

DECLARATORIA DE NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACION E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Cumplimiento de doble carga procesal del oferente a quien no se le adjudicó el contrato. Reiteración jurisprudencial / DECLARATORIA DE NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACION - Seguridad Dincolvp Ltda. y Fondo Financiero Distrital. Procedencia / DECLARATORIA DE NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACION - Procedencia

En reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Sala ha dicho que, cuando el demandante pretende obtener tanto la declaración de nulidad del acto administrativo de adjudicación, como la indemnización de los perjuicios causados por haber sido privado del derecho de ser el adjudicatario del proceso de selección, le corresponde, si quiere salir avante en sus pretensiones de condena, cumplir una doble carga procesal: de una parte, demostrar que el acto administrativo efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, acreditar que, efectivamente, su propuesta era la mejor y la más conveniente para la administración -en términos del servicio público-, es decir, que su propuesta era la que debía ser favorecida con la adjudicación, por cumplir la totalidad de los requisitos legales y los contemplados en el respectivo pliego de condiciones, que es la ley del proceso de selección y la que materializa los criterios que informan el deber de selección objetiva, tal como lo dispone el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 29

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencias de 11 de agosto 2010, exp. 19056, de 29 de enero de 2009, exp. 17783, de 26 de abril de 2006, exp. 10641, de 11 de marzo de 2004, exp. 13355 y de 19 de septiembre de 1994, exp. 8071

DECLARATORIA DE NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACION E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Perjuicios materiales / VALORACION DEL DAÑO - Utilidad esperada por ejecución del contrato de oferente a quien no se le adjudicó el contrato / INEXISTENCIA DE ELEMENTOS DE JUICIO PARA ESTABLECER EL MONTO DE LA UTILIDAD ESPERADA - Fijación de la indemnización en el valor en el cual se prestó la garantía de seriedad del ofrecimiento

La jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que, cuando se deja de adjudicar un proceso de selección, se causa un daño a quien debió ser favorecido y que la valoración de ese daño corresponde, en principio, a la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato que no fue adjudicado; no obstante, hace varios años esta Sección de la Corporación sostuvo que, cuando no existían los suficientes elementos de juicio para establecer el monto de la utilidad esperada, era procedente fijar la indemnización en el valor por el cual se prestó la garantía de seriedad del ofrecimiento, pues, así como la entidad estatal exige a los oferentes que presten una garantía o depósito con el fin de asegurar que el vencedor suscribirá el contrato adjudicado, dentro del término previamente señalado en el pliego de condiciones

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 9 de diciembre de 1988, exps. Acumulados 3528, 3529 y 3544

INEXISTENCIA DE ELEMENTOS DE JUICIO PARA ESTABLECER EL MONTO DE LA UTILIDAD ESPERADA - A pesar de no estar acreditado el quantum del perjuicio éste debe ser indemnizado

Una cosa es la causación del daño y otra bien distinta el quantum del perjuicio irrogado. El daño antijurídico en este tipo de eventos se concreta cuando, a pesar de haber presentado la mejor, la más favorable y la más conveniente de las ofertas para los intereses de la entidad pública, se priva al oferente del derecho a ser adjudicatario del proceso de selección. Ese daño es generador de perjuicios que deben ser indemnizados y que consisten, fundamentalmente, en la pérdida de la utilidad que esperaba obtener con la ejecución del contrato; no obstante, puede suceder que el demandante no haya acreditado el quantum del perjuicio, pero ello no implica que el daño antijurídico no se haya causado o que éste no tenga vocación indemnizable. En efecto, cuando las personas naturales o jurídicas, en forma individual o conjunta (consorcios o uniones temporales), presentan sus ofertas dentro de un proceso de selección que adelanta una entidad pública, los proponentes tienen la expectativa de ser escogidos para celebrar el contrato, ejecutar el objeto de las obligaciones en condiciones de normalidad y obtener una utilidad o ganancia en términos económicos. Por tal razón, no podría decirse que no se causan perjuicios cuando esa posibilidad se frustra por la ilegalidad de la actuación de la administración, porque nadie pretende celebrar y ejecutar un contrato sin procurar obtener, válidamente, un margen razonable de utilidad económica; por ello, el perjuicio inferido tiene las características de ser real y cierto, por consiguiente, indemnizable.

INEXISTENCIA DE ELEMENTOS DE JUICIO PARA ESTABLECER EL MONTO DE LA UTILIDAD ESPERADA - Cuantificación del perjuicio en el equivalente al monto de la garantía de seriedad de la oferta. Aplicación del principio de equidad para tasar el perjuicio

Cuando la jurisprudencia de esta Sección optó por indemnizar los perjuicios tomando como referente el monto del depósito o la garantía de seriedad del ofrecimiento, no presumió el perjuicio, como lo sostuvo el a quo, porque, como se dijo, éste emerge con la vulneración del derecho o del interés tutelado por el ordenamiento jurídico; la Sala, en algunas oportunidades, ha acudido a esa solución con el único objetivo de valorar el daño causado, en aquellos casos donde, por ejemplo, la propuesta presentada por el oferente no discrimina la utilidad, por lo que, ante la ausencia de cualquier otro elemento de juicio del cual se pueda deducir el monto de la utilidad esperada, ha cuantificado el perjuicio en el equivalente al monto de la garantía de seriedad del ofrecimiento, aplicando la equidad como criterio para tasar la indemnización por el perjuicio inferido.

INEXISTENCIA DE ELEMENTOS DE JUICIO PARA ESTABLECER EL MONTO DE LA UTILIDAD ESPERADA - Procedencia la condena en abstracto / CONDENA EN ABSTRACTO - Parámetros para su liquidación

La Sala revocará el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia impugnada, dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 446 de 1998 y condenará en abstracto al Fondo Financiero Distrital de Salud a pagar al demandante, a título de indemnización de perjuicios, el valor de la utilidad que Seguridad Dincolvip Ltda. esperaba recibir con la ejecución del contrato objeto de la licitación pública nacional FFDS-SSG-02-94. Para la liquidación, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros. 1.- El incidente debe ser promovido dentro de la oportunidad dispuesta por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998 (artículo 172 del anterior Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984). 2.- La indemnización corresponderá al cien por ciento (100 por ciento) de la utilidad que esperaba recibir Seguridad Dincolvip Ltda. con la ejecución del contrato. El monto de la utilidad que se reconozca no podrá exceder, en ningún caso, lo que haya

establecido en la oferta presentada dentro de la licitación pública nacional FFDS-SSG-02-94, ni incluir suma alguna por concepto de administración ni de imprevistos. 3.- El valor de la utilidad que esperaba recibir Seguridad Dincolvip Ltda., con la ejecución del contrato, se actualizará con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para lo cual se tendrá en cuenta que el índice inicial corresponde a la fecha en que, hipotéticamente, terminaría el plazo contractual y que el índice final corresponde al mes anterior a la fecha de la providencia que decida el incidente de liquidación de la condena. 4.- Sobre la suma histórica sin actualizar se liquidará un interés técnico legal del seis por ciento (6 por ciento) anual, conforme a lo dispuesto por el artículo 1617 del C.C.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 172 / DECRETO 01 DE 1984 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1617

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00427-01(19216)

Actor: SEGURIDAD DINCOLVIP LTDA.

Demandado: FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 22 de junio de 2000, en cuya parte resolutive se dispuso (fl. 110, C. Consejo):

“PRIMERO: Declarar La (sic) nulidad de las resoluciones Nos 02329 de julio 12 de 1994 y 02465 de julio 18 de 1994, proferidas por el Director ejecutivo del Fondo Financiero Distrital De (sic) Salud, en virtud de las cuales se Adjudico (sic) la Licitación publica (sic), de que trata la presente acción procesal.

“SEGUNDO Negar las demás pretensiones de la demanda.

“TERCERO: Comuníquese por secretaría a los organismos indicados en la parte motiva para efectos de que adelanten las respectivas investigaciones”.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 17 de noviembre de 1994 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Seguridad Dincolvip Ltda. formuló demanda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra el Fondo Financiero Distrital de Salud, con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcriben como aparecen en la demanda):

“1.1. Es nula la resolución No. 02329 expedida el 12 de julio de 1994 por el director ejecutivo del Fondo Financiero Distrital de Salud, en virtud de la cual adjudicó la licitación pública nacional No. FFDS-SSG-002-94 (prestación del servicio de vigilancia y seguridad), a la Compañía Boyacense de Asesoría y Servicios Comerciales COBASEC LTDA (sic).

“1.2. Es nula la resolución No. 02465 expedida el 18 de julio de 1994 por el Director Ejecutivo del Fondo Financiero Distrital de Salud, por medio de la cual se aclaró la resolución No. 02329 del 12 de julio de 1994 que adjudicó la licitación pública nacional No. FFDS-SSG-002-94 y en tal virtud resolvió adjudicar la misma licitación a la Compañía Boyacense de Seguridad Comercial COBASEC LTDA.

“1.3. Como efecto de la declaración de nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, condenar al Fondo Financiero Distrital de Salud a pagar a título de indemnización por los perjuicios materiales producidos a Seguridad Dincolvip Ltda., por la no adjudicación de la licitación pública nal. No. FFDS-SSG-002-94, las siguientes cantidades de dinero correspondientes al lucro cesante y daño emergente:

“1.3.1. La suma de \$780.000.000., por concepto de daño emergente, equivalente al valor asegurado a favor del Fondo Financiero Distrital de Salud como garantía de seriedad de la propuesta de la licitación.

“1.3.2. Ordenar que la suma señalada en el punto anterior como daño emergente se actualice de conformidad a las previsiones del art. 178 del C.C. Administrativo, teniendo en cuenta los índices de precios al por mayor que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), en el lapso comprendido entre el 9 de agosto de 1994, fecha de iniciación de la ejecución del contrato y el mes

inmediatamente anterior a la fecha de la sentencia definitiva que se profiera en este despacho, como condena en concreto.

“1.3.3. Por concepto de lucro cesante, los intereses a la tasa del 6% anual, de la cantidad de \$780.000.000., debidamente actualizada, a partir del 9 de agosto de 1994 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva que ponga fin a este proceso.

“1.4. Declarar que las sumas así determinadas en los puntos anteriores, de conformidad a lo preceptuado en el art. 177 del C.C.A., devengarán intereses corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria del fallo y moratorios a partir de esa fecha.

“1.5. Ordenar al Fondo Financiero Distrital de Salud que debe adoptar las providencias y medidas necesarias para cumplir la sentencia dentro del término indicado en el Art. 176 del C.C. Administrativo”.

2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden compendiar así:

2.1.- Mediante resolución 615 del 26 de abril de 1994, el Fondo Financiero Distrital de Salud ordenó la apertura de la licitación pública nacional FFDS-SSG-002-94, con el objeto de contratar la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad para las dependencias señaladas en el pliego de condiciones.

2.2.- En la licitación pública participaron, entre otras sociedades, Seguridad Dincolvip Ltda. y *“Compañía Boyacense de Asesorías y Servicios Comerciales COBASEC Ltda. (sic)”*.

2.3.- Después de surtido el procedimiento previsto en la ley, la licitación pública fue adjudicada a la *“Compañía Boyacense de Asesorías y Servicios Comerciales COBASEC Ltda. (sic)”*

2.4.- Posteriormente, fue expedida la resolución 2465 del 18 de julio de 1994, por medio de la cual el Fondo Financiero Distrital de Salud aclaró el acto de adjudicación, en el sentido de que la adjudicataria era la *“Compañía Boyacense de Seguridad Comercial COBASEC Ltda.”* y no la *“Compañía Boyacense de Asesorías y Servicios Comerciales COBASEC Ltda.”*

2.5.- Afirma la demanda que el proceso de selección desconoció las reglas que informan el deber de selección objetiva por cuanto: *“a) se escogió a quien no obtuvo la calificación más alta como puede leerse de la resolución; b) se violarob*

(sic) y desconocieron las condiciones y requisitos de carácter (sic) legal, técnico, económico, de experiencia y capacidad previstos y exigidos en el pliego de condiciones y en la ley”.

2.6.- La firma favorecida con la licitación no cumplió las condiciones de orden técnico establecidas en el pliego, pues carecía de la red de comunicaciones requerida, no contaba con el número de radios portátiles exigidos, no tenía el número de vehículos suficientes para prestar el servicio e incluyó algunos que no eran de su propiedad y el armamento indispensable resultó menor en número, clase y calidad que el ofrecido por Seguridad Dincolvip Ltda.

Por otra parte, la demandante fue la única compañía que ofreció circuitos cerrados de televisión *“en forma precisa y clara”*, sin costo adicional para el Fondo.

Aseguró que la adjudicataria no realizó estudios de seguridad de los puestos donde prestaría los servicios de vigilancia y no ofreció elementos técnicos y equipos con los cuales sustituiría personal armado y uniformado.

2.7.- La compañía favorecida incumplió las exigencias económicas del pliego de condiciones, pues *“...no liquidó el impuesto de renta y complementarios, variando las cifras del balance de tal manera que el capital de trabajo, el índice de liquidez y la capacidad de endeudamiento, lograron inducir al Fondo en error por virtud de una tendenciosa presentación de las cifras del balance...”*; además, presentó una diferencia entre los balances presentados a diciembre 31 de 1993 y las certificaciones de la Cámara de Comercio, en cuantía de \$452'026.58100 y redujo el precio de su oferta, cotizando menos personal que el exigido.

El fondo desestimó *“de manera ilegal”* el descuento ofrecido por Dincolvip Ltda., del 4% sobre el anticipo del 30%, mientras que a la firma favorecida le otorgó un anticipo del 40%, en condiciones inusuales de celeridad y ventajas para el desembolso.

2.8.- El Fondo Financiero Distrital de Salud *“calificó erróneamente”* y con *“discrecionalidad”* la propuesta presentada por Dincolvip Ltda., en lo concerniente a la documentación que acreditaba el cumplimiento de las obligaciones con el sistema de seguridad social y con idéntico criterio asumió que la demandante se

hallaba sancionada y registrada en una entidad distrital de computación y sistemas, denominada SISE.

3.- Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación.-

La demanda invocó los artículos 85, 87, 132 y 136 del C.C.A. y *“las normas concordantes de la Ley 80 de 1993”*.

Consideró que el Fondo Financiero Distrital de Salud vulneró el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 (numeral 5, literales a y b), porque, a pesar de que fueron indicados los requisitos de participación en la licitación y fueron definidas las reglas para lograr la selección objetiva del contratista, la entidad pública permitió que dichas reglas fueran vulneradas por el proponente que resultó favorecido, al tolerar que introdujera en su propuesta elementos de la *“evaluación”* económica, técnica y legal que distorsionaron el criterio de escogencia.

Aseguró el demandante que la entidad pública transgredió el numeral 8 de la citada disposición, porque evaluó la propuesta de Dincolvip Ltda. con un criterio discrecional y subjetivo, en la medida en que puso en tela de juicio la *“presentación y acreditación”* de los documentos presentados por la citada sociedad.

Además, vulneró el artículo 25 *“num.15, inciso segundo”* (sic) de la Ley 80 de 1993, por cuanto favoreció la propuesta del adjudicatario, quebrantando la igualdad de las ofertas, *“...al otorgársele valor jurídico y legal de comparación a elementos de juicio espureos (sic) y extraños al pliego de condiciones...”*.

Según la demanda, se desconoció el deber de selección objetiva, porque no había duda de que la oferta presentada por Dincolvip Ltda. era la mejor, en cuanto a los factores de experiencia, cumplimiento, organización, equipos y precio (en relación con la calidad del servicio, la capacidad tecnológica y el personal ofrecido); no obstante, la entidad pública omitió ponderar tales factores, como puede deducirse

de una simple comparación a doble columna entre las propuestas presentadas por la demandante y la sociedad favorecida con la licitación.

El Fondo Financiero Distrital de Salud pasó por alto todo el registro documental, la pésima presentación y la precaria organización técnica de la propuesta presentada por la adjudicataria.

4.- La actuación procesal.-

Por auto del 2 de diciembre de 1994, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y ordenó notificar personalmente la providencia al Fondo Financiero Distrital de Salud y al agente del Ministerio Público; además, para integrar el contradictorio, dispuso la notificación personal de la providencia a la Corporación Boyacense de Seguridad Comercial Ltda. (sic); asimismo, dispuso la fijación en lista del negocio y reconoció personería al apoderado de la sociedad demandante (fls. 18 y 19, C. 1).

Mediante auto del 4 de agosto de 1995 se admitió la corrección de la demanda, en el sentido de que la razón social de la sociedad adjudicataria era la Compañía Boyacense de Seguridad Comercial –COBASEC Ltda.- (fls. 31 a 33, C. 1).

4.1.- Dentro del término de fijación en lista, el apoderado del Fondo Financiero Distrital de Salud contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó algunos de ellos como ciertos, otros como parcialmente ciertos y negó los demás.

Como razones de la defensa, adujo que, para llegar a la escogencia del contratista, la entidad pública actuó con estricta sujeción de las normas contenidas en la Ley 80 de 1993, en cuanto a los procedimientos, requisitos y reglas para la evaluación de las ofertas; además, dio respuesta oportuna a las observaciones formuladas por Dincolvip Ltda. en los aspectos financieros, jurídicos y técnicos.

Añadió que: *“...es evidente que la sociedad impugnante se encuentra en una posición totalmente irrelevante, pues dentro de la Licitación Pública Nacional No.*

FFDS/SSG/002/94, no ocupo (sic) el primer lugar y el segundo lo ocuparía otra sociedad participante...”.

Propuso la excepción que denominó “*Excepción de ilegitimidad de personería*” (fls. 55 a 61, C. 1).

4.2.- La Compañía Boyacense de Seguridad Comercial –COBASEC Ltda.- no contestó la demanda, pese a que su representante legal fue notificado personalmente de la admisión de la misma (fl. 50, C. 1 y 9, C. 2)..

5.- Los alegatos de primera instancia.-

5.1.- El apoderado de la parte actora reiteró los fundamentos de la demanda, en el sentido de que los actos acusados deben ser declarados nulos, no sólo porque la demandante obtuvo el mayor puntaje en la licitación (587.166 puntos), sino porque la entidad demandada vulneró las normas que informan el deber de selección objetiva.

Censuró la conducta procesal de la demandada, por cuanto se abstuvo de remitir al proceso la totalidad de las pruebas requeridas por el Tribunal, a pesar de que los oficios fueron radicados en la entidad pública.

Aseguró que no fueron remitidas las copias de las ofertas presentadas por Seguridad Dincolvip Ltda. y por la Compañía Boyacense de Seguridad Comercial –COBASEC Ltda., ni de los informes de la evaluación jurídica, técnica y económica de las mismas (fls. 88 a 96, C. 1).

5.2.- El Fondo Financiero Distrital de Salud insistió en las razones de la defensa aducidas en la contestación de la demanda (fls. 88 y 89, C. 1).

5.3.- La Compañía Boyacense de Seguridad Comercial –COBASEC Ltda.- y el Ministerio Público guardaron silencio.

6.- La sentencia recurrida.-

Mediante fallo del 22 de junio de 2000, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca puso fin a la controversia, en primera instancia, en la forma consignada al inicio de las consideraciones de esta providencia.

En primer lugar, analizó la excepción propuesta por el Fondo Financiero Distrital de Salud y la desestimó, bajo la consideración de que el poder conferido al mandatario era idóneo para promover la acción orientada a obtener la nulidad de los actos administrativos cuestionados en la demanda.

Enseguida, emprendió el examen de legalidad de las decisiones impugnadas, precisando que la demanda no controvierte el puntaje que obtuvo la sociedad demandante dentro del proceso de selección, sino la circunstancia según la cual, a pesar de haber obtenido el mayor puntaje, no resultó favorecida con la adjudicación.

El Tribunal afirmó que la evaluación efectuada por la administración respecto de las condiciones jurídicas, técnicas y financieras de los proponentes ubicó a Seguridad Dincolvip Ltda. en el primer lugar, con 587.166 puntos, seguida de Cobasec Ltda. con 577.896 puntos y Seguridad Atempí Ltda. con 548.588 puntos (alternativa).

Por otra parte, aseguró que Seguridad Dincolvip Ltda. presentó la oferta con el precio más alto por “\$7.367.706.800.00 (40 meses) -\$6.630.936.120”, COBASEC Ltda. por “\$6.151.717.692.00” y Seguridad Atempí Ltda. por “\$6.214.638.980” (alternativa).

La resolución 02329 del 12 de julio de 1994, contentiva del acto administrativo de adjudicación, concluyó que la oferta presentada por COBASEC LTDA. se ubicaba en el primer orden de elegibilidad y, a pesar de que la motivación de la resolución de adjudicación no permite deducir las razones que tuvo la administración para desconocer “...la regla principal de selección objetiva y adjudicar a quien obtuvo mayor puntaje; (sic) todo parece indicar que lo fue exclusivamente el valor de la oferta...”, dijo el Tribunal.

Asimismo, aseguró el a quo que la sociedad demandante obtuvo el mayor puntaje en el factor financiero (88.05), mientras que la firma adjudicataria obtuvo un puntaje menor (51.78), de donde dedujo que ni siquiera teniendo en cuenta el

factor “...precio (que para su valoración incluye no sólo el precio básico, sino los demás aspectos financieros)...” puede afirmarse que la propuesta más favorable para la entidad fuera la presentada por la sociedad adjudicataria.

Según el Tribunal, el pliego de condiciones solamente le otorgó prelación al factor precio cuando estuviera demostrada la *“igualdad en las condiciones”* y en este caso no se dio tal situación, ni la resolución impugnada contiene motivación alguna acerca de por qué desconoció *“el resultado de elegibilidad obtenido de acuerdo a (sic) la valoración de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones”*.

Sostuvo que el dictamen pericial practicado en el proceso demuestra que la oferta más favorable era la presentada por la demandante, pese a lo cual no resultó favorecida con la adjudicación.

En cuanto a la indemnización de perjuicios deprecada en la demanda, el Tribunal consideró que no era viable acceder a la misma. A tal efecto, precisó que, en estos casos, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que, en principio, el perjuicio está representado por *“lo que se deja de ganar”* o lo que técnicamente se ha llamado la utilidad esperada y que sólo cuando ésta no se halla demostrada surge la posibilidad de fijar el monto de la indemnización en una suma equivalente *“al valor de la garantía de seriedad de la oferta”*, a título de daño emergente y al reconocimiento de un interés técnico del 6% (anual), por lucro cesante.

Pese a lo anterior, el a quo consideró que *“dentro de una lógica razonable”* no es de recibo sostener que en materia contractual no se presuman los perjuicios y al mismo tiempo aceptar que, cuando éstos no se encuentran acreditados, se pueda acudir a una indemnización con base en la garantía de seriedad de la oferta. En opinión del Tribunal *“...Se observa sin mayor dificultad, la contradicción que se presenta, al no otorgar los efectos jurídicos que conlleva el no asumir la carga procesal probatoria en materia de perjuicios y optar por subsanar tal omisión...”*.

Consideró que, en gracia de discusión, la mencionada forma de determinar los perjuicios no opera de manera principal, por lo que el actor no está relevado de asumir la carga probatoria de acreditar la *“utilidad esperada”* y solamente cuando se torne imposible acreditarla se podría, *“...bajo la tendencia jurisprudencial que*

se ha criticado, acudirse a la equivalencia con la garantía de seriedad como lo solicita el actor...”.

Afirmó que, en este caso, la demandante no asumió la carga probatoria en materia de perjuicios y, si bien solicitó la práctica de un dictamen pericial que fue decretado y practicado en el proceso, tal prueba tuvo por objeto demostrar que la propuesta por ella presentada ofrecía mejores condiciones para el cumplimiento del contrato, pero no se ocupó de acreditar el perjuicio ocasionado y, además, no se puede concluir que la prueba del perjuicio no haya podido ser obtenida a través del referido medio de prueba.

Por último, ordenó comunicar el contenido de la sentencia a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que ejerzan sus competencias en las materias correspondientes, por cuanto, a juicio del Tribunal, la adjudicación desconoció “...*los principios de selección objetiva y demás normas contractuales...*” (fls. 98 a 110, C. Consejo).

7.- El recurso de apelación.-

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico (fl. 112, C. Consejo). Por su parte, la entidad demandada recurrió la sentencia, mediante escrito presentado fuera del término concedido por la ley.

Por auto del 21 de septiembre de 2000, el Tribunal concedió el recurso de apelación formulado por la parte actora (fl. 140 C. Consejo) y, por auto del 2 de febrero de 2001, fue admitido por esta Corporación.

El apelante pretende obtener la modificación de la sentencia impugnada, con el fin de que se acceda a las pretensiones indemnizatorias deprecadas en la demanda.

Según el apelante, el Tribunal negó la reparación del daño patrimonial, a pesar de haber reconocido que “*una adjudicación ilegal conlleva perjuicios*” y que éstos se identifican con la “*utilidad esperada*”.

Por otra parte, sostuvo que, para la fecha de interposición de la demanda, la jurisprudencia señalaba que, para indemnizar el daño causado en este tipo de eventos, se debía reconocer “una suma equivalente al valor de la garantía de seriedad de la oferta” más un interés técnico del 6% anual (fls. 147 a 149, C. Consejo).

8.- Los alegatos de segunda instancia.-

8.1.- El Fondo Financiero Distrital de Salud reiteró los fundamentos expuestos a lo largo del proceso, en el sentido de que el proceso de selección se surtió con sujeción a las reglas y principios consagrados en la ley 80 de 1993 (fls. 166 a 170 C, Consejo).

8.2.- La parte actora reiteró lo expuesto en el escrito de sustentación del recurso y añadió que, en este caso, se encuentra acreditado el daño y que, por consiguiente, para determinar el “*quantum*” del perjuicio se debe acudir a la equidad (fls. 177 a 184, C. Consejo).

9.- El concepto del Delegado del Ministerio Público.-

La Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación rindió concepto en el que solicitó modificar la sentencia recurrida, para que se acceda a las pretensiones de condena de la demanda.

Sostuvo que el daño se encuentra probado y que, como el monto del perjuicio no fue acreditado, es procedente proferir una condena en abstracto (fls. 185 a 197. C. Consejo).

CONSIDERACIONES

I. La competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 22 de junio de 2000, por cuanto la cuantía del proceso,

determinada por la pretensión de mayor valor, asciende a la suma de \$780'000.000.oo¹. Para la época de interposición de la demanda², eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya cuantía excediera la suma de \$2'200.000.oo³, monto que, como se puede observar, se encuentra ampliamente superado. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

Asimismo, advierte la Sala que la sentencia de primera instancia sólo fue recurrida por la parte actora en los aspectos que, en su entender, no son favorables a sus intereses, de modo que la competencia de aquélla, para decidir la controversia en segunda instancia, se reduce al análisis de los puntos que fueron objeto de apelación, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 357 del C. de P.C., con sujeción al principio de la *"no reformatio in pejus"*.

II.-Análisis del recurso.-

En reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Sala⁴ ha dicho que, cuando el demandante pretende obtener tanto la declaración de nulidad del acto administrativo de adjudicación, como la indemnización de los perjuicios causados por haber sido privado del derecho de ser el adjudicatario del proceso de selección, le corresponde, si quiere salir avante en sus pretensiones de condena, cumplir una doble carga procesal: de una parte, demostrar que el acto administrativo efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, acreditar que, efectivamente, su propuesta era la mejor y la más conveniente para la administración -en términos del servicio público-, es decir, que su propuesta era la que debía ser favorecida con la adjudicación, por cumplir la

¹ Pretensión 1.3.1 de condena.

² 17 de noviembre de 1994.

³ Artículo 2º del Decreto 597 de 1988.

⁴ Ver entre otras: sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 19.056; sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 13206; sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 14169; sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 17783; sentencia del 26 de abril de 2006, exp. 16041; sentencia del 11 de marzo de 2004, exp. 13355; y sentencia del 19 de septiembre de 1994, exp. 8.071, entre otras.

totalidad de los requisitos legales y los contemplados en el respectivo pliego de condiciones, que es la ley del proceso de selección y la que materializa los criterios que informan el deber de selección objetiva, tal como lo dispone el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

En el sub - lite, el Tribunal de primera instancia declaró la nulidad del acto administrativo de adjudicación, porque el Director Ejecutivo del Fondo Financiero Distrital de Salud produjo la decisión de adjudicar el proceso con violación del deber de selección objetiva, en la medida en que tuvo en cuenta como único criterio de escogencia el precio de las ofertas, dejando de lado los demás factores previstos en el pliego de condiciones. De esta manera quedó demostrada la ilegalidad del acto de adjudicación.

Por otra parte, la Sala considera que dentro del proceso quedó demostrado que la propuesta presentada por Seguridad Dincolvip Ltda. era la más favorable y conveniente para la entidad pública y, por lo mismo, la que tenía el derecho a ser la adjudicataria.

En efecto, en el asunto sub - lite, fue el mismo comité de evaluación de la entidad pública el que, en su informe final, recomendó al Director Ejecutivo del Fondo Financiero Distrital de Salud adjudicar la licitación pública FFDS-SSG-02-94 a la sociedad demandante, porque una vez efectuados los análisis y cotejos pertinentes frente a las condiciones establecidas en el pliego concluyó que la propuesta por ella presentada obtenía el puntaje más alto, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro que se halla contenido en el acto de adjudicación cuestionado (se transcribe como aparece a folio 2, C. 2):

“CUADRO COMPARATIVO SOBRE PUNTAJES JURÍDICOS, FINANCIEROS Y
TÉCNICOS, Y VALOR DE LAS OFERTAS

PROPONENTE	PUNTAJE JURÍDICO	PUNTAJE FINANCIERO	PUNTAJE TÉCNICO	VALOR TOTAL PUNTAJE	VALOR TOTAL OFERTA
------------	------------------	--------------------	-----------------	---------------------	--------------------

	CO				
SEGURIDAD DINCOLVIP LTDA.	94.116	88.05	405	587.166	7,367,760,80 0.00 (40 meses) 6,630,936,12 0.00
COMPAÑÍA BOYACENS E DE ASESORÍAS Y SERVICIOS COMERCIALES COBASEC LTDA.	94.116	51.78	432	577.896	6,151,717,69 2.00
SEGURIDAD ATEMPI LTDA.	98.038	61.55	369 BÁSICA 389 ALTERNATI VA	528.588 BÁSICA 548.588 ALTERNATI VA	6,286,403,88 0.00 BÁSICA 6,214,638,98 0.00 ALTERNATIV A
AMERICANA DE VIGILANCIA LTDA. AMERICAN VIG LTDA.	100	62.19	322.5	484.690	5,928,827,34 8.00
ASOCIACIÓN DE CELADORES COLOMBIANOS ASOCECOL LTDA.	92.153	52.75	284	428.903	6,536,186,80 0.00

Aunque la Sala debe precisar que el informe de evaluación constituye un acto administrativo de trámite o preparatorio (artículo 24, ordinal 7º de la Ley 80 de 1993), que no vincula, con carácter obligatorio, al jefe de la entidad, quien es el encargado de dirigir y manejar los procesos de selección, tal como lo disponen los artículos 11 (ordinal 1º) y 26 (ordinal 5º) de la Ley 80 de 1993 y, por lo mismo, no hace parte de un acto administrativo complejo o de concurrencia de voluntades que conlleve una decisión administrativa definitiva o consolide derechos o situaciones jurídicas específicas a favor de alguno de los proponentes, lo cierto es que en este caso quedó demostrada la ilegalidad del acto de adjudicación, porque el representante legal de la entidad pública se apartó en forma caprichosa de los criterios de escogencia del pliego de condiciones, de modo que la Sala no puede desconocer la importancia que reviste dicho informe de evaluación como medio de prueba proveniente de la entidad demandada, que no ha sido cuestionado o reargüido por las partes en el presente proceso y en el que aquélla acepta que, una vez ponderados los factores de escogencia contemplados en el pliego de condiciones, la propuesta presentada por la sociedad demandante era la mejor y la más favorable para los intereses de la entidad.

Lo correcto, desde el punto de vista deontológico (deber ser), es que la propuesta calificada con el más alto puntaje sea la mejor entre las mejores y la más conveniente para los intereses y necesidades de la entidad pública, pero, no siempre sucede esto. Por ejemplo, puede ocurrir que las calificaciones sean muy bajas y, por lo mismo, la propuesta que haya obtenido el mayor puntaje no sea conveniente para la administración y también puede suceder que el comité de evaluación asigne una calificación que se aparte de las reglas o de los criterios de selección objetiva establecidos en el pliego de condiciones o recomiende una propuesta que no cumpla la totalidad de los requisitos contemplados en la ley o en el pliego, casos en los cuales el ofrecimiento recomendado no es, por tanto, el más favorable; en tales eventos, lo procedente es que el director del proceso de selección realice una nueva evaluación, pero con estricta sujeción a los mandatos legales y a los criterios de escogencia contemplados en el pliego de condiciones; sin embargo, en este caso, el jefe de la entidad, desconociendo las previsiones del pliego, decidió adjudicar el proceso de selección con base en uno sólo de los criterios de selección –el precio ofertado más bajo- y dentro del expediente no existe prueba, o por lo menos no fue allegada al proceso, de que la propuesta presentada por la sociedad demandante fuera inconveniente, que el comité

evaluador hubiera soslayado las reglas previstas en el pliego de condiciones o simplemente que la oferta recomendada no fuera la mejor, prueba que corría a cargo de la entidad demandada, razón por la que a juicio de la Sala el derecho de ser adjudicatario fue vulnerado y merece su reivindicación a través de la indemnización de los perjuicios causados .

III.- La indemnización de los perjuicios.-

La demanda solicita que se condene al Fondo Financiero Distrital de Salud a la reparación de los perjuicios materiales causados en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, por no adjudicarle la licitación pública nacional FFDS-SSG-002-94 a Seguridad Dincolvip Ltda.

En cuanto al daño emergente, solicita el pago actualizado de la suma de \$780'000.000.00 (pretensiones 1.3.1 y 1.3.2 consecuenciales de condena), correspondientes al valor asegurado a favor del Fondo Financiero Distrital de Salud como garantía de la seriedad de la propuesta y, en cuanto al lucro cesante, el pago de un interés técnico del 6% anual sobre la anterior suma de dinero (pretensión 1.3.3 consecucional de condena).

A este respecto, se debe anotar que la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que, cuando se deja de adjudicar un proceso de selección, se causa un daño a quien debió ser favorecido y que la valoración de ese daño corresponde, en principio, a la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato que no fue adjudicado; no obstante, hace varios años esta Sección de la Corporación sostuvo que, cuando no existían los suficientes elementos de juicio para establecer el monto de la utilidad esperada⁵, era procedente fijar la indemnización en el valor por el cual se prestó la garantía de seriedad del ofrecimiento, pues, así como la entidad estatal exige a los oferentes que presten una garantía o depósito con el fin de asegurar que el vencedor suscribirá el contrato adjudicado, dentro del término previamente señalado en el pliego de condiciones, "...so pena de quedar

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero de 1984, exp. 3230.

a favor de la entidad en calidad de multa el valor o garantía constituida para tal efecto...⁶, debe acudirse a la misma solución, por razones de equidad, en caso de presentarse la situación opuesta: "...Si la administración que se allana a cumplir puede hacer suya la garantía, no se ve por qué el adjudicatario dispuesto a hacerlo no pueda aspirar a un resarcimiento equivalente...⁷.

En el sub-lite, el Tribunal de primera instancia negó el reconocimiento económico deprecado por la demandante, por cuanto, a su juicio, no fue acreditada la utilidad que el oferente esperaba obtener con la hipotética ejecución del contrato y, en esas condiciones, el juez no puede suplir la omisión probatoria de la parte actora procediendo a indemnizar el perjuicio con base en la garantía de seriedad de la oferta, porque, de hacerlo, estaría presumiendo el perjuicio y, además, fijaría la indemnización con un equivalente que no guarda relación causal entre el hecho y el daño.

Sostuvo el a quo:

"...no puede el actor omitir su carga probatoria en materia de perjuicios; tampoco pueden los mismos radicar a título (sic) de equivalencia en la garantía de seriedad de la oferta; por el contrario en materia de valoración del daño debe estarse a lo dispuesto en el mencionado artículo 16 de la ley 444 (sic) de 1998, en cuanto al sistema de reparación integral con fundamento en la causalidad del daño o dadas las dificultades de orden probatorio que se analizarán en cada caso concreto, en el sistema de equidad....".

⁶ *Ibíd.*

⁷ *Ibíd.* En sentencia del 9 de diciembre de 1988 –exps. acumulados 3528, 3529 y 3544- sostuvo el mismo criterio al señalar que, "...cuando el licitante vencido no sólo ataca el acto de adjudicación por vicios del proceso licitatorio y los demuestra sino que, además afirma y prueba que su propuesta era la mejor para obtener, también, por razones de fondo o de sustancia, la nulidad del acto de adjudicación, tiene pleno derecho a demandar y obtener a título de restablecimiento del derecho, la indemnización del lucro cesante representado en la utilidad que hubiera obtenido si se le hubiera adjudicado el contrato o, cuando menos, el monto por el cual se prestó la garantía de seriedad...".

Esta Sala disiente de la decisión del Tribunal de primera instancia, porque una cosa es la causación del daño y otra bien distinta el *quantum* del perjuicio irrogado.

El daño antijurídico en este tipo de eventos se concreta cuando, a pesar de haber presentado la mejor, la más favorable y la más conveniente de las ofertas para los intereses de la entidad pública, se priva al oferente del derecho a ser adjudicatario del proceso de selección. Ese daño es generador de perjuicios que deben ser indemnizados y que consisten, fundamentalmente, en la pérdida de la utilidad que esperaba obtener con la ejecución del contrato; no obstante, puede suceder que el demandante no haya acreditado el *quantum* del perjuicio, pero ello no implica que el daño antijurídico no se haya causado o que éste no tenga vocación indemnizable.

En efecto, cuando las personas naturales o jurídicas, en forma individual o conjunta (consorcios o uniones temporales), presentan sus ofertas dentro de un proceso de selección que adelanta una entidad pública, los proponentes tienen la expectativa de ser escogidos para celebrar el contrato, ejecutar el objeto de las obligaciones en condiciones de normalidad y obtener una utilidad o ganancia en términos económicos. Por tal razón, no podría decirse que no se causan perjuicios cuando esa posibilidad se frustra por la ilegalidad de la actuación de la administración, porque nadie pretende celebrar y ejecutar un contrato sin procurar obtener, válidamente, un margen razonable de utilidad económica; por ello, el perjuicio inferido tiene las características de ser real y cierto, por consiguiente, indemnizable.

Ahora bien, cuando la jurisprudencia de esta Sección optó por indemnizar los perjuicios tomando como referente el monto del depósito o la garantía de seriedad del ofrecimiento, no presumió el perjuicio, como lo sostuvo el a quo, porque, como se dijo, éste emerge con la vulneración del derecho o del interés tutelado por el ordenamiento jurídico; la Sala, en algunas oportunidades, ha acudido a esa solución con el único objetivo de valorar el daño causado, en aquellos casos donde, por ejemplo, la propuesta presentada por el oferente no discrimina la utilidad, por lo que, ante la ausencia de cualquier otro elemento de juicio del cual

se pueda deducir el monto de la utilidad esperada, ha cuantificado el perjuicio en el equivalente al monto de la garantía de seriedad del ofrecimiento, aplicando la equidad como criterio para tasar la indemnización por el perjuicio inferido.

En el sub - lite, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por solicitud de la parte actora, ofició⁸ al Fondo Financiero Distrital de Salud para que allegara copia auténtica de las ofertas que fueron presentadas dentro de la licitación pública nacional FFDS-SSG-02-94, entre ellas, la de la parte actora (fls. 67, 73, C. 1), pero la entidad demandada no atendió el requerimiento y no existe dentro del expediente otro elemento de juicio del cual se pueda deducir el monto o el porcentaje de la utilidad que esperaba obtener Seguridad Dincolvip Ltda. con la ejecución del contrato; sin embargo, en este caso, no es procedente acudir a la equidad y fijar la indemnización del perjuicio en el monto de la garantía de seriedad del ofrecimiento, porque la dificultad no estriba en la segregación del precio del contrato y del porcentaje o del monto de la utilidad que esperaba recibir el demandante con su ejecución, sino en la ausencia de los elementos de juicio necesarios para cuantificar el perjuicio material irrogado, de modo que, como la Sala desconoce si la oferta presentada por la parte actora señalaba expresamente el monto de la utilidad esperada, el fallador no puede fijar la indemnización acudiendo a la equidad, porque pueden existir parámetros ciertos de los cuales se pueda deducir tal extremo, a pesar de que esa precisa información no repose en el expediente.

Por lo anterior, la Sala revocará el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia impugnada, dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 446 de 1998 y condenará en abstracto al Fondo Financiero Distrital de Salud a pagar al demandante, a título de indemnización de perjuicios, el valor de la utilidad que Seguridad Dincolvip Ltda. esperaba recibir con la ejecución del contrato objeto de la licitación pública nacional FFDS-SSG-02-94.

Para la liquidación, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros.

⁸ Oficio 97D-175, del 3 de febrero de 1987, fl. 73, C. 1.

1.- El incidente debe ser promovido dentro de la oportunidad dispuesta por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998 (artículo 172 del anterior Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984).

2.- La indemnización corresponderá al cien por ciento (100%) de la utilidad que esperaba recibir Seguridad Dincolvip Ltda. con la ejecución del contrato. El monto de la utilidad que se reconozca no podrá exceder, en ningún caso, lo que haya establecido en la oferta presentada dentro de la licitación pública nacional FFDS-SSG-02-94, ni incluir suma alguna por concepto de administración ni de imprevistos.

3.- El valor de la utilidad que esperaba recibir Seguridad Dincolvip Ltda., con la ejecución del contrato, se actualizará con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para lo cual se tendrá en cuenta que el índice inicial corresponde a la fecha en que, hipotéticamente, terminaría el plazo contractual y que el índice final corresponde al mes anterior a la fecha de la providencia que decida el incidente de liquidación de la condena.

4.- Sobre la suma histórica sin actualizar se liquidará un interés técnico legal del seis por ciento (6%) anual, conforme a lo dispuesto por el artículo 1617 del C.C.

III.- No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A:

Primero.- CONFÍRMASE el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia

proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 22 de junio de 2000.

Segundo.- REVÓCASE el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 22 de junio de 2000, el cual quedará así:

“SEGUNDO: CONDÉNASE en abstracto al Fondo Financiero Distrital de Salud a pagar a Seguridad Dincolvip Ltda., a título de indemnización de perjuicios materiales, el monto de la utilidad que esperaba obtener con la ejecución del contrato de prestación de servicios de vigilancia y seguridad, materia de la licitación pública nacional FFDS-SSG-02-94.

El interesado deberá promover el respectivo incidente ante el Tribunal de primera instancia, dentro de la oportunidad temporal prevista por el artículo 172 del C.C.A. Para establecer la cuantía de la condena, se observarán estrictamente las reglas fijadas en la parte motiva de esta sentencia”.

Tercero.- Para el cumplimiento del fallo se dará aplicación a lo dispuesto por los artículos 177 y 178 del C.C.A.

Cuarto.- Sin condena en costas.

Quinto.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA