

ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO – Proceso de selección – Mejor oferente – Responsabilidad patrimonial

Cuando en el proceso de selección de un contratista la Administración adjudica el contrato a un proponente diferente al que objetivamente presentó la mejor oferta, se compromete su responsabilidad patrimonial porque con esa decisión le está causando un perjuicio al mejor oferente toda vez que lo priva ilegalmente de percibir la utilidad que había previsto obtener con la ejecución del contrato. En efecto, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 que fuera derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 pero vigente por la época de los hechos aquí debatidos, señalaba que una selección era objetiva cuando se escogía al ofrecimiento más favorable, postulado este que reprodujo el artículo 5º de la nueva regulación, destacándose además que la ley primeramente nombrada también disponía y dispone que «las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir». Ahora, decantado está por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que lo que se debe indemnizar es el perjuicio causado y que como en estos casos éste consiste en la privación injustificada de la utilidad esperada con la ejecución del contrato, la reparación debe consistir en el pago del valor del beneficio dejado de obtener.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C, veintidós (22) de mayo de dos mil trece (2013).

Radicación número: 76001-23-31-000-1998-00159-01(24560)

Actor: HARRISON BOHORQUEZ BONILLA

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - SECCIONAL VALLE DEL CAUCA

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 1º de noviembre de 2002 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante la cual se declaró la nulidad del Acto de Iniciación de Gestión No. DSBS-TA-036-97 y se denegaron las demás súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 19 de febrero de 1998¹, **HARRISON BOHÓRQUEZ BONILLA** presentó demanda solicitando la declaratoria de nulidad del Acto de Iniciación de Gestión No. DSBS-TA-036-97 por medio de la cual el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -SECCIONAL VALLE DEL CAUCA-** adjudicó el contrato de obra pública al ingeniero Honorio Vargas Ortiz.

Solicitó, como consecuencia de la anterior declaración, que se condenara al accionado al reconocimiento y pago de la suma de \$17.177.066 correspondiente a la utilidad que dejó de percibir al no habersele adjudicado el contrato así como de la suma \$17.177.066 a título de lucro cesante, debidamente indexadas y junto con los intereses moratorios.

Estimó la cuantía en la suma de \$35'384.756.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

El Instituto de Seguros Sociales abrió la convocatoria No. DSBS-07-97 con el objeto de seleccionar el contratista que ejecutaría las obras de readecuación del área de atención de la Clínica Santa Ana de los Caballeros de Tuluá ubicada en el Municipio de Tuluá.

Los oferentes fueron Fernando Quintero, Víctor Hugo Tascón, Honorio Vargas Ortiz y Harrison Bohóquez Bonilla.

El Comité Evaluador valoró las ofertas de forma arbitraria porque tanto Honorio Vargas Ortiz como Harrison Bohóquez Bonilla obtuvieron 75 puntos en el subítem denominado Experiencia Personal, pese a que el primero no designó el Director de la obra ni acreditó que el Ingeniero Residente tuviera una experiencia superior a 5 años que exigía las Bases Mínimas de Contratación, en contraste con el segundo proponente que sí designó el Director de la Obra, el Ingeniero Residente y el Inspector de la Obra y, además, acreditó que cada uno de ellos cumplía con la experiencia pedida.

Esta misma irregularidad se presentó en la valoración del subítem denominado Organización de la Obra pues las referidas propuestas obtuvieron el máximo puntaje pese a que la de Honorio Vargas Ortiz no presentó la relación entre el ISS, el contratista, la Interventoría y los grupos asesores tal como lo exigía las Bases Mínimas de Contratación.

El contrato de obra pública fue adjudicado al proponente Honorio Vargas Ortiz mediante el Acto de Iniciación de Gestión DSBS-TA-036-97 del 16 de octubre de 1997.

3. El trámite procesal

Admitida que fue la demanda, el asunto se fijó en lista y el accionado le dio respuesta de forma extemporánea.

Después de decretar y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por el demandante.

¹ Folios 335 a 349 del c. No. 1.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 1º de noviembre de 2002, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró la nulidad del Acto de Iniciación de Gestión No. DSBS-TA-036-97 por medio del cual se adjudicó el contrato de obra pública al ingeniero Honorio Vargas Ortiz y negó los restantes pedimentos de la demanda.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

El sentenciador de primera instancia advierte que los ítems denominados experiencia del Ingeniero Residente y Organización de la Obra de la propuesta presentada por el adjudicatario recibieron una calificación mayor a la que les correspondía pues obtuvieron el puntaje máximo pese a que no cumplieron con las exigencias de las Bases Mínimas de Contratación.

El Tribunal señala que al descontar a la propuesta ganadora los 25 puntos recibidos por concepto de la experiencia del Ingeniero Residente quien no acreditó que ésta fuera superior a los 5 años exigidos en las Bases Mínimas de Contratación y al descontarle la calificación de 50 puntos del ítem denominado Organigrama de la Obra, pues no se acreditó la relación entre el ISS, el contratista, la Interventoría y el grupo de asesores, el puntaje total de la propuesta de Honorio Vargas pasaría de 594.5 a 519.5 puntos, quedando así como la propuesta más favorable la presentada por el demandante.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto la parte demandante interpuso el recurso de apelación por estimar que el Tribunal se equivocó al declarar la nulidad del acto de adjudicación sin indemnizar los perjuicios solicitados como consecuencia de dicha declaratoria.

Como quiera que el demandante estimó los perjuicios en la suma de \$17.177.066, valor éste que corresponde a la utilidad esperada del contrato, y como el ISS no presentó objeción alguna al respecto, el Tribunal debió condenar al accionado al pago de lo que resultare de indexar dicha suma y liquidarle los intereses moratorios.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público opina que la sentencia recurrida debe ser modificada y así lo solicita con fundamento en las siguientes razones:

El recurrente tiene derecho al pago de los perjuicios derivados de la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación toda vez que demostró que su propuesta cumplió con los requisitos establecidos en las Bases Mínimas de Contratación y que, en consecuencia, debió ser el adjudicatario de la obra.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido en reiteradas oportunidades que el no adjudicatario debe ser indemnizado con el equivalente a la utilidad dejada de percibir y que en caso de que la oferta discrimine el porcentaje correspondiente a la Administración, los Imprevistos y la Utilidad, se reconocería la tercera parte del ítem AIU.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

1. El principio de la *reformatio in pejus* impide que, por regla general, se haga más gravosa la situación del apelante único, principio éste que admite como excepción, además del evento en “*que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella*”, aquel en que debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte que no apeló.

Esta garantía, constitucional por cierto, ampara un derecho individual como lo es el de la parte que resultó parcialmente vencida en el proceso, consistente en que, si apela, no puede ser modificado lo que le fue favorable porque la contraparte, al no recurrir, consintió en lo que se decidió en su contra.

Luego, quien consiente en lo desfavorable de un fallo, dispone de su interés al someterse inmediatamente a él, no obstante tener la posibilidad legal de alzarse contra la decisión mediante la interposición del recurso de apelación.

Así que entonces, el principio de la *reformatio in pejus* muestra en el trasfondo la protección de un interés individual que se ampara precisamente porque la otra parte dispuso del suyo al no recurrir lo que le fue desfavorable.

En conclusión, en la *reformatio in pejus*, las facultades del juez se restringen para proteger el derecho individual del apelante único.

2. Cuando en el proceso de selección de un contratista la Administración adjudica el contrato a un proponente diferente al que objetivamente presentó la mejor oferta, se compromete su responsabilidad patrimonial porque con esa decisión le está causando un perjuicio al mejor oferente toda vez que lo priva ilegalmente de percibir la utilidad que había previsto obtener con la ejecución del contrato.

En efecto, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 que fuera derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 pero vigente por la época de los hechos aquí debatidos, señalaba que una selección era objetiva cuando se escogía al ofrecimiento más favorable, postulado este que reprodujo el artículo 5º de la nueva regulación, destacándose además que la ley primeramente nombrada también disponía y dispone que “*las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir*”²

Ahora, decantado está por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que lo que se debe indemnizar es el perjuicio causado y que como en estos casos éste consiste en la privación injustificada de la utilidad esperada con la ejecución del contrato, la reparación debe consistir en el pago del valor del beneficio dejado de obtener.

Y es que “*en la última época de la jurisprudencia, que es la vigente, se retornó a la primera de las tesis expuestas, es decir a la indemnización del 100% de la utilidad*

² Artículo 50.

esperada, bajo los siguientes argumentos: En primer lugar, la indemnización que se debe pagar al oferente que debió ser favorecido con la adjudicación, corresponde al porcentaje de la utilidad que esperaba obtener según se haya establecido en su oferta. No es posible conceder una indemnización superior porque cualquier monto por encima de éste constituye un daño eventual, es decir, que carece de certeza, y por eso mismo resulta jurídicamente imposible indemnizarlo. En segundo lugar, la indemnización debe equivaler al 100%, porque no es posible para el juez deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad esperada, de haber podido ejecutar el contrato. Es decir, el hecho de que no haya tenido que hacer un esfuerzo, administrativo, financiero o técnico, no significa que necesariamente su utilidad hubiera sido inferior...³

Pero por supuesto que para los efectos de la indemnización no pueden ser tenidos en cuenta los rubros de administración y de imprevistos que integran el AIU porque estos sólo se pueden causar, o se causan, si el contrato es ejecutado, cuestiones estas que obviamente se dan por descontadas en los casos en que se demanda por no haber sido el adjudicatario del contrato teniendo derecho a ello.

3. En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación se tiene que el juez *a quo* decretó la nulidad del acto administrativo por medio del cual se adjudicó el contrato, argumentando que el adjudicatario ha debido ser el oferente y ahora demandante **HARRISON BOHÓRQUEZ BONILLA** por ser la suya la mejor propuesta, pero negó las pretensiones indemnizatorias.

También es verdad de este proceso que esta segunda instancia se abrió en virtud del recurso que interpuso la parte demandante, lo que se traduce en que se está en presencia de un apelante único que obtuvo una decisión parcialmente favorable a sus pretensiones.

Por consiguiente, en virtud de los límites de la apelación y del principio de la *reformatio in pejus*, el análisis de este recurso se circunscribe a lo desfavorable al apelante único y por ende su situación no puede ser desmejorada al desatar esta alzada.

Con otras palabras, la decisión del Tribunal de decretar la nulidad del acto administrativo que adjudicó el contrato no es materia de esta apelación y de ninguna manera puede ser modificada porque se estaría reformando en perjuicio de ese apelante único que triunfó parcialmente en la instancia anterior.

Luego, partiendo de que ya es cierto e inmutable que el acto administrativo de adjudicación es nulo porque el adjudicatario ha debido ser el señor **HARRISON BOHÓRQUEZ BONILLA**, se sigue que éste fue privado de manera ilegal de la utilidad que habría obtenido con la ejecución del contrato y que por consiguiente la entidad demandada debe responder por el perjuicio causado.

Ahora, como el perjuicio consiste en la no obtención de la utilidad que le habría de reportar la ejecución del contrato, es consecuencia obligada que la indemnización que debe dársele al demandante es igual al valor de la utilidad dejada de percibir de acuerdo con lo que se presupuso en su oferta.

En la propuesta que presentó **HARRISON BOHÓRQUEZ BONILLA** se lee que el AIU corresponde al 18% del valor del contrato,⁴ de donde se puede colegir

³ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 1º de marzo de 2006, Expediente 14.576.

⁴ Folios 3 a 60 del c. No. 1.

entonces que la utilidad que se previó en la oferta es la tercera (1/3) de aquel porcentaje, es decir que la utilidad prevista era el 6% del valor del contrato.

Como según la propuesta el valor del contrato ascendía a \$135.126.250.03⁵, se subsigue que el 18% del AIU es igual a \$24.322.725. 01 y por lo tanto, y habida cuenta de que la utilidad es la tercera parte de este valor, es decir el 6% del valor del contrato, es consecuencia obligada que la utilidad esperada era de \$8.107.575.

Así que entonces la indemnización que ha debido reconocérsele al señor **HARRISON BOHÓRQUEZ BONILLA**, debidamente actualizada, es igual a la suma de \$8.107.575. y como quiera que así no lo vio ni lo decidió el juez *a quo*, la sentencia apelada se debe reformar para concederle este valor a título de indemnización de perjuicios.

Para actualizar esta suma de dinero se utilizará la consabida fórmula

$$Ra = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Teniendo en cuenta que el perjuicio se concretó en el momento en que el demandante definitivamente no resultó adjudicatario a pesar de tener la mejor propuesta, esto es el día en que se le adjudicó a otro proponente, lo que ocurrió el 16 de octubre de 1997, se se tomará como índice inicial el del mes de octubre de 1997 (44.08) y como índice final el último conocido a la fecha de esta sentencia que es el del mes de abril de 2013 (113.16).

Luego,

$$\$8.107.575 \frac{113.16}{44.08} = \$ 20.813.366.31$$

Los intereses que se causen a partir de este fallo se sujetarán a lo dispuesto por el inciso 5º del artículo 177 del C. C. A.

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

RESUELVE

PRIMERO: REFORMAR la sentencia apelada la cual quedará así:

1. DECRETAR LA NULIDAD del acto administrativo denominado **ACTO DE INICIACIÓN DE GESTIÓN DSBS-TA-036-97** expedido el 16 de octubre de 1997 y por medio del cual se adjudicó un contrato de obra pública al ingeniero **HONORIO VARGAS ORTIZ**

⁵ Folio 5 del c. No. 1.

2. CONDENAR al demandado **INSITUTO DE SEGUROS SOCIALES - SECCIONAL VALLE DEL CAUCA-** a pagar al señor **HARRISON BOHÓRQUEZ BONILLA** la suma de **OCHO MILLONES CIENTO SIETE MIL QUINIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$8.107.575)**, suma ésta que ya actualizada asciende hoy a **VEINTE MILLONES OCHOCIENTOS TRECE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON TREINTA Y UN CENTAVOS (\$20.813.366.31)**.

3. Los intereses que se causen a partir de este fallo se sujetarán a lo dispuesto por el inciso 5º del artículo 177 del C. C. A.

4. SE NIEGAN las restantes pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado
Aclaró voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente