**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Idoneidad – Acto administrativo - Contratación pública**

En esta oportunidad, la Sala estima necesario precisar que, por tratarse de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con independencia de que se relacione con la actividad contractual del Estado, para determinar la competencia funcional se sigue la regla prevista en el numeral 3 del artículo 152 del C.P.A.C.A., en la cual se establece que los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos 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”. Lo anterior se justifica en la remisión realizada por el inciso segundo del artículo 141 del C.P.A.C.A., de conformidad con el cual: “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”, lo que permite concluir que deben hacerse extensivas a estos asuntos las reglas de cuantía consagradas para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho.

**UNIONES TEMPORALES - Consorcios - Capacidad procesal**

Con sujeción a la línea jurisprudencial que anteriormente imperaba, a los consorcios y a las uniones temporales no se les reconocía capacidad procesal para comparecer dentro de un proceso judicial bajo el entendimiento de que, efectivamente, no constituían una persona jurídica diferente a los sujetos que la conformaban, tal cual lo refirió el a quo. Posteriormente, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en pronunciamiento de unificación, recogió la postura jurisprudencial que dominaba la materia en cuanto a la falta de capacidad procesal de los consorcios y las uniones temporales para comparecer en juicio, ya fuere como integrantes de los extremos activo o pasivo de la litis o como litisconsortes.

**NOTA:** ver sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dictada el 25 de septiembre de 2013, dentro del expediente número 19933.

**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Alcance - Recurso de apelación**

Con el propósito de resolver el cargo de apelación propuesto, cabe precisar que el principio de congruencia, que por antonomasia gobierna las decisiones de las autoridades judiciales, se edifica sobre la base de la existencia de límites predeterminados por el mismo libelo introductor que da origen a la controversia y que sirven de marco para la decisión. Dichos linderos determinan la inviabilidad procesal de que el juez de conocimiento dicte la providencia con desconocimiento de lo pretendido en la demanda o exceda los términos de la solicitud. Contrario sensu, se impone que su decisión guarde directa correspondencia con la reclamación elevada por la actora, con los hechos que le sirven de fundamento y a las pruebas en que se soporta su prosperidad o su negativa.

**PRUEBA PERICIAL - Presentación**

Así se desprende de las disposiciones consagradas en los artículos 219 y 220 del mencionado código en los cuales se estableció el trámite de la presentación de los dictámenes por las partes y su contradicción, respectivamente, bajo la prevención en su artículo 228 de que en lo previsto en el C.P.A.C.A. la prueba pericial se sujetaría a las reglas del Código de Procedimiento Civil. […] Con todo, las anteriores previsiones no excluyeron la posibilidad de que las partes elevaran en la demanda o en su contestación la solicitud de practicar una prueba pericial para que fuera decretada por el juez, con base en la lista de auxiliares de la justicia, tal y como se surtía en el anterior Código de Procedimiento Civil, evento en el cual la contradicción se surtiría en la audiencia de pruebas.

**PRUEBA PERICIAL - Modificación**

En ese orden, se tiene que el Código General del Proceso, vigente para la época en que se interpuso la demanda que dio origen a la litis, además de reducir y centrar su regulación al dictamen aportado por las partes, que no al judicial, esto es, al decretado por el juez y practicado en la etapa probatoria a petición de las partes, modificó la forma de su contradicción en los siguientes aspectos: i) Desapareció el trámite incidental de la objeción por error grave, lo cual no significa que se haya suprimido la posibilidad de plantear la objeción a través del interrogatorio o del contra-dictamen, sobre aquellas causas que anteriormente, en el Código de Procedimiento Civil, daban lugar a la mencionada objeción o sobre otros aspectos orientados a que el dictamen sea desestimado. ii) Eliminó el imperativo de realizar un trámite separado y previo para las aclaraciones y/o complementaciones, las cuales pueden solicitarse dentro del término del traslado del dictamen o en la audiencia, mediante el interrogatorio al perito. iii) La parte contra la que se aduce el dictamen puede solicitar el interrogatorio del perito, aportar otro dictamen o realizar ambas actuaciones. iv) La parte contra la que se aduce el dictamen tiene la posibilidad de realizar preguntas asertivas o insinuantes. v) Ambas partes tienen derecho a interrogar y contra-interrogar al perito. El contra-interrogatorio se hará en el orden que se fija para el testimonio, esto es, primero la parte que solicitó el respectivo interrogatorio y luego, aquella contra la que se aduce. iv) Si el perito citado no asiste, el dictamen no tendrá valor, sin perjuicio de la posibilidad de obtener nueva fecha, por una vez, con fundamento en la excusa justificada. vi) En relación con el asesoramiento de expertos, se excluyó en forma expresa el dictamen en asuntos de derecho. Igualmente se refirió a la posibilidad de aportar conceptos de abogados, los cuales serán tenidos en cuenta como alegaciones de las partes. vii) se reemplazó la posibilidad de allegar un concepto de expertos para controvertir el dictamen por la presentación de “otro dictamen”, es decir, que se debe presentar un contra-dictamen, el cual se rige por las mismas reglas, condiciones y requisitos que fija el Código General del Proceso para la prueba, con la excepción de que este último no puede ser objeto de un segundo contra-dictamen.

**PRUEBA PERICIAL - Contradicción**

La literalidad de la norma en cuestión ofrece varias herramientas orientadas a que la parte contra quien se aduce la experticia ejerza su contradicción, a saber: • La contraparte podrá solicitar que el perito que rinde la experticia que se aduce en su contra asista a la audiencia de pruebas con el propósito de realizarle preguntas acerca del contenido de su experticia, las cuales se habrán de formular de manera asertiva e insinuante. • Igualmente podrá aportar otro dictamen para desvirtuar el contenido del que se presenta en su contra. • A elección de la contraparte, se podrán adelantar las dos actuaciones anteriores. Como se desprende de la exégesis de la norma bajo análisis, la contradicción al dictamen puede realizarse de varias maneras, sin que ello implique surtir la etapa prescrita en el Código de Procedimiento Civil para la objeción por error grave, la cual, a voces de este nuevo compendio, no obstante existir la posibilidad de elevarse, no comporta un trámite especial.

**PRUEBA PERICIAL - Alcance - Objeción - Error grave**

Ahora, para analizar la procedencia y alcance de la objeción por error grave debe acudirse a una interpretación armónica de lo prescrito en ese mismo artículo 220, numeral 1), en el que se señala que la objeción por error grave del dictamen podrá fundamentarse en: i) otro dictamen pericial; ii) declaración de testigos técnicos que habiendo tenido participación en los hechos materia del proceso, tuvieran conocimientos profesionales o especializados.

**CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - Vigencia - Jurisdicción contencioso administrativa**

En este punto se recuerda que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante auto del 25 de junio de 2014, unificó su jurisprudencia, en relación con la vigencia de la Ley 1564 de 2012, contentiva del Código General del Proceso, para los asuntos que son del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y para la jurisdicción arbitral. En el auto referido la Sala Plena indicó que el Código General del Proceso entró a regir a partir del 1º de enero de 2014.

**PERJUICIOS MORALES - Procedencia - Contratación pública**

Para resolver el cargo de apelación, la Sala advierte que, en efecto, la jurisprudencia de esta Corporación en diversos pronunciamientos ha considerado que, en materia contractual, eventualmente cabría emitirse condena por concepto de perjuicios morales, cuya prosperidad en todo caso está condicionada, al igual que la indemnización por cualquier otro tipo de perjuicio, a la prueba de su existencia.

**PERJUICIOS MORALES - Procedencia - Contratación pública - Carga de la prueba**

En este sentido, cabe puntualizar, además, que, con el propósito de obtener la condena por el daño moral que supuestamente padeció el proponente por la imposibilidad de contratar con el Estado, por una decisión que, tras ser revisada por el juez adolece de nulidad, se debe probar la materialización de esa afección, es decir, el dolor, la aflicción y en general, los sentimientos de desesperación, desasosiego, congoja, temor o zozobra que sufrió real y efectivamente por un hecho imputable a la actividad del Estado, con base en situaciones debidamente demostradas por cualquier medio de prueba idóneo. El grado de dicho impacto en la esfera interna del individuo depende, además de su capacidad de resiliencia, de otros factores, tales como las condiciones del entorno familiar, social, económico cultural, todo lo cual debe ser probado y valorado para fundar la condena por el daño moral.



**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación: 250002336000201502569 01 (58894)**

**Actor: UNIÓN TEMPORAL NUTRIR CAPITAL 2015**

**Demandado: DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL**

**Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Ley 1437 de 2011)**

Temas: LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / capacidad de los consorcios y uniones temporales para comparecer al litigio a través de su representante- DICTAMEN PERICIAL EN EL C.P.A.C.A y en el C.G.P. – dictamen aportado por las partes y dictamen practicado en el proceso a solicitud de parte – objeción por error grave - debe desvirtuarse con otro dictamen y fundamentarse en argumentos indicativos de error en su elaboración / PERJUICIOS DERIVADOS DE LA NO ADJUDICACIÓN – reconocimiento de la utilidad proyectada / PERJUICIOS MORALES DERIVADOS DE LA NO ADJUDICACIÓN / debe exceder la frustración normal de perder la expectativa de resultar favorecido con la selección.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, el 28 de septiembre de 2016, mediante la cual se resolvió (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resoluciones 000028 del 3 de febrero de 2015 y 000065 del 30 de marzo de 2015.*

*“SEGUNDO: Condena a la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, a pagar a favor de la Unión Temporal Nutrir Capital 2015, la suma de $115’876.372.*

*“TERCERO: Condenar a la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, a pagar por daño moral a favor del señor Jorge Ricardo Camargo Camperos, la suma de quince (15) smlmv.*

*“CUARTO: Las costas del proceso serán fijadas por el magistrado ponente, mediante auto susceptible de reposición. Los gastos del proceso serán liquidados por secretaria de la sección con fundamento en los gastos debidamente demostrados, de conformidad con lo establecido en el art. 366 del Código General del Proceso”.*

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 10 de noviembre de 2015 por el señor Jorge Ricardo Camargo Camperos, la sociedad Nutrir de Colombia S.A.S. y la Corporación Hacia Un Valle Solidario, en calidad de miembros de la unión temporal Nutrir Capital 2015, en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), contra el Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital, con el fin de que: i) se declarara la nulidad de la Resolución 00028 de 3 de febrero de 2015, por la cual el Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital declaró desierta la selección abreviada por subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-110-2014, respecto del grupo 6 y la nulidad de la Resolución 000065 del 30 de marzo de 2015, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto en contra de aquélla y decidió confirmarla; ii) a título de restablecimiento del derecho, por haber desconocido el derecho de la unión temporal demandante a ser adjudicataria de la selección abreviada, se condenara a la demandada a pagar las siguientes sumas de dinero:

a). La suma de $358’336.236, en favor de cada uno de los miembros de la unión temporal en proporción de su participación en la figura asociativa, por concepto de utilidades que habrían dejado de percibir por lo no adjudicación del contrato producto de la selección abreviada.

b). La suma de $322’175.000, en favor del señor Jorge Ricardo Camargo Camperos, por concepto de perjuicios morales causados por la no adjudicación al grupo 6 de la selección abreviada.

**2. Los hechos**

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos relevantes:

**2.1.** Mediante Resolución No. 000393 del 30 de diciembre de 2014, el Distrito Capital- Secretaría de Educación ordenó la apertura de la selección abreviada por subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-110-2014, cuyo objeto consistió en el “*suministro de refrigerios diarios con destino a estudiantes matriculados en colegios oficiales del Distrito Capital*”. El presupuesto oficial se fijó en la suma de $14.319’271.176, dividido en ocho (8) grupos independientes, por lo que para el grupo 6 correspondió la suma de $1.942’339.764.

**2.2.** La unión temporal Nutrir Capital 2015 fue la única en presentar propuesta dentro del procedimiento de selección abreviada, grupo 6.

**2.3.** De conformidad con el informe final de evaluación, publicado en el SECOP el 2 de febrero de 2015, se concluyó que el oferente no cumplía con los requisitos habilitantes, consistentes en: i) carta de la presentación de la propuesta, por cuanto no tenía la manifestación expresa de que aceptaba el descuento mínimo en caso de ser el único habilitado; ii) el área de almacenamientos de las plantas ofrecidas no cumplían con los requisitos en el anexo técnico “*refrigerios jornada 40x40 y sus anexos relativos al cálculo del FMP*; iii) no se cumplió con la adecuación nutricional, de conformidad con el anexo técnico “*refrigerios jornada 40x40*”.

**2.4.** El 3 de febrero de 2015, a las 10:55 a.m., con antelación a la celebración de la audiencia de subasta inversa, la unión temporal Nutrir Capital 2015 presentó escrito de subsanación de los requisitos habilitantes exigidos.

**2.5.** Una hora antes de iniciar la audiencia de subasta, la entidad, en un nuevo informe de evaluación, concluyó que el proponente unión temporal Nutrir Capital 2015 cumplía con todos los requisitos habilitantes, con excepción de uno solo asociado a que “*el cálculo de los FMP, capacidad de almacenamiento de la planta ofertada para el caso de canastillas limpias de la jornada 40 x 40, NO CUMPLÍA, pues la misma daba, según la fórmula aplicada por la entidad en su evaluación, 1,01, dado que la capacidad era de 1.095 canastillas*”.

**2.6.** Mediante Resolución No. 000028 del 3 de febrero de 2015, la entidad declaró desierto el grupo 6 del procedimiento de selección abreviada de subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-110-2014, bajo el argumento de que el proponente no cumplía con la capacidad de almacenamiento (FMP) de canastillas limpias para la jornada 40x40, por cuanto, a juicio de la entidad, la unión temporal tenía una capacidad de almacenamiento de 1.095 canastillas, mientras que lo exigido ascendía a 1.112 canastillas, cuestión que, en criterio del accionante, no obedecía a la verdadera aplicación de las fórmulas contenidas en el numeral 6.2.7. del anexo técnico correspondiente a los refrigerios de la jornada 40 x 40 – capacidad de almacenamiento de canastillas limpias.

**2.7.** La anterior decisión, luego de ser objeto de recurso de reposición, fue confirmada en su integridad, a través de Resolución No. 000065 del 30 de marzo de 2015.

**3. Normas violadas y concepto de la violación**

Como apoyo jurídico de sus pretensiones, la parte demandante señaló que las resoluciones acusadas desconocieron las normas en que debieron fundarse, específicamente, los artículos 2 y 6 de la Constitución Política; numeral 5) del artículo 24, numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Argumentó que, en desarrollo de la normativa enunciada, era deber de la entidad materializar el principio de transparencia a través de la evaluación de las propuestas, con sujeción a normas claras e inequívocas en torno a la capacidad de almacenamiento de la planta ofrecida en cuanto a las canastillas limpias para la jornada 40 x 40.

Adujo que la entidad se apartó de una interpretación razonable de las reglas previstas en el pliego de condiciones y desconoció los dictados establecidos en ese documento para aplicar la fórmula dirigida a calcular dicha capacidad.

Al respecto sostuvo (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“La entidad en su último informe de evaluación (el publicado en el SECOP el 3 de febrero de 2015 a la 1:00 p.m) no tuvo en consideración la subsanación presentada por el proponente, en el sentido de que precisó y ofertó (antes de la celebración de la subasta) y así lo incluyó en el folio 42 de dicho documento de subsanación, que en el área No. 1 el arrume que ella físicamente permitía, y que en consecuencia por ello se ofertaba, era de 13 canastillas y no de 12 canastillas como se había ofertado inicialmente”.*

**4. Actuación procesal**

**4.1.** Por auto de 30 de noviembre de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, ordenó la notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

**4.2. Contestación de la demanda**

El Distrito Capital- Secretaría de Educación contestó la demanda dentro de la oportunidad legal.

Se opuso a las pretensiones por considerar que la demandante no cumplió con el requisito habilitante relativo a la capacidad de almacenamiento de canastillas contenido en el pliego, específicamente las exigencias del anexo técnico R y del anexo técnico asociado a los refrigerios para la jornada 40 x 40.

Así mismo, negó algunos hechos y aceptó otros como ciertos, con las aclaraciones respectivas.

Como argumento de la contradicción replicó que no era cierto que la entidad pre contratante hubiera aplicado en forma errónea la fórmula prevista en el documento precontractual para calcular la capacidad de almacenamiento (FMP).

Manifestó que en el numeral 6.2.7 del anexo técnico para refrigerios de la jornada 40X40 se previeron dos fórmulas que de manea concurrente debían aplicarse para calcular el valor más alto de canastillas entre materia prima y producto terminado de un menú.

Al respecto sostuvo (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“…nos corresponde reiterar que la primera fórmula es la que la obliga necesariamente al grupo evaluador a identificar el mayor valor del NK de canastillas limpias de TODOS LOS MENUS, es decir, el grupo evaluador debía identificar el NK (número de canastillas limpias necesarias para la operación de acuerdo a los refrigerios ofertados) para cada menú, el cual se obtiene de sumar el valor más alto entre el NK de materia prima (Nk MP) y el Nk de producto terminado (Nk PT) de cada menú, con el NK de materia prima del menú siguiente; para con todos los valores identificar el valor más alto y aplicar la fórmula del (FMP)”.*

Finalmente, propuso como excepción la de “*legalidad de los actos acusados*”.

**4.3. Audiencia Inicial**

El 27 de mayo de 2016 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, en la cual tuvo lugar la etapa de saneamiento. En esa oportunidad, se inadvirtió la existencia de causal de nulidad que viciara lo actuado y así quedó expresamente convalidado por los intervinientes.

Se puso de presente la ausencia de formulación de excepciones previas por resolver, pues la formulada por la demandada apuntaba a atacar el fondo del asunto.

Luego, fijó el litigio y lo circunscribió a establecer si la unión temporal Nutrir Capital 2015 subsanó o no en debida forma el requisito habilitante relativo a la capacidad de almacenamiento por canastillas (FMP), exigido en el anexo técnico R y/o el anexo técnico refrigerios jornada 40 x 40.

Con ese fin consideró que se debía determinar si la SED aplicó correctamente la fórmula prevista numeral 6.2.7.del anexo técnico para la jornada 40 x 40 y además indagarse si la parte actora cumplió con la capacidad de almacenamiento de canastillas.

Por último, la Sala Unitaria se pronunció frente al valor de los elementos de prueba aportados al plenario y decretó las pruebas documentales, testimoniales y periciales solicitadas por las partes.

**4.4. Audiencia de pruebas**

El 29 de julio 2016[[1]](#footnote-1) se adelantó la audiencia de pruebas, en desarrollo de la cual se incorporaron a la actuación los documentos recibidos como consecuencia de los oficios librados, se recibieron dos declaraciones testimoniales y se allegó el dictamen pericial decretado, para lo cual se oyó a los peritos que lo rindieron, quienes realizaron algunas precisiones sobre su contenido y respondieron las preguntas realizadas por las partes.

**4.5. Alegatos de conclusión**

Por auto del 29 de julio de 2016[[2]](#footnote-2), el *a quo* corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. En el término concedido, las partes presentaron sus respectivos escritos de alegaciones, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en oportunidades procesales precedentes.

El Ministerio Público guardó silencio.

**4.6. La sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda en los términos transcritos al inicio de esta providencia:

Después de efectuarel recorrido probatorio, el operador de primer grado se refirió al dictamen pericial practicado por el experto en matemáticas y estadísticas, con base en lo cual, junto con el análisis de los documentos precontractuales, concluyó que la Secretaría de Educación incurrió en ciertos errores a la hora de aplicar la fórmula prevista para calcular el factor de capacidad de canastillas (FMP).

Al respecto indicó que el número de canastillas a utilizar fue el suministrado en el pliego de condiciones por la SED, cuyo resultado se obtenía de dividir el número de porciones por el número que ocupaban las 22.000 raciones.

Con base en ese razonamiento, procedió a realizar el respectivo cálculo y concluyó que la unión temporal Nutrir Capital 2015 sí tenía la capacidad para almacenar las canastillas limpias requeridas para colocar el menú crítico y las canastillas limpias requeridas para colocar la materia prima del día siguiente.

Explicó que el proponente retiró uno de los productos del menú dos, concentrado de fruta, lo cual llevaba a que el número canastillas variara en el cuadro inicial de materia prima, por lo que, si no existía el concentrado de fruta en la materia prima, tampoco podía existir en producto terminado.

Al analizar el contenido de la Resolución No. 065 del 10 de marzo de 2015, se evidenció que allí no se incluyó el concentrado de fruta en el menú dos al sumar la materia prima a utilizar, pero sí se sumó al tenerlo en cuenta como producto terminado, razón por la cual se alteró el número de canastillas. En efecto, en el menú se obtuvo un resultado de 433 canastillas cuando en realidad correspondía a 522.

En síntesis, indicó que la SED no desarrolló la fórmula eficientemente, por cuanto no se tuvieron en cuenta todos los elementos del menú dos, cuestión que llevaba a declarar la nulidad de las resoluciones acusadas.

Reconoció perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en la suma de $115’876.372, consistente en la utilidad dejada de percibir por la demandante como consecuencia de la no adjudicación del contrato.

Finalmente, condenó a la demandada al pago de la suma equivalente a 15 SMLV por concepto del daño moral causado a Jorge Ricardo Camargo Camperos, como miembro de la unión temporal Nutrir Capital 2015.

**4.5. El recurso de apelación**

La parte demandada presentó oportunamente el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Como sustento de su inconformidad expuso que el Tribunal de primera instancia basó su decisión en el dictamen rendido en el proceso, sin tener en cuenta la objeción oportunamente formulada en su contra por la entidad accionada durante la audiencia de pruebas.

Añadió que la valoración del dictamen resultaba inaceptable, dado que este daba cuenta de que el contrato había sido indebidamente adjudicado a la proponente Capitaliños, sin tener en consideración que el procedimiento de selección en realidad fue declarado desierto, cuestión que denotaba una abierta equivocación.

Afirmó que la sentencia no se percató de lo señalado por la universidad Sergio Arboleda en el oficio del 18 de febrero de 2016, de conformidad con el cual el proponente UT Nutrir Capital 2016 no cumplió lo atinente a la capacidad de almacenamiento de canastillas, al tiempo que tildó de censurable que la sentencia apoyara su decisión en el concepto de ese ente universitario, en tanto este había concluido lo contrario a lo advertido por el *a quo*.

Sostuvo que el fallo incurrió en incongruencia, por cuanto el argumento medular de la demanda consistió en que el proponente UT Nutrir Capital 2015 subsanó oportunamente la propuesta, no obstante lo cual, en el fallo no se hizo mención a la aludida subsanación, en orden a declarar la nulidad de los actos acusados.

Agregó que la parte actora era inexistente, en la medida en que los consorcios y las y las uniones temporales carecían de personalidad jurídica y de capacidad procesal.

Finalmente, indicó que no existía claridad en torno a la viabilidad de reconocer la suma de $115’876.372 por concepto de utilidad y que el reconocimiento de los perjuicios morales resultaba improcedente, en tanto en este caso no se trataba de una sanción, como sí acontecía en los casos en que se declaraba la caducidad administrativa del contrato.

**5. Actuación en segunda instancia**

**5.1.** Mediante providencia del 5 de abril de 2017, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

**5.2.** Por medio de auto del 23 de mayo de 2017, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el término otorgado, los sujetos procesales presentaron su escrito de alegaciones, en el cual, en esencia, reiteraron los argumentos que soportaron la causa y la contradicción. El Ministerio Público guardó silencio.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; **3)** legitimación en la causa: **3.1)** la capacidad de los consorcios y uniones temporales para comparecer al litigio a través de su representante; **4**) análisis del recurso: **4.1)** el contexto fáctico en el que tuvo origen la presente controversia; **4.2)** la ausencia de congruencia entre lo registrado en la demanda y lo decidido; **4.3)** falta de apreciación de la objeción por error grave al dictamen; **4.4)** el reconocimiento de perjuicios morales en favor del señor Jorge Ricardo Camargo Campero en calidad de miembro de la unión temporal Nutrir Capital 2015 y **5)** costas.

**1.- Competencia del Consejo de Estado**

A continuación, la Sala verificará la competencia para conocer del recurso de apelación:

Se tiene presente que el artículo 104[[3]](#footnote-3) de la Ley 1437 expedida en 2011 (C.P.A.C.A.), vigente a partir de 2 de julio de 2012, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para juzgar las controversias y litigios originados en los contratos “*sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas”*.

El acto administrativo de declaratoria de desierta de la selección abreviada por subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-110-2014 y aquel que lo confirmó, objeto de demanda, fueron proferidos por el Distrito Capital – Secretaría de Educación que concurre como demandado en la presente causa.

Así las cosas, al ser la parte demandada, Distrito Capital – Secretaría de Educación, un ente territorial[[4]](#footnote-4), con sujeción a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993[[5]](#footnote-5) ostenta la naturaleza de entidad estatal. Por la razón advertida, esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto.

1.2.- Con fundamento en el numeral 3 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011 y teniendo en cuenta que el valor de la pretensión mayor[[6]](#footnote-6) resulta superior al monto equivalente a 300 salarios mínimos legales vigentes[[7]](#footnote-7) a la fecha de presentación de la demanda, se concluye que el proceso tiene vocación de doble instancia.

En esta oportunidad, la Sala estima necesario precisar que, por tratarse de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con independencia de que se relacione con la actividad contractual del Estado, para determinar la competencia funcional se sigue la regla prevista en el numeral 3 del artículo 152 del C.P.A.C.A., en la cual seestablece que los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos 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*”.

Lo anterior se justifica en la remisión realizada por el inciso segundo del artículo 141 del C.P.A.C.A., de conformidad con el cual: “*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”,* lo que permite concluir que deben hacerse extensivas a estos asuntos las reglas de cuantía consagradas para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho.

Igualmente, se fundamenta en la disposición normativa prevista en el literal c) del numeral 2 del artículo 164 del C.P.A.C.A, según el cual, el término de caducidad de los actos previos expedidos con ocasión de la actividad contractual del Estado seguirá la regla de caducidad establecida para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuestión que, a su turno, merece hacerse extensiva a la definición de la cuantía del asunto.

**2.- Procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho**

Se somete a consideración de la Sala la declaratoria de nulidad del acto administrativo de declaratoria de desierto del grupo 6 de la selección abreviada por subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-110-2014, pretendida por un proponente afectado con dicha decisión y consecuencialmente el restablecimiento del derecho, aspectos que corresponden ventilarse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado, al tenor de los dictados del artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 que orientan a que: “*Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho*”.

A su turno, el artículo 64 de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.) dispuso los siguientes términos para presentar la demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, *“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”.*

La presente demanda se entabló con el fin de obtener la nulidad de la resolución No. 00028 del 3 de febrero de 2015, por la cual la Secretaría de Educación Distrital declaró desierto el grupo No. 6 de la selección abreviada por subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-110-2014 y la nulidad de la Resolución 00065 del 30 de marzo de 2015, mediante la cual, luego de resolver el recurso de reposición en contra de la anterior, la confirmó. Esta última fue notificada personalmente a la unión temporal demandante el 14 de abril de 2015, a través de su representante[[8]](#footnote-8).

Habida consideración de que la Resolución en comento se profirió en vigencia de la Ley 1437 de 2012[[9]](#footnote-9), el respectivo término de caducidad para su impugnación en sede judicial debe computarse con arreglo a lo dispuesto en la norma que se deja transcrita.

Así, dado que la comunicación del acto enjuiciado se produjo el 14 de abril de 2015, la fecha inicial del conteo se ubica al día siguiente, esto es, el 15 de abril de 2015, por lo que los cuatro meses de caducidad se habrían de cumplir el 15 de agosto 2015, fecha que, por corresponder a un sábado, habría de trasladarse al 17 de agosto siguiente.

En este punto es imperativo señalar que el 11 de agosto de 2015, faltando cinco días para vencerse el plazo, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Cuarta Judicial II para Asuntos Administrativos[[10]](#footnote-10), trámite que culminó el 10 de noviembre de 2015[[11]](#footnote-11), tras expedirse la constancia en la cual daba cuenta de que la audiencia se declaró fallida por ausencia de ánimo conciliatorio[[12]](#footnote-12). A partir del día siguiente se reanudaron los cinco días restantes para completar los cuatro meses, los cuales vencían el 15 de noviembre de 2015; no obstante, por corresponder a domingo se habría de trasladar hasta el 16 de noviembre de 2015.

Finalmente, la demanda se interpuso el 10 de noviembre de 2015, esto es, dentro del término legalmente establecido.

**3.- Legitimación en la causa**

**Por pasiva**

Uno de los aspectos de inconformidad en el que se apoyó la apelación se refirió a la ausencia de legitimación en la causa por activa de la unión temporal Nutrir Capital 2015, en razón a su falta de capacidad procesal.

Ante este planteamiento, la Sala precisa la necesidad de realizar algunas puntualizaciones sobre el particular.

3.1. De la capacidad de los consorcios y uniones temporales para comparecer al litigio a través de su representante

Con sujeción a la línea jurisprudencial que anteriormente imperaba, a los consorcios y a las uniones temporales no se les reconocía capacidad procesal para comparecer dentro de un proceso judicial bajo el entendimiento de que, efectivamente, no constituían una persona jurídica diferente a los sujetos que la conformaban, tal cual lo refirió el *a quo*.

Posteriormente, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en pronunciamiento de unificación[[13]](#footnote-13), recogió la postura jurisprudencial que dominaba la materia en cuanto a la falta de capacidad procesal de los consorcios y las uniones temporales para comparecer en juicio, ya fuere como integrantes de los extremos activo o pasivo de la litis o como litisconsortes.

En el citado pronunciamiento la Sala Plena advirtió que, si bien tanto la figura de los consorcios como la de las uniones temporales no constituían personas jurídicas distintas de las personas naturales o jurídicas que las integraban, en atención al expreso reconocimiento que la ley les otorgaba respecto de su capacidad contractual, aspecto que igualmente los habilitaba para ser titulares de los derechos y las obligaciones que emanaban de los contratos estatales cuya celebración se les autorizaba, también era claro que igual podían actuar dentro de los procesos judiciales, a través de su respectivo representante.

Así pues, en acatamiento de la línea de pensamiento que orientó el fallo de unificación y que se encuentra actualmente en vigor, surge con claridad que la unión temporal Nutrir Capital podía concurrir a la presente causa en calidad de demandante, siempre que actuara por conducto de su representante, quien, a su turno, estaría facultado para otorgar poder a un profesional del derecho.

En el *sublite* se observa que quien otorgó poder para impetrar la presente demanda fue el señor Jorge Ricardo Camargo Camperos, en su condición de representante de la referida unión temporal, en calidad de persona natural miembro de la unión temporal y como representante legal de la sociedad Nutrir de Colombia S.A., igualmente integrante de aquella agrupación, y el señor Guillermo Alberto Gómez Uribe, representante legal de la corporación Hacia un Valle Solidario[[14]](#footnote-14).

En estas condiciones, es claro que la parte actora compareció a la causa por conducto del representante de la unión temporal demandante, así como a través de cada uno de sus miembros, quienes igualmente otorgaron poder para ser representados.

En ese orden, incluso, de haber actuado únicamente por conducto del primero de los mencionados, ello hubiere bastado para reconocer su vocación como parte actora en este proceso.

Adicionalmente, le asiste legitimación en la causa por activa a la unión temporal Nutrir Capital 2015 para integrar el extremo demandante, por cuanto, luego de participar en el procedimiento de selección abreviada por subasta inversa electrónica SED-SA-SI-DBE-110-2014, vio truncadas sus expectativas de resultar favorecida con la escogencia, por causa de la expedición del acto de declaratoria de desierto de cuya legalidad se ocupa la Sala en esta oportunidad.

Por lo expuesto, el cargo debe ser desestimado.

**Legitimación en la causa por pasiva**

Igualmente, halla la Sala legitimado en la causa por pasiva al Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital, en consideración a que, en su calidad de entidad pre-contratante dentro del procedimiento de selección No. SED-SA-SI-DBE-110-2014 fue la que expidió los actos administrativos impugnados.

**4.- Análisis del recurso**

Para efectos metodológicos, los cargos de la apelación se pueden sintetizar de la siguiente forma:

1) Ausencia de congruencia entre lo registrado en la demanda y lo decidido;

2) Falta de apreciación de la objeción por error grave:

a) del dictamen matemático rendido en la primera instancia, por no tener en cuenta los datos consignados en la contestación de la demanda y en sus soportes, a lo que sumó que el fallo incurrió en yerros frente a su valoración por no evidenciar las contradicciones que allí se plasmaban, tales como que el hecho de que la unión temporal Capitaliños resultó favorecida con la adjudicación de la selección abreviada cuando en realidad el proceso de escogencia fue declarado desierto, y por haber incurrido en incongruencias a la hora de referirse al dictamen.

b) del dictamen contable, por haber versado sobre aspectos de derecho y no haberse practicado el descuento del 1.5% del valor de la oferta, a lo que sumó que los perjuicios reconocidos por concepto de utilidad no eran procedentes, pues se desconocía la forma de su cálculo.

3) no procede el reconcomiendo de perjuicios morales a favor del demandante Jorge Ricardo Camargo Camperos.

En ese orden serán resueltos; sin embargo, previamente, se hará una breve referencia al escenario fáctico que rodeó el debate.

**4.1.- El contexto fáctico en el que tuvo origen la presente controversia**

Mediante Resolución No. 0393 de 2014, el Distrito Capital - Secretaría Distrital dio apertura al procedimiento de selección abreviada por subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-110-2014, cuyo objeto consistió en el suministro de refrigerios diarios con destino a estudiantes matriculados en colegios oficiales del Distrito Capital, para el cual se estableció como presupuesto oficial la suma de $14’339.764.oo, divididos en 8 grupos[[15]](#footnote-15).

Dentro del pliego se establecieron como reglas de verificación de los requisitos técnicos habilitantes los siguientes[[16]](#footnote-16) (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“****6.2.5 Capacidad de almacenamiento de productos terminados que requieren almacenamiento en seco.***

*“El proponente debe acreditar que puede almacenar la cantidad de producto terminado que requiere almacenamiento en seco, en condiciones que garanticen la inocuidad de los mismos, de acuerdo con el número de refrigerios a ensamblar.*

*“El proponente debe diligenciar completamente el* ***Anexo J40X40-11,*** *indicando el No de cuartos/áreas que utilizará para el almacenamiento de los productos terminados componentes del refrigerio que requieran almacenamiento en seco, detallando las características de los mismos, las medidas básicas de los cuartos/áreas tales como largo total (interno), ancho total (interno) y alto total (interno), largo útil, ancho útil, alto útil.*

*“El proponente debe adjuntar un plano acotado con vista superior y vista de corte transversal de los cuartos/áreas requeridos para el almacenamiento de productos terminados del refrigerio que requieran almacenamiento en seco, el plano debe tener la distribución de canastillas (obligatoria), estibas (si aplica) y estantería (si aplica) y deberá contener la siguiente información acotada (en metros):*

* *Ancho, largo y alto del cuarto/área (medidas internas).*
* *Distancias de separación perimetral de las canastillas (mínimo 0,6 m).*
* *Distancia de separación entre canastillas y/o estibas (mínimo 0,1 m).*
* *Distancia de separación del piso a la canastilla base (mínimo 0,15 m).*
* *Altura de apilamiento máxima de canastillas (máximo 10 canastillas std 0,6 x 0,4 x 0,25 m).*
* *Las distancias deben cumplir con lo estipulado en el Decreto 3075 de 1997, Capítulo 7 Artículo 31 y la resolución 2674 de 2013.*

*“****NOTA:*** *El proponente debe adjuntar los planos a escala y anexos correspondientes a cada cuarto/área ofertado para el almacenamiento de los productos terminados del refrigerio que requieran almacenamiento en seco, con lo cual se realizará el respectivo cálculo para obtener la capacidad de almacenamiento total de todos los cuartos/áreas de almacenamiento en seco.*

*“Los cuartos/áreas para almacenamiento de productos terminados de refrigerios son exclusivos y no pueden ser utilizados para almacenar materia prima ni podrán ser utilizados con ningún otro propósito, producto o material.*

*“Para efecto de los cálculos de la capacidad de almacenamiento en seco de productos terminados se realizará un análisis cuantitativo de todos los menús y cada uno de sus componentes o sub ensambles que se almacenaran en seco con el objetivo de encontrar el menú critico el cual corresponderá a aquel que ocupe mayor volumen, es decir, el que tenga mayor valor de NKn.*

*“Para el cálculo del menú crítico en seco de producto terminado se utilizará la información suministrada en el* ***Anexo J40X40-9****.*

*“Las cantidades máximas permitidas para almacenamiento en seco de producto terminado expresadas en unidades por canastillas es la siguiente:*

*“****Tabla No 27. Capacidades máximas por canastilla de producto terminado en seco.***



*“Cuando el proponente supere los límites máximos establecidos en la tabla anterior estos no se tendrán en cuenta y se utilizaran los establecidos en la tabla para efectos de cálculo de Fmp, la firma interventora verificará continuamente que no se superen los límites máximos establecidos en la presente tabla.*

*“El menú crítico a identificar se establece como aquel que ocupe el mayor número de canastillas una vez aplicada la fórmula de NKn a todos los menús:*

*“Refrigerio critico = Max (NKn)*

*“Durante la visita técnica se verificará la demarcación y señalización física de las áreas de almacenamiento donde la demarcación perimetral de almacenamiento es de obligatorio cumplimiento, esta demarcación se debe realizar en el piso.*

*“La capacidad de almacenamiento mínima aceptable de los productos terminados del refrigerio que requieren almacenamiento en seco, debe tener un factor (Fmp) menor o igual a 1.00 y se calculará del siguiente modo:*



*“Dónde:*

*“****NKn*** *= Número total de canastillas necesarias para almacenar producto terminado que requiere almacenamiento en seco, en donde:*



*“i…j = producto terminado del refrigerio que requiere almacenamiento en seco.*

*“nki = No. Total de refrigerios ofertados / No. De unidades por canastillas del componente i*

*“n = No. del menú en almacenamiento en seco.*

*Cmp: Número total de canastillas de producto terminado que se pueden almacenar en el cuarto/área en seco.*



*“El factor Fmp debe ser menor o igual a 1.00, en el momento del cálculo si este tiene más de 2 decimales entonces se aproximará el segundo decimal al valor inmediatamente superior.*

*“En la visita técnica, se verificará que el contratista cuenta con la capacidad para el almacenamiento útil de los productos terminados que requieren almacenamiento en seco, necesarios para ensamblar el número de refrigerios ofertados, cumpliendo con lo establecido en el decreto 3075 de 1997 y la resolución 2674 de 2013.*

*“DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, SE VERIFICARÁ QUE EL CONTRATISTA CUMPLA CON LA CAPACIDAD DE ALMACENAMIENTO EN SECO OFERTADA Y QUE EL ESPACIO DE ESTE ALMACENAMIENTO ESTÉ DELIMITADO SEGÚN LO INDICADO EN LOS PLANOS ACOTADOS Y EVALUADO EN LA VISITA TÉCNICA, DE TAL MANERA QUE NO SE PONGA EN RIESGO LA CALIDAD DE LAS MATERIAS PRIMAS COMPONENTES DEL REFRIGERIO, NI DEL PRODUCTO TERMINADO, QUE REQUIERA ALMACENAMIENTO EN SECO.*

*“(…).*

*“****6.2.7 Zona de almacenamiento de canastillas limpias***

*“El contratista debe acreditar que puede almacenar la cantidad de canastillas limpias necesarias para realizar su operación de acuerdo a los refrigerios a ensamblar.*

*“El contratista debe diligenciar el* ***Anexo J40X40-14.,*** *indicando el No. de cuartos/áreas que utilizará para el almacenamiento de canastillas limpias, detallando las características de los mismos, las medidas básicas de los cuartos/áreas tales como ancho, largo y alto.*

*“El contratista debe adjuntar un plano acotado con vista superior y vista de corte transversal de los cuartos/áreas requeridos para el almacenamiento de canastillas limpias, el plano debe tener la distribución de canastillas (obligatoria), estibas (si aplica) y estantería (si aplica) y deberá contener las siguientes cotas principales todas en metros:*

* *Ancho, largo y alto del cuarto/área (dimensiones internas).*
* *Distancias de separación perimetral del área de canastillas (si aplica).*
* *Distancia de separación entre canastillas y/o estibas (si aplica).*
* *Distancia de separación del piso a la canastilla base (mínimo 0,01 m)*
* *Altura de apilamiento máxima de canastillas (máximo 13 canastillas std 0,6 x 0,4 x 0,25m).*

*“****NOTA:*** *El proponente debe adjuntar los planos a escala y anexos correspondientes a cada cuarto/área ofertado para el almacenamiento de canastillas limpias, con lo cual se realizará el respectivo cálculo para obtener la capacidad útil total de todos los cuartos/áreas de almacenamiento de canastillas limpias.*

*“El área o cuarto para almacenamiento de canastillas limpias es exclusivo y no puede ser utilizado con ningún otro propósito, producto o material.*

*“Para efecto de los cálculos se tendrá como base la información de canastillas referenciada por el proponente y diligenciada en el* ***Anexo J40X40-14****, también se tendrá en cuenta la información de los* ***Anexos J40X40-6 y J40X40-9***

*“Durante la visita técnica se verificará la demarcación y señalización física de las áreas de almacenamiento donde la demarcación perimetral de almacenamiento es de obligatorio cumplimiento, esta demarcación se debe realizar en el piso.*

*“La capacidad de almacenamiento mínima aceptable de las canastillas limpias almacenadas, debe tener un factor (Fmp) menor o igual a 1.00 y se calculará del siguiente modo:*



*“Dónde:*

*“****NKn*** *= Número total de canastillas limpias necesarias para la operación de acuerdo a los refrigerios ofertados:*



*“NTKmpn = Número total de canastillas de materia prima para el menú n.*

*“NTKptn = Número total de canastillas de producto terminado para el menú n.*

*“NTKmpn+1= Número total de canastillas de materia prima para el menú n+1 (menú siguiente)*

*n = No. del menú para analizar canastillas limpias.*

*“Cmp: Número total de canastillas limpias que se pueden almacenar en el cuarto/área destinada para canastillas limpias.*



*“El factor Fmp debe ser menor o igual a 1.00, en el momento del cálculo si este tiene más de 2 decimales entonces se aproximará el segundo decimal al valor inmediatamente superior.*

*“En la visita técnica, se verificará que el contratista cuenta con el área/cuarto de almacenamiento de canastillas limpias para desarrollar su operación, para esto se tendrá en cuenta la información suministrada en los* ***Anexos J40X40-14****,* ***J40X40-6 y J40X40-9*** *y el plano adjunto.*

*“DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, SE VERIFICARÁ QUE EL CONTRATISTA CUMPLA CON LA CAPACIDAD DE ALMACENAMIENTO DE CANASTILLAS LIMPIAS Y QUE EL ESPACIO DE ESTE ALMACENAMIENTO ESTÉ DELIMITADO SEGÚN LO INDICADO EN LOS PLANOS ACOTADOS Y EVALUADO EN LA VISITA TÉCNICA”.*

-. La unión temporal Nutrir Capital 2015 fue la única en presentar propuesta en el grupo No. 6 de la selección abreviada por subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-110-2014[[17]](#footnote-17).

-. Según informe preliminar de verificación de los requisitos jurídicos, de experiencia y técnicos, se concluyó que la unión temporal Nutrir Capital 2015 no cumplía con estos últimos, por cuanto no acataba lo relativo a “*la presentación de la carta de ofrecimiento técnico, de conformidad con el ANEXO TÉCNICO R y/o el ANEXO TÉCNICO REFRIGERIOS JORNADA 40X40 y sus anexos; una o más áreas de almacenamiento de la(s) planta(s) ofertada(s) no cumple(n) con los requisitos exigidos en el ANEXO TÉCNICO R y/o el ANEXO TÉCNICO REFRIGERIOS JORNADA 40X40 y sus anexos relativos al cálculo del FMP, entre otros aspectos*”[[18]](#footnote-18).

-. Surtida la publicidad de la evaluación preliminar de los requisitos habilitantes se presentaron las observaciones y subsanaciones.

-.Luego de estudiado el escrito de subsanación aportado por la unión temporal Nutrir Capital 2015, el Comité evaluador en su informe definitivo conceptuó que no cumplía con los requisitos técnicos habilitantes porque[[19]](#footnote-19) (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“… de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 6.2.7 del anexo técnico J40x40 establece las fórmulas de cálculo del FMP.(…) es evidente que el cálculo de FMP de canastillas limpias del proponente UT NUTRIR CAPITAL 2015 fue rechazado de conformidad con lo establecido en el anexo técnico J40 x 40. En consecuencia se califica al proponente como no CUMPLE en lo atinente a la capacidad de almacenamiento de Canastillas Limpias”.*

-. Con fundamento en lo anterior, mediante Resolución No. 00028 del 3 de febrero de 2015, el Distrito Capital – Secretaría de Educación declaró desierto el grupo No. 6 de la selección abreviada por subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-110-2014[[20]](#footnote-20).

-. La anterior decisión fue confirmada mediante Resolución No. 000635 del 30 de marzo de 2015, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en su contra por la unión temporal Nutrir Capital 2015[[21]](#footnote-21).

**4.2.- La ausencia de congruencia entre lo registrado en la demanda y lo decidido**

Sostuvo el censor que en el fallo de primera instancia se inobservó el principio de congruencia, debido a que el argumento medular de la demanda radicó en que la unión temporal subsanó en debida oportunidad los yerros en que había incurrido en su propuesta, no obstante lo cual el Tribunal no hizo mención a este aspecto.

Con el propósito de resolver el cargo de apelación propuesto, cabe precisar que el principio de congruencia, que por antonomasia gobierna las decisiones de las autoridades judiciales, se edifica sobre la base de la existencia de límites predeterminados por el mismo libelo introductor que da origen a la controversia y que sirven de marco para la decisión.

Dichos linderos determinan la inviabilidad procesal de que el juez de conocimiento dicte la providencia con desconocimiento de lo pretendido en la demanda o exceda los términos de la solicitud.

Contrario sensu, se impone que su decisión guarde directa correspondencia con la reclamación elevada por la actora, con los hechos que le sirven de fundamento y a las pruebas en que se soporta su prosperidad o su negativa.

Descendiendo al análisis del caso concreto, estima la Sala que no tiene asidero el cargo del recurrente al sostener que no existió congruencia entre lo requerido y lo decidido por el fallador.

De la lectura de la demanda se desprende con claridad que el cuestionamiento fáctico en el que la parte actora soportó su pretensión de nulidad de los actos acusados se centró, en esencia, en que, a pesar de que la unión temporal Nutrir Capital 2015 subsanó el requisito técnico habilitante, atinente al cálculo de los FMP, capacidad de almacenamiento de la planta ofertada para el caso de canastillas limpias de la jornada 40 x 40, la entidad decidió que el mismo no se había cumplido, decisión que, en criterio del accionante se basó en un incorrecta aplicación de las fórmulas previstas en el pliego de condiciones para hacer el respectivo cálculo.

Tal acontecer se puso en evidencia en el hecho 18 del escrito introductorio, en el cual se expresaron los argumentos en que descansaba el recurso de reposición interpuesto por el proponente unión temporal Nutrir Capital 2015 en contra del acto que declaró desierto el procedimiento de selección abreviada de subasta inversa, que se expresaron en los siguientes términos (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“(i) que la entidad no había tomado en consideración que el proponente en su subsanación de 3 de febrero de 2015 había ofertado un arrume de 13 canastillas para el área No. 01(…) ll que automáticamente aumentaba la capacidad de almacenamiento de dicha área y hacía apodícticamente que el proponente cumpliera con la capacidad de almacenamiento de canastillas para la jornada 40 x 40 y (ii) que si solo por gracia de decisión no se hubiera tomado en consideración la subsanación de 3 de febrero de 2015 para tener en cuenta el arrume No. 13 del área No. 1 en torno a la capacidad de almacenamiento de canastillas limpias para la jornada 40 x 40, el proponente también cumplía con la capacidad de almacenamiento exigida en el pliego de condiciones , pues la entidad había aplicado erróneamente las fórmulas contenidas en el 6.2.7 del anexo técnico para los refrigerios de la jornada 40 x 40”[[22]](#footnote-22).*

Como se observará en detalle en acápite siguiente, el análisis emprendido por el *a quo* para proferir decisión de fondo en primera instancia estribó, principalmente, en establecer si le asistía la razón al demandante en relación con la incorrecta aplicación de la fórmula prevista para calcular el requisito técnico de la capacidad de almacenamiento de las canastillas para la jornada 40 X 40, con el fin de determinar a partir de la conclusión que de allí se extrajera si la entidad debió aceptar el escrito de subsanación contentivo de ese requisito habilitante.

De conformidad con lo señalado, la Sala encuentra que el fallo de primera instancia no desbordó el lindero determinado por los hechos y pretensiones sentados en la demanda.

**4.3.- Falta de apreciación de la objeción por error grave al dictamen**

El recurrente señaló que el Tribunal de primera instancia no tuvo en cuenta la objeción presentada por la parte demandada en contra de los dictámenes periciales rendidos en el plenario, la cual fue formulada por la entidad accionada en el curso de la audiencia de pruebas.

Añadió que el *a quo no* advirtió los errores protuberantes cometidos por el perito matemático al rendir la experticia y que consistieron en que, contrario a la realidad, conceptuó que el procedimiento de selección fue adjudicado a Capitaliños, cuando la verdad es que fue declarado desierto.

Como se aprecia, en suma, se reprocha la falta de pronunciamiento expreso de la objeción formulada en contra de los dictámenes practicados a petición de la parte actora y la ausencia de apreciación respecto de la objeción por error grave formulada.

Así pues, en orden a resolver el cargo, la Sala observa lo siguiente:

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, compendio bajo cuyas disposiciones se inició y adelantó el presente debate, incorporó varias novedades en materia probatoria, específicamente en lo relacionado con la prueba pericial, entre ellas, el dictamen aportado por las partes, esto es, aquel allegado por ellas y no practicado dentro del proceso en la etapa de pruebas, para lo cual ese estatuto se ocupó de consagrar los aspectos atinentes a la oportunidad para aportarlo, la etapa para apreciar su contenido y las maneras de ejercer su contradicción por el extremo en contra del que se aduce.

Así se desprende de las disposiciones consagradas en los artículos 219 y 220 del mencionado código en los cuales se estableció el trámite de la presentación de los dictámenes por las partes y su contradicción, respectivamente, bajo la prevención en su artículo 228 de que en lo previsto en el C.P.A.C.A. la prueba pericial se sujetaría a las reglas del Código de Procedimiento Civil.

*“****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 incursos en las causales de impedimento para actuar como peritos en el respectivo proceso, que aceptan el régimen jurídico de responsabilidad como auxiliares de la justicia, que tienen los conocimientos necesarios para rendir el dictamen, indicando tas 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.*

*“(…).*

***“Artículo 220. Contradicción del dictamen aportado por las partes.****Para la contradicción del dictamen se procederá así:*

*“1. En la audiencia inicial se formularán las objeciones al dictamen y se solicitarán las aclaraciones y adiciones, que deberán tener relación directa con la cuestión materia del dictamen. La objeción podrá sustentarse con otro dictamen pericial de parte o solicitando la práctica de un nuevo dictamen, caso en el cual la designación del perito se hará en el auto que abra a prueba el proceso. También podrá sustentarse solicitando la declaración de testigos técnicos que, habiendo tenido participación en los hechos materia del proceso, tengan conocimientos profesionales o especializados en la materia.*

*“2. Durante la audiencia de pruebas se discutirán los dictámenes periciales, para lo cual se llamará a los peritos, con el fin de que expresen la razón y las conclusiones de su dictamen, así como la información que dio lugar al mismo y el origen de su conocimiento. Los peritos tendrán la facultad de consultar documentos, notas escritas y publicaciones y se pronunciarán sobre las peticiones de aclaración y adición, así como la objeción formulada en contra de su dictamen. Si es necesario, se dará lectura de los dictámenes periciales.*

*“Al finalizar su relato, se permitirá que las partes formulen preguntas a los peritos, relacionadas exclusivamente con su dictamen, quienes las responderán en ese mismo acto. El juez rechazará las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Luego el juez podrá interrogarlos.*

“(…)”.

Con todo, las anteriores previsiones no excluyeron la posibilidad de que las partes elevaran en la demanda o en su contestación la solicitud de practicar una prueba pericial para que fuera decretada por el juez, con base en la lista de auxiliares de la justicia, tal y como se surtía en el anterior Código de Procedimiento Civil, evento en el cual la contradicción se surtiría en la audiencia de pruebas.

Así se extrae de lo establecido en el numeral 3) del mismo artículo 220 del C.P.A.C.A. que acaba de referirse, que se transcribe a continuación:

*“3. Cuando la prueba pericial hubiese sido decretada por el Juez, se cumplirá el debate de que trata el numeral anterior en la audiencia de pruebas. En esa misma audiencia, las partes podrán solicitar adiciones o aclaraciones verbales al dictamen y formular objeción por error grave, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 222 de este Código”.*

En esa misma línea, la doctrina nacional ha coincidido en sostener que la consagración especial que realizó el CPACA del dictamen aportado por la parte no eliminó la posibilidad de que se solicitara su práctica en la demanda o en la contestación para que el juez lo decretara y designara los peritos encargados de rendirlo. Ese ha sido el entendimiento dispensado por los autores al numeral 3) del artículo 220 del C.P.A.C.A., al sostener:

*“Cuando la parte opte por la modalidad de perito judicial, la prueba se decretará en el auto de apertura a pruebas que se profiere al final de la audiencia inicial. En dicho auto se designará al perito, luego de lo cual deberá llevarse a cabo su posesión, y, en esta diligencia debe quedar establecido el cuestionario que el perito judicial debe absolver, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 236 del Código de Procedimiento Civil.*

*“Las normas a que se refieren la contradicción del perito judicial son las siguientes:*

*“El último inciso del artículo 220 que dispone textualmente…”[[23]](#footnote-23).*

Dos elementos adicionales han de tenerse en cuenta en este análisis:

- El primero alude al hecho de que el mismo numeral 3) del artículo 220 del C.P.A.C.A. al referirse al dictamen pericial decretado por el juez a solicitud de los extremos procesales, para que sea rendido en el curso del proceso, dispone que su contradicción debe efectuarse en la audiencia de pruebas, a la luz de las reglas previstas para el dictamen aportado por las partes, trámite descrito en el numeral 2) del citado precepto y el cual, en conjunto con lo dispuesto en el numeral 3) de ese artículo, se condensa en los siguientes pasos:

* Citación de los peritos a la audiencia de pruebas para discutir los dictámenes, para que expresen las razones y conclusiones de su experticia y la fuente y origen de su conocimiento.
* Se podrá solicitar verbalmente aclaración, adición u objeción por error grave.
* Los peritos podrá ser interrogados por el juez.

Ahora, para analizar la procedencia y alcance de la objeción por error grave debe acudirse a una interpretación armónica de lo prescrito en ese mismo artículo 220, numeral 1), en el que se señala que la objeción por error grave del dictamen podrá fundamentarse en: i) otro dictamen pericial; ii) declaración de testigos técnicos que habiendo tenido participación en los hechos materia del proceso, tuvieran conocimientos profesionales o especializados.

2.- El segundo aspecto guarda relación con la remisión expresa que realiza el C.P.A.C.A. en su artículo 219 a la aplicación del C.P.C en lo no regulado en aquel, en cuanto concierne al dictamen pericial, cuestión que, en principio, habría de habilitar al juez para dar aplicación a las normas que sobre el traslado, contradicción y práctica de pruebas de la objeción por error grave al dictamen ofrecía el anterior estatuto procesal civil.

No obstante, para los efectos que interesan a este debate, sucede que en atención a que la fecha de interposición de la presente demanda data del 10 de noviembre de 2015, es claro que para entonces ya habían cobrado vigor en su integridad las normas contenidas en el Código General del Proceso.

En este punto se recuerda que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante auto del 25 de junio de 2014, unificó su jurisprudencia, en relación con la vigencia de la Ley 1564 de 2012, contentiva del Código General del Proceso, para los asuntos que son del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y para la jurisdicción arbitral. En el auto referido la Sala Plena indicó que el Código General del Proceso entró a regir a partir del 1º de enero de 2014.

En ese orden, se tiene que el Código General del Proceso, vigente para la época en que se interpuso la demanda que dio origen a la litis, además de reducir y centrar su regulación al dictamen aportado por las partes, que no al judicial, esto es, al decretado por el juez y practicado en la etapa probatoria a petición de las partes, modificó la forma de su contradicción en los siguientes aspectos:

 i) Desapareció el trámite incidental de la objeción por error grave, lo cual no significa que se haya suprimido la posibilidad de plantear la objeción a través del interrogatorio o del contra-dictamen, sobre aquellas causas que anteriormente, en el Código de Procedimiento Civil, daban lugar a la mencionada objeción o sobre otros aspectos orientados a que el dictamen sea desestimado.

ii) Eliminó el imperativo de realizar un trámite separado y previo para las aclaraciones y/o complementaciones, las cuales pueden solicitarse dentro del término del traslado del dictamen o en la audiencia, mediante el interrogatorio al perito.

iii) La parte contra la que se aduce el dictamen puede solicitar el interrogatorio del perito, aportar otro dictamen o realizar ambas actuaciones.

iv) La parte contra la que se aduce el dictamen tiene la posibilidad de realizar preguntas asertivas o insinuantes.

 v) Ambas partes tienen derecho a interrogar y contra-interrogar al perito. El contra-interrogatorio se hará en el orden que se fija para el testimonio, esto es, primero la parte que solicitó el respectivo interrogatorio y luego, aquella contra la que se aduce.

iv) Si el perito citado no asiste, el dictamen no tendrá valor, sin perjuicio de la posibilidad de obtener nueva fecha, por una vez, con fundamento en la excusa justificada.

vi) En relación con el asesoramiento de expertos, se excluyó en forma expresa el dictamen en asuntos de derecho. Igualmente se refirió a la posibilidad de aportar conceptos de abogados, los cuales serán tenidos en cuenta como alegaciones de las partes.

 vii) se reemplazó la posibilidad de allegar un concepto de expertos para controvertir el dictamen por la presentación de “otro dictamen”, es decir, que se debe presentar un contra-dictamen, el cual se rige por las mismas reglas, condiciones y requisitos que fija el Código General del Proceso para la prueba, con la excepción de que este último no puede ser objeto de un segundo contra-dictamen.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 228 del Código General del Proceso, el trámite que debe seguirse para la contradicción al dictamen aportado por una de las partes es el siguiente:

*“ARTÍCULO 228. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN****.****La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.*

*“Si se excusa al perito, antes de su intervención en la audiencia, por fuerza mayor o caso fortuito, el juez recaudará las demás pruebas y suspenderá la audiencia para continuarla en nueva fecha y hora que señalará antes de cerrarla, en la cual se interrogará al experto y se surtirán las etapas del proceso pendientes. El perito solo podrá excusarse una vez.*

*“Las justificaciones que por las mismas causas sean presentadas dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia, solo autorizan el decreto de la prueba en segunda instancia, si ya se hubiere proferido sentencia. Si el proceso fuera de única instancia, se fijará por una sola vez nueva fecha y hora para realizar el interrogatorio del perito.*

*“En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave.*

***“PARÁGRAFO.****En los procesos de filiación, interdicción por discapacidad mental absoluta e inhabilitación por discapacidad mental relativa, el dictamen podrá rendirse por escrito.*

*“En estos casos, se correrá traslado del dictamen por tres (3) días, término dentro del cual se podrá solicitar la aclaración, complementación o la práctica de uno nuevo, a costa del interesado, mediante solicitud debidamente motivada. Si se pide un nuevo dictamen deberán precisarse los errores que se estiman presentes en el primer dictamen”.*

La literalidad de la norma en cuestión ofrece varias herramientas orientadas a que la parte contra quien se aduce la experticia ejerza su contradicción, a saber:

* La contraparte podrá solicitar que el perito que rinde la experticia que se aduce en su contra asista a la audiencia de pruebas con el propósito de realizarle preguntas acerca del contenido de su experticia, las cuales se habrán de formular de manera asertiva e insinuante.
* Igualmente podrá aportar otro dictamen para desvirtuar el contenido del que se presenta en su contra.
* A elección de la contraparte, se podrán adelantar las dos actuaciones anteriores.

Como se desprende de la exégesis de la norma bajo análisis, la contradicción al dictamen puede realizarse de varias maneras, sin que ello implique surtir la etapa prescrita en el Código de Procedimiento Civil para la objeción por error grave, la cual, a voces de este nuevo compendio, no obstante existir la posibilidad de elevarse, no comporta un trámite especial.

En síntesis, al no comprender el CGP[[24]](#footnote-24) regulación relativa a la contradicción del dictamen solicitado por las partes –no aportado- y decretado por el juez, salvo para casos especiales que no se encuadran en este supuesto fáctico, la forma de su contradicción debe surtirse con apego a las reglas que sobre el particular establece el C.P.C.A.

Con todo, se precisa que, a pesar de las modificaciones a la regulación normativa referente a la prueba pericial, ciertamente la esencia de la objeción por error grave continúa descansando sobre los mismos fundamentos.

En ese sentido, resulta indispensable que la parte que la formula identifique de manera puntual y específica los yerros que dice contener el peritazgo, los cuales no pueden ser de cualquier índole, sino con la entidad suficiente para alterar las conclusiones al punto que, de no incurrir en él, se obtuviera un resultado distinto.

Sobre el particular, la doctrina ha señalado lo siguiente frente a la objeción por error grave del dictamen a la luz de la actual legislación:

*“…cualquiera de las partes o aun las dos, pueden manifestar su desacuerdo con el trabajo del experto y señalar los motivos por los cuales estiman que se equivocó en materia grave, pues desde ya se debe resaltar que lo que motiva la inconformidad necesariamente debe ser una falla de entidad en el trabajo de los expertos y no cualquier error tiene esa connotación*”[[25]](#footnote-25).

Descendido lo expuesto al caso bajo examen, se tiene que el dictamen sobre el cual recae la objeción que supuestamente no fue tenida en cuenta por la primera instancia correspondió a un dictamen solicitado por la parte actora y decretado por el juez dentro de la audiencia inicial, es decir, aquel previsto en el supuesto del numeral 3) del artículo 220 del C.P.A.C.A.

Se evidencia que en el acápite de pruebas de la demanda, la parte actora solicitó la práctica de dos dictámenes periciales, en los siguientes términos (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“1.- Que se practique por parte del despacho, o por parte de un perito experto en la materia, un dictamen pericial, emitido por un perito matemático experto, debidamente inscrito en el listado de auxiliares de la justicia, en el que concluya desde la técnica científica matemática, cual es la interpretación y aplicación correcta de la fórmula previstas en el numeral 6.2.7. del anexo técnico jornada 40 x 40 para el cálculo del FMP (capacidad de almacenamiento) de canastillas limpias para la jornada 40 X 40 y para que emita conclusión de cuál era la real FMP de la UNIÓN TEMPORAL NUTRIR CAPITAL 2015, de acuerdo a los datos y factores contenidos en la propuesta y sus subsanaciones y sobre la inconsistencia en la aplicación de las fórmulas por parte de los evaluadores de la SED.*

*“2.- Que se practique por parte de un perito experto en la materia, dictamen pericial, emitido por un perito contador experto, debidamente inscrito en el listado de auxiliares de la justicia, en el que concluya científicamente sobre la tasación de cuáles fueron los perjuicios económicos causados al proponente UNIÓN TEMPORAL NUTRIR CAPITAL 2015 por la no adjudicación del grupo No. 6 de la subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-110-2014 y emita conclusión acerca de cuál fue la pérdida económica por el no ingreso de la utilidad razonable prevista por el proponente en su estructura de costos (insumos, mano de obra, costos indirectos de fabricación) y estructura económica para la formulación de la oferta y previo el descuento mínimo del 1.5 previsto en el pliego de condiciones para grupos con único proponente habilitado, por causa de la no adjudicación del Grupo No. 6 de la subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-110-2014”.*

En la audiencia inicial, adelantada el 27 de mayo de 2016, el magistrado conductor del proceso en primera instancia decretó la práctica del dictamen para rendir concepto sobre los dos puntos invocados por la parte actora.

Para ese propósito se nombró al auxiliar de la justicia Manuel Da Silva, estadístico, especialista en matemática financiera, maestro en economía y profesor matemático[[26]](#footnote-26).

Mediante escrito del 16 de julio 2016, el matemático Manuel Da Silva Melo, en asocio con la contadora pública Sandra Rocío Prieto Mora, rindió el dictamen encomendado[[27]](#footnote-27), en el cual se dio respuesta a los interrogantes desde el punto de vista matemático y contable, formulados por la parte demandante a través de la solicitud probatoria.

Posteriormente, el 29 de julio de 2016 se adelantó la audiencia de pruebas, en la cual se concedió el uso de la palabra tanto al perito estadístico y matemático Manuel Da Silva como a la auxiliar contadora Sandra Rocío Prieto, a quien en el curso de la diligencia el magistrado procedió a tomarle el juramento de rigor.

Sobre la objeción elevada por la entidad demandada contra el dictamen en desarrollo de la audiencia de pruebas, la cual, según la apelante, no fue tenida en cuenta por el Tribunal de primera instancia, se observa que en desarrollo de esa etapa la parte demandada dejó constancia de lo siguiente (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“voy a exponer los argumentos que deben ser tenidos en cuenta al momento del fallo para desestimar la experticia rendida en este proceso. Primero la existencia de los perjuicios es un punto jurídico respecto del cual el artículo 226 del Código General del Proceso prohíbe dictaminar. Segundo en el dictamen pretende indicar circunstancias previstas en el numeral 9 del artículo 226 del Código General del Proceso invocando que si se tuvieron en cuenta las tablas del cálculo del FMP de la Secretaria de Educación, se encontró las diferencias nosotros en la Secretaría tuvimos en cuenta lo que se anexo en la anterior audiencia el documento que fue entregado por el señor Edwin Yovani Rodríguez García de Bienestar Estudiantil donde claramente con lo que se basó la firma ramos bitar para dar contestación a la demanda y como bien lo explicó el señor perito los valores que se encontraban en esos 23 folios que anexé son los que se debían tener en cuenta como en la contestación de la demanda y no los que aparecen en el documento que nos hizo allegar el señor perito. Los valores son totalmente diferentes a los que están en el documento que está en 23 folios del Bienestar Estudiantil y pues por último la perito contadora no aplicó el descuento del 1.5%. Entonces pues con eso dejo y doy por concluida mi intervención”.*

De esas observaciones se corrió traslado en el curso de la audiencia a la contadora (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“Respecto del tema que nos dice la parte que no apliqué el 1.5% el descuento, si si lo apliqué porque el valor total de la propuesta económica ya está menos el 1.5% entonces queda en 1.535’450.581. y en la propuesta económica número 2 $377’754.087. Ya está aplicado el descuento del 1.5%”.*

Culminado lo anterior, se surtió traslado al perito Manuel Da Silva de la objeción presentada por la parte demandada a las cifras que se consignaron en la contestación de la demanda (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“Como lo expliqué claramente se trata de mirar primero la lógica de la exigencia y después de mirar lo que obra en el expediente primero en la contestación que se dio que es el documento de nueve hojas donde están las observaciones y las respuestas a las observaciones. En ese documento evidentemente, pues o sea este es un documento entiendo oficial de la Secretaría, dice aquí taxativamente dice 5.680 y a lo largo del trabajo yo demostré que eso no es cierto que no van 5.680 y luego tenían otra serie de errores que los llevaron a concluir equivocadamente que el menú crítico era el menú número 3, en la hoja 9 dice exactamente menú critico 1.112, menú crítico para canastillas limpias. Sin embargo si se hubiese seguido esa metodología el menú critico no era el 1.112 sino era el 8, si se hubiese seguido esa metodología que la Secretaría dijo pues no da 880 porque la simple suma de 568 más 880 pues no daba mil trescientos y tanto lo que había que hacer era sumar los quinientos y tantos más las canastillas limpias de la materia prima del uno que es cuando dispara eso a unas cifras totalmente inadecuadas. Por otra parte, y lo acabo de pasar el anexo técnico, creo que el 18, en ese técnico en ningún lado del anexo empezando después de la lectura inicial habla de que el sección 6.7. no habla en ningún lado de que hay que aplicárselo a todos como si lo hace en los anteriores determinaciones en la 84, ochenta y tanto donde dice la fruta critica por ejemplo una vez aplicada a todas las frutas a su totalidad si seguimos en esa metodología yo llegué y puse materia prima, producto terminado, cual es el mayor valor, resolví eso, dije el mayor valor es 613, le sumo la cantidad de canastillas del menú siguiente que era el cinco y eso me da mil y tanto, luego en esa teoría no funciona la observación de la Secretaría porque seguramente la redactó el director de bienestar no lo dudo pero la lógica que se está aplicando en la Secretaria los llevaba, si se lo hubieran aplicado a todos, a sacar por la simple lectura a Capitaliños y no lo hicieron y entonces uno dice bueno entonces como es el cuento a Capitaliños si lo dejan y a lo otro no lo dejan entrar entonces…era tan enredado que nadie sabía al final de cuentas como hacerlo. Entonces por eso es que me atengo estrictamente a lo que obra allí y que dice aplique la formula y uno aplica la formula y como dicen… resuelva lo adentro coja y meta todas las canastillas para todos los menús, materia y luego producto terminado y luego escoja el más alto de todo eso, cuando escoja el más alto súmelo al que sigue. Eso fue lo que yo apliqué y si no operara así siempre se hace es del lado izquierdo hacia el lado derecho o si hay múltiples paréntesis del paréntesis más interno hacia el paréntesis más externo, siempre las operaciones van en ese orden. (…) yo lamento diferir de la Secretaría pero me sostengo está mal aplicado”.*

Luego de la intervención de los peritos, el magistrado sustanciador del proceso manifestó (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“… hechas las observaciones y habiendo dado respuesta los peritos a las observaciones formuladas por las partes pues en primer lugar quiero advertir a las partes que el Despacho tendrá en cuenta las observaciones y las aceptarás y las desechará después del estudio juicioso de cada uno de los peritajes y sobretodo de las pruebas del expediente porque es un análisis también jurídico el asunto. (…) esto se decidirá en la sentencia esto no será objeto de decisión sino en la sentencia y vamos a dar por terminada la presentación del dictamen elaborado por los dos peritos el matemático Manuel Da Silva y por la contadora Sandra Rocío Prieto”.*

Acto seguido, el magistrado ejerció el control de legalidad para cuyo efecto corrió traslado a las partes para que se pronunciaran, a lo cual manifestaron que no observaban que se hubiera incurrido en causal de nulidad procesal alguna o de alguna irregularidad, por lo que se dio por saneada y se precluyó la etapa probatoria.

Como se dejó visto, en la audiencia de pruebas llevada a cabo el 29 de julio de 2016 se solicitó la intervención de los peritos Manuel Da Silva Melo y Sandra Rocío Prieto Mora para ser interrogados por el magistrado ponente del proceso y para que precisaran los términos y alcance de la experticia.

En el desarrollo de la aludida audiencia se le concedió el uso de la palabra a la apoderada de la parte demandada para que ejerciera su derecho de contradicción de la prueba pericial. En esa oportunidad la parte accionada se pronunció frente a la experticia matemática y frente a la experticia contable.

En relación con la experticia matemática manifestó que la objetaba con sustento en el hecho de que existían diferencias entre los valores registrados en el concepto rendido por la Secretaría de Educación en escrito adjuntado en veintitrés folios con la contestación de la demanda, suscrito por la Dirección del Bienestar Estudiantil[[28]](#footnote-28) y las consignadas en el aludido peritazgo, por lo que infería que en la experticia no se habían tenido en cuenta aquellos valores.

Frente al peritazgo contable adujo que la demostración de los perjuicios versaba sobre un asunto de derecho que escapaba a la órbita de la experticia, a lo que sumó que en su cuantificación no se aplicó el descuento del 1.5%.

De los argumentos de discrepancia se corrió traslado a los peritos, quienes desde el ángulo de su conocimiento se pronunciaron puntualmente en relación con los puntos de inconformidad planteados frente al peritazgo.

Ante el panorama legal y doctrinal expuesto acerca de la contradicción de la prueba pericial, la Sala procede a analizar si la objeción formulada por la entidad demandada fue considerada por la primera instancia, análisis que se abordará respecto de cada concepto especializado de manera separada, como sigue

**a) Peritazgo rendido por el perito estadístico y matemático:**

Al descorrer el traslado de la objeción en medio de la audiencia de pruebas, el perito matemático expresó en esa oportunidad que: i) se tuvieron en cuenta las cifras expuestas en la contestación de la demanda y en el documento anexo, al punto que explicó las razones por las que dichos valores no correspondían a la aplicación de la fórmula prevista en el documento precontractual; ii) se advirtieron los errores en que incurrió la SED en la aplicación de la fórmula para hallar el puntaje de menú crítico para canastillas limpias; iii) se evidenciaron algunas inconsistencias en la aplicación de las fórmulas respecto de otros proponentes.

En consonancia con lo anterior, de la lectura de la experticia la Sala observa que el perito matemático, en efecto, basó su concepto en la realización de un ejercicio comparativo entre los valores arrojados para el cálculo del FMP en la evaluación final realizada por el Comité de la Secretaría de Educación en contraste con la aplicación integral de la fórmula plasmada en el documento precontractual (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“Siguiendo lo planteado en la respuesta fechada el 4 de febrero de 2015 y titulado “DOCUMENTO DE RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE LA Convocatoria SED-SA-SI-DBE-110-2014.SUMINSTRO DE REFRIGERIOS DIARIOS CON DESTINO A ESTUDIANTES MATRICULADOS EN COLEGIO OFICIALES DEL DISTRITO CAPITAL”, en concepto en el folio 6 de 9, Observación No. 32, Representante JORGE RICARDO CAMARGO CAMPEROS, entidad UT NUTRIR CAPITAL 2015.*

*“Se transcribe los apartes más relevantes del informe de la Secretaría de Educación Distrital con el ánimo de resaltar al honorable magistrado y a las partes los errores a la respuesta a las observaciones hechas por el demandante y por ende mostrar cómo fue la génesis del error en los cálculos del Fmp. Se transcribe las tres tablas y resultan las casillas donde se encuentran los errores; “(…)”[[29]](#footnote-29).*

Frente a lo anterior, el fallo censurado en su parte considerativa recogió tanto las manifestaciones extraídas de la contestación de la demanda y de sus anexos, así como las conclusiones del peritazgo rendido y luego de un ejercicio contrastado con los documentos precontractuales que obraban en el proceso estimó ajustadas las explicaciones de la prueba pericial, como se desprende de los siguientes apartados que para efectos de esta decisión interesan transcribirse (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“Para contextualizar el problema jurídico, la sala transcribirá la respuesta brindada por la Secretaría de Educación Distrital al proponente demandante, al contestar la observación No. 32 (folios 113 a 116 c2) en la cual se aplica y desarrollo la fórmula matemática es fundamental en esta parte tener en cuenta que siempre se desarrolló y aplicó la fórmula con cinco (5) productos en el menú 2, a saber ; arequipe; concentrado de fruta; hojaldrado de carné; néctar de frutas y queso doble crema los cuales al realizarse la operación de número de cajas a utilizar arrojaban un total de 522 para materia prima y no 430. El concentrado de fruta si bien se transcribió en el cuadro al contestar la demanda, está probado que no se sumó, razón por la cual dio 430 y al resolver el recurso de reposición ni siquiera se tuvo en cuenta para producto terminado, lo que generó que al realizar la operación matemática, el factor de capacidad de canastilla (FMP) fuese 1.015, así:*

*“(...).*

*“Puesto que ya se tiene claro el problema jurídico, la sala entra a explicar con la ayuda del dictamen pericial rendido por el profesor en matemáticas y estadística cuales fueron los errores en que incurrió la Secretaría de educación al aplicar la fórmula, posterior a ello como se debió desarrollar correctamente y porque la demandada unión temporal Nutrir Capital 2015 si cumplía el factor de capacidad de canastillas (fmp) (…).*

*“Con apoyo en la precitada explicación que se cita en el cd del anexo técnico del pliego de condiciones, más la explicación de la primera parta de la fórmula realizada por la Universidad Sergio Arboleda y el apoyo del auxiliar de la justicia, matemático de las universidades de los Andes y nacional, la Sala procederá a explicar cómo se procedió a desarrollar la fórmula que tanto la Secretaría de Educación Nacional, como el apoderado de la misma entidad al contestar la demanda erradamente desarrollaron y que conllevó a probar que a pesar de ser clara y exacta la fórmula fue la demandada la que extrañamente la aplicó contrario al pliego de condiciones y declaró desierto el concurso para el menú 6.*

*“(…).*

*“La Sala reitera que de conformidad con lo anterior se tiene que se retiró uno de los productos del menú 2, el concentrado de fruta, lo cual hace que el número de canastillas varíe en el cuadro inicial de materia prima, es decir, si no existe concentrado de frita en materia prima, tampoco puede existir en producto terminado, lo cual se evidencia a folios 165 y 165 del c2, que esta transcrito en la contestación de la demanda y es por ello que al sumar el total de canastillas del menú 2, arroja el siguiente resultado Arequipe 19 + concentrado de fruta 92+ hojaldrado de carne 200+ néctar de frutas =422, sin embargo al contestar la demanda le dio 430 igual cifra arrojó en la resolución 065 que resolvió la reposición porque la citada resolución para que diese ese resultado se quitó el concentrado de fruta se quitó y en la contestación de la demanda si bien se incluyó se sumó mal para que diera el resultado 430”.*

De lo expuesto hasta ahora se desprende que:

* La parte accionada objetó la experticia a través de la formulación de preguntas a los peritos, objeción que, en suma, en lo que concierne a la experticia matemática se basó exclusivamente en que el dictamen no tuvo en cuenta los valores consignados en los documentos anexos a la contestación de la demanda, con apoyo en los cuales se estructuraron los argumentos de defensa.
* Dicha objeción fue tramitada en la audiencia de pruebas mediante el traslado de los argumentos de oposición al perito. En esa etapa el auxiliar de la justicia manifestó que sí se consideraron los documentos aportados por la Secretaría de Educación y explicó la metodología del cotejo efectuado entre aquellos y los documentos precontractuales.

La finalidad de la experticia era, precisamente, revelar que los valores tenidos en cuenta por la entidad en el documento anexo a la contestación de la demanda y con apoyo en el cual estructuró su defensa no correspondían a los resultados arrojados a partir de la aplicación de la fórmula concebida en el pliego para el cálculo del FMP del área de canastillas limpias.

* Tras lo ocurrido, la parte actora no desvirtuó las explicaciones de la experticia y sus aclaraciones mediante el señalamiento de yerros e imprecisiones puntuales. Tampoco solicitó la práctica de pruebas encaminadas a desproveerla de vigor acreditativo.
* Llegada la etapa de fallo, el Tribunal de primera instancia se pronunció sobre los argumentos en que se apoyaba la objeción, en razón a que realizó un análisis directo y articulado entre los documentos precontractuales, los datos técnicos en que se cimentó la defensa al aludir al procedimiento para calcular el FMP y la información y conclusiones brindadas por el peritazgo.

Así pues, aunque es claro que a pesar de que la parte accionada formuló oportunamente la objeción contra la prueba pericial, al tiempo se advierte que, al versar únicamente sobre la supuesta ausencia de valoración de los documentos anexos en los que la parte accionada apoyó su contradicción, tal discrepancia fue recogida y resuelta en las consideraciones del fallo de la primera instancia.

Se agrega a lo anterior, que a través de la aludida objeción simplemente se solicitó que se tuvieran en cuenta los escritos en que se fundamentó su defensa sin advertir de manera puntual y específica en que consistían las razones en las que fundaba el error endilgado al dictamen y tampoco solicitar la práctica de pruebas tendientes a controvertirlo.

No puede perderse de vista que, si bien a la luz de la nueva normativa, en materia de dictámenes solicitados no se contempló un trámite especial para darle curso a la objeción por error grave al dictamen, ello no releva a la parte que se vale de su formulación de expresar las razones en que sustenta la ocurrencia del yerro, las cuales, se reitera, deben ser de tal entidad que, de no haberse cometido, condujeran a un resultado contrario o de pedir pruebas tendientes a demostrar las razones de su dicho.

Surge con nitidez que la mencionada carga no se agotó en el sublite, en tanto que, pese a elevarse la objeción oportunamente, los argumentos en que se soportó no fueron de la entidad suficiente para llevar a que el Tribunal se apartara de las conclusiones de la experticia, convencimiento que no solo se llevó a cabo por el apoyo técnico que el peritazgo le ofreció sino por el ejercicio directo de revisión y análisis del acervo probatorio comprensivo, entre otros, de los documentos precontractuales, realizado por el *a quo.*

Lo que se observa es que verdaderamente la objeción a la experticia matemática no contuvo una argumentación encauzada a evidenciar un yerro que, de no haberse incurrido en él, arrojara un resultado diferente y tampoco se apoyó en otros medios de prueba que llevaran a desestimarlo.

Lo anotado hasta ahora no varía por la expresión contemplada en el fallo y que, según la parte apelante supone una contradicción en la que se expresa que el perito aplicó la fórmula siguiendo lo prescrito por la universidad Sergio Arboleda, lo cual, según afirmó el censor, resultaba opuesto a lo dictaminado, dado que, si se deja de mirar esa expresión de forma aislada y se aprecia de manera sistemática dentro del contexto en el cual se registra, es claro que la *ratio decidendi* se cimentó en el estudio conjunto de las pruebas, en armonía con lo conceptuado por la experticia matemática y emerge con claridad que la decisión de fondo se apartó de la calificación sugerida por la universidad Sergio Arboleda, entidad contratada por la SED para hacer la verificación de los requisitos habilitantes.

Ahora, frente al error inexcusable que se endilga en el recurso de apelación al dictamen y al fallo por haber afirmado un hecho falso consistente en que la SED no ha debido seleccionar a la unión temporal Capitaliños como adjudicataria de la selección abreviada, la Sala estima que:

En efecto, el Tribunal de primera instancia hizo referencia expresa a la escogencia de Capitaliños como proponente de la selección abreviada. Con todo, acontece que la conclusión que en ese sentido se extrajo de la explicación al dictamen realizada por el perito en la audiencia de pruebas en la que se dijo*: “si se lo hubieran aplicado a todos, a sacar por la simple lectura a Capitaliños y no lo hicieron y entonces uno dice bueno entonces como es el cuento a Capitaliños si lo dejan y a lo otro no lo dejan entrar entonces*…”, no vicia el contenido del peritazgo ni de la decisión que se apela.

Sobre el particular, se observa que la mención de la unión temporal Capitaliños por el perito durante el curso de la audiencia surgió de la referencia ilustrativa efectuada a la propuesta de esa agrupación en la Resolución No. 00065 del 30 de marzo de 2015[[30]](#footnote-30), igualmente censurada en esta instancia, por la cual se resolvió el recurso de reposición impetrado en contra de la Resolución 00028 en la que la SED declaró desierto el grupo 6 de selección abreviada por subasta inversa No. SED-SA-SI-DBE-110-2014.

Ciertamente, en aquella decisión se tomó como ejemplo la calificación otorgada al proponente del grupo 3, unión temporal Capitaliños, en el mismo factor “refrigerios ofertados (J40x40)”, y el procedimiento aplicado para el cálculo de las canastillas limpias J40 X 40 por la Secretaría, con el propósito de demostrar que no se había desconocido el derecho a la igualdad, por cuanto el método empleado en uno y otro caso era distinto, por lo que la comparación insinuada por el recurrente unión temporal Nutrir Capital 2015 no era procedente.

Al analizar tales consideraciones, así como el cuadro de su calificación, el Tribunal consideró que el método comparativo aplicado para evaluar a la unión temporal Capitaliños era errado, al igual que aquel empleado para evaluar a la demandante, razón por la cual estimó, distinto a lo aseverado por la entidad accionada, que el mencionado proponente que, se reitera, era de un grupo distinto, tampoco cumplía con el factor de FMP y por tanto no ha debido resultar favorecido con la escogencia dentro del procedimiento de selección abreviada por subasta inversa SED-S-A-SI-DBE-110-2014.

Aunado a lo expuesto, la Sala pone de presente que no resultó alejado a la realidad aseverar que la unión temporal Capitalinos resultó favorecida con la adjudicación de la selección abreviada por subasta inversa SED-S-A-SI-DBE-110-2014.l, toda vez que, aunque no lo fue respecto del grupo 6, sí fue el adjudicatario del grupo 3 del mismo procedimiento de selección gobernado, salvo pequeñas diferencias, por el mismo pliego de condiciones y las mismas reglas de escogencia que informaron el que ocupa la atención de la Sala, tal cual consta en el contenido de la Resolución No. 0027 del 3 de febrero de 2015 que reposa en el plenario[[31]](#footnote-31).

Como consecuencia, a pesar de haber señalado que la unión temporal Capitaliños no debía resultar favorecida con la adjudicación del grupo 3 cuya adjudicación no fue materia de debate en esta instancia, lo cierto es que ello no tuvo efectos vinculantes en el sentido de la decisión de primera instancia, puesto que la declaratoria de nulidad recayó sobre la Resolución 028 que no hizo algo distinto a declarar desierto el grupo 6 del proceso de selección abreviada de subasta inversa No. SED-SA-SI-DBE-110-2010, -esto es, a la que se había presentado la demandante y no la unión temporal Capitaliños, pues esta participó dentro del grupo 3 y fue allí donde se determinó su cumplimiento de los factores técnicos[[32]](#footnote-32), resultando así habilitado- y la nulidad de la Resolución No. 00065 del 30 de marzo de 20015, que la confirmó.

Corolario de lo expuesto, la Sala estima que no son de recibo los argumentos de apelación en relación con la falta de valoración de la objeción por error grave formulada al dictamen, dado que, como se anotó, pese a ser advertida por la primera instancia, los argumentos en que se basó no fueron acogidos, en tanto no lograron desvirtuar la experticia sobre la cual recaía la objeción planteada.

**b) el dictamen rendido por la perito contadora**

Se recuerda que la objeción elevada frente a este aspecto consistió en que la cuantificación de los perjuicios constituía un aspecto de derecho que no podía ser objeto de peritazgo y en que la contadora no había realizado una deducción del 1.5% frente al monto a reconocer.

Al respecto, se evidencia que, aun cuando la tasación de perjuicios puede eventualmente constituir un aspecto técnico, que no de derecho, en función de la complejidad de su estimación y el objeto sobre el cual recae su cálculo, no puede perderse de vista que la jurisprudencia de esta Corporación de manera uniforme y reiterada ha sostenido que, cuando la Administración se abstiene de adjudicar un contrato como producto de un procedimiento de selección y lo declara desierto o este se adjudica a un proponente que no formuló la oferta más favorable, estas circunstancias generan un perjuicio al oferente que debió resultar favorecido con la escogencia, daño que, por regla general, se concreta en la pérdida de oportunidad de recibir la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato.

Así, la estimación de perjuicios derivados de los supuestos referidos compete realizarla al juez en atención a la línea jurisprudencial expuesta y con apego a los valores de la propuesta afectada con la decisión de no adjudicarle el procedimiento de selección, cuando ha debido procederse en esa dirección.

Revisada la experticia, la Sala considera que el cálculo realizado por la perito para tasar el monto de los perjuicios reclamados por el demandante se sujetó al lineamiento trazado por esta Corporación, en cuanto su base de liquidación fue un porcentaje de utilidad extraído de algunos cálculos contables.

No obstante, en atención a que uno de los argumentos de la objeción consistió en que la perito no había realizado la deducción del 1.5 % al valor de la propuesta, lo cierto es que, pese a haberse corroborado que sí se efectuó el mencionado descuento, es verdad que el mismo adolece de una inconsistencia.

Se advierte que el descuento del 1.5% para, a partir de allí, calcular la utilidad proyectada no consultó en estricto rigor el pliego de condiciones, en razón a que la deducción ha debido aplicarse al valor inicial de la oferta y no al valor del presupuesto oficial para el grupo No. 6, como lo hizo la experticia, cuestión que impone realizar las siguientes explicaciones:

En el pliego de condiciones que rigió la convocatoria SED-SA-SI-110-2014 se estableció que:

*“****2.20 ADJUDICACIÓN CUANDO RESULTARE HABILITADO UN SOLO OFERENTE***

*“Cuando haya un único oferente habilitado para un grupo o grupos la entidad adjudicará el contrato a este oferente, siempre que su oferta:*

*“1. Se ajuste al presupuesto oficial señalado en el presente pliego de condiciones para el grupo al que se presente.*

*“2. La Secretaria adjudicará por el valor del presupuesto oficial del grupo, y realizará un descuento del 1,5% del valor de la oferta, descuento que se entiende aceptado por el proponente con la presentación de la oferta, obteniendo un mejor precio y un ahorro significativo en los recursos públicos y optimizando los mismos en la consecución de los fines del Estado, para la adjudicación del grupo cuando se esté en presencia de un solo proponente habilitado o sea el oferente único.*

*“En aplicación de los principios de eficacia, eficiencia, economía, transparencia y en cumplimiento del deber de selección objetiva, y para efectos de formalizar el descuento mínimo, el oferente deberá presentar, en el término señalado por la SED mediante aviso publicado en el SECOP y contratación a la Vista, su oferta económica ajustada con el 1,5% del valor inicial de su oferta”.*

***2.22 ADJUDICACIÓN***

*La Secretaría de Educación D. C. adjudicará el proceso por el valor total del presupuesto oficial de cada grupo, al proponente que haya ofertado el menor valor total de cada grupo, lo que significará mayores cantidades de refrigerios a ser suministrados de conformidad con los requerimientos de la Dirección de Bienestar Estudiantil de la SED.*

*“(…).*

*“Una vez concluida la subasta, el proponente adjudicatario deberá allegar su propuesta económica ajustada, de acuerdo con el porcentaje de descuento obtenido en el evento de subasta indicando el valor final de su propuesta de manera detallada. El descuento deberá ser aplicado a los tres (3) tipos de menú y de forma equitativa a cada alimento o ítem del* ***ANEXO No. 13****.-* ***OFERTA INICIAL DE PRECIO****”.*

|  |  |
| --- | --- |
| **Tabla No 2. PRESUPUESTO TOTAL POR GRUPO**  | **VALOR** |
| 1 | $1,358,483,832 |
| 2 | $1,256,908,024 |
| 3 | $2,261,047,710 |
| 4 | $1,648,165,314 |
| 5 | $1,776,156,552 |
| ***6*** | ***$1,942,339,764*** |
| 7 | $2,214,177,694 |
| 8 | $1,861,992,286 |
| **TOTAL** | **$14,319,271,176** |

Así pues, de conformidad con el anexo No. 13, se observa que el valor inicialmente ofrecido fue de $1.941’002.724, discriminado en los siguientes valores: $1.557’763.445 correspondiente a la propuesta económica (1) y $383’239.279 concerniente a la propuesta económica (2). La anterior discriminación no era excluyente o alternativa sino acumulativa o conjunta, en tanto ambas conformaron el valor total de la propuesta económica[[33]](#footnote-33).

En consideración a que, de haberse aplicado correctamente la calificación para el factor técnico en relación con el cálculo del FMl, el proponente unión temporal Nutrir Capital 2015 habría resultado habilitado en el grupo No. 6, por haberse sujetado al presupuesto oficial y haber sido el único oferente habilitado respecto de ese grupo, se deduce igualmente que cumplía las condiciones para resultar favorecido con la adjudicación, la cual se haría por el valor total del presupuesto oficial previsto para ese grupo, esto es, $1.942’339.764.

No obstante lo antes expuesto, el descuento del 1.5% se aplicaría frente al valor inicialmente ofrecido en la propuesta, al cabo de lo cual se calcularía la respectiva utilidad proyectada, según se evidenció del contenido del anexo No. 13[[34]](#footnote-34).

Así las cosas, en atención a que el valor total de la propuesta inicialmente ofrecida para el grupo No. 6 presentada por la unión temporal Nutrir Capital 2015 en el anexo No. 13[[35]](#footnote-35) ascendía a $1.941’002.724, una vez realizada la deducción del 1.5%, sobre el producto de esa operación se calcularía el porcentaje de utilidad.

La suma resultante de realizar la deducción del 1.5% ($29’115.041) de descuento al valor inicialmente ofrecido es de $1’911.887.683[[36]](#footnote-36).

Ahora, en orden a calcular el valor de la utilidad, la Sala se apartará del peritazgo contable, en cuanto carece de claridad respecto de su cálculo.

Así las cosas, en atención que no existen elementos para establecer con certeza el porcentaje que sobre ese valor habría de corresponder a la utilidad esperada, la Sala, con apoyo en pronunciamientos jurisprudenciales precedentes en los que esta Subsección[[37]](#footnote-37) ha afrontado la misma situación, acudirá a las reglas de la experiencia y a la sana crítica, para efectos de calcular la indemnización que se debe, siguiendo los mismos lineamientos trazados por esta Corporación en oportunidades anteriores.

En ese orden, la Sala considera que sobre el valor de la propuesta se debe calcular el cinco por ciento (5%) por concepto de la utilidad esperada, por ser el porcentaje que normalmente se espera obtener por la ejecución de los negocios jurídicos celebrados con el Estado.

Así pues, se tiene que el 5% del valor de la propuesta, previa deducción del 1.5% ($1’911.887.683), corresponde a la suma de $95’594.384, cálculo que no trasgrede el principio de la *no reformatio in pejus*, en la medida en que resultó menor a la suma reconocida por este concepto en la primera instancia, cuyo monto fue de $115’876.372.

Este valor será actualizado a la época en que se profiere este fallo, para cuyo efecto se debe tomar como índice inicial el correspondiente al tiempo en que habría de finalizar la ejecución del contrato no adjudicado – 10 de agosto de 2015[[38]](#footnote-38).

Ello se explica en que la decisión que confirmó por vía de reposición la declaratoria de desierto del grupo No. 6 dentro de la selección abreviada por subasta inversa electrónica fue expedida el 30 de marzo de 2015 y cobró firmeza el 14 de abril 2015. De haber sido adjudicado en vez de declarado desierto, el contrato ha debido suscribirse a los cinco días, según se previó en el pliego de condiciones, los cuales vencían el 21 de abril del mismo año.

Se observa en el contenido de la minuta que su plazo se habría de fijar en 11 días calendario que habrían de cumplirse el 10 de agosto de 2015.

Vh x Índice final

**Vp= ----------------------**

Índice inicial

**Vp:** Corresponde al valor presente

**Vh:** Es el valor histórico o inicial ($95’594.384)

**Índice Final:** Es el IPC vigente a la fecha de este fallo = (100, 60 enero 2019)

**Índice inicial:** Es el IPC vigente a la fecha en que habría de terminar el contrato que no se adjudicó (85,78 agosto de 2015)

 $95’594.384 x 100,60

Vp= ------------------------------------------------------

 85,78

Vp= **$ 112’109.991**

Así las cosas, la Sala modificará la sentencia en relación con los perjuicios reconocidos por concepto de la utilidad dejada de percibir por la unión temporal Nutrir Capital como consecuencia de la no adjudicación del grupo 6 del procedimiento de selección abreviaba de Subasta Inversa SED-SA-SI-DBE-110-2014.

**4.4.- El reconocimiento de perjuicios morales en favor del señor Jorge Ricardo Camargo Campero, en calidad de miembro de la unión temporal Nutrir Capital 2015**

La parte apelante reprochó el reconocimiento de perjuicios morales en favor del señor Jorge Ricardo Camargo Campero, en calidad de miembro de la unión temporal Nutrir Capital 2015, por cuanto, en su sentir, el apoyo jurisprudencial expuesto por el tribunal para proceder en ese sentido correspondía a un caso de declaratoria de caducidad del contrato, condición que en el caso no se configuraba en razón a que se trató de la decisión de no adjudicar un contrato.

Para resolver el cargo de apelación, la Sala advierte que, en efecto, la jurisprudencia de esta Corporación en diversos pronunciamientos ha considerado que, en materia contractual, eventualmente cabría emitirse condena por concepto de perjuicios morales, cuya prosperidad en todo caso está condicionada, al igual que la indemnización por cualquier otro tipo de perjuicio, a la prueba de su existencia*[[39]](#footnote-39).*

En este sentido, cabe puntualizar, además, que, con el propósito de obtener la condena por el daño moral que supuestamente padeció el proponente por la imposibilidad de contratar con el Estado, por una decisión que, tras ser revisada por el juez adolece de nulidad, se debe probar la materialización de esa afección, es decir, el dolor, la aflicción y en general, los sentimientos de desesperación, desasosiego, congoja, temor o zozobra que sufrió real y efectivamente por un hecho imputable a la actividad del Estado, con base en situaciones debidamente demostradas por cualquier medio de prueba idóneo.

El grado de dicho impacto en la esfera interna del individuo depende, además de su capacidad de resiliencia, de otros factores, tales como las condiciones del entorno familiar, social, económico cultural, todo lo cual debe ser probado y valorado para fundar la condena por el daño moral.

Para demostrar el sufrimiento moral del demandante Jorge Ricardo Camargo Camperos se recaudaron los siguientes testimonios:

Declaración rendida por la testigo Marisol Vela, quien conocía al señor Camargo Camperos, toda vez que, al igual que aquel participó en el procedimiento de selección de contratistas. En relación con el estado de ánimo del demandante Jorge Ricardo Camargo Camperos con posteridad a la declaratoria de desierta, afirmó[[40]](#footnote-40) (se transcribe literal, incluso posibles errores):

*“… para nosotros fue una sorpresa, me causó mucha sorpresa porque nosotros lo conocemos a el y cuando terminó la adjudicación pues como en el medio todos nos conocemos, toda la gente hacía comentarios en el corredor, se reían y se burlaban para el señor moralmente fue muy duro y comercialmente todos decían que el señor Camargo con la experiencia que tenía y no sabía hacer licitaciones[[41]](#footnote-41)”.*

En el testimonio del señor Leonardo Jiménez, colega en el servicio de suministro en la industria de la panadería y amigo del accionante, se indicó[[42]](#footnote-42) (se transcribe literal, incluso posibles errores):

*“… la universidad Sergio Arboleda tomó mal un dato y lo descalificaron por la capacidad de almacenamiento, el grupo 6, a pesar de estar solo. Preguntado Que le consta que sucedió después con esto. Contestó Yo hablé con el porque era proveedor, lo vi muy mal golpeado, con rabia, ofuscado, lo vi descompuesto con rabia, mal genio, avergonzado acongojado que lo saquen así de un proceso porque sentía humillación”.*

Como se aprecia, las declaraciones en mención dan cuenta del malgenio, ofuscación, rabia, vergüenza y humillación experimentada tras la declaratoria de desierta de la selección.

Sin embargo, aunque se habló de manera genérica y abstracta sobre aquellos conceptos, no se indicaron con precisión datos concretos que permitieran extraer el daño moral supuestamente padecido por cuenta de esa circunstancia, a lo que se suma que la simple y llana variación del estado de ánimo, tras resultar frustrado en un concurso o convocatoria, no resulta suficiente para que se configure este tipo de perjuicio.

Es de importancia señalar que, aun cuando puede ser cierto que esta situación genera ofuscamiento, rabia, mal genio o vergüenza, ello no conduce a considerarlo como un daño moral con la virtualidad de ser indemnizado, habida consideración de que el contexto circunstancial que presenta un procedimiento de selección supone que siempre exista la posibilidad de que no se concrete la expectativa de resultar favorecido con la adjudicación.

Lo anterior, además de no constituir una sanción censurable que impida al contratista continuar aspirando a celebrar contratos con el Estado, como puede suceder, por ejemplo, en los casos de declaratoria de caducidad, obedece a la naturaleza aleatoria que siempre llevara ínsita la posibilidad de ganar o perder la sana expectativa de ser escogido como colaborador de la Administración.

Atendiendo a lo expuesto, la Sala encuentra que en el caso concreto no se probó una afectación moral que excediera el grado de frustración normal que puede experimentarse por la circunstancia de no resultar favorecido con la celebración del contrato, pues lo narrado por los testigos no desborda el ámbito del sentimiento natural de frustración por no ser seleccionado.

Así las cosas, la Sala, ante la ausencia de elementos probatorios que demuestran de manera contundente la causación del perjuicio moral pretendido, la Sala revocará la condena que por ese concepto profirió el Tribunal y negará su reconocimiento.

Conclusión

Todo cuanto acontece resulta suficiente para revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, en razón a que:

i) Se mantendrá la declaratoria de nulidad de la Resolución 00028 de 3 de febrero de 2015, por la cual el Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital declaró desierta la selección abreviada por subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-110-2014, respecto del grupo 6, y la nulidad de la Resolución 000065 del 30 de marzo de 2015, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto en contra de aquélla y decidió confirmarla.

ii) se reducirá la condena emitida en primera instancia por concepto de lucro cesante, para en su lugar reconocer en favor de la unión temporal NUTRIR CAPITAL 2015, de acuerdo al porcentaje de su participación en esa agrupación, a cada uno de sus miembros, la suma de **$112’109.991, por concepto de la utilidad dejada de recibir con ocasión de la no adjudicación del contrato derivado del procedimiento de** selección abreviada por subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-110-2014.

 iii) se negará el reconocimiento de perjuicios morales en favor del señor Jorge Ricardo Camargo Camperos, miembro de la unión temporal Nutrir Capital de 2015.

iv) se negarán las demás pretensiones de la demanda.

En estas circunstancias, se impone despachar desfavorablemente algunos de los argumentos del recurso de apelación interpuesto por el demandante y confirmar la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2015, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A.

**5.- Costas**

El artículo 188 del C.P.A.C.A. consagra que “*la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.*

De esta manera, con independencia de la buena fe con que las partes hubieran obrado en el presente recurso, por regla general, debe ser condenado en costas el extremo vencido o al que se le resuelve desfavorablemente el recurso, con apego a los dictados del artículo 365 del Código General del Proceso.

Como consecuencia, en la medida en que el recurso de apelación prosperó parcialmente en favor del extremo recurrente, pero aún se mantiene alguna de las pretensiones de declaración y condena en su contra previstas en la sentencia de primera instancia, la Sala se abstendrá de condenar en costas por la segunda instancia[[43]](#footnote-43).

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,

**F A L L A**

**PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE los ordinales SEGUNDO Y TERCERO** de la parte resolutiva de lasentencia proferida el 28 de septiembre de 2016, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia y, como consecuencia la parte resolutiva quedará así:

1.- Declarar la nulidad de la Resolución 00028 de 3 de febrero de 2015, por la cual el Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital declaró desierta la selección abreviada por subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-110-2014, respecto del grupo 6, y la nulidad de la Resolución 000065 del 30 de marzo de 2015, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto en contra de aquélla y decidió confirmarla.

2.- Condenar al Distrito Capital – Secretaría de Educación Distrital a pagar a la unión temporal Nutrir Capital 2015, de acuerdo al porcentaje de su participación en esa agrupación a cada uno de sus miembros la suma de CIENTO DOCE MILLONES CIENTO NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO PESOS **$112’109.991, por concepto de la utilidad dejada de recibir con ocasión de la no adjudicación del contrato derivado del procedimiento de** selección abreviada por subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-110-2014.

3. Negar las demás pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO.-** Sin condena en costas por la segunda instancia.

**TERCERO.-** Por Secretaría, expídanse las copias correspondientes de la presente providencia.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Fls. 35-366 C1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fl. 1479 C3. [↑](#footnote-ref-2)
3. ***“****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 o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.* [↑](#footnote-ref-3)
4. Creado mediante Decreto ley 118 de 1957, establecimiento público de orden nacional, adscrito al Ministerio del Trabajo. [↑](#footnote-ref-4)
5. “*ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:*

*1o. Se denominan entidades estatales:*

*a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.* [↑](#footnote-ref-5)
6. $358’336.236 folio 11 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. $644.350. con fundamento en el salario mínimo legal vigente de 2015 ($644.350 X 300 = $176’850.000). [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 181 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-8)
9. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entró e regir el 2 de julio de 2012. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 183 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 184 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-11)
12. A este respecto debe tomarse en consideración que, según los mandatos del artículo 3 del Decreto 1716 de 2009, el término de caducidad de la acción se suspendería desde el recibo de la solicitud de conciliación extrajudicial en la Procuraduría, sin que dicha suspensión pudiera exceder de tres (3) meses, atendiendo a las siguientes reglas:

*“Artículo 3°.**Suspensión del término de caducidad de la acción. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:*

*“a) Que se logre el acuerdo conciliatorio, o*

*“b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001, o*

*“c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.*

*“En caso de que el acuerdo conciliatorio sea improbado por el juez o magistrado, el término de caducidad suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.*

*“La improbación del acuerdo conciliatorio no hace tránsito a cosa juzgada.*

*“Parágrafo único. Las partes por mutuo acuerdo podrán prorrogar el término de tres (3) meses consagrado para el trámite conciliatorio extrajudicial, pero en dicho lapso no operará la suspensión del término de caducidad o prescripción*”. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 25 de septiembre de 2013, Exp.19933, Demandante: Consorcio Glonmarex, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En lo que importa para el presente caso se destacan las siguientes consideraciones de la jurisprudencia unificada:

*“A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales─, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatio ad processum-, por intermedio de su representante.*

*“(…)”.* [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 1 a 8 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-14)
15. CD antecedentes administrativos adjunto a la contestación de la demanda. [↑](#footnote-ref-15)
16. CD antecedentes administrativos adjunto a la contestación de la demanda. [↑](#footnote-ref-16)
17. CD antecedentes administrativos adjunto a la contestación de la demanda. [↑](#footnote-ref-17)
18. CD antecedentes administrativos adjunto a la contestación de la demanda. [↑](#footnote-ref-18)
19. CD de antecedentes administrativos adjunto a la contestación de la demanda. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 117-122 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 139-.179 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folios 14 y 15 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-22)
23. BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. Del Dictamen Judicial al Dictamen de Parte – Su regulación el C.P.A.C.A y en CGP. Legis, segunda edición 2016. Páginas 198 a 199. [↑](#footnote-ref-23)
24. BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. Del Dictamen Judicial al Dictamen de Parte – Su regulación el C.P.A.C.A y en CGP. Legis, segunda edición 2016. Páginas 204. Los eventos en los que procede el dictamen solicitado por la partes y decretado por el juez de acuerdo con la doctrina son los siguientes: a) cuando la autoridad estime que pude establecerse con dictamen el hecho que el interesado pretende demostrar mediante inspección (236-4 CGP); b) cuando el operador jurídico estime necesario ordenar de oficio la práctica de la peritación (artículos 229-2 y 230 CGP); c) cuando sea solicita mediante amparo de pobreza (artículo 229-2 CGP); d) cuando por disposición expresa de la ley se debe practicar el dictamen pericial en el curso del proceso. [↑](#footnote-ref-24)
25. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Código General del Proceso – Pruebas. Dupre Editores Ltda. Bogotá 2017. Página 363. [↑](#footnote-ref-25)
26. Esas calidades se desprenden de la licencia de auxiliar de la justicia y de su hoja de vida que reposa en el expediente. Cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folios 167 a 168 del cuaderno 1 y cuaderno cuatro. [↑](#footnote-ref-27)
28. Se observa que dicho anexo contiene el memorando No. 1-2016-4507 suscrito por la Dirección de Bienestar Estudiantil en relación con las fórmulas utilizadas en el proceso de selección SED-SA-SI-DBE-110 y se a su turno se remite a lo conceptuado por el Comité Evaluador en oportunidad anterior, en la cual señaló que la unión temporal no cumplió lo atinente a la capacidad de almacenamiento de canastillas limpias, teniendo en cuenta que el cálculo de FMP arrojó una cifra superior a la señalada en el anexo técnico. Folios 119 a 142 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-28)
29. En lo sucesivo se elaboraron las gráficas comparativos entre los valores obtenidos por la entidad accionada y los resultantes de la elaboración de la experticia. [↑](#footnote-ref-29)
30. Los valores relacionados en el fallo (folio 40) frente a los componentes ofrecidos por la unión temporal Capitaliños son los mismos que fueron graficados por la entidad demandada en el contenido de la Resolución No. 00065 del 30 de marzo de 2015. Folio139 a 167 cuaderno 2 [↑](#footnote-ref-30)
31. Folios 84 a 89 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folios 142 a 143 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folio 1 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folios 39 a 79 83 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folios 1 de cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-35)
36. Propuesta ajustada con el descuento del 1.5% visible a folio 83 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-36)
37. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, proferida el 12 de noviembre de 2014, dentro del expediente No. 29.855, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera:

 *“Las reglas de la experiencia indican que 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.*

*“Por lo anterior, la Sala considera que debe acudir al principio consagrado en el artículo 8 de la Ley 153 de 188733 (plenitud hermética del orden jurídico) y a los criterios de equidad y de justicia que prevé el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, para calcular el monto de la condena y, por consiguiente, reconocerá el cinco por ciento (5%) del valor total de la propuesta a título de indemnización, pues, como se dijo, es el porcentaje que, generalmente, se proyecta recibir como utilidad en los contratos estatales”.*  [↑](#footnote-ref-37)
38. Numeral 2 del anexo 2 del pliego de condiciones visible a folio 39 del C4. [↑](#footnote-ref-38)
39. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de agosto de 2017, rad: 52.920. [↑](#footnote-ref-39)
40. [↑](#footnote-ref-40)
41. Minuto 18:42 del CD de audiencia de pruebas. [↑](#footnote-ref-41)
42. Minuto 40:53 del CD de audiencia de pruebas. [↑](#footnote-ref-42)
43. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 365 del C.G.P. “*5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión*”. [↑](#footnote-ref-43)