

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 25000-23-36-000-2016-00889-02

No. Interno: 65.016

Actor: SOCIEDAD ASEOS DE COLOMBIA ASEOCOLBA S.A. Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL Y OTRO

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (CPACA)

**Temas: ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES - Según el artículo 165 del CPACA, procede si son conexas entre sí, el juez es competente para conocer de todas, las pretensiones no se excluyen entre sí, no ha operado la caducidad frente a ninguna y se deben tramitar bajo el mismo procedimiento - en tal evento la oportunidad debe establecerse de manera individual frente a cada uno de los medios de control acumulados. / INHABILIDADES - implican que a los individuos se les limita su capacidad legal para ser proponentes o contratistas del Estado, cuando sus conductas ponen en riesgo o perjudican valores superiores como la moralidad administrativa y la igualdad. Su interpretación es restrictiva. / DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO - procede para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. / MULTA – busca conminar al contratista para que cumpla sus obligaciones. / DEMANDA CONTRA ADJUDICACIÓN - cuando se demanda el acto de adjudicación porque la oferta ganadora no era la más favorable, se debe demostrar la ilegalidad del acto y que la propuesta del demandante era la mejor. / INDEMNIZACIÓN PARA EL MEJOR OFERENTE NO ADJUDICATARIO -**

**se le reconoce la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato, pero su tasación está sujeta a lo que se acredite en cada caso.**

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Nación – Rama Judicial en contra de la sentencia del 28 de agosto de 2019, por medio de la cual la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió (se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores):

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 6905 del 2 de octubre de 2015, por la cual la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá, adjudicó la licitación pública No. 01 de 2015, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 8664 del 2 de diciembre de 2015, por la cual se resolvió la solicitud de revocatoria directa elevada por la sociedad Aseos Colombianos -Aseocolba S.A.- respecto de la declaratoria de inhabilidad en el acto administrativo de adjudicación de la licitación pública No. 01 de 2015, con fundamento en el análisis realizado en

la parte precedente.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del contrato de prestación de servicios No. Lic01PS03-15 del 6 de octubre de 2015, suscrito entre la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá y la

sociedad Serviaseo S.A., de acuerdo con lo esgrimido en la parte considerativa.

CUARTO: CONDENAR a la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá, a pagar a favor de la sociedad Aseos Colombianos -Aseocolba S.A.-, por concepto de perjuicios materiales con ocasión de la pérdida de utilidad que dejó de percibir la suma de quinientos noventa y cuatro millones trescientos seis mil seiscientos noventa y dos pesos con cuatro centavos (\$594'306.692,4) m/cte.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones reclamadas conforme a lo expresado en la parte motiva

SEXTO: CONDENAR en costas de primera instancia a la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá, incluyendo como agencias en derecho lo equivalente al 3% de lo reconocido en la presente providencia, suma que deberá ser liquidada por la Secretaría de la Sección, en los términos del artículo 366 del CGP [...]”<sup>1</sup>.

## SÍNTESIS DEL CASO

La sociedad Aseos Colombianos Aseocolba S.A. interpuso demanda de controversias contractuales<sup>2</sup> en contra de la Nación – Rama Judicial, en la que solicitó que se declarara la nulidad de i) la Resolución 6905 de 2015, por medio de la cual se adjudicó un contrato a la sociedad Serviaseo S.A. y se indicó que Aseocolba S.A. estaba inhabilitada; ii) la Resolución 8664 de 2015, en la que se denegó la revocatoria directa del acto de adjudicación; y iii) del contrato Lic01PS03-15. Como consecuencia, solicitó el reconocimiento de los perjuicios supuestamente causados, pues, en su criterio, no se encontraba inhabilitada para participar en el procedimiento licitatorio y, además, contaba con la mejor oferta, por lo que se le debió adjudicar el contrato.

## ANTECEDENTES

La demanda

El 28 de abril de 2016<sup>3</sup>, la sociedad Aseos Colombianos Aseocolba S.A. -en adelante Aseocolba- presentó demanda de controversias contractuales en contra de la Nación – Rama Judicial, con el fin de que se declarara la nulidad de i) la Resolución 6905 de 2015, mediante la cual se adjudicó el contrato No. Lic01PS03-15 a la sociedad Serviaseo S.A. -en adelante Serviaseo- y se concluyó que la aquí demandante estaba

<sup>1</sup> Folios 464 a 465 del cuaderno 2.

<sup>2</sup> Se precisa que en el sub lite los medios de control de controversias contractuales y nulidad y restablecimiento del derecho se acumularon por el a quo, teniendo en cuenta que la parte demandante impugnó varios actos administrativos y un contrato. Folios 179 a 184 del cuaderno 2 y archivo de video de minutos 01:00 a 37:24 del CD obrante en el folio 185 del cuaderno 2.

<sup>3</sup> Folios 2 a 32 del cuaderno 1.

inhabilitada para ser proponente; ii) la Resolución 8664 de 2015, en la que se denegó la revocatoria directa del acto de adjudicación; y iii) el contrato No. Lic01PS03-15.

Igualmente, la parte actora solicitó que, a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada fuera condenada a pagar los perjuicios causados a Aseocolba, correspondientes a la utilidad que dejó de percibir por la no adjudicación del contrato, por la suma de \$535'360.983 o, de manera subsidiaria, que se la condenara a pagar el valor asegurado por la garantía de seriedad de la propuesta, la suma de \$731'700.617. Adicionalmente, pidió que las sumas en comento fueran actualizadas, que se reconocieran intereses moratorios y que se condenara en costas a la Rama Judicial.

#### Hechos de la demanda<sup>4</sup>

El 1 de septiembre de 2015, la Rama Judicial profirió la Resolución 6338, mediante la cual ordenó la apertura de la licitación pública 01 de 2015, cuyo objeto consistió en contratar la prestación del servicio de aseo de los despachos judiciales y sedes administrativas de “Bogotá D.C., en el departamento de Cundinamarca, Leticia y Puerto Nariño, en el departamento del Amazonas”.

En el pliego de condiciones se establecieron como criterios de evaluación de las propuestas los de: i) evaluación de aspectos técnicos y de calidad (250 puntos), ii) apoyo a la industria nacional (100 puntos) y iii) evaluación económica (650 puntos).

El 14 de septiembre de 2015, Aseocolba presentó una oferta a la licitación en comento, por la suma de \$6.298'364.502.

En la misma fecha y, tras el cierre del proceso y la apertura de sobres, la entidad realizó un sorteo para determinar cómo calificaría las ofertas, en el que se definió que el criterio que se utilizaría para tal efecto sería el de “la media aritmética por rangos”.

El 30 de septiembre de 2015, la Rama Judicial publicó en el Sistema Electrónico de Contratación Pública -SECOP- el informe de evaluación final de la licitación pública, el que, en criterio de la parte demandante, indicó que los proponentes habilitados eran: “1) Aseos Colombianos Aseocolba S.A., 2) Serviaseo S.A., 3) Unión Temporal Eminser [...]” y otros. Se arguyó que en el mencionado documento se le asignó a Aseocolba una calificación de 1.000 puntos, por lo que quedó en el primer lugar de elegibilidad.

<sup>4</sup> Obrantes de folios 4 a 9 del cuaderno 1.

El 1 de octubre de 2015 se inició la audiencia de adjudicación, en la que, según la entidad demandante, la junta de contratación verificó y concluyó que, pese a las modificaciones que había sufrido el informe de verificación y evaluación de las ofertas, las participantes habilitadas eran “1) Aseos Colombianos Aseocolba S.A., 2) Serviaseo S.A., 3) Unión Temporal Eminser [...]” y otros. En esa etapa, la sociedad Serviaseo indicó que Aseocolba se encontraba inhabilitada por habersele declarado dos incumplimientos en dos contratos que suscribió, uno con el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y otro con la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, motivo por el cual se suspendió tal procedimiento, con el propósito de constatar tal situación.

El 2 de octubre de 2015 se reanudó la audiencia de adjudicación y se expidió la Resolución 6905, en la cual se adjudicó el contrato producto de la licitación pública 01 de 2015 a Serviaseo.

En el acto administrativo también se indicó que Aseocolba se encontraba inhabilitada, de acuerdo con lo previsto en el literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, por el hecho de que fue sancionada en dos contratos “mediante las resoluciones no. 3179 de 2013 y 292 de 2014” por dos conductas constitutivas de incumplimiento. En el primero de esos actos administrativos se declaró el incumplimiento y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, mientras que en el segundo se le impuso una multa.

Durante la audiencia, Aseocolba objetó que se le declarara inhábil, por considerar que el supuesto del literal b) ejusdem no se ajustó al caso particular, dado que no se configuraron al menos dos declaratorias de incumplimiento frente a dos contratos - exigidas por esa norma para la configuración de la inhabilidad-, sino solo una de ellas y una multa. También indicó que en el Registro Único de Proponentes -RUP- no constaba que tuviera alguna inhabilidad.

El 7 de octubre de 2015, Aseocolba solicitó a la entidad contratante la revocatoria directa de la Resolución 6905 de 2015, por considerar que la inhabilidad que se le impuso no era procedente, por los mismos argumentos que expuso en la audiencia de adjudicación.

El 15 de octubre de 2015, la Rama Judicial publicó en el SECOP el contrato de prestación de servicios No. Lic01PS03-15 que suscribió con Serviaseo.

El 2 de diciembre de 2015, la Rama Judicial expidió la Resolución 8664, en la que denegó la solicitud de revocatoria directa, por considerar que tanto la multa como la declaratoria de incumplimiento impuestas a Aseocolba en dos contratos diferentes se

originaron en un incumplimiento de esa sociedad frente a cada negocio, de ahí que se configuró el supuesto del literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 para declararla inhábil en el procedimiento licitatorio 01 de 2015, normativa en la que se indicó que sería inhábil para contratar con el Estado el proponente que acumulara incumplimientos en al menos 2 contratos durante una misma vigencia fiscal.

Normas violadas y concepto de la violación

Aseocolba sostuvo que las Resoluciones 6905 y 8664 de 2015 se encontraban viciadas por una falsa motivación, una desviación de poder y una infracción de las normas en que debían fundarse y, como consecuencia, que el contrato suscrito en virtud del primer acto adoleció de una nulidad absoluta, en concordancia con las causales previstas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

manifestó que el acto de adjudicación expedido por la Rama Judicial incurrió en una falsa motivación, pues en tal documento se declaró erróneamente que estaba inhabilitada en la licitación con sustento en la causal contemplada en el literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, en la que se dispuso que estaría inhabilitado el contratista que hubiera sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos 2 contratos durante una misma vigencia fiscal; sin embargo, en su criterio, no se la sancionó con dos o más declaratorias de incumplimiento.

Precisó que en otros procesos contractuales en los que fue contratista, el IDU le declaró el incumplimiento mediante la Resolución 3179 de 2013 e hizo efectiva la cláusula penal y, por medio de la Resolución 292 de 2014, la Policía Nacional le impuso una multa, “conminándolo a la debida ejecución del contrato”. Para la parte actora, la declaratoria de un incumplimiento y la imposición de una multa no son equivalentes, pues mientras que la primera se da de manera

definitiva por la no satisfacción obligacional, la segunda tiene un carácter conminatorio.

Por lo expuesto, concluyó que Aseocolba no incurrió en el supuesto del literal b) del artículo 90 ejusdem, que exigía al menos 2 incumplimientos en 2 contratos distintos y, por ende, no estaba inhabilitada para participar en el procedimiento licitatorio 01 de 2015, teniendo en cuenta que se le impuso una multa y un incumplimiento y no dos incumplimientos, aspecto en el que resaltó que las inhabilidades e incompatibilidades son taxativas y, por ende, su interpretación es restrictiva.

Por otro lado, arguyó que el hecho de que se hubiera declarado inhabilitada a Aseocolba antes de la adjudicación del contrato sin sustento alguno afectó la selección

objetiva y constituyó una desviación de poder, pues le impidió suscribir el negocio, aunque afirmó contar con la mejor oferta, de ahí que la adjudicación se motivó en aspectos subjetivos.

También señaló que las encargadas de verificar la configuración de inhabilidades eran las Cámaras de Comercio, por lo que la Rama Judicial incurrió en una falta de competencia y en una infracción legal al haber realizado tal labor por su cuenta en vez de acudir al RUP. En ese aspecto, resaltó que la supuesta inhabilidad no estaba registrada en el RUP y que solo se declaró hasta el acta de adjudicación “privando al proponente de su derecho a realizar las aclaraciones correspondientes”.

Finalmente, dado que concluyó que el acto de adjudicación demandado adolecía de vicios que derivan en su ilegalidad, consideró que la Resolución 8664 de 2015 debió conceder la revocatoria de la adjudicación y que el contrato No. Lic01PS03-15 debe ser declarado nulo, pues se celebró contra expresa prohibición legal y constitucional, con abuso y desviación de poder y porque se declarará nulo el acto que lo funda.

Trámite de primera instancia

El 13 de junio de 2016<sup>5</sup>, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda por encontrar reunidos los requisitos de ley y ordenó integrar como litisconsorte facultativo a Serviaseo, decisión que le fue notificada en debida forma a las partes, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Contestación de la demanda

El 22 de septiembre de 2016<sup>6</sup>, la Rama Judicial contestó la demanda, escrito en el que se opuso a las pretensiones del libelo introductorio por considerar que Aseocolba se encontraba inhabilitada para contratar con el Estado y, por consiguiente, no se le podía adjudicar el contrato. Como consecuencia, formuló las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, caducidad y falta de legitimación en la causa por activa de Aseocolba.

Frente a la culpa exclusiva de la víctima, arguyó que Aseocolba fue excluida del procedimiento licitatorio porque incurrió en una inhabilidad, de ahí que tal circunstancia se originó en una conducta de su parte.

En cuanto a la caducidad, afirmó que el contrato Lic01PS03-15 vencía el 6 de diciembre de 2015, y que no se probó que se hubiera agotado la conciliación extrajudicial frente a

<sup>5</sup> Folios 36 a 37 del cuaderno 1.

ese negocio. Adujo que, en caso de que la conciliación se hubiera llevado a cabo “la caducidad [...] vencía el 6 de marzo de 2016, por lo cual se encuentra vencido toda vez que radicó la demanda el 29 de abril”. Finalmente, resaltó que Aseocolba no acreditó la calidad de parte del contrato, por lo que no le asistía interés para acudir al proceso.

Por otro lado, resaltó que, en virtud del literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, el contratista que acumulara dos o más incumplimientos en al menos dos contratos estaría inhabilitado y que, en el sub lite, ello se configuró, ya que a Aseocolba se le impuso una multa y fue objeto de una declaratoria de incumplimiento, teniendo en cuenta que, para la entidad demandada, ambas figuras se originan en la insatisfacción de las obligaciones a cargo de un contratista.

En desarrollo de lo anterior precisó que, si bien la multa y la declaratoria de incumplimiento se llevan a cabo de diferente manera, ambas se originan en situaciones de incumplimiento del contrato, de ahí que la multa y la declaratoria de incumplimiento impuestas a Aseocolba tuvieron por causa dos incumplimientos en dos contratos separados, por lo que se cumplió el supuesto del literal b) del artículo 90 ibidem. Asimismo, precisó que, aun cuando tales incumplimientos no estaban registrados en el RUP, era su deber declarar la inhabilidad respectiva ante la presencia de los supuestos para su procedencia.

Finalmente, adujo que, en la medida en que la declaratoria de inhabilidad de Aseocolba era procedente, no era dable revocar el acto de adjudicación, pues tal resolución no contenía ninguna irregularidad. También aclaró que la entidad demandante no tenía ningún derecho consolidado, por lo que no se le ocasionó ningún perjuicio con la no adjudicación, ni probó su monto. Por todo lo expuesto, concluyó que los actos y el contrato demandados se expidieron legalmente, con motivación y justificados en la normativa que les era aplicable.

El 4 de noviembre de 2016<sup>7</sup>, Aseocolba se pronunció sobre las excepciones propuestas por la parte demandada, e indicó que: **i)** no operó la caducidad frente a la solicitud de nulidad del contrato, pues el término para demandarlo en el sub lite era de 4 meses desde el conocimiento de la resolución de adjudicación; **ii)** no se configuró la falta de legitimación en la causa de la parte actora, pues Aseocolba cuenta con un interés directo frente al contrato, por ser la oferente no adjudicataria; **iii)** no estaba inhabilitada para participar en la licitación 01 de 2015, en los términos de la demanda y; **iv)** se le

causaron perjuicios, pues al haber presentado la mejor oferta sin que se le adjudicara el contrato tenía derecho a una utilidad<sup>8</sup>.

#### Audiencia inicial

El 5 de mayo de 2017<sup>9</sup>, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca llevó a cabo la audiencia inicial, en la que no se encontró vicio alguno que debiera ser objeto de saneamiento. Luego se precisó que la demanda se tramitaría como una acumulación de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales.

Después se indicó que Serviaseo comparecería al proceso como litisconsorte necesario por pasiva y no como litisconsorte facultativo, en los términos del artículo 61 del CGP, y también se resolvieron las excepciones previas formuladas por la parte demandada.

En relación con la excepción de culpa exclusiva de la víctima, el a quo precisó que, al tener relación con el fondo del asunto, la resolvería al dictar la sentencia.

Frente a la caducidad consideró que debía desestimarse, dado que, según explicó, la demanda se presentó en término frente a: **i)** los actos administrativos impugnados, pues se radicó dentro de los 4 meses siguientes a su notificación y **ii)** al contrato impugnado, ya que se presentó dentro de los 2 años siguientes a su perfeccionamiento. Finalmente, denegó la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y precisó que los contratos estatales se pueden demandar por el tercero que acredite un interés directo, como lo es el proponente no adjudicatario -Aseocolba-.

En ese punto, Serviaseo presentó recurso de apelación en contra de la decisión que denegó la falta de legitimación en la causa por activa, el que fue concedido en el efecto suspensivo por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por lo que se suspendió la audiencia inicial hasta tanto la impugnación fuera resuelta. El 10 de julio de 2018<sup>10</sup> el Consejo de Estado confirmó la decisión impugnada.

El 20 de noviembre de 2018<sup>11</sup> se reanudó la audiencia inicial y se fijó el litigio en el entendido de que se debía resolver si la Resolución 6905 de 2015 es nula por una falsa motivación, una desviación de poder y una infracción de las normas en que debía fundarse y si, como consecuencia de lo anterior, se debe declarar la nulidad de la

<sup>8</sup> Se precisa que la adjudicataria Serviaseo contestó la demanda extemporáneamente, como lo concluyó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Folios 211 a 213 del cuaderno 2.

<sup>9</sup> Folios 179 a 184 del cuaderno 2 y archivo de video de minutos 01:00 a 37:24 del CD obrante en el folio 185 del cuaderno 2.

<sup>10</sup> Folios 205 a 207 del cuaderno 2.

<sup>11</sup> Folios 234 a 244 del cuaderno 2 y archivo de video de minutos 01:00 a 28:26 del CD obrante en el folio 245 del cuaderno 2.

Resolución 8664 de 2015 y del contrato No. Lic01PS03-15 y se debe indemnizar a la parte actora, en caso de que haya presentado la mejor oferta en el procedimiento licitatorio 01 de 2015. La fijación del litigio fue puesta a consideración de las partes, quienes manifestaron su aceptación.

Posteriormente se decretaron como pruebas las aportadas por las partes junto con el escrito inicial y la contestación de la demanda, entre ellas, el dictamen pericial aportado por Aseocolba. Igualmente, se ordenó tener como prueba “la totalidad de los documentos del proceso licitatorio 01 de 2015 [...] en el SECOP” y se requirió a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá de la Rama Judicial para que allegara las propuestas presentadas por Aseocolba y Serviaseo. Finalmente, se fijó la fecha de la audiencia de pruebas.

Audiencia de pruebas

El 12 de julio de 2019<sup>12</sup>, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca llevó a cabo la audiencia de pruebas, en la que se procedió a escuchar a los peritos autores del dictamen pericial presentado<sup>13</sup>.

Alegatos de conclusión

Una vez concluido el período probatorio, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y corrió traslado a las partes para alegar

de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto.

La parte actora y la Rama Judicial presentaron alegatos de conclusión, en los que reiteraron los argumentos presentados en oportunidades procesales precedentes. Igualmente, Serviaseo alegó de conclusión y manifestó que no se le ocasionó un daño a la parte demandante y que la solicitud indemnizatoria no se encontraba justificada.

Sentencia de primera instancia

El 28 de agosto de 2019<sup>14</sup>, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió declarar la nulidad de las Resoluciones 6905 y 8664 de 2015, así como del contrato Lic01PS03-15, por considerar que le asistió razón a Aseocolba en el hecho de que no era inhábil para contratar con el Estado. Por

<sup>12</sup> Folios 384 a 388 del cuaderno 2 y archivo de video de minutos 01:00 a 33:08 del CD obrante en el folio 383 del cuaderno 2.

<sup>13</sup> Folio 387 del cuaderno 2.

<sup>14</sup> Folios 428 a 465 del cuaderno 6.

concluir que contaba con la mejor oferta, condenó a la Rama Judicial al reconocimiento de la utilidad que dejó de percibir.

Para el a quo, el hecho de que a Aseocolba se le hubiera impuesto una multa y se le hubiera declarado el incumplimiento en dos contratos no quiere decir que en ambos casos se concluya que se configuraron dos incumplimientos, en los términos del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, en tanto la multa y el incumplimiento “son dos figuras jurídicamente diferentes, que no componen relación entre sí”.

Corolario de lo anterior, adujo que la multa es una sanción pecuniaria que se impone como mecanismo para compeler al contratista para que ejecute el negocio en el tiempo y la forma pactada, y no es de carácter resarcitorio; mientras que el incumplimiento se refiere a la no satisfacción de las obligaciones del contrato en la forma y oportunidad convenidas y ocasiona el deber de indemnizar los perjuicios que se ocasionen por cuenta de tal situación. Así, mientras que en la primera no se exime al contratista del cumplimiento de sus obligaciones, en la segunda se busca la reparación por los perjuicios producto de la no satisfacción obligacional.

En virtud de lo expuesto, para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no había lugar a declarar la inhabilidad de Aseocolba en el acto de adjudicación demandado, pues a tal sociedad se le impuso una multa y se le declaró el incumplimiento en dos contratos, lo que dista de lo previsto en el literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, en virtud del cual sería inhábil el contratista que acumulara declaratorias de incumplimiento en al menos dos contratos, teniendo en cuenta que la multa y el incumplimiento impuestos no son equivalentes, según lo argumentado. Así, concluyó que el acto impugnado adoleció de una falsa motivación.

Aclarado lo anterior, adujo que, dado que Aseocolba no estaba inhabilitada para participar en el procedimiento licitatorio 01 de 2015 y, debido a que tenía la mejor oferta, pues “contaba con una propuesta económica [...] de menor valor que la ofrecida por Serviaseo”, el acto impugnado también incurrió en una desviación de poder y en una infracción de las normas en que debía fundarse al haberla excluido del procedimiento de selección sin justificación. Para el a quo, tal



resolución debía haber sido revocada por la Rama Judicial, de manera que como ello se denegó mediante la Resolución 8664 de 2015, se concluyó que tanto el acto de adjudicación como el que denegó su revocatoria debían declararse nulos.

Igualmente, arguyó que, declarada la nulidad del acto de adjudicación, el contrato estatal que se celebró en virtud de aquel se vició de nulidad, pues se suscribió el negocio sin el lleno de los requisitos legales, motivo por el cual debía declararse nulo.

Por último, se indicó que, en vista de que se privó a Aseocolba de la adjudicación del contrato, debía reconocérsele “la totalidad de las ganancias y utilidades dejadas de percibir” por la suma de \$535'360.983, “valor que en ningún momento fue desvirtuado por la entidad demandada”. La suma anterior fue actualizada, para un total de

\$594'306.692.

#### Recurso de apelación

Inconforme con la sentencia proferida por el a quo, el 13 de septiembre de 2019<sup>15</sup>, la Rama Judicial interpuso recurso de apelación, en el que se solicitó que se revocara la decisión impugnada y se denegaran las pretensiones de la demanda, con el argumento de que Aseocolba estaba inhabilitada por habersele impuesto dos declaratorias de incumplimiento y porque, en todo caso, no contaba con la mejor oferta. También se alegó que la indemnización reconocida a favor de la parte demandante se fundamentó en un dictamen pericial que no fue debidamente sustentado.

Manifestó que el a quo incurrió en un defecto fáctico, por una “inapropiada valoración probatoria del pliego de condiciones”, debido a que no se tuvo en cuenta que en ese documento precontractual se previó la inhabilidad por incumplimiento reiterado del literal

b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011. También alegó que se incurrió en un defecto fáctico por una “inapropiada valoración de las pruebas frente a la firma Mayordomía Ltda.”, pues no se tuvo en cuenta que esa proponente subsanó su oferta en tiempo, por lo que la evaluación de las propuestas varió y Aseocolba pasó a tener el puesto 21 -y no el primero, por lo que no contaba con la mejor oferta-.

Reiteró que Aseocolba incurrió en dos incumplimientos, pues se le impuso una multa y una declaración de incumplimiento, teniendo en cuenta que ambas figuras se originan en la no satisfacción de las obligaciones a cargo del contratista, como se expuso en la contestación a la demanda. Como consecuencia, indicó que la decisión por la cual se la declaró inhabilitada y el posterior rechazo de su revocatoria se ajustaron a derecho y, por ende, que no se configuró una falsa motivación, ni una desviación de poder, ni una infracción de las normas superiores.

<sup>15</sup> Folios 475 a 487 del cuaderno 6.

Como consecuencia de lo anterior, indicó que el contrato suscrito en virtud del procedimiento licitatorio 01 de 2015 también se ajustó a la normativa que le era aplicable y señaló que el dictamen con sustento en el cual se calculó la indemnización reconocida no cumplió con los requisitos de los artículos 218 y 219 del CPACA, entre ellos la acreditación de la experiencia del perito, ni la “manifestación de aceptar o no el régimen jurídico de responsabilidad de los auxiliares de la justicia”, así como que no se razonaron los resultados de la experticia.

## Trámite de segunda instancia

El 7 de octubre de 2019<sup>16</sup>, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, como consecuencia, ordenó remitir el proceso al Consejo de Estado. El 28 de noviembre de 2019<sup>17</sup>, esta Corporación devolvió el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pues no se convocó la audiencia de conciliación prevista en el artículo 192 del CPACA.

El 10 diciembre de 2020<sup>18</sup> el a quo llevó a cabo la mencionada audiencia, la que fue declarada fallida por falta de ánimo conciliatorio y el 5 de marzo de 2021 se remitió el expediente al Consejo de Estado. El 9 de julio de 2021<sup>19</sup>, esta Corporación admitió el recurso de apelación y ordenó notificar la decisión al Ministerio Público. Posteriormente, el 10 de noviembre de 2021<sup>20</sup>, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

La parte demandante y la Rama Judicial presentaron alegatos de conclusión. El Ministerio Público presentó concepto en el que solicitó confirmar la sentencia del a quo y Serviaseo guardó silencio en esta etapa procesal.

## CONSIDERACIONES

### 1. Régimen aplicable

Al sub judice le resultan aplicables las disposiciones procesales vigentes para la fecha de la presentación de la demanda -28 de abril de 2016-, las cuales corresponden a las contenidas en la Ley 1437 de 2011 -CPACA-, así como a las disposiciones de la Ley 1564 de 2012 -CGP-, en virtud de la integración normativa prevista en el artículo 306 del primero de los estatutos mencionados.

<sup>16</sup> Folio 490 del cuaderno 6.

<sup>17</sup> Folio 499 del cuaderno 6.

<sup>18</sup> Archivos 18, 19 y 20 del índice 12 del expediente digital en SAMAI.

<sup>19</sup> Índice 14 del expediente digital en SAMAI.

<sup>20</sup> Índice 30 del expediente digital en SAMAI.

Se precisa que al asunto bajo examen no le resultan aplicables las disposiciones del Decreto 806 de 2020<sup>21</sup>, ni de la Ley 2080 de 2021<sup>22</sup>, puesto que tanto la demanda como el recurso de apelación se interpusieron antes de la entrada en vigor de esas normas y no se cumplieron los supuestos de tales estatutos para su aplicación.

### 2. Jurisdicción y competencia

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del asunto, con fundamento en el artículo 104<sup>23</sup> del CPACA, pues las resoluciones 6905 y 8664 de 2015 y el contrato No. Lic01PS03-15 impugnados fueron proferidas y celebrado, respectivamente, por la Rama Judicial -en tanto órgano del Estado- en el procedimiento licitatorio 01 de 2015, en el marco de su actividad contractual.

Igualmente, el Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación en

contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con el artículo 150<sup>24</sup> y los numerales 3 y 5 del artículo 152<sup>25</sup> del CPACA,

<sup>21</sup> “Artículo 16. Vigencia y derogatoria. El presente decreto legislativo rige a partir de su publicación y estará vigente durante los dos (2) años siguientes a partir de su expedición. Publíquese y cúmplase. Dado en Bogotá, D. C., a 4 de junio de 2020”.

<sup>22</sup> “Artículo 86. Régimen de vigencia y transición normativa. La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley. [...] En estos mismos procesos, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se registrarán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones”. La Ley 2080 de 2021 entró en vigor el 26 de enero de 2021, una vez cumplida su promulgación.

<sup>23</sup> “Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública [...]”.

<sup>24</sup> “Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. [modificado por el artículo 615 del CGP]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto al que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia [...]”.

<sup>25</sup> “Artículo 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y, sin atención a la cuantía, de los actos que se expidan en ejercicio del poder disciplinario asignado a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, diferentes al Procurador General de la Nación. [...] 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) SMLMV”.

dado que se trata de un proceso de doble instancia y debido a que la cuantía excedió 300 y 500 SMLMV a la fecha de presentación de la demanda<sup>26</sup>.

### 3. Procedencia de los medios de control formulados

A efectos de determinar el medio de control procedente en el sub lite, se recuerda que, en el caso concreto, Aseocolba formuló pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho -solicitud de nulidad de las Resoluciones 6905 de 2015 y 8664 de 2015- y de controversias contractuales -solicitud de nulidad del contrato Lic01PS03-15-, las cuales fueron acumuladas por el a quo.

En lo que respecta al acto administrativo que deniega una solicitud de revocatoria directa, como lo es la Resolución 8664 de 2015, la jurisprudencia de esta Corporación<sup>27</sup> ha considerado que tal decisión no es susceptible de la acción contencioso administrativa, pues no hace parte de la sede administrativa o vía gubernativa, ni genera una situación jurídica nueva o distinta a la del acto administrativo que se busca revocar, de modo que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es improcedente frente a esa decisión.

Por ello, el a quo debió rechazar el conocimiento de la pretensión de nulidad de la resolución que denegó la revocatoria directa al momento de la admisión de la demanda, pues no era objeto de control judicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 169<sup>28</sup> del CPACA, lo que no sucedió; sin embargo, ante esta omisión, la Sala considera que, sobre este puntual aspecto, corresponde declarar la ineptitud sustantiva de la demanda e inhibirse para fallar sobre dicha pretensión, dado que la resolución 8664 de 2015 no constituyó un acto administrativo definitivo. A continuación, se pasará a analizar la procedencia en relación con la Resolución 6905 de 2015 y el contrato impugnado.

<sup>26</sup> Lo anterior, teniendo en cuenta que en el asunto de conocimiento se acumularon las pretensiones de nulidad y restablecimiento y controversias contractuales. La parte demandante estimó la cuantía en

\$535'360.983, monto que excedió 300 y 500 veces la suma de \$689.455 ( $689.455 \times 300 = 206'836.500$  y

$689.455 \times 500 = 344'727.500$ ), que correspondía al salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de presentación de la demanda -28 de abril de 2016-.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 28 de febrero de 2019. Radicado 11001-03-26-000-2015-00086-00 (54.269)A. Consejo de Estado, Sección Primera. Providencia del 23 de octubre de 2014. Radicado 25000-23-41-000-2014-00674-01. C.P. Guillermo Vargas Ayala.

<sup>28</sup> “Artículo 169. Rechazo de la demanda. Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos: 1. Cuando hubiere operado la caducidad. 2. Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida. 3. Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial”.

En virtud de la figura de la acumulación de pretensiones, prevista en el artículo 165<sup>29</sup> del CPACA, en las demandas presentadas ante esta jurisdicción es procedente acumular diferentes clases de pretensiones, siempre que sean conexas entre sí y que:

i) el juez sea competente para conocer de todas; ii) las pretensiones no se excluyen entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias; iii) no haya operado la caducidad; y iv) todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.

Asimismo, según el artículo 141<sup>30</sup> del CPACA, los actos previos a la celebración del contrato estatal pueden ser demandados en los términos de los artículos 137 y 138 del CPACA -es decir, a través de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho- y el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo pueden pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato.

En este caso resultan procedentes las pretensiones propias de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales, pues un proponente no adjudicatario del procedimiento licitatorio 01 de 2015, en calidad de tercero con interés directo, impugnó un acto de adjudicación y un contrato estatal de cuya celebración y ejecución se le privó y también solicitó, a título de restablecimiento del derecho, el reconocimiento de la utilidad que hubiera percibido si se le hubiera adjudicado el mencionado negocio jurídico.

La acumulación de las pretensiones anteriormente expuestas también es procedente, como lo concluyó el a quo, debido a que: **i)** el Tribunal Administrativo de Cundinamarca era competente para conocer de ambas, según lo dispuesto en los numerales 3 y 5 del artículo 152 del CPACA, como fue razonado en el acápite anterior; **ii)** las pretensiones no se excluyen entre sí, pues se encaminan a la nulidad del acto de adjudicación y del contrato del procedimiento licitatorio 01 de 2015; **iii)** no ha operado la caducidad respecto de alguna de aquellas, como se explicará más adelante, y **iv)** las pretensiones acumuladas se debían tramitar bajo el mismo procedimiento.

<sup>29</sup> “Artículo 165. Acumulación de pretensiones. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos: 1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución. // 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias. // 3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas. // 4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento”.

<sup>30</sup> “Artículo 141. Controversias contractuales. [...] Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. // El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato [...]”.

En suma, en el sub examine resultaban procedentes los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales, de manera acumulada.

4. Oportunidad de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales

De acuerdo con lo previsto en los literales c) y j) del numeral 2 del artículo 164<sup>31</sup> del CPACA, los actos precontractuales pueden demandarse dentro de los 4 meses siguientes a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, mientras que frente a los contratos estatales se puede alegar la nulidad absoluta dentro de los 2 años siguientes a su perfeccionamiento.

Teniendo en cuenta que en el presente caso se acumularon las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales, es del caso analizar la oportunidad en la presentación de la demanda de manera separada frente a cada una de ellas, pues el hecho de que la Sala las conozca en un solo proceso no quiere decir que ello posibilite pretermitir los términos previstos por el legislador para ejercer cada uno de los medios de control del CPACA<sup>32</sup>.

#### 1. Demanda en término frente al acto de adjudicación

Se somete a consideración de la Sala la declaratoria de nulidad de la Resolución 6905 del 2 de octubre de 2015, conocida por Aseocolba en esa fecha<sup>33</sup>.

En atención a la fecha en que a la parte actora se le notificó la Resolución 6905 de 2015 -2 de octubre de esa anualidad-, Aseocolba podía ejercer el derecho de acción frente a tal norma hasta el 3 de febrero de 2016. El 3 de febrero de 2016, tal sociedad presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público, la cual fue declarada fallida ante la falta de ánimo conciliatorio, según constancia proferida por la Procuraduría el 28 de abril de 2016<sup>34</sup>, por lo que el término para ejercer el derecho de

<sup>31</sup> “Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: [...] 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...] c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso [...] j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente”.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 19 de marzo de 2020. Expediente 47001-23-33-000-2014-00045-02 (62.538).

<sup>33</sup> Como obra en el registro del proceso 01 de 2015 en SECOP 1.

<sup>34</sup> Folio 20 del cuaderno 3.

acción se reanudó a partir del 29 de abril siguiente y, dado que la demanda se presentó el 28 de abril de 2016, se concluye que se radicó en término.

#### 2. Demanda en término frente al contrato impugnado

Además del acto anteriormente enunciado, en el sub examine se impugnó el contrato No. Lic01PS03-15, suscrito el 6 de octubre de 2015, por lo que Aseocolba podía ejercer el derecho de acción hasta el 7 de octubre de 2017. El 3 de febrero de 2016 inició la suspensión de términos, fecha para la cual faltaban 20 meses y 4 días para que operara el fenómeno jurídico de la caducidad, por lo que, desde el 29 de abril de 2016, cuando se reanudaron, la oportunidad para ejercer el derecho de acción se extendió hasta el 3 de enero de 2018, de manera que como el escrito inicial se radicó el 28 de abril de 2016, fue formulado en tiempo.

En suma, la demanda se presentó en término en relación con el acto de adjudicación y el contrato impugnados.

5. Régimen aplicable al procedimiento licitatorio 01 de 2015 llevado a cabo por la Rama Judicial

El procedimiento licitatorio 01 de 2015, en cuyo marco se expidió el acto de adjudicación y se celebró el contrato objeto de la demanda, se encuentra regido por la Ley 80 de 1993 y por sus reformas y decretos reglamentarios, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo previsto en el literal b) del artículo 2<sup>35</sup> de la primera de las normas mencionadas, el Consejo Superior de la Judicatura, en tanto órgano de la Nación - Rama Judicial, está incluido dentro de las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública.

6. Alcance del recurso de apelación

El recurso de apelación se encaminó a cuestionar la decisión del a quo, arguyendo que se debían denegar las pretensiones de la demanda, pues Aseocolba estaba inhabilitada para participar en el procedimiento licitatorio 01 de 2015 y, en todo caso, no contaba con la mejor oferta.

En particular, resaltó que, según lo dispuesto en el literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, todo contratista al que se le declararan dos incumplimientos estaba

<sup>35</sup> “Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley: 1°. Se denominan entidades estatales: [...] b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República [...] y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.

inhabilitado y a Aseocolba se le habían declarado dos incumplimientos en dos contratos celebrados con anterioridad a su participación en el procedimiento de selección que dio origen al acto acusado, por lo que no podía adjudicársele el contrato. Por otro lado, sostuvo que Aseocolba no contaba con la mejor oferta, pues en la etapa de evaluación de las propuestas la proponente Mayordomía Ltda. subsanó su ofrecimiento, lo que alteró el orden de elegibilidad de los participantes en la licitación y la aquí demandante pasó a tener el puesto 21.

Finalmente, resaltó que el dictamen pericial sobre el cual se determinó la indemnización concedida por el a quo no cumplió con la normativa en materia probatoria, pues, entre otras cosas, no se acreditó la experiencia del perito, ni su aceptación como tal, ni se sustentó el cálculo del monto estimado como utilidad dejada de percibir.

En ese orden de ideas, corresponde revisar: i) si a Aseocolba se le declararon dos

incumplimientos en la misma vigencia fiscal y, como consecuencia, incurrió en una inhabilidad, o si por el contrario era apta para participar en el procedimiento licitatorio 01 de 2015; ii) si la aquí demandante contaba con la mejor oferta en la licitación, ello con el fin de determinar si existe mérito para anular el acto de adjudicación y el contrato impugnados y, de ser así, iii) si la indemnización solicitada era procedente y si fue probada.

## 7. Caso concreto

A efectos de resolver el recurso de apelación, se hará mención de los hechos probados que resultan relevantes, entre ellos los relativos al procedimiento licitatorio 01 de 2015 y a los supuestos incumplimientos en que incurrió Aseocolba, con el fin de establecer si estaba inhabilitada y, además, si contaba con la mejor oferta.

### 1. El procedimiento licitatorio 01 de 2015

El 1 de septiembre de 2015<sup>36</sup>, la Rama Judicial dio apertura al procedimiento licitatorio 01 de 2015, mediante el cual buscaba contratar la “prestación del servicio de aseo con insumos y maquinaria incluida, mantenimiento de jardines y lavado de banderas” en los despachos judiciales y sedes administrativas de Bogotá D.C., en el departamento de Cundinamarca, y de Leticia y Puerto Nariño, en el departamento del Amazonas<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Como obra en el registro del procedimiento licitatorio 01 de 2015 en SECOP I.

<sup>37</sup> Como obra en la copia del índice 27 del cuaderno 3.

El 14 de septiembre de 2015<sup>38</sup> se fijó como criterio de calificación de las propuestas el de media aritmética por rangos, y en la misma fecha la sociedad Aseocolba presentó su propuesta al procedimiento licitatorio 01 de 2015, por la suma de \$6.298'364.502, en la que también allegó la garantía de seriedad de la propuesta y el RUP. En el contenido de este último documento se evidenció que, para esa fecha, únicamente se le había impuesto la declaratoria de incumplimiento contenida en la Resolución 3179 de 2013<sup>39</sup>.

El 14 de septiembre de 2015<sup>40</sup>, la Rama Judicial procedió a abrir los sobres en los que se presentaron las propuestas, y concluyó que se allegaron oportunamente las de las firmas Aseocolba S.A., Mayordomía y Servicios Ltda. y Serviaseo S.A.<sup>41</sup>, entre otras. En el mencionado documento se individualizó el monto de cada una de las ofertas y la de Aseocolba se estimó en \$6.298'364.502.

El 30 de septiembre de 2015, a las 1:18 pm<sup>42</sup>, se publicó el informe de evaluación, en el que la sociedad Aseocolba estaba en el primer lugar en el orden de elegibilidad con

1.000 puntos, mientras que Mayordomía estaba pendiente de subsanar su ofrecimiento, de ahí que no había sido puntuada.

El 30 de septiembre de 2015, a las 4:43 pm<sup>43</sup>, se publicó el informe final de evaluación, teniendo en cuenta las subsanaciones que realizó Mayordomía, en el que Serviaseo obtuvo el primer lugar en el orden de elegibilidad con 1.000 puntos, mientras que Aseocolba quedó posicionada en el puesto 21, con 861



puntos.

El 2 de octubre de 2015<sup>44</sup>, la Rama Judicial expidió la Resolución 6905, mediante la cual adjudicó el contrato producto de la licitación pública 01 de 2015 a la sociedad Serviaseo, por la suma de \$6'387.999.999, con un presupuesto oficial estimado de

\$7'317.006.179 “el cual podrá ser afectado en su totalidad”. En tal decisión se excluyó a la sociedad Mayordomía Ltda. por haber subsanado extemporáneamente su ofrecimiento y se indicó que la firma Aseocolba había sido sancionada por incumplimiento mediante las Resoluciones 3179 de 2013 y 292 de 2014, por lo que era inhábil para participar en el procedimiento licitatorio y, por ende, debía ser excluida.

<sup>38</sup> Como obra en las copias del acta de apertura de sobres y de la propuesta de Aseocolba, de folios 32 a 177 del cuaderno 3 y de acuerdo con el registro del procedimiento licitatorio 01 de 2015 en SECOP 1.

<sup>39</sup> Como obra en la copia del RUP, de folios 8 a 17 y 74 a 93 del cuaderno 3.

<sup>40</sup> Como obra en la copia del acta de apertura de sobres, de folios 235 a 238 del cuaderno 3.

<sup>41</sup> La propuesta de la sociedad Aseocolba fue aportada en el expediente y obra de folios 30 a 181 del cuaderno 3.

<sup>42</sup> El mencionado informe obra en el registro del procedimiento licitatorio 01 de 2015 en SECOP 1.

<sup>43</sup> El mencionado informe obra en el registro del procedimiento licitatorio 01 de 2015 en SECOP 1.

<sup>44</sup> Como obra en la copia de la mencionada resolución, de folios 27 a 29 del cuaderno 3. En la misma fecha se llevó a cabo la audiencia de adjudicación, como consta en el proceso 01 de 2015 en SECOP 1.

En el acto de adjudicación se ajustó el informe de evaluación, dada la exclusión de las firmas en comento, y Serviaseo quedó en primer lugar con 1.000 puntos totales.

El 6 de octubre de 2015<sup>45</sup>, la Rama Judicial suscribió el contrato “de prestación de servicios N° Lic01PS03-15” con la sociedad Serviaseo S.A., por la suma de \$7.317'006.189.

El 7 de octubre de 2015<sup>46</sup>, Aseocolba solicitó que se revocara directamente la Resolución 6905 de 2015, por considerar que no incurrió en dos incumplimientos durante la misma vigencia fiscal y que no se encontraba inhabilitada para participar en el procedimiento licitatorio 01 de 2015. La anterior solicitud fue denegada mediante la Resolución 8664 del 2 de diciembre de 2015<sup>47</sup>, que fue notificada personalmente el 18 de diciembre de 2015<sup>48</sup>.

En la Resolución 8664 de 2015 se indicó que, tras la exclusión de las firmas Aseocolba y Mayordomía, se produjo una variación en la media, por lo que quedó en

\$6.612'133.469.89, con un intervalo entre \$6.281'526.796 y 6.942'740.143, de tal suerte que la firma que se acercó al menor valor dentro del intervalo fue Serviaseo S.A., con una oferta económica por la suma de \$6.387'999.999<sup>49</sup>.

## 2. Verificación de los incumplimientos y/o multas impuestos a Aseocolba

El 16 de diciembre de 2013, el IDU expidió la Resolución 3179<sup>50</sup> y le declaró el incumplimiento a la sociedad Aseocolba e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por la suma de \$83'522.412 en el contrato de prestación de servicios IDU 013 de 2012. Frente a tal decisión se interpuso recurso de reposición, el que se resolvió en la Resolución 327 del 27 de enero de 2014<sup>51</sup>, en el sentido de modificar el monto de la cláusula penal por la suma de \$12'654.911 y confirmar el acto en todo lo demás. Posteriormente, Aseocolba solicitó la revocatoria directa de la primera decisión, la que fue denegada mediante la Resolución 14698 del 9 de mayo de 2014<sup>52</sup>.

Mediante la Resolución 292 del 9 de mayo de 2014<sup>53</sup>, la Policía Nacional le impuso una multa por el 5% del valor del contrato No. 07-7-20024-14 a la sociedad Aseocolba,

<sup>45</sup> Como obra en la copia del contrato de folios 178 a 189 del cuaderno 3.

<sup>46</sup> Como obra en la copia de la solicitud de folios 190 a 194 del cuaderno 3.

<sup>47</sup> Como obra en la copia de la resolución de folios 195 a 204 del cuaderno 3.

<sup>48</sup> Como obra en la copia de la diligencia de notificación personal del folio 205 del cuaderno 3.

<sup>49</sup> Folio 197 del cuaderno 3.

<sup>50</sup> Como obra en la copia de la resolución en comento, de folios 206 a 215 del cuaderno 3.

<sup>51</sup> Como obra en la copia de la resolución en comento, de folios 216 a 220 del cuaderno 3.

<sup>52</sup> Como obra en la copia de la mencionada resolución, obrante en el folio 70 del cuaderno 1.

<sup>53</sup> Como obra en la copia de tal resolución, de folios 79 a 89 del cuaderno 1 y 221 a 231 del cuaderno 3.

“conminándolo a la debida ejecución del contrato”. La anterior decisión fue modificada por medio de la Resolución 296 del 12 de mayo de 2014<sup>54</sup> tras resolverse el recurso de reposición presentado por Aseocolba, y se redujo la multa al 3.28% del contrato.

Puesto de presente el panorama probatorio que antecede, la Sala procede a

resolver el primer cargo de la apelación.

3. Inexistencia de una inhabilidad frente a Aseocolba para el momento en que se adjudicó el contrato producto de la licitación 01 de 2015

La Sala considera que, de conformidad con lo expuesto anteriormente, Aseocolba no estaba inhabilitada para participar en el procedimiento licitatorio 01 de 2015, debido a que no se le declararon incumplimientos en dos contratos durante la misma vigencia fiscal, como lo exigía el literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, por las razones que a continuación se detallan.

Conviene precisar que, en virtud de las inhabilidades en materia contractual, a los individuos se les limita su capacidad legal para ser proponentes o contratistas del Estado, en aquellos eventos en que sus conductas ponen en riesgo o perjudican valores superiores como la moralidad administrativa y la igualdad, con el fin de preservarlos y de garantizar la transparencia, objetividad e imparcialidad, propios de los procesos contractuales del Estado<sup>55</sup>.

Adicionalmente, la jurisprudencia de esta Corporación ha diferenciado la inhabilidad de la incompatibilidad en que, mientras que la primera se concreta en la prohibición para que una persona suscriba un contrato con el Estado, la segunda implica “lo que no se puede poseer o ejercer a un tiempo por una misma persona”<sup>56</sup>. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la interpretación de las inhabilidades en materia de contratación estatal es restrictiva, debido a la limitación de derechos que conllevan, de cara al contenido prohibitivo que de allí emana para celebrar contratos con el Estado, por lo que al aplicarlas se debe acudir estrictamente al marco de lo dispuesto por el legislador, sin que proceda extenderlas a otros eventos similares<sup>57</sup>.

Dentro de las inhabilidades prescritas por el legislador, se destacan, a efectos de la controversia de conocimiento, las contenidas en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011,

<sup>54</sup> Como obra en la copia de tal resolución, de folios 90 a 92 del cuaderno 1 y 232 a 234 del cuaderno 3.

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 12 de marzo de 2015. Expediente 25000-23-26-000-2000-02368-02 (28.752) C.P. Hernán Andrade Rincón.

<sup>56</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del septiembre 20 de 2001. Expediente 10.989. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Expediente 68001-23-15-000-1995-00152-01 (24.057). C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

antes de la modificación de la Ley 1955 de 2019<sup>58</sup>, en las que se estableció que la concurrencia de varias multas y/o incumplimientos llevarían a que el contratista quedara inhabilitado para contratar con el Estado:

“Artículo 90. Inhabilidad por incumplimiento reiterado. Quedará inhabilitado el

contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

- a. Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;
- b. Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;
- c. Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado [...].”

Como se observa, el legislador diferenció entre las multas y las declaratorias de incumplimiento como factores que inciden en que el contratista sea o no hábil para contratar con el Estado. Ambas figuras fueron previstas en la Ley 1150 de 2007 como herramientas con las que cuenta el Estado, en calidad de contratante, para hacer cumplir los principios de la función pública y de la contratación estatal, a través del ejercicio de su potestad sancionadora. Frente a las multas, se indicó que tendrían como propósito conminar al contratista para que cumpla sus obligaciones, mientras que el incumplimiento se podría declarar con el fin de hacer efectiva la cláusula penal<sup>59</sup>.

En concordancia con lo anterior, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 prescribió que las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública podrían declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del caso, así como imponer multas y

<sup>58</sup> Considerando que el acto de adjudicación y el contrato impugnados se dictaron antes de la vigencia de esa norma.

<sup>59</sup> “Artículo 17. Del derecho al debido proceso. [...] En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato [...].”

sanciones pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal, para lo

cual fijó un procedimiento con ese fin<sup>60</sup>.

Para esta Corporación, la declaratoria de incumplimiento tiene la vocación de establecer con carácter definitivo una insatisfacción de las obligaciones contraídas en virtud del negocio jurídico estatal, con el fin de que se haga efectiva la cláusula penal, en concordancia con los artículos 1592<sup>61</sup> y 1595<sup>62</sup> del Código Civil<sup>63</sup>. Por otro lado, la multa es una sanción pecuniaria que busca impulsar el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En ese sentido, la multa no se impone con el objeto de terminar el negocio jurídico, o de resarcir perjuicios, sino para conminar al contratista a que cumpla sus obligaciones, en el marco de lo cual se debe garantizar el debido proceso<sup>64</sup>.

Así, queda en evidencia que las dos figuras bajo estudio no son equiparables, al punto de que el legislador, al consagrar el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, fue categórico en distinguir las y no asimilarlas bajo una misma denominación. De ahí su intención de derivar de una y otra supuestos distintos al configurar las inhabilidades prescritas. Es por esto que no es de recibo concebir que se cataloguen ambas figuras indistintamente como incumplimientos, máxime si se tiene en cuenta que darle a la norma tal alcance haría inocuo el hecho de que el legislador las hubiera diferenciado e iría en contravía del principio hermenéutico del efecto útil de las normas jurídicas.

Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que, en el sub lite, Aseocolba no incurrió en la inhabilidad del literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, debido a que, para la fecha en que se llevó a cabo el procedimiento licitatorio 01 de 2015, se le había impuesto una multa y declarado un incumplimiento y no dos incumplimientos como expresamente lo exigía el referido precepto legal.

Como consecuencia de lo expuesto, no resultaba admisible que la Rama Judicial excluyera del procedimiento licitatorio a Aseocolba por una inhabilidad que no se

<sup>60</sup> “Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento [...]”.

<sup>61</sup> “Artículo 1592. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

<sup>62</sup> “Artículo 1595. Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora [...]”.

<sup>63</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de abril de 2020. Radicado 25000-23-36-000-2015-00840-01 (61.500).

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 19 de marzo de 2021. Expediente 25000-23-26-000-2005-01116-02 (42.135). C.P. María Adriana Marín. Sentencia del 2 de julio de 2021. Expediente 08001-23-33-000-2015-02442-01 (66.495) y sentencia del 10 de septiembre de 2021. Radicado 13001-23-33-000-2012-00162-01 (50.130). C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

configuró, puesto que no era jurídicamente viable extender el supuesto del literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 a un evento no contemplado por el legislador, teniendo en cuenta el carácter restrictivo de las inhabilidades.

Una vez demostrado lo anterior, la Sala pasará a revisar si la exclusión de Aseocolba por una inhabilidad que no se había configurado afectó la selección objetiva del procedimiento licitatorio 01 de 2015, aspecto dentro del cual es necesario verificar si tal oferente contaba con la mejor propuesta o si no era el llamado a ocupar el primer lugar en la lista de elegibles, de manera que la irregularidad analizada no tuvo la vocación de afectar tal principio.

#### 4. La sociedad Aseocolba demostró contar con la mejor oferta

En el caso concreto se encuentra que Aseocolba demostró que el hecho de que se la hubiera excluido del procedimiento licitatorio 01 de 2015 injustificadamente la privó de suscribir y ejecutar el contrato producto de tal licitación, pues acreditó estar en el primer orden de elegibilidad en caso de que no se la hubiera expulsado de la licitación y, por ende, contaba con la mejor oferta, según se pasa a explicar.

Al respecto, se precisa que el legislador dispuso en el artículo 23<sup>65</sup> de la Ley 80 de 1993 que las actuaciones relacionadas con la contratación estatal se rigen por los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como por los postulados de la función administrativa, de los cuales se deriva la necesidad de elegir al mejor oferente a partir de criterios objetivos y con base en un proceso de selección reglado.

El artículo 5<sup>66</sup> de la Ley 1150 de 2007 estableció que se entendería como objetiva la selección en la que se hiciera la escogencia de la propuesta más ventajosa para el Estado, teniendo en cuenta factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa de ellos, “contenida en los pliegos de condiciones o sus

<sup>65</sup> “Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

<sup>66</sup> “Artículo 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: [...] 2. [Modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011] La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. [...]”.

equivalentes”, sin que la favorabilidad la constituyan elementos distintos a los contenidos en tales documentos.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que la selección objetiva implica elegir al mejor oferente sin consideración de factores subjetivos, a través de los mecanismos de selección de cada caso, de manera que solo a partir de la certeza respecto del cabal cumplimiento de las exigencias expuestas en el pliego de condiciones por parte de los proponentes se puede elegir la oferta más favorable, lo que guarda una estrecha relación con el principio de transparencia, según el cual el proceso contractual público debe someterse a criterios claros, objetivos e imparciales, en aras de hacer efectivos los fines estatales perseguidos con la contratación pública y principios como los de igualdad, libre concurrencia, economía y responsabilidad<sup>67</sup>.

Es en virtud de lo expuesto que, en el evento en que se demanda el acto de adjudicación con el argumento de que la oferta ganadora no era la más favorable, para que se reconozca una indemnización en favor del demandante, se debe: i) desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo y ii) demostrar que la oferta presentada en la licitación era la mejor, en virtud de la carga que le asiste al actor de probar los hechos en que fundamenta su demanda<sup>68</sup>, en concordancia con el artículo 167<sup>69</sup> del CGP.

En el caso de conocimiento se observa que el 30 de septiembre de 2015, a las 1:18 pm, se cargó en la plataforma SECOP 1 el “informe de evaluación” en el que Aseocolba estaba en el primer lugar en el orden de elegibilidad y Mayordomía aparecía pendiente de la subsanación de su propuesta. A las 4:43 PM se publicó el “informe final de evaluación por inclusión de proponente que subsanó”, en el que Mayordomía enmendó su ofrecimiento y Aseocolba pasó a ocupar el puesto 21 con 861 puntos.

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 28 de mayo de 2012. Radicado 07001-23-31-000-1999-00546-01 (2.1489). C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 14 de mayo de 2014. Radicado 11001-03-26-000-2014-00035-00 (50.222). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 15 de diciembre de 2017. Radicado 76001-23-33-000-2013-00169-01 (50.045). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Consejo de Estado,

Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 6 de junio de 2021. Expediente 25000-23-26-000-2004-01631-03 (64.908).

<sup>68</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2014. Radicado 25000-23-26-000-1995-10866-01 (26.332). C.P. Enrique Gil Botero. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 10 de diciembre de 2018. Radicado 76001-23-31-000-2001-02942-01 (39.066). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 27 de agosto de 2020. Radicado 05001-23-31-000-1997-02583-01 (44.212). C.P. María Adriana Marín.

<sup>69</sup> “Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen [...]”.

En consideración a que durante la audiencia de adjudicación se excluyó a Mayordomía por haber subsanado su propuesta extemporáneamente y que, como ya se razonó, Aseocolba no incurrió en ninguna inhabilidad, por lo que debió continuar participando en la licitación, la Sala considera que, como consecuencia de lo anterior, el panorama de elegibilidad habría de situarse nuevamente en la misma forma en que quedó registrado en el informe final de evaluación de las 1:18 pm.

En ese informe, se reitera, Mayordomía no había sido calificada por no haber enmendado su ofrecimiento y por tanto no se tuvo en cuenta para el cálculo de la media con cuya base se había establecido el orden de elegibilidad -situación que igualmente se presentó al ser excluida por la no subsanación en la audiencia de adjudicación-, mientras que las demás oferentes ya habían sido puntuadas, incluyendo Aseocolba la que, hasta ese entonces, no había sido excluida por la supuesta inhabilidad.

Lo anterior, debido a que, para determinar la mejor oferta, debían analizarse los ofrecimientos de todos los participantes allegados en tiempo, con exclusión de Mayordomía, como se hizo en el documento final de evaluación de la 1:18 pm, lo que arrojaba que, en ese escenario, Aseocolba había hecho la mejor propuesta. Se resalta que tal información no fue controvertida por la Rama Judicial.

También se destaca que la conclusión a la que llegó el mencionado informe fue la misma a la que llegaron los peritos en la experticia aportada por Aseocolba, pues mediante tal prueba se indicó que esa sociedad hubiera obtenido 1.000 puntos y el primer lugar de elegibilidad, “información que coincide con lo reportado por el comité evaluador en el informe de evaluación final, publicado el 30 de septiembre a la 1:18 pm”<sup>70</sup>.

En virtud de las anteriores consideraciones, es claro que Aseocolba no estaba inhabilitada para participar en el procedimiento licitatorio 01 de 2015 y, además, contaba con la mejor oferta, por lo que debía adjudicársele el contrato producto de esa licitación; sin embargo, la Rama Judicial suscribió el negocio con la sociedad Serviaseo, en contravía del principio de selección objetiva y del procedimiento licitatorio.

##### 5. Nulidad del acto de adjudicación y del contrato impugnado



Como consecuencia de los acápites anteriores, se confirma que, como lo señaló el a quo, había lugar a anular la Resolución 6905 de 2015, pues tal actuación infringió los principios de la contratación pública y, dentro de ello la selección objetiva, contenidos

<sup>70</sup> Como obra en la copia del dictamen pericial de folios 241 a 252 del cuaderno 3.

en los artículos 23 de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007, debido a que se adjudicó el contrato a un proponente distinto al que presentó la mejor oferta.

A efectos de analizar la solicitud de nulidad del contrato Lic01PS03-15, conviene destacar lo previsto en el artículo 44<sup>71</sup> de la Ley 80 de 1993, norma en la que se indicó que el contrato sería absolutamente nulo en los casos previstos en el derecho común y, además, si se declaran nulos los actos administrativos en que se fundamente. En ese sentido, el contrato en comento adolece de una nulidad absoluta, debido a que se declarará nulo el acto administrativo que le sirvió de sustento, en concreto, la resolución de adjudicación. Ello porque la causal de nulidad descrita se configura en ese escenario. Se precisa que el contratista Serviaseo fue vinculado y notificado en debida forma por el a quo como litisconsorte necesario por pasiva y compareció al proceso<sup>72</sup>.

En suma, se confirmará la nulidad de i) la Resolución 6905 de 2015 y ii) el contrato No. Lic01PS03-15, resuelta por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

#### 6. Indemnización de perjuicios

En el caso concreto, la parte apelante indicó que el dictamen sobre el cual se reconoció la indemnización de perjuicios en primera instancia no cumplió con los requisitos de los artículos 218 y 219 del CPACA y que el monto establecido como utilidad por la no adjudicación no fue razonado debidamente en tal experticia<sup>73</sup>.

Frente al cargo según el cual el dictamen no cumplió los requisitos previstos en los artículos 218<sup>74</sup> y 219<sup>75</sup> del CPACA -entre ellos, la acreditación de la experiencia del

<sup>71</sup> “Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder; 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y 5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley”.

<sup>72</sup> La pretensión de nulidad fue expresamente invocada por la parte demandante y no fue abordada de manera oficiosa, de tal suerte que basta con que hayan comparecido las partes que suscribieron el negocio y que la causal de nulidad invocada se encuentre demostrada, como ocurre en el sub lite.

<sup>73</sup> Folio 485 del cuaderno 6.

<sup>74</sup> “Artículo 218. La prueba pericial se regirá por las normas del Código de Procedimiento Civil,

salvo en lo que de manera expresa disponga este Código sobre la materia. // El juez excepcionalmente podrá prescindir de la lista de auxiliares de la justicia y designar expertos idóneos para la realización del dictamen pericial, cuando la complejidad de los asuntos materia del dictamen así lo amerite o ante la ausencia en las mismas de un perito o por la falta de aceptación de este”.

<sup>75</sup> “Artículo 219. Presentación de dictámenes por las partes. Las partes, en la oportunidad establecida en este Código, podrán aportar dictámenes emitidos por instituciones o profesionales especializados e idóneos. // Para tal efecto, al emitir su dictamen, los expertos deberán manifestar bajo juramento, que se entiende prestado por la firma del mismo, que no se encuentran incurso en las causales de impedimento para actuar como peritos en el respectivo proceso, que aceptan el régimen jurídico de responsabilidad

perito ni la manifestación de aceptar el régimen jurídico de responsabilidad de los auxiliares de la justicia- se estima que la mencionada experticia sí observó las exigencias en mención, dado que fue aportada oportunamente por la parte demandante y se llevó a cabo su práctica y contradicción durante la audiencia de pruebas. Junto con tal prueba se aportaron los anexos que demuestran la idoneidad de los peritos<sup>76</sup>. Aunque aquellos no manifestaron expresamente aceptar el régimen jurídico de responsabilidad como auxiliares de la justicia, el artículo 219 ibidem dispuso que la manifestación bajo juramento en ese sentido se entiende prestada “con la firma del mismo” y el dictamen fue debidamente firmado<sup>77</sup>.

En relación con el cargo de falta de razonamiento de los resultados de la experticia se advierte que, en la demanda, se reclamó a título de indemnización la suma de

\$535'360.983 por la utilidad dejada de percibir, con apoyo en el dictamen pericial aportado<sup>78</sup>, en el que se indicó que a Aseocolba le hubiera correspondido un 8.6% de la utilidad operacional del proyecto. Lo anterior, teniendo en cuenta que Aseocolba opera bajo economías de escala y alcance y que: i) el margen operacional equivale al 7%, ii) el margen operacional promedio en 2014 fue del 11%, iii) el margen de utilidad operacional de los dos proyectos anteriores es del 7,5%, y iv) en la propuesta del contrato supuestamente se consideró un margen operacional del 10%.

Los porcentajes producto de cada ítem fueron sumados por los peritos así: “promedio simple de las cuatro fuentes:  $7\% + 11\% + 7.5\% + 10\% = 8.6\%$ ” y se calculó tal porcentaje sobre la suma ofrecida: 6.298'364.502, lo que arrojó, según la experticia, el total de \$535'360.983.

El mencionado dictamen pericial no puede ser tenido en cuenta a efectos de determinar la utilidad esperada, ya que, tal y como lo indicó el apelante, no se estimaron adecuadamente los costos e imprevistos que hubiera tenido que asumir Aseocolba de habersele adjudicado el negocio. En particular, se observa que en el ítem de “utilidad y margen de utilidad propuesto del proyecto actual” se mencionó que los costos totales ascendían a \$5.656'627.889; sin embargo, no existe constancia de tal estimación en la

como auxiliares de la justicia, que tienen los conocimientos necesarios para rendir el dictamen, indicando las razones técnicas, de idoneidad y experiencia que sustenten dicha afirmación, y que han actuado leal y fielmente en el desempeño de su labor, con objetividad e imparcialidad, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes. Señalarán los documentos con base en los cuales rinden su dictamen y de no obrar en el expediente, de ser posible, los allegarán como anexo de este y el

juramento comprenderá la afirmación de que todos los fundamentos del mismo son ciertos y fueron verificados personalmente por el perito [...]”.

<sup>76</sup> Folios 265 a 276 del cuaderno 3.

<sup>77</sup> Folio 261 del cuaderno 3.

<sup>78</sup> Obrante de folios 253 a 261 del cuaderno 3.

oferta, en la que tampoco se fijó el AIU<sup>79</sup> o la utilidad que se esperaba lograr, contrario al 10% que la experticia afirma que se estimó en la propuesta.

Además, aunque se indicó en el dictamen que la utilidad correspondería al 8.6% de

\$6.298'364.502, el resultado de esa operación matemática (\$541'659.347) dista del plasmado allí (\$535'360.983), lo que con lo anteriormente expuesto evidencia incongruencias y falta de sustento en el cálculo de la utilidad que hubiera obtenido Aseocolba de habersele adjudicado el contrato, por manera que la Sala no considerará tal documento para fijar la indemnización en favor de la parte actora.

Dado que no existen pruebas para establecer con certeza el porcentaje que habría de corresponder a la utilidad esperada, la Sala acudirá a los criterios jurisprudenciales establecidos para fijar tal emolumento.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que cuando la Administración adjudica el contrato a un proponente que no formuló la oferta más favorable, esas circunstancias generan un perjuicio al oferente que debió resultar favorecido con la selección, daño que, por regla general, se concreta en la pérdida de oportunidad de recibir la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato<sup>80</sup>.

En relación con la cuantificación del perjuicio anteriormente explicado, el Consejo de Estado ha indicado que el mismo se debe tasar en la utilidad neta. El término de utilidad neta se refiere a la ganancia final prevista para el contrato, sin incluir sumas por costos directos e indirectos, ni los gastos de administración e imprevistos en los que no tuvo que incurrir el proponente para ejecutar el contrato<sup>81</sup>.

Con apoyo en pronunciamientos jurisprudenciales en los que esta Subsección ha afrontado la misma situación, se acudirá a las reglas de la experiencia y la sana crítica para efectos de calcular la indemnización que se debe, según las cuales quienes pretenden celebrar contratos con el Estado calculan un 10% por concepto de gastos de administración, un 5% por imprevistos y un 5% por utilidad<sup>82</sup>. Aunque podría pensarse

<sup>79</sup> En la copia de la oferta de Aseocolba se encuentra la propuesta económica, por la suma de \$6.298'364.502, en la que se tuvieron en cuenta aspectos como el costo del servicio de aseo, de mantenimiento de jardines y de lavado de banderas; sin embargo, no se encuentra que en la oferta aportada en el proceso se hubiera estimado el AIU.

<sup>80</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 12 de mayo de 2016. Expediente 25000-23-26-000-2010-00692-02 (49.025).

<sup>81</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2012. Radicado 05001-

23-24- 000-1995-00935-01. C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>82</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Radicado 25000-23-26-000-2002-01606-01 (29855). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 12 de mayo de 2016. Expediente 25000-23-26-000-2010- 00692-02 (49.025).

que ello daría pie a concluir que en casos como el sub lite la utilidad sería del 5%, lo cierto es que esta Colegiatura ha precisado que tal porcentaje procede cuando hay equivalencia entre el presupuesto del proyecto de contratación y el ofrecido en la propuesta, de modo que si el segundo es menor, ello conllevará a una utilidad inferior<sup>83</sup>.

En el sub examine, se encuentra que el presupuesto estimado del proceso ascendió a \$7.317'006.179<sup>84</sup>, mientras que la propuesta de Aseocolba fue de \$6.298'364.502, lo que equivale al 86,07% del primer emolumento. Tales apreciaciones permiten colegir que el proponente estimó unas sumas menores por ingresos producto de la licitación y, teniendo en cuenta los criterios esbozados, ha de entenderse que, en la medida en que la propuesta era menor, así mismo se asume un margen de utilidad inferior.

En ese orden de ideas, la Sala considera que sobre la propuesta se debe calcular el 4,3%<sup>85</sup> por concepto de la utilidad esperada, cifra que corresponde a la proporción entre el presupuesto oficial, la suma ofertada y la utilidad estimada.

Así pues, se tiene que el 4,3% del monto de la propuesta (6.298'364.502) corresponde a la suma de \$270'829.674. Este emolumento será actualizado hasta la fecha de la presente decisión, para cuyo efecto se debe tomar como índice inicial el correspondiente al tiempo en que habría de finalizar la ejecución del contrato no adjudicado –31 de octubre de 2016<sup>86</sup>–.

$V_a = V_h \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$

En donde:

-Va: Valor actualizado a establecer.

-Vh: Valor histórico a traer a valor presente.

-Índice final: IPC vigente para la fecha de la presente decisión, abril de 2022 -teniendo en cuenta que se publica mes vencido-.

-Índice inicial: IPC vigente a la fecha en que habría de finalizar el contrato no adjudicado, octubre de 2016.

$V_a = \$ 270'829.674 \times \frac{117,71}{100} = \$344'195.216$

92,62

<sup>83</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencias i) del 20 de noviembre de 2020. Expediente 25000232600020110049601 (51.412). C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ y ii) del 22 de octubre de 2021. Expediente 25000233600020150243101 (59.925). C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ. <sup>84</sup> Folio 27 del cuaderno 3.

<sup>85</sup> Aplicando una regla de tres entre el presupuesto oficial estimado y la oferta de Aseocolba y

teniendo en cuenta que la utilidad frente al presupuesto oficial equivale al 5%. ( $[5\% \times 6.298'364.502] / 7.317'006.179 = 4.3\%$ ).

<sup>86</sup> Teniendo en cuenta que en el contrato Lic01PS03-15 se fijó un plazo de 12 meses, contados a partir del 1 de noviembre de 2015 y hasta el 31 de octubre de 2016, como obra en el folio 187 del cuaderno 3.

De acuerdo con lo expuesto, la suma que la Rama Judicial deberá pagar a Aseocolba corresponde al monto aquí calculado y actualizado, es decir, \$344'195.216

Como consecuencia, se modificará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de agosto de 2019 y se reconocerá la suma determinada en precedencia como indemnización por la no adjudicación y suscripción del contrato producto de la licitación 01 de 2015 frente a la parte demandante.

#### 1. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la liquidación y ejecución de la condena en costas se sujetará a las reglas del CGP. En este orden de ideas, los numerales 1 y 3 del artículo 365<sup>87</sup> de este cuerpo normativo establecieron que se condenará en costas a la parte que resulte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación y, además, en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia.

En este caso, se observa que el recurso de apelación prosperó parcialmente, pues, al margen de que no se acogieron en su integridad los argumentos presentados, sí se coincidió en que el dictamen pericial aportado por Aseocolba adoleció de múltiples inconsistencias, lo que en el sub lite favoreció a la Rama Judicial, en tanto se fijó una suma menor por concepto de indemnización y, por consiguiente, no se confirmará en todas sus partes la sentencia apelada. Como consecuencia, dado que a la parte apelante no se le resolvió desfavorablemente todo el recurso de apelación, la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR la parte resolutive de la sentencia del 28 de agosto de 2019, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de

<sup>87</sup> “Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código [...] 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda [...]”.

Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLARAR** la ineptitud sustantiva de la demanda en relación con la pretensión de nulidad de la Resolución 8664 del 2 de diciembre de 2015, por lo que la Sala se inhibe para resolverla de fondo, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad de la Resolución 6905 de 2015, proferidas por la Nación – Rama Judicial, y del contrato Lic01PS03-15 del 6 de octubre de 2015, suscrito entre la Rama Judicial y la sociedad Serviaseo S.A., de acuerdo con lo esgrimido en la parte considerativa de esta decisión.

**TERCERO: CONDENAR** a la Nación – Rama Judicial a pagar a favor de la sociedad Aseos Colombianos – Aseocolba S.A. la suma de \$344'195.216 por concepto de perjuicios con ocasión de la no adjudicación del contrato.

**CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO: CONDENAR** en costas en primera instancia a la parte demandada por el 3% de lo reconocido en la presente providencia, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: SIN condena en costas en segunda instancia.

TERCERO: La sentencia se cumplirá de acuerdo con lo previsto en los artículos 187 y 192 del CPACA.

CUARTO: Para el cumplimiento de esta sentencia, EXPÍDANSE, con destino a las partes, las copias auténticas con las constancias previstas en la ley procesal. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

**Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link**



**<https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>**

**Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.**

VF



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

