monto del perjuicio, fundados en la utilidad esperada, como efectivamente lo solicitó la actora. Tampoco es posible acoger la evaluación realizada por la entidad, toda

⁵² En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 13.206, M.P. Miryam Guerrero de Escobar. En similar sentido: Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2011, exp. 15.550, M.P. Hernán Andrade Rincón, en su parte resolutive se consignó: “*REVOCAR la sentencia del siete (7) de mayo de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Tercera– y, en su lugar dispone: // Por las razones expuestas en la parte motiva, DECLARAR la nulidad de la Resolución número 14887 de diciembre 30 de 1993, proferida por el Ministro de Defensa. // Negar las demás pretensiones*”. Sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 19.056, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de mayo de 2012, exp. 22.089, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁴ Cita original: Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 26 de abril de 2006, exp. 16.041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 13 de mayo de 1996, exp. 9474, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; septiembre 26 de 1996, exp. 9963, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 17 de marzo de 1995, exp. 8858, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; 30 de enero 30 de 1995, exp. 9724, C.P. Daniel Suárez Hernández.

vez que se desconoce el impacto que tiene la omisión de los planes de cobertura inicial y de expansión en la calidad de la propuesta y la prestación del servicio.

Ahora, la Sala tiene determinado⁵⁵ que si se declara desierto, sin que se reúnan los presupuestos legales para ello, como sucede en el *sub examine* y el juez anula en consecuencia de esa ilegal determinación, el daño causado igualmente se traduce en los perjuicios que provienen de los gastos que demandó la licitación⁵⁶, erogaciones que asumió el oferente, en igualdad de condiciones frente a todos los proponentes, con independencia de que resultara o no favorecido en la adjudicación. Sumas que deberán reintegrarse debidamente actualizadas, en tanto no pueden ser consideradas como costos de la participación cuando ésta ni siquiera pudo cristalizarse.

Está demostrado que la actora canceló por concepto de pliegos de condiciones \$356.000 el 19 de julio de 1999 (fl. 453, c. 2, copia auténtica del recibo de pago). Dicha suma se actualizará desde esa fecha así:

$$\begin{array}{r} \$356.000 \times \frac{113.48}{55.77} \text{ (mayo 2013)} \\ \text{ (julio 1999)} \end{array} = \$724.384.00$$

Además, se reconocerán intereses legales. Para el efecto, se tendrá en cuenta el período transcurrido desde el día siguiente a la cancelación de la suma en comento hasta la presente providencia, así:

$$I = K \times R \times T$$

K: base de la liquidación: \$356.000

R: 6% anual: 0.5% mensual

T: meses (julio de 1999 a mayo de 2013)

$$I = \$356.000 \times 0.5\% \times 167.11$$

$$I = \$2.974.558.00$$

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 9 de abril de 2012, rad. 19960009601 (21869), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁵⁶ Si bien en las pretensiones no se individualizó esta pretensión, en la estimación de la cuantía sí “1.3. Costos y gastos en que incurrió APAC Y COMPAÑÍA LTDA por concepto de la elaboración de la propuesta técnica, económica y financiera”.

Igualmente, se acreditó que el 10 de agosto de 1999 se pagó la prima de la póliza de seriedad de la oferta por \$16.253 (fl. 452 rev, c. 2 copia auténtica recibo de pago). Suma que se actualizará desde esa fecha así:

$$\begin{array}{r} \$16.253 \times \frac{113.48}{56.05} \text{ (mayo 2013)} \\ \text{56.05 (agosto 1999)} \end{array} = \$32.906.00$$

También se reconocerán intereses legales. Para el efecto, se tendrá en cuenta el período transcurrido desde el día siguiente a la cancelación de la suma en comento hasta la presente providencia, así:

$$I = K \times R \times T$$

K: base de la liquidación: \$16.253

R: 6% anual: 0.5% mensual

T: meses (agosto de 1999 a mayo de 2013)

$$I = \$16.253 \times 0.5\% \times 167.21$$

$$I = \$111.504.00.$$

En suma son \$3.698.942.00 más \$144.410.00, para un total \$3.843.352.00.

Ahora, como no está acreditado en el plenario el valor de la preparación de la propuesta y el pago de fotocopias y encuadernación se proferirá condena en abstracto. Para efectuar la liquidación se nombrarán peritos para efectos de calcular esos costos, con su respectiva actualización e intereses legales, en los términos aquí liquidados. Los expertos tendrán en cuenta (i) el tiempo dedicado, (ii) el personal utilizado, (iii) la calidad de la propuesta y (iv) demás recursos utilizados, asimismo deberán respaldar todas sus conclusiones y valoraciones. Huelga señalar que la condena en abstracto exige que se adelante el incidente de liquidación respectivo ante el *a quo*.

4.4. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998⁵⁷.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 14 de noviembre de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: En su lugar, **DECLARAR** la nulidad del artículo segundo de la resolución 1079 del 22 de noviembre de 1999 y de la número 74 del 11 de febrero de 2000, por medio de las cuales se declaró desierta la concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción para la ciudad de Valledupar, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la Comisión Nacional de Televisión o a quien haga sus veces a pagar a la sociedad Apac y Compañía Limitada “*Tecnología en Electrónica de Comunicación*” la suma de tres millones ochocientos cuarenta y tres mil trescientos cincuenta y dos pesos (\$3.843.352.00) moneda corriente, por concepto de pago de pliegos de condiciones y póliza de seriedad de la oferta.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 1999, exp. 10.755, M.P. Ricardo Hoyos Duque. En efecto, se ha dicho: “*En este orden de ideas en el caso particular de los honorarios del abogado reclamados por la parte demandante, que hacen parte de las costas bajo el rubro agencias en derecho, si bien está debidamente acreditada su causación pues efectivamente hubo una activa participación del apoderado para sacar avante las pretensiones de la demanda tales como presentación de la misma, aporte y participación en práctica de pruebas, interposición de recursos, y si bien la tesis sostenida por la parte opositora no fue de recibo para la Sala, se considera que no hubo abuso en la actuación procesal de la demandada, pues no incurrió en conductas dilatorias ni temerarias como las señaladas antes. En consecuencia, se negarán por este aspecto las súplicas de la demanda*”.

CUARTO: CONDENAR en abstracto a la Comisión Nacional de Televisión y a favor de la sociedad Apac y Compañía Limitada “*Tecnología en Electrónica de Comunicación*”, por concepto de daño emergente, en los términos indicados en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del CCA y 115 del CPC. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del CPC y con observancia de lo prescrito por el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SÉPTIMO: SIN COSTAS, toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

OCTAVO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado