



Compartido por:



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Magistrado Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Radicado número: 25000-23-26-000-2008-00085-02 (54847)
Demandantes: CIC Geomatica S.A. y Plataforma Ingeniería y Cía Ltda.
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP)
Referencia: Acción de controversias contractuales

Tema: Nulidad absoluta de un contrato estatal, derivada de la ilegalidad del acto de adjudicación en el que se fundó. **Subtema 1:** Reiteración jurisprudencial de la procedencia y oportunidad para el ejercicio de acciones judiciales contra los actos proferidos antes de la celebración del contrato estatal y sus efectos procedimentales. **Subtema 2:** Competencia funcional del *ad quem*. **Subtema 3:** Obligación de las personas jurídicas interesadas en celebrar un contrato estatal de estar al día en el pago de aportes parafiscales. **Subtema 4:** Alcance de los acuerdos de pago suscritos. **Subtema 5:** Efectos jurídicos de la novación.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante contra la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C (descongestión), el veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015), en la que: *i)* declaró no probada la excepción de “*indebida demanda – inexistencia de personería jurídica*”; *ii)* declaró impróspera la excepción de “*improcedencia de la acción contractual – caducidad de la acción*”; y *iii)* negó las súplicas de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos adelantó el concurso público núm. 004 de 2005, con el objeto de “*contratar la interventoría integral para los contratos que el Distrito celebre o haya celebrado, relacionados con el Relleno Sanitario Doña Juana*”. Una vez superadas las etapas del concurso, el contrato fue adjudicado al Consorcio HMV Ingenieros Ltda.–Consultoría Colombiana S.A., siendo suscrito el contrato respectivo posteriormente. Los actores, quienes conformaron la UT Plataforma Ambiental y participaron en el proceso de selección, solicitan la nulidad absoluta del negocio jurídico, derivado de la declaración de ilegalidad del acto de adjudicación, y el consecuente restablecimiento del derecho, al considerar que su propuesta no solo era la mas favorable para la administración — como lo había determinado el comité evaluador— sino que además cumplía con la totalidad de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones, incluida la certificación de pago de los aportes parafiscales en favor del ICBF, prevista en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002; *ítem* por el que su oferta fue declarada inhábil y, en consecuencia, rechazada.



II. ANTECEDENTES

2.1. En escrito radicado el veintisiete (27) de febrero de dos mil ocho (2008)¹ y subsanado el quince (15) de abril de dos mil ocho (2008)², las sociedades **CIC Geomática S.A. y Plataforma Ingeniería y Cía Ltda.** (quienes integraron la **Unión Temporal Plataforma Ambiental**) presentaron **demanda** en ejercicio de la **acción de controversias contractuales** en contra de la **Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos** (en lo sucesivo, "**UAESP**"), con las siguientes pretensiones:

"DECLARATIVAS

1.- Se declare la nulidad de la Resolución No. 26 del 27 de febrero de 2006, expedida por la (...) UAESP, y mediante la cual se adjudicó el concurso público No. 004 de 2005, al proponente Consorcio HMV Ltda. – Consultoría Colombiana S.A. (...).

2.- Se declare la nulidad absoluta del contrato de consultoría No. 89 del 7 de marzo de 2006, suscrito entre la UAESP y el Consorcio HMV Ltda. – Consultoría Colombiana S.A.

3.- Se declare patrimonialmente responsable tanto a la entidad pública demandada como al contratista de los perjuicios causados a los miembros integrantes de la Unión Temporal Plataforma Ambiental, como consecuencia de la expedición de la Resolución No. 26 del 27 de febrero de 2006 y de la celebración del contrato de consultoría No. 89 de 2006.

CONDENATORIAS

1.- Se condene a la entidad demandada y al contratista al pago de los perjuicios de orden material y de pérdida de oportunidad que se llegaren a demostrar dentro del presente proceso.

DAÑO MATERIAL / LUCRO CESANTE: Se condene a los demandados a pagar, el valor del 100% de la utilidad esperada por el contratista y derivada de la ejecución del contrato objeto del concurso público No. 04 de 2005, tasada en \$1.798.994.700, correspondiente al 20% del valor de la oferta, porcentaje usual de utilidad en contratos de consultoría como el que nos ocupa, o en su defecto la suma que parcialmente se acredite en el curso del proceso. Suma de dinero que deberá ser actualizada al momento de la condena.

DAÑO EXTRAPATROIMONIAL / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: Representado en la frustración a que se vieron sometidos [los accionantes] al negársele la adjudicación del concurso público No. 04 de 2005, a pesar de la evidente ilegalidad del acto acusado, y de que la oferta presentada por la Unión Temporal Plataforma Ambiental era la mejor (...), impidiéndole no solo obtener la utilidad ya mencionada sino su acreditación de experiencia en el RUP y con ello mejorar su capacidad de contratación, y fama de consultor. Perjuicio que estimo en 4.000 gramos oro o su equivalente en SMLMV.

¹ Folios 8 a 34 del cuaderno 1.

² Folios 38 a 40 del cuaderno 1.



2.- Se condene en costas y gastos del proceso a los demandados.

3.- Se ordene dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 176 y 177 del CCA”.

2.1.2. En el mismo escrito introductorio, fue solicitada la integración del litisconsorte necesario pasivo, con la vinculación del Consorcio MV Ingenieros Ltda.-Consultoría Colombiana S.A., al cual le fue adjudicado el contrato derivado del concurso público núm. 004 de 2005.

2.1.3. La parte accionante expuso, como **sustento fáctico de sus pretensiones**, los hechos que se resumen a continuación:

2.1.3.1. El dos (2) de septiembre de dos mil cinco (2005), la UAESP abrió el concurso público núm. 004 de 2005, cuyo objeto era contratar “*la interventoría integral de los contratos que el Distrito celebre o haya celebrado relacionados con el relleno sanitario Doña Juana*”.

2.1.3.2. En los pliegos de condiciones del concurso público se estableció, entre otros aspectos, que los participantes debían cumplir con las siguientes exigencias, so pena de generar el rechazo de la propuesta presentada, a saber: (i) certificación de pagos de seguridad y aportes parafiscales, de conformidad con lo dispuesto en las leyes 789 de 2002 y 828 de 2003 (núm. 1.1.7.3); y (ii) certificación de pago de los aportes de los empleados al sistema de seguridad social integral y aportes parafiscales, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 (núm. 2.1.1.8).

2.1.3.3. Dentro del proceso público de selección, la siguientes cinco (5) firmas adquirieron el pliego y presentaron, oportunamente, sus propuestas: la UT Plataforma Ambiental (conformada por las sociedades actoras); el Consorcio Interventoría Doña Juana; el Consorcio HMV ingenieros Ltda.–Consultoría Colombiana S.A; el Consorcio Ingetec C.C.C. y el Consorcio DJ–Ceilam.

2.1.3.4. El treinta (30) de septiembre de dos mil cinco (2005), el comité evaluador de la UAESP publicó los resultados de la evaluación de las propuestas, en los siguientes términos:

CRITERIOS	PROPONENTES				
	Plataforma ambiental	Interventoría doña Juana	Ingetec	DJ-CEILAM	HMV
Experiencia técnica mínima	Cumple	No elegible	Cumple	Cumple	Cumple
Experiencia general adicional	275,00	No elegible	275,00	275,00	275,00
Experiencia específica	300,00	No elegible	300,00	100,00	300,00
Propuesta económica	299,29	No elegible	298,30	295,39	296,40
ISO 9001 específica	25,00	No elegible	25,00	25,00	25,00



Apoyo industria nacional	100,00	No elegible	100,00	100,00	100,00
PUNTAJE	999,29	No elegible	998,30	795,39	996,40
ORDEN DE ELEGIBILIDAD	Primer lugar	No elegible	Segundo lugar	Cuarto lugar	Tercer lugar

2.1.3.5. El siete (7) de octubre de dos mil cinco (2005), el representante legal del Consorcio Ingetec C.C.C. formuló observaciones frente a la oferta presentada por la UT Plataforma Ambiental, advirtiendo que uno de los integrantes de esta no había certificado el pago de los aportes parafiscales al ICBF y, en consecuencia, solicitó que dicha propuesta fuera rechazada.

2.1.3.6. El dieciocho (18) de octubre de dos mil cinco (2005), el comité evaluador de la UAESP se pronunció, entre otras observaciones, sobre la formulada por el Consorcio Ingetec C.C.C., de la siguiente manera: *“el comité evaluador solicitó a la UT Plataforma Ambiental, realizar las aclaraciones correspondientes sobre el pago de los aportes parafiscales al ICBF. En respuesta la UT (...) presentó las aclaraciones correspondientes, anexando los soportes documentales que confirman que las empresas integrantes de la UT han venido cumpliendo con las obligaciones de los aportes parafiscales (...). Por lo anterior la UESP precisa que la UT Plataforma Ambiental cumple con lo establecido en los términos de referencia”*.

2.1.3.7. Atendiendo las observaciones presentadas, el comité evaluador de la UAESP publicó unos nuevos resultados de la evaluación jurídica, técnica y financiera de las propuestas presentadas por los proponentes en el concurso público núm. 004 de 2005. En los resultados finales, el comité evaluador se ratificó en el puntaje de todos los proponentes, a excepción del Consorcio DJ-CEILAM, cuya nueva puntuación ascendió a 995,39, sosteniéndose en el cuarto lugar de elegibilidad.

2.1.3.8. El treinta y uno (31) de octubre de dos mil cinco (2005), la gerente de la UAESP publicó la *“evaluación definitiva”*, en la que, apartándose del informe y recomendación del comité evaluador, declaró no elegible a la UT Plataforma Ambiental, debido a que dicho proponente *“no ha pagado la totalidad de los aportes parafiscales, en particular al ICBF, como lo ordena el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, de suerte que su propuesta debe ser evaluada como no elegible, o sea rechazada, pues la Ley exige el pago de los aportes parafiscales y no un mero acuerdo de pago [documento con el que pretendió subsanar la exigencia], que de hecho es una confesión de la ausencia de pago”*.

2.1.3.9. La gerente de la UAESP resolvió elegir como posible adjudicatario del contrato en ciernes al Consorcio Ingetec C.C.C (segundo en el orden de elegibilidad) y le otorgó dos (2) días para que anexara *“las hojas de vida del personal propuesto (según la cláusula 3.1.1.3. de los términos de*



referencia)” advirtiendo que al día inmediatamente siguiente al vencimiento de este plazo se decidiría *si se adjudicaba* o no a este oferente³.

2.1.3.10. El dos (2) de noviembre de dos mil cinco (2005), la representante legal de la UT Plataforma Ambiental radicó un escrito en el que solicitó a la gerente de la UAESP respetar el orden de elegibilidad definido por el comité evaluador y corregir la “*evaluación definitiva*”, pues a su juicio “*su propuesta era rechazada sin formula de juicio, so pretexto de que un acuerdo de pago celebrado entre uno de los integrantes de la UT y el ICBF no tenía validez alguna para efectos de participar en un proceso licitatorio*”. Reproche al que —aseguró— nunca dio respuesta la entidad pública.

2.1.3.11. El tres (3) de noviembre de dos mil cinco (2005), la gerente de la UAESP dio inicio a la audiencia pública de adjudicación. No obstante, esta fue suspendida por petición expresa del personero de Bogotá, quien informó que la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico se encontraba adelantando “*una indagación preliminar por presuntas irregularidades en desarrollo del concurso público 004 de 2005*”.

2.1.3.12. El veintisiete (27) de febrero de dos mil seis (2006), la gerente de la UAESP reanudó la audiencia pública de adjudicación, en la que, luego de las intervenciones de los oferentes, dio lectura a la resolución núm. 26 de 2006, por medio de la cual se “*adjudicó al Consorcio HVM Ingenieros Ltda. – Consultoría Colombiana S.A., el contrato resultante del Concurso Público núm. 04 de 2005*”. La anterior decisión la fundamentó en: *i)* que de acuerdo a la evaluación definitiva, la UT Plataforma Ambiental, la cual había sido clasificada en el primer orden de elegibilidad por el comité, no había pagado la totalidad de los aportes parafiscales, en particular al ICBF, como lo ordena el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, de suerte que su propuesta debía ser rechazada; *ii)* que, aun cuando el Consorcio Ingetec C.C.C había quedado en el segundo orden de elegibilidad y, en efecto, aportó las hojas de vida del personal propuesto para cumplir con el objeto contractual, lo cierto es que las calidades de algunas personas no cumplían con los requisitos mínimos de la experiencia requerida, por lo tanto, rechazó su propuesta; y *iii)* que el consorcio HVM Ingenieros Ltda.–Consultoría Colombiana S.A., tercero en la lista de elegibles, cumplía con “*los requisitos exigidos y obtuvo el puntaje necesario para que le sea adjudicado el correspondiente contrato*”.

2.1.3.13. El siete (7) de marzo de dos mil seis (2006), la UAESP y el Consorcio HVM ingenieros Ltda.–Consultoría Colombiana S.A suscribieron el contrato de consultoría núm. 89 de 2006.

2.1.4. Como **normas violadas** los demandantes enunciaron: los artículos 29 y 121 de la Constitución Política; el artículo 882 del Código de Comercio; los artículos 24.8

³ A pesar de que este hecho no está comprendido en la demanda, la Sala considera necesaria su mención, con el propósito de dar claridad sobre el periplo jurídico que se surtió en el proceso precontractual.



y 29 de la Ley 80 de 1993; el Decreto 1870 de 1986; y los numerales 1.1.7.3 y 2.1.1.8 del pliego de condiciones. En consonancia con lo anterior, refirieron, como **concepto de violación**, los cargos que se pasan a sintetizar:

2.1.4.1. Violación del debido proceso administrativo, por inaplicación de las normas del pliego de condiciones y disposiciones legales por parte de la entidad pública convocante: El rechazo de la propuesta presentada por la UT Plataforma Ambiental se sustentó en los numerales 1.1.7.3 y 2.1.1.8 del pliego de condiciones, al considerar que uno de los integrantes de la UT no se encontraba al día en los aportes de que trata la Ley 789 de 2002. No obstante, *“la conclusión a la que arribó la administración no era cierta, pues como lo manifestó el propio comité evaluador el proponente había acreditado no estar en mora en virtud de un acuerdo de pago suscrito”* con el ICBF, lo que respaldado con un pagaré; proceder que, de acuerdo con la teoría del negocio jurídico, se denomina convenio y conlleva la creación, modificación o extinción de obligaciones. En tales condiciones, mal podría catalogarse dicho convenio *“como algo simple o intrascendente para el mundo del derecho, pues un acuerdo de pago sobre una obligación insoluble constituye la prueba irrefutable de enervar los efectos de la tardanza en su satisfacción, en otras palabras, desaparecen los efectos de su incumplimiento”* y se estipula, de común acuerdo, unos nuevos parámetros de exigibilidad, bien sea en plazo o en monto (novación).

Con lo anterior, concluyeron los actores, la entidad contratante no solo aplicó erradamente las disposiciones del pliego de condiciones, sino que también desconoció lo establecido en: *i)* el artículo 882 del Código de Comercio, que prescribe que los pagares valdrán como pago de obligaciones anteriores; *ii)* el Decreto 1870 de 1986, que le permite al ICBF mejorar el recaudo de los aportes bajo acuerdos de pago; *iii)* la Ley 863 de 2003, que consiente expresamente la suscripción de acuerdos de pago en materia tributaria, constituyéndose como verdaderos convenios con fuerza extintiva de obligaciones en mora; y *iv)* el artículo 1494 del Código de Civil (CC), sobre la fuente de las obligaciones.

2.1.4.2. Falsa motivación: La administración soportó su decisión de rechazar la oferta presentada por la UT Plataforma Ambiental y adjudicar el contrato a persona distinta *“en el hecho de aplicar erradamente lo establecido en los numerales 1.1.7.3 y 2.1.1.8 del pliego de condiciones, pues creó una prohibición por vía interpretativa, sin competencia para ello, al no tener en cuenta los documentos aportados con la oferta y certificados por el mismo ICBF en cuanto a la no morosidad de la obligación al momento del cierre del concurso, entre ellos, el acuerdo de pago, el título valor de contendió crediticio y la constancia de cabal cumplimiento a los mismos”*. Documentos que — recordó— el comité evaluador de la entidad había estudiado con antelación, encontrando satisfechas las exigencias contenidas en los términos de referencia.



2.1.4.3. Nulidad absoluta del contrato: Conforme a lo previsto en el artículo 44.4 de la Ley 80 de 1993, el contrato es nulo cuando se declara la ilegalidad de los actos administrativos en los cuales se sustenta su génesis. Así las cosas, en el presente asunto *“la ilegalidad del acto por falsa motivación arrastra necesariamente la validez del contrato estatal y lo afecta con nulidad absoluta, de manera tal que su declaratoria se toma forzosa”*.

2.1.4.4. Oferta más favorable y el deber de reparación integral que le asiste a la entidad: La propuesta presentada por la Unión Temporal conformada por los accionantes era la mejor opción en el proceso de contratación objeto de estudio. Por lo tanto, la indemnización debe comprender no solo el pago del cien por ciento (100%) de la utilidad prevista, que ascendía a \$1.798.994.700, sino también la pérdida de oportunidad, ya que este no pudo satisfacer el ejercicio profesional.

2.2. El Tribunal **admitió** la demanda⁴, **vinculó** como litisconsorte necesario pasivo al consorcio MV Ingenieros Ltda.–Consultoría Colombiana S.A.⁵, y **notificó** tales decisiones en debida forma⁶.

2.3. El Consorcio convocado **contestó la demanda**, oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra⁷. Al punto, expresó que *“se encuentra dentro del presente proceso en calidad de litisconsorte, en virtud que el fallo puede afectar directamente sus intereses, mas no, como lo aduce falsamente el actor, en sentido de inventar un tipo de responsabilidad solidaria, en búsqueda de la declaración de nulidad (bajo argumentos jurídicos infundados) de un acto administrativo en el cual el Consorcio, en su calidad de mero proponente no se encontraba en condiciones de seleccionar y escoger al contratista que mejor beneficiara al interés público y a la entidad”*. En línea con el argumento anterior, propuso las siguientes excepciones:

2.3.1. Indebida demanda por inexistencia de personería jurídica: Porque el Consorcio carece de personería jurídica y, por lo tanto, no puede ser llamado a un proceso de manera directa, como lo conceptuó el Consejo de Estado⁸.

2.3.2. Cumplimiento de las obligaciones e inexistencia de responsabilidad del consorcio: El Consorcio no tuvo injerencia en la decisión libre y autónoma de la UAESP al elegir la persona a quien se adjudicaría el contrato, *“y en virtud de ello mal podía decirse que en caso de prosperar las pretensiones de la demanda se condene de forma solidaria al adjudicatario del contrato por unos supuestos perjuicios que el no causó”*. Asimismo, señaló que, al celebrarse y suscribirse el contrato núm. 089 de 2006, el Consorcio dio cumplimiento a su obligación legal de firmar el negocio jurídico una vez se le adjudicó, pues de

⁴ Folios 44 a 45 del cuaderno 1.

⁵ Folios 48 a 49 del cuaderno 1.

⁶ Folio 56 y 58 del cuaderno 1.

⁷ Folios 520 a 540 del cuaderno 1.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 30 de enero de 1997, Expediente 3422-97.



no haberlo hecho se le habría sancionado, por lo que no se le podía pedir que hubiese actuado de forma diferente.

2.4. La UAESP **contestó la demanda**, con oposición a la totalidad de las súplicas en ella formuladas⁹. Como argumentos defensivos se refirió sobre cada uno de los cargos de violación expuestos por los actores y concluyó que no tenían vocación de prosperidad. En consonancia con lo anterior, propuso como excepciones las que se pasan a resumir:

2.4.1. Carencia de fundamento legal, toda vez que la entidad contratante actuó conforme a derecho, con base en los principios de la contratación administrativa: Aseveró que en el concurso publico de la referencia se estableció “la obligación de estar al día en el pago de los aportes parafiscales, como un requisito no subsanable, por lo que su no acreditación daría lugar al rechazo de la oferta, como efectivamente ocurrió, pues el aquí demandante aportó al proceso de selección un documento en el que el ICBF informó que Plataforma Ingeniería y Cía Ltda., integrante de la UT Plataforma Ambiental, firmó un pagaré a favor de dicha entidad correspondiente al valor pendiente por aportes parafiscales entre el período del 1 de junio de 2003 al 30 de junio de 2005, con lo cual se puede determinar que el proponente no cumplió con la exigencia plasmada en los numerales 1.1.7.3 y 2.1.1.8”.

2.4.2. El acuerdo de pago no implica el pago total de la deuda ni simboliza estar a paz y salvo con la entidad acreedora: Recordó, de manera general, que el pagaré no es un instrumento de pago sino de crédito, por consiguiente, suscribirlo no significa que, automáticamente, se haya satisfecho una obligación. Bajo esta óptica, el Decreto 1870 de 1986 “por el cual se dictan normas tendientes a la exacta recaudación de las rentas del ICBF” establece la posibilidad de que dicha entidad otorgue “plazos para el pago de aportes parafiscales, por lo que una vez se proceda a esto, se expedirá un certificado provisional de pago, el cual será nulo en [sic] evento de que el deudor se retrase en el pago de cualquier cuota, dicho certificado permite determinar que la firma del pagaré no implica el pago total de la obligación ni mucho menos estar a paz y salvo con la entidad acreedora, pues si existe mora en la amortización de la deuda, inmediatamente se declara nulo el certificado provisional de pago”. Finalizó refiriendo que el artículo 1625 del CC consagró los modos de extinción de las obligaciones y en el caso concreto no se esta ante ninguna de ellas, “por lo tanto la UT Plataforma Ambiental no se encontraba a paz y salvo al momento de participar como proponente en el concurso público 04 de 2005, pues con el acuerdo de pago no se extingue la obligación”.

2.4.3. Improcedencia de la acción contractual: Consideró que la acción contractual, consagrada en el artículo 87 del CCA, solo la pueden promover las personas que hicieron parte de un contrato estatal, y en este caso, los accionantes que conformaron la UT Plataforma Ambiental no tenían esa

⁹ Folios 520 a 540 del cuaderno 1.



condición, pues tan solo participaron en la etapa precontractual. Así las cosas, aseguró que estas carecen de legitimación en la causa para promover dicha acción, y únicamente tenían la posibilidad de solicitar la anulación del acto de adjudicación bajo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como lo indica el inciso 2º del referido artículo.

3.4.4. Caducidad de la acción: Indico que, en consonancia con la anterior excepción, el término para promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto de adjudicación era de treinta (30) días contados a partir de la comunicación, publicación o notificación de dicho acto, lo cual ocurrió el 27 de febrero de 2006, siendo la fecha límite para interponer la acción el 27 de marzo del mismo año, y no dos (2) años después.

2.5. La autoridad judicial de primer grado **abrió a pruebas el proceso**¹⁰, y una vez concluida la etapa probatoria, **corrió traslado** a las partes y al Ministerio Público para que aquellas alegaran de conclusión y este rindiera concepto de fondo¹¹.

2.6. La UAESP **alegó de conclusión**¹², con reiteración de lo argumentado en la contestación de la demanda. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

2.7. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de descongestión **dictó sentencia de primera instancia**¹³, en la que: **i)** declaró no probada la excepción de “*indebida demanda–inexistencia de personería jurídica*”; **ii)** declaró impróspera la excepción de “*improcedencia de la acción contractual – caducidad de la acción*”; y **iii)** negó las súplicas de la demanda.

2.7.1. Como fundamento de la primera decisión, recordó que el Consejo de Estado en fallo de unificación¹⁴ determinó que “[tanto] *los consorcios como las uniones temporales se encuentran legalmente facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución de los contratos estatales en relación con los cuales tengan algún interés*”.

2.7.2. Frente a la segunda decisión refirió, en línea con reiterados pronunciamientos jurisprudenciales dictados por el Consejo de Estado¹⁵, que la acción contractual incoada por los accionantes es procedente, toda vez que en el *sub lite* se pretende “*la anulación de la Resolución No. 26 del 27 de febrero de 2006 por medio del cual la UESP adjudica el Concurso Público núm. 004 de 2005 y, en consecuencia se solicita la nulidad absoluta del*

¹⁰ Folios 192 a 194 del cuaderno 1.

¹¹ Folio 460 del cuaderno 1.

¹² Folios 461 a 487 del cuaderno 1.

¹³ Folios 490 a 509 del cuaderno principal.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 2003, Expediente 19933.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 20 de septiembre de 2001, Expediente 14582; Sección Tercera, Auto del 3 de marzo de 2010, Expediente 36871; Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 27203.



contrato núm. 89 celebrado el 7 de marzo de 2006"; situación esta que se encuentra enmarcada en el inciso 1º del artículo 87 del CCA. En tales condiciones, precisó que la oportunidad para presentar la acción contractual es de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o derecho que lo fundamentan, es decir, que para el caso de autos, la caducidad de la acción corrió desde el 28 de febrero de 2006, fecha de expedición del acto de adjudicación, hasta el 28 de febrero de 2008, y como la demanda fue presentada el 27 de febrero de 2008, esta fue oportuna, pero solamente *"frente a las reclamaciones que en derecho corresponden a las acciones contractual"*, pues las pretensiones de restablecimiento y/o indemnización resultan extemporáneas, debido a que no se promovió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los treinta (30) días siguientes al proferimiento del acto reprochado. Adicionalmente, manifestó que, contrario a lo afirmado por la demandada, los actores están debidamente legitimados en la causa, toda vez que *"acreditaron su calidad de proponentes y no adjudicatarios dentro del proceso de selección que se llevo a cabo por la UAESP dentro del concurso público 04 de 2005"*, condición que les otorga un interés directo para demandar, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

2.7.3. En cuanto al fondo del asunto, se pronunció de manera individual sobre cada uno de los cargos revelados y los desestimó, de conformidad con los siguientes argumentos: *i)* frente a la violación del debido proceso, consideró que el actuar de la UAESP, al rechazar la propuesta presentada por la UT conformada por los actores y no tener por válido el acuerdo de pago aportado, se ciñó no solo a lo prescrito en el pliego de condiciones sino también a la normativa vigente sobre la materia¹⁶, que imponía, como requisito habilitante para contratar, que los proponentes estuvieran al día con sus obligaciones parafiscales, exigencia que no es posible acreditar con el acuerdo de pago referido, pues de dicho documento solo se deriva la constatación de que la deuda aún se encuentra vigente; *ii)* la falsa motivación no tenía vocación de prosperidad, debido a que la UAESP no *habilitó* la oferta presentada por la UT al confirmar que uno de sus integrantes estaba en mora de pagar al ICBF los aportes parafiscales, omisión que, en efecto, daba lugar a su rechazo, tal y como se dejó expuesto en el numeral anterior; *iii)* la nulidad absoluta del contrato solo procedía si los cargos de nulidad del acto precontractual reprochado prosperaban, y en el presente asunto esto no ocurrió; y *iv)* en relación con la oferta más favorable y el deber de reparación integral, estimó que no hay lugar a analizar este aspecto, pues tales argumentos *"no son para declarar la legalidad o no de un acto administrativo sino para reconocer perjuicios"*.

2.8. La parte accionante **interpuso recurso de apelación** en contra la sentencia de primer grado con el propósito que esta sea revocada y, en su lugar, se acceda a las

¹⁶ Artículo 50 de la Ley 789 de 2002, artículo 1º de la Ley 828 de 2003, Decreto 1780 de 1986 y los artículos 1494 y 1551 del Código Civil.



súplicas de la demanda¹⁷. Al punto, expresó que *“no comparte la motivación con que el a quo desestimó los cargos de nulidad planteados contra la Resolución núm. 26 del 27 de febrero de 2006 y, de contera, la nulidad del contrato de consultoría núm. 89 del 7 de marzo de 2006”*, con base en los siguientes argumentos:

2.8.1. No se discute que la normatividad aplicable al caso concreto, en efecto, exigía a los proponentes estar al día en el pago de los aportes parafiscales al momento de presentar su oferta. Sin embargo, *“lo que no se puede aceptar es que se le reste efectos jurídicos tanto sustantivos como adjetivos al acuerdo de pago y al certificado provisional de pago expedido por el ICBF”*, puesto que, contrario a lo afirmado por el Tribunal, estos no constituyen una mera aceptación de que existe una obligación, sino que representan *“una nueva obligación que en virtud de la novación extinguió la que estaba en mora, y lo que se tiene con el acuerdo de pago es la existencia de una obligación pero al día, no incumplida, ni insatisfecha, [por lo tanto] no puede el juez a estas alturas quitarle el efecto novador de los acuerdo de pago que ponen fin al incumplimiento y a la mora (...)”*.

2.8.2. Derivado de lo anteriormente expuesto, consideró que el Tribunal erró en la valoración probatoria que realizó respecto a las convenciones de pago, que reiteró son verdaderos actos jurídicos. Falta de probanza que *“impidió darle el efecto que de su naturaleza se deriva como fue el de extinguir una deuda en mora para darle vida a una nueva, sujeta a nuevos términos y plazos, y por ende el ICBF expidió el certificado provisional de pago, documento suficiente para colegir que no tenía obligaciones incumplida para el momento del cierre del certamen”*. Así las cosas, arguyó que, para el momento del ofrecimiento, la UT Plataforma Ambiental honró todas sus obligaciones con el ICBF, por lo tanto, su oferta cumplía con lo términos de referencia y jamás debió ser desplazada del primer orden de elegibilidad.

2.8.3. En este orden de ideas, concluyó que no solo los cargos de nulidad se encuentran acreditados sino que también se encuentra probado que la oferta de la UT Plataforma Ambiental era la mejor, por lo que *“se debe abrir paso a la reparación del daño consistente en el reconocimiento de la utilidad parcialmente tasada”*.

2.9. El juzgador de primera instancia **concedió** la alzada¹⁸.

2.10. Esta Corporación **admitió** el recurso interpuesto¹⁹ y **corrió traslado** a las partes y al Ministerio Público para que aquellas alegaran y este conceptuara en esta instancia²⁰.

¹⁷ Folios 512 a 518 del cuaderno principal.

¹⁸ Folio 521 del cuaderno principal.

¹⁹ Folio 528 del cuaderno principal.

²⁰ Folio 530 del cuaderno principal.



2.11. La UAESP²¹ y el Consorcio MV Ingenieros Ltda. - Consultoría Colombiana S.A.²² **alegaron de conclusión en esta instancia**, con solicitud de confirmación del fallo de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

III. PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA DE MÉRITO

3.1. **La Sala es competente para conocer el asunto de la referencia**, por tratarse de un recurso de apelación interpuesto contra un fallo proferido por un Tribunal Administrativo²³, en un proceso con vocación de doble instancia, dado que la cuantía de la demanda supera la exigida por el artículo 132.3 del CCA²⁴, en concordancia con el artículo 20.2. del Código de Procedimiento Civil (CPC)²⁵.

3.2. El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (CCA), modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, aplicable a los procesos iniciados a partir del 8 de julio de 1998²⁶ y hasta el 2 de julio de 2012²⁷, estableció la **procedencia y oportunidad** para el ejercicio de acciones judiciales contra los actos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato estatal, en los siguientes términos:

"De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

"Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

²¹ Folios 531 a 537 del cuaderno principal.

²² Folios 538 a 547 del cuaderno principal.

²³ Artículo 129 del CCA. "El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales administrativos (...)".

²⁴ El artículo 132.5 del CCA, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, dispuso que la cuantía para que un proceso contractual fuera de doble instancia, sería el equivalente a 500 SMLMV. En el presente caso, la demanda se presentó el 27 de febrero de 2008, época para la cual el salario mínimo era de \$ 461.500, por lo que 500 salarios mínimos equivalían a \$230'750.000, y la mayor de las pretensiones de la demanda asciende a \$1.798.994.700.

²⁵ Artículo 20 del CPC, modificado por el artículo 1, numeral 8 del Decreto 2282 de 1989. "La cuantía se determinará así: (...) 2. Por el valor de la pretensión mayor, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones".

²⁶ Fecha de publicación de la Ley 446 de 1998, en cuyo artículo 164 se dispuso: "En los procesos iniciados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren empezado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtir la notificación".

²⁷ Fecha en la cual empezó a regir la Ley 1437 de 2011.



El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes” (subrayado añadido).

La Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del artículo precedente²⁸, aclaró el alcance de las acciones procedentes para reprochar los actos previos a la celebración del contrato estatal, en los siguientes términos:

«La Corte estima que la norma ha sido objeto de dos interpretaciones diversas, pero que ninguna de ellas responde a la verdadera intención del legislador: según una la primera, la celebración del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad y en consecuencia impide acudir posteriormente a las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho para impugnar los actos previos, con lo cual quedan desprotegidos los intereses de terceros no contratantes, especialmente de quienes participaron en el proceso de licitación; según una segunda, tal celebración no extingue dicho plazo, pues la norma no lo dice expresamente, por lo cual, a pesar de haberse celebrado el contrato, sigue corriendo el término de caducidad; a juicio de la Corte las anteriores interpretaciones no consultan la verdadera intención del legislador, la cual puede extraerse de la lectura armónica de los incisos segundo y tercero de la disposición acusada, interpretación armónica que la demanda, las intervenciones y la vista fiscal han omitido hacer.

En efecto, la segunda interpretación referida es contraria al tenor literal de la disposición, pues es clara la intención legislativa de impedir la interposición de las acciones no contractuales con posterioridad a la celebración del contrato. La expresión, “(u)na vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato”, a juicio de la Corte es indicativa de la voluntad del legislador de fijar un límite a la separabilidad de los actos previos, definiendo que a partir de la firma del contrato tales actos se hacen inseparables del mismo.

De su parte, la interpretación del demandante, si bien es acertada en cuanto reconoce que la suscripción del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad (como consecuencia de la extinción de las acciones no contractuales), resulta equivocada en cuanto afirma que dicha extinción tiene el alcance de impedir la defensa judicial de los intereses de terceros participantes en la actividad precontractual. La disposición no desprotege estos intereses, pues conforme ella misma lo señala en su tercer inciso, dichos terceros, por tener un interés directo, pueden pedir la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad de los actos previos. No quedan por ende desamparados, pues esta acción satisface sus pretensiones, amén de que dicha nulidad absoluta, por las mismas razones, también puede ser invocada por el Ministerio Público, o aun ser declarada de oficio por el juez administrativo» (subrayado añadido).

En consonancia con la postura expuesta anteriormente, esta Corporación desarrolló una línea jurisprudencial sobre las acciones que pueden incoarse en contra de los actos previos a la celebración del negocio jurídico, y distinguió distintas hipótesis

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-1048 de 2001. Criterio reiterado en la sentencia C-712 de 2005, que estableció lo siguiente: “De esta manera, ha de resaltarse para efectos del presente proceso que en la sentencia que se cita, la Corte dejó en claro que la posibilidad de demandar los actos administrativos precontractuales por vía de las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento cesa a partir de la celebración del contrato estatal respectivo, y que cuando tal celebración ocurre antes de que se hayan vencido los treinta días que otorga la norma como término de caducidad, opera como una causal de extinción anticipada del término para hacer uso de las referidas acciones”.



temporales²⁹, sobre las que, dada su claridad y pertinencia en relación con el caso *sub examine*, es pertinente su transcripción:

«La primera hipótesis se refiere a aquellos casos en los cuales el contrato estatal no se ha celebrado aun para la fecha en que, dentro de los 30 días siguientes a la comunicación, notificación o publicación del correspondiente acto administrativo de adjudicación, se demanda ese acto administrativo previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual y sin mayor discusión se tiene que el interesado podrá pretender e incluso obtener tanto la declaratoria judicial de nulidad del aludido acto administrativo, como el restablecimiento de sus derechos, cuestión ésta que de ordinario se concreta en el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el acto nulo y la consiguiente condena para repararlos.

Una segunda hipótesis dice relación con aquellos casos en los cuales hubiere transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual priva definitivamente al interesado de la posibilidad de revivir ese plazo y/o de acudir en una nueva oportunidad ante la Jurisdicción en procura de obtener el reconocimiento de los derechos que le habrían sido desconocidos con la expedición del correspondiente acto administrativo (...).

En consecuencia, la alternativa que le abre la ley para que pueda demandar la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en, o como consecuencia de, la ilegalidad de los actos administrativos previos, si bien le permite elevar pretensiones para que dichos actos previos también sean judicialmente declarados nulos, lo cierto es que ya no podrá pretender y menos obtener resarcimientos o indemnizaciones de carácter económico o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de sus derechos, puesto que en cuanto dicho interesado dejó operar la caducidad en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la oportunidad que tiene en esta nueva etapa para demandar esos mismos actos previos se encuentra limitada, como el propio texto de la ley lo determina, a reclamar la declaratoria de "(...) ilegalidad de los actos previos solamente como fundamento de [la] nulidad absoluta del contrato".

La tercera hipótesis corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de enero de 2014, expediente 30250. La línea jurisprudencia contenida en el fallo referido consta de las siguientes providencias: Sección Tercera, auto del 13 de diciembre de 2001, expediente 1977; Sección Tercera, sentencia del 13 de marzo de 2006, expediente 27995; Sección Tercera, auto del 1º de abril de 2009, expediente 36124; Sección tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, expediente 19936; Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de febrero de 2012; Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, expediente 24059.



la declaratoria de ilegalidad de los actos previos, pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiere ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal”.

Ahora bien, si en el marco de esta tercera eventualidad se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente». (Negrilla del texto original, subrayado añadido).

3.2.1. En atención al derrotero normativo y jurisprudencial expuesto, se determinará, con base en las pruebas obrantes en el proceso, a cuál de las tres (3) hipótesis temporales se ajusta el presente asunto.

Está acreditado que la resolución núm. 26, por medio del cual la UAESP adjudicó el concurso público núm. 04 de 2005, fue proferida el 27 de febrero de 2006³⁰ y notificada ese mismo día³¹. Asimismo, se encuentra probado que el contrato núm. 89 se celebró el 7 de marzo de 2006³² y la demanda se presentó el 27 de febrero de 2008³³. De esta forma, la demanda fue radicada cuando ya se había celebrado el contrato estatal.

En el marco de lo expuesto, como el contrato se celebró antes del cumplimiento de los 30 días siguientes a la notificación del acto de adjudicación, **el caso que se estudia se ubica en la tercera hipótesis de las previamente referenciadas y, por consiguiente, la acción procedente para procurar la nulidad del acto de adjudicación y del negocio jurídico derivado de aquél era la contractual, como ocurrió en el sub *júdice*.**

3.3. Visto lo anterior, se deberá determinar si, la acción contractual promovida se formuló de manera oportuna para reclamar tanto la nulidad del acto administrativo de adjudicación, contenido en la resolución núm. 26 del 27 de febrero de 2006,

³⁰ Folios 1 a 26 del cuaderno 2.

³¹ Folios 106 a 109 del cuaderno 2.

³² Folios 28 a 48 del cuaderno 2.

³³ Apartado 2.1.



como la nulidad del contrato núm. 89 del 7 de marzo de 2006 y el consecuencial restablecimiento del derecho.

El artículo 136.10 literal e) del CCA prescribe el término de caducidad de las acciones contractuales, cuando se pretende la nulidad absoluta del contrato, será de “dos (2) años, siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento”. (Subrayado añadido).

Adicionalmente, como se dejó expuesto en párrafos anteriores, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, cuando la demanda en ejercicio de la acción contractual se presenta por fuera del término de los 30 días que la ley le da al administrado para impugnar el acto precontractual, si bien puede analizarse la validez del contrato, con fundamento en el estudio de legalidad del respectivo acto precontractual, no habrá lugar a pronunciamiento alguno en relación con los posibles perjuicios que alegue haber sufrido el demandante como consecuencia de tal decisión administrativa, por resultar extemporáneas tales pretensiones.

3.3.1. En el presente asunto, se observa que el contrato núm. 89 se perfeccionó el siete (7) de marzo de dos mil seis (2006). Por lo tanto, el término de caducidad de la acción de controversias vencía el ocho (8) de marzo de dos mil ocho (2008) y como la demanda se presentó el veintisiete (27) de febrero de dos mil ocho (2008), **resulta forzoso concluir que la acción fue ejercida en el término bial previsto por la ley, pero únicamente, frente a la pretensión anulatoria del contrato demandado, con fundamento en la ilegalidad del acto de adjudicación, mas no frente a las pretensiones indemnizatorias de la demanda, toda vez que ellas se derivan del acto administrativo ilegal, que debió ser impugnado dentro de los 30 días siguientes a su notificación.**

En este orden de ideas, la Sala limitará el estudio precedente a las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del contrato con base en la ilegalidad del acto de adjudicación, puesto que, debido a la caducidad de la acción frente a las pretensiones de restablecimiento del derecho, no es posible considerarlas.

3.4. Las Sociedades CIC Geomatica S.A. y Plataforma Ingeniería y Cía Ltda., quienes conformaron la Unión Temporal Plataforma Ambiental y participaron en el concurso público núm. 004 de 2005, están **legitimados por activa** para pedir la declaración de nulidad absoluta del contrato de consultoría núm. 89 del 7 de marzo de 2006, protestando la ilegalidad del acto precontractual de adjudicación, resolución núm. 26 del 27 de febrero de 2006, cuya nulidad también pidieron. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 87 del CCA, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que dispone que *“cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato”*. Interés directo que, en el *sub examine*, se traduce en la



participación efectiva que tuvieron los accionantes en el proceso de selección adelantado por la demandada y en el que resultaron vencidos³⁴.

3.4.1. La UAESP está **legitimado por pasiva**, toda vez que es la entidad que profirió el acto administrativo demandado y celebró el contrato respecto del cual se pidió la declaratoria de nulidad absoluta³⁵.

3.4.2. El Consorcio MV Ingenieros Ltda.–Consultoría Colombiana S.A., que fue vinculado al proceso como litisconsorte necesario, está **legitimado por pasiva**, comoquiera que fue el adjudicatario del contrato objeto de reproche³⁶.

IV. PROBLEMA JURÍDICO

4.1. Sea lo primero recordar que el recurso de alzada fue interpuesto tan sólo por la parte demandante y, por consiguiente, la **competencia funcional** de la Sala en esta instancia debe girar, fundamentalmente, en torno a las razones que esta aduce como motivos de inconformidad³⁷.

4.2. Ahora bien, la parte actora insistió, en su escrito de alzada, en que la resolución núm. 26 del 27 de febrero de 2006, por medio de la cual la UAESP adjudicó al Consorcio HMV Ingenieros Ltda.–Consultoría Colombiana S.A. el concurso público núm. 004 de 2005, es nula, argumentando que la propuesta presentada por la UT Plataforma Ambiental era la mas favorable para la administración y nunca debió ser rechazada por incumplir con la exigencia derivada de la certificación de pago de los aportes parafiscales en favor del CBF, pues —en su concepto— esto fue debidamente acreditado con certificación aportada con la propuesta, y con la suscripción de acuerdo de pago respaldado con pagarés frente a la deuda que tenía con dicha entidad, documentos de los que se derivan el cumplimiento cabal de sus obligaciones, como lo exigían los pliegos de condiciones y el artículo 50 de la Ley 789 de 2003.

4.3. Así las cosas, la Sala se plantea los siguientes **problemas jurídicos**:

¿Incurrió en violación del debido proceso la UAESP, al exigir aclaración de la certificación con la que la UT acreditó el pago de los aportes parafiscales al ICBF e interpretar los documentos entregados con fines de aclaración en sentido contrario a lo que aquella indicaba?

¿Incurrió en falsa motivación la UAESP, al declarar inhábil y, en consecuencia, rechazar la oferta presentada por la UT Plataforma Temporal, dentro del concurso público núm. 004 de 2005, debido a la falta de acreditación del pago de los

³⁴ Acta de cierre del concurso público 004 de 2005 en la que se acreditó que la UT Plataforma Ambiental presentó oportunamente su propuesta. Folios 182 a 183 del cuaderno 2.

³⁵ Resolución núm. 26 de 2006 expedida por la UAESP, por la cual se adjudicó al Consorcio MV Ingenieros Ltda. – Consultoría Colombiana S.A. el concurso publico núm. 004 de 2005. Folios 4 a 26 del cuaderno 2.

³⁶ *ibidem*

³⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación del 6 de abril de 2018, expediente 46005.



aportes parafiscales en favor del ICBF, pese a que esa UT presentó prueba de la suscripción de acuerdo de pago con el ICBF respaldado con pagarés en relación con esas obligaciones?

Consideraciones sobre el problema jurídico planteado

4.3.1. Examinado el expediente, se observa que la UAESP profirió la Resolución 150 del 2 de septiembre 2005³⁸, “por la cual se ordena la apertura del Concurso Público 004 de 2005, para contratar la interventoría integral para los contratos que el Distrito celebre o haya celebrado, relacionados con el relleno sanitario Doña Juana”. En los pliegos de condiciones del concurso³⁹, junto con sus respectivas adendas⁴⁰, se estableció, entre otros aspectos, que quienes desearan participar en el proceso de selección, debían cumplir con los siguientes requisitos:

“(…) **1.1.7.3. Certificación de pagos de seguridad y aportes parafiscales:** El proponente deberá cumplir con lo dispuesto en la Ley 789 de 2002 y la Ley 828 de 2003 según los requerimientos de los presentes término de referencia. En el caso de Consorcios o Uniones Temporales, cada uno de los integrantes deberá presentar esta certificación en original. La presentación de este documento no es subsanable y su no presentación generará el rechazo de la propuesta.

“(…) **2.1.1.8. Certificación de pago de los aportes de los empleados al sistema de seguridad social integral y aportes parafiscales:** Las personas naturales y jurídicas deberán acreditar con su propuesta, el pago de aportes de sus empleados a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las cajas de compensación familiar, ICBF y SENA, cuando a ello haya lugar, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley 789 de 2002. En el caso de las personas jurídicas la certificación deberá ser suscrita por el revisor fiscal o en su defecto por el representante legal de la sociedad. Su omisión no será subsanable y generará el rechazo de a oferta. En el caso de los consorcios o uniones temporales, cada uno de sus integrantes deberá presentar en forma independiente la certificación que acredita el pago de aportes parafiscales. LA OMISIÓN DE ESTE CERTIFICADO NO SERÁ SUBSANABLE Y GENERARÁ EL RECHAZO DE LA PROPUESTA.

“(…) **3.1.5. Rechazo de las propuestas:** Una propuesta será admisible cuando haya sido presentada oportunamente y se ajuste a los términos de referencia. Se considera ajustada a los términos de referencia, la propuesta que cumpla todos y cada uno de los requisitos establecidos y no se encuentre incurso en ninguna de las siguientes causales:

- Cuando la propuesta esté incompleta por no incluir alguno de los documentos exigidos en estos términos de referencia o cuando contenga defectos insubsanables, de acuerdo con lo previsto en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. (…)

³⁸ Folios 166 a 167 del cuaderno 2.

³⁹ Folios 127 a 165 del cuaderno 1.

⁴⁰ Folios 168 a 181 del cuaderno 4 (Adendas No. 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7).



- En los demás casos expresamente establecidos en los presentes términos de referencia. (Las causales de rechazo deben ser expresas por ser sanciones para el oferente)".

4.3.2. Como se puede extraer del contenido textual de los numerales precitados, la exigencia de que los proponentes certifiquen estar al día en el pago de los aportes parafiscales se encuentra soportada en las previsiones contenidas en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, modificado por el artículo 1º de la Ley 828 de 2003, que reguló lo referente al control de la evasión de los recursos parafiscales⁴¹. En dicha normatividad se determinó que los particulares —personas jurídicas o naturales— que pretendan celebrar, renovar o liquidar un contrato de cualquier naturaleza con entidades del sector público deberán cumplir, cuando a ello haya lugar, con sus obligaciones de pago a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a Cajas de Compensación Familiar, ICBF y SENA.

En consonancia con lo anterior y con el fin de controlar tal exigencia, el legislador, en la normativa antes referida, le otorgó a las autoridades la competencia de verificar el cumplimiento en el pago de los aportes en distintos momentos, así: *i*) verificar la observancia de tales obligaciones al liquidar el negocio jurídico, con la constatación de que estas se efectuaron durante toda su vigencia y, si se advierte que el contratista no realizó los aportes, la entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuar el giro directo de los recursos a los correspondientes sistemas; *ii*) al momento de contratar, podrá requerir a la persona jurídica que va a suscribir el negocio, para que acredite el pago de los respectivos aportes en relación con sus empleados, a

⁴¹ "Artículo 50. Control a la evasión de los recursos parafiscales. La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas. // En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento. // Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato. En el evento en que la sociedad no tenga más de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución. // Para la presentación de ofertas por parte de personas jurídicas será indispensable acreditar el requisito señalado anteriormente. El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta. // Para poder ejercer el derecho de movilidad de Administradora de Riesgos Profesionales o Caja de Compensación, el empleador se debe encontrar al día con los sistemas de salud y pensiones (...). // PARÁGRAFO 2º., <modificado por el artículo 1º de la Ley 828 de 2003> será obligación de las entidades estatales incorporar en los contratos que celebren, como obligación contractual, el cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral, parafiscales (Cajas de Compensación Familiar, Sena e ICBF) por lo cual, el incumplimiento de esta obligación será causal para la imposición de multas sucesivas hasta tanto se dé el cumplimiento, previa verificación de la mora mediante liquidación efectuada por la entidad administradora. (Subrayado añadido).



través de una certificación expedida por el revisor fiscal, cuando exista por requerimiento de la ley, o por el representante legal, en donde conste el referido cumplimiento en un término no inferior a los 6 meses anteriores a la celebración del contrato o, en caso de que la sociedad tenga menos de 6 meses de constitución, debe demostrar dichos pagos desde la fecha de su creación; y *iii*) solicitar, de forma ineludible, a las personas jurídicas la acreditación mencionada en el punto anterior cuando presenten ofertas en procesos de selección. En todos los supuestos, la falta de revisión de la realización de los aportes supone la configuración de la causal de mala conducta del servidor o servidores encargados de ello.

La Sección Tercera de esta Corporación aclaró el alcance del artículo precitado⁴², en los siguientes términos:

“1. El artículo 50 de la Ley 789 de 2002 tiene como principal objetivo evitar la evasión por parte de los empleadores de las cotizaciones al sistema de seguridad social y de los aportes parafiscales destinados al Instituto Colombiano de Bienestar familiar, las Cajas de compensación y el Sena.

2. Para lograr la finalidad señalada, el legislador impuso a las entidades públicas la obligación de verificar, en los procesos de selección de contratistas y en la ejecución y liquidación de los contratos, que tanto los oferentes como los contratistas hayan realizado los aportes respectivos, no desconociendo los derechos reconocidos a los trabajadores.

3. No obstante lo anterior, la norma otorga la posibilidad de que aquella entidad pública que durante la ejecución del contrato no haya solicitado las certificaciones del pago de los aportes parafiscales y a los sistemas de seguridad social en salud y pensiones, lo haga en el momento de la liquidación, cerciorándose de que las obligaciones referenciadas se han cumplido durante el tiempo de vigencia del negocio jurídico.

4. Cuando se contrate con personas jurídicas, la obligación se extiende también a la comprobación de aquellos aportes que corresponde por ley realizar a sus empleados, a través de certificación expedida por el revisor fiscal cuando este sea necesario o por el representante legal de la entidad.

5. En caso de que se compruebe un incumplimiento en el pago de los aportes parafiscales y al Sistema General de Seguridad Social, la ley otorga la facultad a la entidad pública de retener el monto adeudado y hacer las consignaciones correspondientes” (subrayado añadido).

En atención a lo expuesto en precedencia, se reitera que lo indicado en los pliegos de condiciones, sobre el deber de certificar los pagos de los aportes parafiscales a cargo de quien pretendía ofertar y contratar con la UAESP, so pena de que su incumplimiento genere el rechazo de la oferta guarda consonancia y relación con lo regulado en la norma desarrollada.

4.3.3. Esclarecido lo anterior y con miras a resolver el problema jurídico planteado, se hace necesario poner de presente el proceder de la UT Plataforma Ambiental en el marco del Concurso Público núm. 004 de 2005, respecto a la certificación de

⁴² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2011, expediente 2005-00409-01(AP).



pago de los aportes parafiscales en favor del ICBF⁴³, y la consecuente actuación de la entidad pública contratante:

4.3.3.1. La UT Plataforma Ambiental presentó, dentro del plazo establecido en el cronograma del pliego, su propuesta⁴⁴. Junto con esta, se aportaron, además, las certificaciones de paz y salvo respecto al pago de aportes parafiscales de cada una de las sociedades que integraron la UT referida⁴⁵, específicamente en lo que se refiere a la sociedad Plataforma Ingeniería y Cía Ltda. se observa que dicho documento fue suscrito por su representante legal.

4.3.3.2. El treinta (30) de septiembre de dos mil cinco (2005)⁴⁶, el comité evaluador de la UAESP, conformado mediante la Resolución 165 de 2005⁴⁷, publicó los resultados de la evaluación jurídica, técnica y financiera de las ofertas presentadas por los proponentes en el concurso público núm. 004 de 2005. En esta evaluación, la UT Plataforma Ambiental obtuvo la calificación mas alta, con 999,29 puntos, situándose en el primer orden de elegibilidad. Adicionalmente, se observa que en el acápite referente a *“la certificación de pago de los aportes de los empleados al sistema de seguridad social y aportes parafiscales”*, el comité precisó que todos los integrantes de la UT Plataforma Ambiental cumplían en debida forma dicha exigencia.

4.3.3.3. El siete (7) de octubre de dos mil cinco (2005)⁴⁸, el representante legal del Consorcio Ingetec C.C.C. presentó observaciones sobre la evaluación realizadas a la propuesta presentada por la UT Plataforma Ambiental, con el propósito de que la UAESP la rechazara, *“por no cumplir con lo establecido en los numerales 1.1.7.3, 2.1.1.8 y las causales del numeral 3.1.5 de los términos de referencia del concurso público No. 004 de 2005”*. Al punto aseguró:

“En el caso en concreto, la propuesta presentada por la UT Plataforma Ambiental, contiene las certificaciones de pago a aportes parafiscales suscritos por los revisores fiscales de cada una. Sin embargo, de las empresas CIC Geomatica S.A., Plataforma y Cía Ltda. (...), miembros de esta UT, se presentan certificaciones emitidas por el ICBF (...), las cuales presentan información diferente a la certificada por lo representantes legales o revisores fiscales de dicha firma en el sentido de certificar que estos pagos no se han realizado de manera continua durante los últimos 6 meses tal y como lo exige la Ley, en estas empresas.

Lo anterior implica, que estamos frente a una eventual y presunta falsedad en documento, además de que la propuesta no puede ser aceptada, puesto que la

⁴³ La Ley 7ª de 1979 dispuso, en su artículo 39.4 modificado por la Ley 89 de 1988, que el patrimonio del ICBF está constituido, entre otros conceptos, por *“el 3% del valor de las nóminas mensuales de salarios de todos los patronos de entidades públicas o privadas”*; asimismo el artículo 39.5 *ejusdem*, adicionado por el artículo 25 de la Ley 225 de 1995, estableció que los aportes referidos en precedencia se entienden como *“contribuciones parafiscales”*.

Las cargas o contribuciones parafiscales del ICBF están contempladas en artículo 39, numeral 4º

⁴⁴ Folios 182 a 183 del cuaderno 2.

⁴⁵ Folios 250 a 254 del cuaderno 5.

expedidas por los revisores fiscales o por el representante legal de cada una de las sociedades)

⁴⁶ Folios 49 a 57 del cuaderno 1.

⁴⁷ Folios 192 a 193 del cuaderno 1.

⁴⁸ Folios 1 a 7 del cuaderno 5.



misma fue presentada sin el lleno de los requisitos legales exigidos en los términos.

En razón de lo anterior, consideramos importante que la entidad verifique la información suministrada, compulse copias a la Fiscalía si así lo encuentra necesario y declare la propuesta NO ELEGIBLE (...).

4.3.3.4. El doce (12) de octubre de dos mil cinco (2005)⁴⁹, el representante legal de la UT Plataforma Ambiental dio respuesta a un requerimiento efectuado por el comité evaluador de la UAESP, “respecto al pago de aportes parafiscales, y específicamente los relativos al ICBF”, en los siguientes términos:

“En el numeral 1.1.7.3 y 2.1.1.8. de los términos de referencia se fija como requerimiento la acreditación del pago de los aportes de los empleados al sistema de seguridad social integral y aportes parafiscales (...). Este requerimiento fue cumplido cabalmente por la UT como consta en la propuesta.

Es importante resaltar que el artículo 50 de la Ley 789, así como la Ley 828 de 2003 y las circulares 50 y 51 de la Contaduría General de la Nación, han insistido en que la acreditación del pago de los aportes parafiscales es requisito sustancial para la CELEBRACIÓN DE CONTRATOS y no para la presentación de las propuestas (...).

Adicionalmente, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 complementa el concepto anterior al establecer de manera taxativa que: “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no es necesaria para la comparación de propuestas, no servirá suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”.

Los revisores fiscales y los representantes legales al manifestar que los aportes parafiscales de salud y de seguridad social han sido realizados, son fedatarios de las actividades financieras de la compañía y por tanto su certificación incluida en la oferta respecto del pago de dichos aportes, no puede ser puesta en duda bajo ningún pretexto. Así las cosas, no se requerirá de documento alguno para sustentar el pago de dichos aportes por cuanto cada una de las firmas proponentes de la oferta incluyó certificación suscrita por el revisor fiscal y en el caso de Plataforma Ingeniería y Cía. Ltda., por el representante legal, con base en el principio de buena fe consagrado en la Constitución Nacional.

No obstante lo anterior, y con el fin de dar atenta respuesta a su requerimiento, nos permitimos anexar al presente escrito copia de los documentos que confirman que las empresas anotadas, han venido cumpliendo a cabalidad con las obligaciones de los aportes parafiscales, ya sea mediante la cancelación mensual de sus aportes, o por el cumplimiento de acuerdos de pagos vigentes, o por la no obligación de pagos, al ICBF. Los documentos que se anexan [relevantes para el caso bajo estudio] son los siguientes:

1. CIC Geomatica S.A.

- *Certificación de la Coordinadora del grupo de recaudos del ICBF Regional Bogotá suscrita el 31 de agosto de 2005, mediante la cual declara que la empresa CIC Geomatica S.A. no está obligada al pago de aportes por cuanto no tiene personal vinculado laboralmente desde mayo de 2001⁵⁰.*

2. Plataforma Ingeniería y Cía Ltda.

⁴⁹ Folios 8 a 9 del cuaderno 5.

⁵⁰ Folio 270 del cuaderno 5.



- Certificación de la coordinadora del Grupo de Recaudo del ICBF Regional Bogotá, expedida el 31 de agosto de 2005, mediante la cual se establece la vigencia del acuerdo de pago para el período comprendido entre junio de 2003 a junio de 2005⁵¹. Que en su cuerpo textual establece:

“Que la empresa: Plataforma Ingeniería y Cía Ltda. identificado con No. NIT 830.032.779-7 suscribió el pagaré No. 22/2005/578 a favor del ICBF Regional Bogotá, por Aportes Parafiscales, correspondientes a las vigencias de: primero de junio de 2003 al 30 de junio de 2005, del cual efectuó pago del 20% el día 12 de agosto de 2005, por valor de \$824.000, quedando pendiente por cancelar la suma de \$3.366.996 en ocho (8) cuotas mensuales”.

- Certificación de la coordinadora del Grupo de Recaudo del ICBF Regional Bogotá, expedida el 12 de octubre de 2005, mediante la cual se establece la vigencia del acuerdo de pago a esta fecha y se registra el pago de la primera cuota el día 30 de septiembre⁵². Que en su cuerpo textual establece:

“Que la empresa: Plataforma Ingeniería y Cía Ltda. identificado con No. NIT 830.032.779-7 suscribió el pagaré No. 22/2005/578 a favor del ICBF Regional Bogotá, por Aportes Parafiscales del 3%, correspondientes a las vigencias de: junio de 2003 a junio de 2005, del cual efectuó pago de la primera cuota el día 30 de septiembre de 2005, por valor de \$427.937, quedando pendiente por cancelar siete (7) cuotas por valor total de \$2.939.059”.

- Certificación suscrita por el Representante Legal y la contadora confirmando que a la fecha la empresa ha efectuado todos sus pagos por concepto de aportes parafiscales y ha cumplido cabalmente con el acuerdo de pago suscrito por el ICBF el 31 de agosto de 2005”. (subrayado añadido).

4.3.3.5. El dieciocho (18) de octubre de dos mil cinco (2005)⁵³, el comité evaluador de la UAESP respondió la observación presentada por el Consorcio Ingetec C.C.C. sobre la propuesta presentada por la UT Plataforma Ambiental con respecto a los pagos de parafiscales, en los siguientes términos:

“Con base en las observaciones presentadas por la firma Ingetec y mediante comunicación UAESP 6864 del 10 de octubre de 2005, el comité evaluador solicitó a la UT Plataforma Ambiental, realizar las aclaraciones correspondientes sobre el pago de los aportes parafiscales al ICBF. En respuesta la UT Plataforma Ambiental mediante oficio radicado en la UESP con número 009252 del 12 de octubre de 2005 presentó las aclaraciones correspondientes, anexando los soportes documentales que confirman que las empresas que integran la UT Plataforma Ambiental han venido cumpliendo con las obligaciones de los aportes parafiscales, como se puede constatar con los anexos aportados (...).

La UAESP precisa que lo solicitado en los términos de referencia del concurso público 004 de 2005 en los numerales 1.1.7.3 y 2.1.1.8, era la acreditación del pago de los aportes de los empleados al sistema de seguridad social integral y aportes parafiscales (...). Requisito que se cumplió por parte del proponente UT Plataforma Ambiental en la propuesta presentada.

La UT Plataforma Ambiental con los documentos aportados en respuesta al requerimiento efectuado por la UESP demuestra que ha cumplido con el pago de los aportes parafiscales y que se encuentra al día.

⁵¹ Folio 268 del cuaderno 5.

⁵² Folio 283 reverso del cuaderno 5.

⁵³ Folios 67 a 92 del cuaderno 1.



Los documentos solicitados por la UESP y aportados por la UT Plataforma Ambiental no son necesarios para la comparación de propuestas y no sirven de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos, tal como lo establece el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. Por lo anterior, la UESP precisa que la UT Plataforma Ambiental cumple con lo establecido en los términos de referencia del concurso 004 de 2005”.

Con base en lo anterior, el comité evaluador de la UAESP ratificó que la UT Plataforma Ambiental cumplía a cabalidad con la certificación de pago de los aportes parafiscales en favor del ICBF y, consecuentemente, mantuvo su concepto de que esta debía ser la propuesta elegida.

4.3.3.6. El treinta y uno (31) de octubre de dos mil cinco (2005)⁵⁴, la gerente de la UAESP publicó la evaluación definitiva de las propuestas presentadas por los proponentes en el concurso público núm. 004 de 2005. En dicho documento, se apartó del orden de elegibilidad sugerido por el comité evaluador y declaró como no elegible la propuesta presentada por la UT Plataforma Ambiental, con base en los siguientes argumentos:

“La UT Plataforma Ambiental no ha pagado la totalidad de los aportes parafiscales, en particular al ICBF, como lo ordena el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, de suerte que su propuesta debe ser evaluada como NO ELEGIBLE, o sea RECHAZADA, pues la ley exige el pago de los aportes parafiscales y no un mero acuerdo de pago, que de hecho es una confesión de la ausencia de pago. (...) Específicamente, refirió que aun cuando es cierto “que la empresa Plataforma Ingeniería y Cía Ltda. (integrante de la UT referida) no pagó durante 25 meses los aportes parafiscales, pero ya suscribió un acuerdo de pago con el ICBF, en el cual incluso ya abonó el 20%, [dicho acontecer] es justamente la muestra del incumplimiento del deber pagar –no prometer pagar– los aportes parafiscales”.

En cuanto a los argumentos plasmados por el comité evaluador con los que se ratificó en que la UT Plataforma Ambiental cumplía con lo establecido en los términos de referencia del concurso 004 de 2005, referente al pago de aportes parafiscales, estimó que este “no se detuvo en el análisis de la verdad material sino que se conformó con la verdad formal: como los términos de referencia señalaban que la certificación del cumplimiento de los aportes parafiscales debía ser suscrita por el revisor fiscal o el representante legal y como este efectivamente certificó que cada uno de los integrantes de la UT plataforma Ambiental había satisfecho [sic] con esta obligación, el comité infiere entonces que este requisito se había cumplido. Empero lo que la ley exige no es solo quien debe firmar determinada aseveración, sino si tal aseveración es cierta o no. No podría ser de otra manera, en un Estado Social de Derecho, en donde las ritualidades están al servicio de un valor sustancial determinado”. (Subrayado añadido).

4.3.3.7. El primero (1º) de noviembre de dos mil cinco (2005)⁵⁵, la representante legal de la UT Plataforma Ambiental solicitó a la gerente de la UAESP respetar el orden de elegibilidad preexistente, emitido por el comité evaluador, y corregir la “evaluación definitiva” en razón a que:

“(...) no cabe la más mínima duda que desde el punto de vista jurídico, la causal de rechazo aducida para nuestra propuesta es inexistente y que el “mero acuerdo de pago” equivale a un real y efectivo pago de la obligación, hecho mediante la

⁵⁴ Folios 93 a 100 del cuaderno 1.

⁵⁵ Folios 110 a 112 del cuaderno 1.



entrega de un título valor de contenido crediticio, y por lo tanto el desconocimiento de una realidad jurídica irrefutable, sin duda se aparta de manera fehaciente de los principios que regulan la contratación estatal, el régimen de extinción de obligaciones, el Código de Comercio, las normas transcritas que sirven de fundamento a los acuerdos de pago celebrado con el ICBF, y por consiguiente generaría responsabilidad de toda índole tanto para los funcionarios como para la entidad pública que usted representa”.

4.3.3.8. El veintisiete (27) de febrero de dos mil seis (2006)⁵⁶, la UAESP, en audiencia pública de adjudicación, dio lectura a la resolución núm. 26 de 2006⁵⁷, en la que “*adjudicó al Consorcio HVM Ingenieros Ltda. – Consultoría Colombiana S.A., el contrato resultante del Concurso Público No. 04 de 2005*”.

4.3.3.9. El siete (7) de marzo de dos mil seis (2006)⁵⁸, la UAESP suscribió con el Consorcio HVM Ingenieros Ltda. – Consultoría Colombiana S.A. el contrato de consultoría núm. 89 de 2006, derivado del concurso público núm. 004 de 2005, con un precio de \$8.865'847.620 y una duración de cinco (5) años.

4.3.4. En atención a lo acreditado anteriormente, se observa que la UT Plataforma Ambiental consideró, a lo largo del Concurso Público núm. 004 de 2005, que la exigencia, contenida en los términos de referencia, atinente a certificar el pago de los aportes parafiscales en favor del ICBF, por los últimos 6 meses, fue cumplido a cabalidad por cada uno de sus integrantes. Específicamente –aseguró– en relación con la Sociedad Plataforma Ingeniería y Cía Ltda., que: *i)* la sola certificación de pago suscrita por el representante legal de la sociedad bastaba para acreditar dicha exigencia; y que *ii)* un acuerdo de pago suscrito con el ICBF sobre dicha obligación suplía el cumplimiento de lo requerido. Los dos argumentos mencionados resultan ser los mismos que se discuten en el caso *sub examine*, por lo que se procederá a validar su veracidad y su validez.

4.3.4.1. Sobre la primera afirmación, se advierte que de una interpretación literal del artículo 50 de la Ley 789 de 2002⁵⁹ se infiere, *prima facie*, que el requisito exigido a las personas jurídicas de acreditar el pago de los aportes parafiscales para presentar ofertas en un proceso de contratación pública se cumple simplemente con el aporte de una certificación expedida por el revisor fiscal o por el representante legal, como en efecto sucedió en el presente asunto⁶⁰. No obstante, para la Sala tal exigencia resulta insuficiente para cumplir con el cometido y finalidad que la norma en mención pretende, por las siguientes razones.

La Ley 789 de 2002 fue expedida con el fin de promover la empleabilidad, desarrollar el sistema de protección social y controlar la evasión de los aportes a la seguridad social y los recursos parafiscales⁶¹. Estos últimos, son entendidos como las

⁵⁶ Folios 4 a 26 del cuaderno 1.

⁵⁷ Folios 4 a 26 del cuaderno 1.

⁵⁸ Folios 28 a 48 del cuaderno 3.

⁵⁹ Artículo analizado en el apartado 4.3.2.

⁶⁰ Apartado 4.3.3.1.

⁶¹ Gaceta del Congreso núm. 542 del 24 de julio de 2018, Acápito referido a la descripción de la reforma laboral – Ley 789 de 2002, en la que se plasmó: “*Desde un punto de vista conceptual, la Ley 789 de 2002 puede dividirse en cuatro partes parcialmente independientes. La primera se*



contribuciones de carácter obligatorio impuestas legalmente a los empleadores, cuyo monto se determina sobre la base gravable de la nómina total de trabajadores y no solo benefician estos últimos, sino también al sostenimiento del ICBF, SENA y las Cajas de Compensación Familiar⁶².

Así, la Sala comprende que la intención del legislador al implementar, en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, la exigencia de que las personas jurídicas interesadas en presentar ofertas en un proceso público acreditaran estar al día en el pago de aportes parafiscales iba más allá de la formalidad de allegar una certificado, pues lo que realmente pretendía era evitar la mora en el pago de tales contribuciones con una sanción, traducida en impedir la participación de las sociedades deudoras en procesos públicos de selección.

En tales condiciones y siguiendo la misma línea interpretativa, en el presente caso, la gerente de la UAESP estimó, al momento de publicar la evaluación definitiva de las ofertas y contrariando la recomendación del comité evaluador⁶³, que la sola certificación aportada por el representante legal de la Sociedad Plataforma Ingeniería y Cía Ltda., en la que manifestó estar al día en el pago de aportes parafiscales, resultaba insuficiente para determinar con certeza si la obligación exigida tanto en los pliegos como en la Ley había sido cumplida a cabalidad. Actuación que, a juicio de la Sala, resulta acorde a la intención de la norma referida interpretada conforme al principio de transparencia en la contratación pública⁶⁴, en cuanto permite inferir que el licitador público tiene la facultad de verificar, a través de medio idóneo, la veracidad de las afirmaciones contenidas en una certificación con la que se pretenda acreditar un hecho, como en el presente asunto lo era el pago efectivo de los aportes parafiscales en favor del ICBF.

ocupa de acopiar recursos para atender las necesidades inmediatas de los desempleados. Los recursos provienen de un cambio en la destinación de las contribuciones parafiscales, especialmente de aquellas administradas por las Cajas de Compensación Familiar. Por mandato legal, los programas previstos, consistentes en subsidios en dinero y especie y planes de capacitación, se focalizan mayoritariamente hacia los desempleados con vinculación anterior a las Cajas de Compensación. // La segunda parte incluye la creación de varios estímulos para la generación de empleo. Los estímulos son de varios tipos: subsidios al empleo, recursos de crédito para empresas pequeñas y medianas, y exención de parafiscales para empresas que empleen personas vulnerables y estudiantes [...]. La tercera parte consiste en la reglamentación de los contratos de aprendizaje y en la regulación del mercado de trabajo para los aprendices [...]. // La cuarta parte de la Ley 789 de 2002, comprende varias disposiciones orientadas a flexibilizar los contratos laborales [...].

⁶² LEY 21 de 1982; LEY 27 de 1974; LEY 7 de 1979 y LEY 119 de 1994.

⁶³ Apartado 4.3.3.6.

⁶⁴ «De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, "la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines". Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal. // El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe "edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración". // En consecuencia, con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. [...]». CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 31 de enero de 2011, expediente 17767.



En consecuencia, se concluye que la decisión proferida por la gerente de la UAESP, al considerar insuficiente el aporte de la certificación de paz y salvo respecto al pago de aportes parafiscales para acreditar el requisito exigido en los pliegos, no resultó violatoria del debido proceso administrativo. *Contrario sensu*, la administración con dicho proceder buscó siempre la verificación de que el contenido del documento mencionado fuera cierto y veraz, máxime cuando uno de los proponentes advirtió, dentro del trámite licitatorio, una inconsistencia entre lo afirmado en el certificado y la realidad⁶⁵.

4.3.4.2. De otro lado, la parte actora afirmó que un acuerdo de pago suscrito con el ICBF sobre la obligación de cancelar los aportes parafiscales suplía el cumplimiento de lo requerido en los pliegos para tener como hábil la oferta presentada por estos. Sin embargo, como se expone a continuación, la Ley no previó la posibilidad de tener un acuerdo de pago vigente como forma de reemplazar el cumplimiento del requisito mencionado.

Como sustento del recurso de alzada, la parte actora aduce que el acuerdo de pago firmado por el ICBF es equivalente al cumplimiento de su obligación de pagos parafiscales, toda vez que, al haberse producido la novación, dicho documento “*extinguió una deuda en mora para darle vida a una nueva, sujeta a nuevos términos y plazos*”. Pero, aun cuando la novación, según el artículo 1687 del Código Civil, es un modo de extinguir las obligaciones mediante “*la sustitución de una nueva obligación a otra anterior*”, lo cierto es que el artículo 1708 *ejusdem* advierte que “*la mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación*”.

En tales condiciones, se observa que el Decreto 1870 de 1986 “*por el cual se dictan normas tendientes a la exacta recaudación de las rentas del ICBF*” autorizó a dicha entidad para que otorgara plazos a los empleadores que le adeudaran sumas de dinero por concepto de cargas parafiscales⁶⁶. Para que dichos empleadores obtuvieran ese beneficio tenían el deber de otorgar una garantía en la que se estipulara el sistema de amortización gradual de la deuda; con ello, el ICBF expediría un certificado provisional de pago, apto para habilitar el reconocimiento de la deducción por salarios al momento de declarar renta ante la DIAN⁶⁷. Pero, el mismo decreto estableció que la mora respecto de alguna de las cuotas convenidas conlleva la anulación del certificado de pago otorgado⁶⁸.

⁶⁵ Apartado 4.3.3.3.

⁶⁶ DECRETO 1870 DE 1986. “*Artículo 2º. Autorízase al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que con miras al adecuado recaudo de sus ingresos de ley y conforme a las competencias señaladas en sus estatutos, otorgue plazos a los empleadores que le adeuden sumas de dinero por concepto de la carga parafiscal que le asignó la Ley 7º de 1979, artículo 39, numeral 4º; y por sus intereses, siempre y cuando que la garantía ofrecida por cada deudor resulte satisfactoria a juicio del director de la entidad o su delegado*”.

⁶⁷ DECRETO 1870 DE 1986. “*Artículo 3º Cuando se otorguen los plazos a que se refiere el artículo anterior, el interesado deberá otorgar la correspondiente garantía; y en el respectivo documento se estipulará el sistema de amortización gradual de la deuda. // A su vez, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar expedirá un certificado provisional de pago, que habilitará el reconocimiento de la deducción por salarios a que se refieren el parágrafo del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974 y el artículo 45 de Ley 7º de 1979*”.

⁶⁸ DECRETO 1870 DE 1986. “*Artículo 4º. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el simple retardo en el cubrimiento de alguna de las cuotas convenidas, hará nulo el certificado de pago*”.



Por consiguiente, en el *sub examine*, el acuerdo de pago suscrito entre el ICBF y la Sociedad Plataforma Ingeniería y Cía. Ltda. respecto de las sumas que esta última adeudaba al Instituto por concepto de aportes parafiscales no generó un cambio sustancial en su relación obligacional ni, mucho menos, la sustituyó con una nueva, pues simplemente, de acuerdo con la potestad legal conferida, amplió el plazo para su pago. En consecuencia, la obligación de pago primigenia subsistía y el acuerdo de pago se constituía como una prueba fehaciente de que la sociedad referida no se encontraba al día en el pago de la totalidad de la obligación de pagos parafiscales al momento de presentar la oferta.

En este orden de ideas, se concluye, en línea con las consideraciones vertidas por el *a quo* al emitir fallo de primera instancia, que la decisión de la gerente de la UAESP al declarar inhábil la propuesta presentada por la UT Plataforma Ambiental, debido a que uno de sus integrantes, la Sociedad Plataforma Ingeniería y Cía Ltda., no certificó en debida forma los pagos de los aportes parafiscales en favor del ICBF, pues solo aportó un acuerdo de pago, estuvo ceñida no solo a los términos de referencia sino también a la normatividad vigente sobre la materia.

4.3.4.3. No pasa por alto la Sala, que, según el artículo 882 del Código de Comercio, “*la entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de esta si no se estipula otra cosa [...]*”. Sin embargo, en el *sub examine* se observa que, de conformidad con los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto 1870 de 1986, los pagarés expedidos por la Sociedad Plataforma Ingeniería y Cía Ltda. en favor del ICBF, que sirvieron de garantía respecto de la obligación insoluble de pago de los aportes parafiscales, no traen consigo el pago de la obligación, pues existe, no literalmente estipulación en contrario, pero sí normativa gubernamental que reguló la materia (artículo 2º del Decreto 1870 de 1986), estableciendo el alcance del acuerdo como mera ampliación del plazo de la obligación, y la obligación de respaldar ese compromiso con la constitución de una garantía, que para el caso, fue el objeto llamado a servir por los pagarés que suscribió y entregó el deudor del ICBF, según acreditó la UT dentro del proceso licitatorio.

4.3.5. En definitiva, se advierte que la decisión proferida por la UAESP, contenida en la Resolución núm. 26 de 2005, en la que declaró inhábil la oferta presentada por la UT Plataforma Ambiental, atendiendo los argumentos exhibidos con anterioridad, y, subsecuentemente, eligió como adjudicatario al Consorcio HMV Ingenieros Ltda.– Consultoría Colombiana S.A. estuvo soportada en las disposiciones contenidas en los términos de condición y en la normativa vigente para la época de los hechos. Por consiguiente, **esta Colegiatura confirmará el fallo de primera instancia.**

V. COSTAS PROCESALES



La Sala considera que no hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se observó temeridad ni mala fe en la actuación de las partes, condición exigida por el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión, el veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015), que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: NO IMPONER costas

TERCERO: En firme este fallo, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase


NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente


JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado


GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaro voto

