

Cartagena de Indias D.T y C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-33-000- 2020-00048-00
Demandante	DORIA Y ASOCIADOS ABOGADOS
Demandado	FONDO NACIONAL DEL AHORRO en adelante (FNA)
Tema	Imposibilidad de selección por superar la oferta económica la propuesta de la entidad contratante. /Carga de la prueba de los cargos que se alegan
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de decisión No. 004 de decisión de esta Corporación, decide en primera instancia la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por Doria & Asociados abogados S.A.S., contra el Fondo Nacional del Ahorro (FNA).

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda¹.

3.1.1 Pretensiones²

PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo que contiene la decisión de declarar la imposibilidad de selección dentro del proceso número FNASG-IO-41-2019, adoptada por la demandada a través del “ACTA DE IMPOSIBILIDAD DE SELECCIÓN-INVITACIÓN A OFERTAR FNASG-IO-41-2019” de fecha 31 de mayo de 2019.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad del acto administrativo identificado 01-2303-201906210105016, mediante el cual el FNA resuelve un recurso de reposición en contra de la decisión anterior.

TERCERA: Como consecuencia de lo anterior, se condene al FNA al pago de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante.

A título de daño emergente, la suma equivalente al total de los gastos en que incurrió la sociedad como consecuencia de la participación en la sociedad a contratar FNASG-IO-41-2019.

¹ Fols. 1-25 doc. 01 exp. Digital

² Fols. 1-3 doc.01 exp. Digital

A título de lucro cesante, el monto de la utilidad que esperaba obtener con la ejecución del contrato y que se impidió por la no adjudicación del mismo, la suma de \$327.270.615.

CUARTA: Que las sumas sean indexadas.

QUINTA: Que se condene al pago de intereses.

SEXTA: Que se condene al pago de costas y agencias en derecho.

3.1.2 Hechos³

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

El 27 de marzo de 2019 el FNA, publicó en el SECOP, una invitación a ofertar No. FNASG-IO-41-2019, cuyo objeto era, la prestación de servicios profesionales de representación judicial y extrajudicial a nivel nacional, en los procesos que la entidad actúe como demandante o demandada y denunciante o denunciada, exceptuando los procesos ejecutivos hipotecarios.

El día 15 de abril de 2019, la demandante presentó oferta dentro del mencionado proceso de selección, entregando las exigencias de la carta de invitación, dos sobres, el primero contenía la acreditación de los requisitos habilitantes jurídicos, financieros y de experiencia, y el segundo, la oferta económica por la suma de \$1.090.902.050.

Agregó que, en 17 oportunidades la demandada hizo aclaraciones modificatorias y relevantes, cumpliendo la demandante con cada una de ellas para seguir siendo un proponente habilitado dentro de la selección. El 08 de mayo de 2019, se publicaron los únicos dos oferentes habilitados: Doria & Asociados Abogados SAS y el Consorcio Representación Judicial FNA 2019.

El 16 de mayo de 2019, se publicó el informe final de evaluación de las ofertas, en el que se indicó que el único oferente habilitado era Doria & Asociados Abogados SAS, cumpliendo con los requisitos habilitantes.

Pese a lo anterior, el 20 de mayo de 2019, se debía llevar a cabo la reunión para la apertura del segundo sobre correspondiente a la oferta económica, sin embargo, no pudo llevarse a cabo por una solicitud extemporánea de otro oferente, violando el orden del día aprobado inicialmente y el manual de procedimiento de contratación. Pese a ello, la reanudación de la apertura del sobre No. 2 se realizó finalmente el 23 de mayo de 2019.

³ Fols. 3-10 doc.01 exp. Digital

Relata que la entidad el 28 de mayo de 2019, modificó el cronograma, antes del vencimiento de la publicación del informe de evaluación final que estaba acordado para ese mismo día; sin embargo, el 29 de mayo de ese mismo año, la demandada publicó el informe de evaluación final, en el que determinó que la oferta de la actora no atendía a los criterios de favorabilidad en cuanto a la oferta económica, siendo dicha decisión objeto de observaciones por parte de la demandante. Finalmente, el 31 de mayo de la misma calenda, la entidad tomó la decisión de declarar la imposibilidad de selección.

Aclaró que, la entidad para adoptar la decisión anterior, manifestó que la oferta económica por ellos presentada no era la señalada, sino la suma de \$11.999.922.550, obtenido de multiplicar la única oferta por el número de meses de ejecución del contrato, lo cual no estaba previsto de esa forma en la metodología anunciada para la evaluación. Adicionalmente, en el numeral 5.2. se determinó que en caso de quedar solo una oferta habilitada se le concedería en la evaluación económica el total de los puntos asignados.

Contra la decisión final, interpusieron recurso de reposición, el cual fue resuelto el 26 de junio de 2019, indicando que la oferta económica no era favorable a sus intereses por encontrarse por encima de los precios del mercado.

Adujo que, días después de declarar desierto el proceso de selección, la demandada contrató de manera directa los servicios de la empresa M&P Abogados S.AS., para atender el objeto del proceso de selección de la referencia, la cual había sido descartada por no cumplir con los requisitos habilitantes.

Finalizó manifestando que, el 2 de agosto de 2019 el FNA, aperturó un nuevo proceso de selección No. FNASG-IO-114-2019, cuyo objeto era exactamente el mismo al del proceso FNASG-IO-041-2019, donde modificaba las exigencias de carácter jurídico, financiero y de experiencia, creando condiciones que impedían su participación.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Constitución Política artículos 209 y 267; Código de Comercio; Código Civil; Ley 80 de 1993 artículos 8 y 9; Ley 432 de 1998; Ley 734 de 2002; Ley 996 de 2005; Ley 1114 de 2006; Ley 1150 de 2007 artículos 13,14,15 y 18; Ley 1474 de 2011; Ley 1469 de 2011; Decreto 2555 de 2010; Decreto 19 de 2012; Ley 816 de 2013; Ley 1712 de 2014; y Decreto 1082 de 2015.

Primer cargo: Violación al debido proceso, principio de legalidad y selección objetiva, por desconocer las reglas de la invitación a ofertar:

Manifestó que la demandada violó el debido proceso al no cumplir con las reglas establecidas en la invitación a ofertar, debido a que, al ser único

oferente debió asignar el puntaje máximo de 50 puntos, para un total de 80 puntos de los 100 exigidos. Violando con lo anterior, la Carta Política, los principios de objetividad, transparencia y obviar las reglas de escogencia o selección previstos en la invitación.

Segundo cargo: Falsa motivación por indebida valoración de las reglas de invitación a contratar.

Adujo que, en el acta de evaluación final el FNA, estableció considerandos que no compaginan con las reglas planteadas en la oferta a contratar, respecto de la forma como debía calificarse la oferta económica.

Adicionalmente, el FNA desconoció otra regla del proceso de selección como era el valor de la oferta económico, el cual sería la forma comprendida en el anexo No.5, el cual fue establecido en la suma total de \$1.090.90.050 expresando en el numeral 5.2. “criterios de evaluación económica” de la carta de invitación lo siguiente:

Al respecto, el Fondo Nacional del Ahorro en forma expresa indicó en el numeral 5.2., “CRITERIOS DE EVALUACIÓN ECONÓMICA”, pagina 35 de la Carta de Invitación, lo siguiente:

“Cada oferente presentará solo una propuesta económica. El valor de la oferta Económica que se tendrá en cuenta para la asignación del puntaje será el que comprende: “VALOR TOTAL INCLUYENDO TODOS LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS, IMPUESTOS, Y DEMAS APLICABLES AL SERVICIO OFERTADO”, que corresponde a los SMMLV ofertados, convertidos a pesos moneda corriente.” (subrayas fuera de texto).

Asimismo, en el anexo 5 se dispuso la celda C73 como lugar donde se recogería la sumatoria de los valores ofertados, cumpliendo la demandante con la suma, el comité evaluador en apreciaciones subjetivas decidió entender que la oferta económica presentada en cada ítems correspondía al valor por mes, lo que arrojaba la suma de \$11.999.922.550, operación que no se encontraba prevista en la metodología anunciada, sin tener en cuenta que dicho valor ofrecido por la demandante no era por meses sino al total del año.

Tercer cargo: deviación de poder y desconocimiento del manual de contratación vigente.

Al respecto indicó que, con la contratación directa de la empresa M&P Abogados S.A.S., se transgredió el manual de contratación que prohibía contratar de manera directa a quien en el proceso de selección inicial no cumplía con alguno de los requerimientos de la entidad, por ser descalificado en un proceso anterior.

Considera que, la verdadera voluntad del FNA era contratar de manera directa con la empresa anterior, y al violar el manual de contratación, se demuestra el desvío de poder alegado.

3.2 CONTESTACIÓN⁴

La entidad demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones. Frente a los hechos de la demanda, tuvo como ciertos los correspondientes todos los anteriores al hecho séptimo, donde indicó que la suspensión de la reunión de apertura del sobre No. 2, se debió a fin de dar respuesta a las observaciones presentadas en debida forma por parte del CONSORCIO REPRESENTACION JUDICIAL FNA 2019, esto en aras de garantizar los principios de legalidad, moralidad y transparencia del proceso en curso.

Así mismo, mediante documentos denominados aclaración 15 y 16 del 23 y 24 de mayo de 2019 respectivamente se modificó el cronograma de selección a fin de terminar la transcripción del acta de apertura de sobre económico y efectuar las validaciones correspondientes a la oferta económica presentada.

Agregó que, en el acta de imposibilidad de selección a la invitación a ofertar No. FNA-SG-IO-41-2019, de fecha 31 de mayo de 2019, al determinar que la ofertas presentada no era admisible o favorable para la entidad, esto debido a que la misma excedía con creces el valor medio del mercado, dicho de otra manera, no obstante a que el numeral 5.2 de la carta de invitación, disponía que en caso de quedar una sola oferta habilitada se le otorgara el total de los puntos asignados, no significa esto último que la entidad contratante no tenga la obligación legal de entrar a ponderar si dicha oferta económica es o no conveniente para la entidad.

En cuanto, a la contratación directa con la sociedad M&P ABOGADOS S.A.S., fue realizada para atender la contingencia mientras llevaba a cabo un nuevo proceso de selección, se suscribió por el término de 3 meses por un valor de \$240.000.000 bajo la modalidad de bolsa.

Como excepción propuso la siguiente: (i) inepta demanda por falta de requisitos formales.

Frente a los cargos de violación señaló con relación al primero de ellos, que no se demostró que la actuación dentro de la invitación a ofertar no se hubiera ceñido bajo el marco de lo legal, con observancia de los principios y derechos de los intervinientes no dejando de lado el espíritu e interés que deben envolver todas y cada una de las actuaciones. Adicionalmente, no tenía la obligación legal de contratar el ofertante aun cuando este tuviese la mayor puntuación si la oferta económica presentada no se ajustaba a los requerimientos presupuestales de la entidad.

Seguidamente, se refirió al segundo cargo de nulidad, indicando que no logra la parte demandante demostrar la presunta falsa motivación por parte del

⁴Folios 1-17 doc.02 exp. Digital

Fondo Nacional del Ahorro con la expedición de los actos administrativos de fecha 31 de mayo de 2019, que declaró la IMPOSIBILIDAD DE SELECCIÓN, dentro del proceso de contratación No. FNASG-IO-41-2019 y posteriormente del acto administrativo, identificado con código de barras 01-2303201906210105016, con el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el demandante contra decisión de declarar la imposibilidad de selección, con lo cual si es un detrimento a la demandada ante una propuesta muy superior a la medio del mercado.

Finalmente, señaló que el tercer cargo no tiene sustento algo, pues el criterio que tuvo en cuenta fue que de tener en cuenta los valores ofertados por el demandante, no se podría ejecutar el contrato durante todo el plazo de ejecución previsto, esto es 11 meses, como tampoco se podría atender los 545 procesos promedios que hasta ese momento tenía la entidad contratante. Agregó que, fue el ofertante quien trata de beneficiarse de su propio error al no diligenciar en debida forma el anexo 5.

3.3 ACTUACIÓN PROCESAL

- La demanda fue repartida el 28 de enero de 2020⁵.
- Por auto del 10 de diciembre de 2020, se admitió la demanda⁶, siendo notificada el 02 de febrero de 2021⁷
- La contestación de la demanda fue presentada el 28 de abril de 2021⁸.
- A través de proveído del 01 de septiembre de 2022, se dispuso dictar sentencia anticipada⁹.

3.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.4.1. Parte demandante¹⁰: Reiteró los fundamentos de la demanda.

3.4.2. Parte demandada¹¹: Quien presentó los alegatos no tiene poder en esta expediente, por lo tanto no serán tenidos en cuenta.

3.4.3. Ministerio Público: No rindió el concepto de su competencia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

⁵ Fol. 351 doc.01 exp. Digital

⁶ Fol. 357-359 doc. 01 exp. digital

⁷ Fols. 363 doc. 01 exp. digital

⁸ Doc. 02 exp. Digital

⁹ Doc. 04 exp. digital

¹⁰ Doc. 10 exp. digital

¹¹ Docs. 07-08 exp. digital

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del artículo 152 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos en la demanda, y en el escrito de contestación, corresponde a esta Sala establecer si:

¿En el caso de marras, existe lugar a la declaratoria de nulidad de los actos demandados, por cuanto se expidieron con violación al debido proceso, al principio de legalidad y selección objetiva?

De resolverse de manera positiva lo anterior, se entrará a estudiar si:

¿Es procedente el reconocimiento y pago de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala denegará las pretensiones de la demanda, por cuanto no se demostró que los actos administrativos se expidieran con violación al debido proceso, al principio de legalidad y selección objetiva, toda vez que, el demandante no logró demostrar los supuestos de hechos expuestos en la demanda.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. La declaratoria de desierto¹²

Se debe indicar que la declaratoria de desierto de un proceso de selección corresponde a aquella determinación que adopta la Administración, únicamente y de forma motivada, ante la imposibilidad de aplicar los criterios establecidos por la ley y los pliegos de condiciones para la escogencia del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá D.C., trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-36-000-2013-00009-01(56960), Actor: LT GEOPERFORACIONES Y MINERÍA LTDA., Demandado: AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS –ANH.

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO Bogotá D.C., dos (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01852-02(33126) Actor: AGS COLOMBIA LTDA. ASESORES GERENCIALES Y AUDITORES EN SALUD Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA-SECRETARÍA DE SALUD

De modo que, en los eventos en que no se formulen propuestas, o las presentadas impidan la realización de una selección objetiva, o cuando resultan insuficientes, resultan equivocados los parámetros definidos por la Administración para garantizar una escogencia objetiva, la entidad pública habrá de culminar dicho proceso de escogencia con una decisión opuesta a la adjudicación, esto es, con una declaratoria de desierta, en la que se expresen las circunstancias que la propiciaron, y el sustento que fundamenta la decisión así adoptada.

Esta determinación, que obra como criterio de excepción de cara a la finalidad del proceso administrativo precontractual, a saber, la adjudicación del contrato, se enmarca en una actuación que por sus motivos es reglada, de conformidad con el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, al tenor del cual *“únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión”*. En esta línea, las motivaciones que pueden dar lugar a tal definición no pueden obedecer a argumentos subjetivos o caprichosos de la entidad, sino a razones objetivas que tendrán que ver con la satisfacción de los presupuestos exigidos en la ley y en el pliego de condiciones, de cara al interés general envuelto en la futura contratación; de no ser así, subsistirá la obligación de adjudicar el contrato a la oferta más favorable, como ruta de destino que marca la finalidad de los procesos de selección.

Lo anterior quedó reflejado en el texto de la Ley 80 de 1993 en los numerales 7 del artículo 24 y el 18 del artículo 25. Con base en esas normas, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha concluido que *“i) que el acto administrativo que contenga la declaración de desierta de una licitación debe estar motivado, en todos los casos, de una manera precisa y detallada, y ii) que la motivación del acto debe fundarse únicamente en motivos o causas que impidan la escogencia objetiva”*.

La misma Corporación ha señalado que siempre que la administración declare desierto un proceso de selección por la imposibilidad de escoger objetivamente, deberá observar los principios de la función administrativa (artículo 209 Superior), los principios de la Ley 80 de 1993, además del cumplimiento de las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho y específicamente los del Derecho Administrativo.

En la misma línea, esa Corporación ha precisado que la causal en la que se apoya la declaratoria de desierta debe estar prevista en el pliego de condiciones, en el entendido de que ningún proponente cumpla con los criterios de favorabilidad señalados en él. Esos criterios deben obedecer a los necesarios para comparar las propuestas, siempre y cuando sean posibles de

cumplir, no induzcan a error a los proponentes y no incorporen reglas que dependan de la exclusiva voluntad de la entidad contratante.

En ese orden, la administración no está facultada para declarar desierta “con el objeto de salvar o enmendar un error cometido por ellas mismas en la planeación del procedimiento de selección del contratista”. Por el contrario, “[l]a regla de la adjudicación compulsoria obliga a la administración pública siempre a escoger el contratista que haya presentado la propuesta más favorable”.

5.4.2. Falsa motivación de acto administrativo

El vicio de falsa motivación se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular la jurisprudencia de la Subsección A de la Sección Segunda indicó¹³:

“Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...]”.

Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de tres eventos a saber:

- Cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados;
- Cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración, los que habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.
- Por apreciación errónea de los hechos, “de suerte que los hechos aducidos efectivamente ocurrieron, pero no tienen los efectos o el alcance que les da el acto administrativo”.

En lo que se refiere a la nulidad de los contratos, por violación de los principios de la contratación estatal, se advierte que, según el artículo 3 de la Ley 80 de

¹³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN «A» Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 19001-23-33-000-2014-00005-01(4023-16)

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”*, por lo que 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”*¹⁴.

En consecuencia, con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garanticen la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993¹⁵, de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa.

En relación con el procedimiento de licitación pública, el Consejo de Estado ha dicho que el mismo *“hace parte de la función administrativa que desarrollan las entidades del Estado y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad; así mismo, dicha norma legal, por contener y reglar un procedimiento, participa del carácter de orden público y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, la Administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato”*¹⁶.

Por su parte, la contratación directa, también sujeta al cumplimiento de requisitos y procedimientos específicos, es permitida, entre otros casos,

¹⁴ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

¹⁵ Para la época de suscripción de los contratos que nos convocan, el artículo 24 disponía: *“1º. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: (...)”*. El mismo fue después subrogado por el artículo 38 del Decreto Extraordinario 2150 de 1995, modificado por el Decreto 62 de 1996, y posteriormente derogado por la Ley 1150 de 2007.

¹⁶ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 18 de marzo de 2010; Rad. 25000-23-26-000-1994-00071-01 (14390)

cuando el contrato a suscribir no supera el monto de menor cuantía, que en este caso es el estipulado en el literal a) del numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 vigente en la época de suscripción de los contratos bajo estudio. Sobre ella, el artículo segundo del Decreto 855 de 1994 estipula que *“En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993”*¹⁷.

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1. Análisis crítico de la prueba frente al marco normativo y jurisprudencial.

La parte demandante pretende la nulidad del acto administrativo que declaró la imposibilidad de selección dentro del proceso número FNASG-IO-41-2019, adoptada por la demandada a través del “ACTA DE IMPOSIBILIDAD DE SELECCIÓN-INVITACIÓN A OFERTAR FNASG-IO-41-2019” de fecha 31 de mayo de 2019, así como el que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior, y como consecuencia de lo anterior, se condene al FNA al pago de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante.

Procederá a estudiar la Sala cada uno de los argumentos planteados en los cargos de nulidad:

- **Primer cargo: Violación al debido proceso, principio de legalidad y selección objetiva, por desconocer las reglas de la invitación a ofertar:**

Manifestó que la demandada violó el debido proceso al no cumplir con las reglas establecidas en la invitación a ofertar, debido a que, al ser único oferente debió asignar el puntaje máximo de 50 puntos, para un total de 80 puntos de los 100 exigidos. Violando con lo anterior, la Carta Política, los principios de objetividad, transparencia y obviar las reglas de escogencia o selección previstos en la invitación.

Frente a dicho cargo, encuentra la Sala que, mediante carta del 27 de marzo de 2019¹⁸ la demandada invitó a las entidades interesadas a presentar ofertas dentro del proceso de contratación cuyo objeto consistía en la *“Prestación de servicios profesionales de representación judicial y extrajudicial a nivel nacional, en los procesos que la entidad actúe como demandante o demandada y denunciante o denunciada, exceptuando los procesos ejecutivos hipotecarios.”*. Dentro de la misma se estableció que estaría

¹⁷ Decreto 855 de 1994, art. 2°.

¹⁸ Fols. 34-97 exp. administrativo doc. 02

publicada en el SECOP a partir del 27 de marzo de 2019. Como plazo límite de las ofertas se indicó lo siguiente:

- Si no se reciben observaciones a la carta de invitación, la fecha de radicación de ofertas es el 4 de abril de 2019 hasta las 3:00 p.m.
- De recibir observaciones a la carta de invitación, la fecha de radicación de la oferta será el 9 de abril de 2019 hasta las 3:00 p.m.

En dicha carta se estipuló que el contrato sería tipo bolsa¹⁹ (2.4.), el plazo de ejecución que sería de 11 meses (2.5), el valor del contrato es de (\$1.558.334.000), lugar que para el caso sería a nivel nacional (2.6.), el cronograma de actividades, haciendo la salvedad que sería modificado en cualquier etapa (nota 1 fol. 50), el término para presentar ofertas y plazo para efectuar las evaluaciones de las mismas. En el ordinal 2.15. se refiere a la declaratoria de imposibilidad de la selección determinando que sería únicamente por los motivos o causas que impidan la escogencia objetiva del contratista, y lo hará de conformidad con el manual de contratación de la entidad.

Como requisitos habilitantes (3.1.) se establecieron los jurídicos, financieros, de experiencia, técnicos y de capacidad organizacional, **se hizo la salvedad que, la verificación de requisitos habilitantes no otorgará puntaje alguno,** solamente determinará si la propuesta cumple o no cumple con lo requerido.

En cuanto a las condiciones de la propuesta, en el ordinal 4.1., se avizora que, debía allegarse el anexo núm. 5, relativo a la oferta económica, el cual sería entregado en sobre sellado aparte, llamado (SOBRE No 2), de forma impresa y firmada en original por el representante Legal. El mismo día de radicación de ofertas señalado en el cronograma.

Los factores de evaluación de los requisitos, se calificaría sobre un puntaje total de 100 puntos de acuerdo a la siguiente tabla (5.1):

No.	Factor de escogencia y calificación	Puntaje
1	Evaluación económica	50
2	Evaluación de Experiencia	20
3	Evaluación Factor Complementario	20
4	Apoyo industria nacional	10

En el caso de la evaluación económica se debía diligenciar en el anexo 5, determinándose que el valor comprendía "VALOR TOTAL INCLUYENDO TODOS LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS, IMPUESTOS, Y DEMAS APLICABLES AL SERVICIO OFERTADO", que corresponde a los SMMLV ofertados, convertidos a pesos moneda corriente.

¹⁹ razón por la cual se liquidará de acuerdo a servicios efectivamente prestados, de acuerdo con las tarifas presentadas por el contratista en su oferta.

De igual forma, se dispuso que, en caso de quedar solo una oferta habilitada, cumpliendo los factores técnicos, jurídicos y financieros, en la evaluación económica se le otorgará el total de los puntos asignados. Otorgando los puntos máximos a la **propuesta económica habilitada** que proponga el menor valor total integral guardando correspondencia con el anterior criterio, siendo está la más favorable al Fondo Nacional del Ahorro. La propuesta económica debía considerar la totalidad de los gastos en los que el proponente incurra para cumplir con el objeto del contrato, tales como gastos administrativos, impuestos y otros, conforme al estatuto tributario nacional y debe presentar su valor total integral incluido el IVA.

Así las cosas, la carta de invitación expuso claramente que, los puntajes serían asignados solo a la **propuesta económica habilitada** que propusiera el menor valor total integral. Se aclaró que, las ofertas habilitadas dentro del proceso contractual serán calificadas y se les asignará los puntos con dos decimales mediante la siguiente fórmula:

PUNTAJE OBTENID	Puntos Máximos Otorgados X Menor Valor del Costo Total Integral de la Oferta Económica Habilitada
0	Valor del costo total Integral de la oferta económica en Estudio

Se aclaró, además, que los puntos máximos otorgados a la **propuesta económica habilitada** que proponga el menor valor total integral guardando correspondencia con el anterior criterio, siendo está la más favorable al Fondo Nacional del Ahorro.

En ese orden de ideas, los puntajes solo serían asignados si la propuesta económica era habilitada, lo que no sucedió en el presente asunto, tal y como se avizora en el informe de evaluación del 29 de mayo de 2019²⁰, donde se realizó el análisis de la oferta económica presentada por la sociedad aquí demandante, excedía los precios del mercado.

Adicionalmente, tal y como lo expresó la demandada, se trataba de una obligación condicionada en el entendido que no era absoluta y que el puntaje se otorgaba siempre y cuando la oferta considerada en su conjunto permitiera determinar que era la oferta más favorable para la entidad, para lo cual al hacer la ponderación precisa, detallada y concreta, es decir, el peso o valor exacto que tiene la misma en cada uno de sus ofrecimientos determinó conforme el análisis efectuado que el FNA que no se encontraba en una posición de libertad absoluta, pues estaba sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, inspirados en una doble finalidad: como eran, en primer lugar asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato; y en segundo lugar evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación, de lo cual se deduce que la decisión de contratar y

²⁰ Fols. 203-221 exp. administrativo doc. 02

la adjudicación de un contrato no es una facultad discrecional de las entidades públicas.

Así las cosas, no encuentra esta Sala razones suficientes para encontrar probado este cargo, que permitan la nulidad de los actos demandados.

- **Segundo cargo: Falsa motivación por indebida valoración de las reglas de invitación a contratar.**

Adujo que, en el acta de evaluación final el FNA, estableció considerandos que no compaginan con las reglas planteadas en la oferta a contratar, respecto de la forma como debía calificarse la oferta económica. Adicionalmente, el FNA desconoció otra regla del proceso de selección como era el valor de la oferta económico, el cual sería la forma comprendida en el anexo No.5, el cual fue establecido en la suma total de \$1.090.90.050 expresando en el numeral 5.2. “criterios de evaluación económica” de la carta de invitación lo siguiente:

Al respecto, el Fondo Nacional del Ahorro en forma expresa indicó en el numeral 5.2., “CRITERIOS DE EVALUACIÓN ECONÓMICA”, página 35 de la Carta de Invitación, lo siguiente:

“Cada oferente presentará solo una propuesta económica. El valor de la oferta Económica que se tendrá en cuenta para la asignación del puntaje será el que comprende: “VALOR TOTAL INCLUYENDO TODOS LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS, IMPUESTOS, Y DEMAS APLICABLES AL SERVICIO OFERTADO”, que corresponde a los SMMLV ofertados, convertidos a pesos moneda corriente.” (subrayas fuera de texto).

Asimismo, en el anexo 5 se dispuso la celda C73 como lugar donde se recogería la sumatoria de los valores ofertados, cumpliendo la demandante con la suma, el comité evaluador en apreciaciones subjetivas decidió entender que la oferta económica presentada en cada ítems correspondía al valor por mes, lo que arrojaba la suma de \$11.999.922.550, operación que no se encontraba prevista en la metodología anunciada, sin tener en cuenta que dicho valor ofrecido por la demandante no era por meses sino al total del año.

Para el estudio de este cargo, la Sala aclarará en primer lugar que, el contrato ofertado se trataba de un contrato tipo bolsa, estableciéndose en el numeral 2.4. de la invitación a ofertar que se liquidaría de acuerdo a servicios efectivamente prestados, conforme a las tarifas presentadas por el contratista en su oferta. Así las cosas, la oferta económica debía ser determinada individual, es decir, por cada actuación, debido a que el precio no era fijo mensualmente, sino por actuación en precio de bolsa, de acuerdo a lo que actuara en el mes así se le pagaba, pero el presupuesto debía ser calculado

en la totalidad de los 11 meses, lo cual se corrobora con los numeral 9²¹ y 12²² del acápite de “**7.8. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA 7.8.2. Obligaciones Generales**”

Aclarado lo anterior, se remite la Sala a lo establecido en la carta de invitación respecto a la propuesta económica²³, donde se indicó que se debía diligenciar en el anexo 5, determinándose que el valor comprendía “*VALOR TOTAL INCLUYENDO TODOS LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS, IMPUESTOS, Y DEMAS APLICABLES AL SERVICIO OFERTADO*”, que corresponde a los **SMMMLV** ofertados, convertidos a pesos moneda corriente, como si fuera poco, se reiteró que la propuesta económica debía considerar la totalidad de los gastos en los que el proponente incurra para cumplir con el objeto del contrato, tales como gastos administrativos, impuestos y otros, conforme al estatuto tributario nacional y debe presentar su valor total integral incluido el IVA. En virtud de lo anterior, la parte demandante radicó la propuesta económica “anexo 5” el 20 de mayo de 2019²⁴, estableciendo en el acápite de total la suma de \$1.090.902.050.

Seguidamente el 29 de mayo de 2019²⁵, se realizó un nuevo informe de evaluación en el que se efectuó el análisis de la oferta económica presentada por la sociedad aquí demandante, determinándose lo siguiente:

a.- Análisis de la oferta frente al estudio de mercado: Para el caso en particular de estudio se encontró que los valores ofertados en cada una de las actuaciones solicitadas en el anexo 5., Propuesta Económica, supera el promedio de los precios cotizados del estudio de mercado, evidenciando que existen sobre-precios en la oferta económica, como se muestra en los cuadros adjuntos en dicho documento.

Como razones se expuso que, para los procesos de primera instancia, encontró que el valor promedio de mercado corresponde a 4 SMLMV equivalente a \$3.312.464,00, lo que hace que la oferta del proponente correspondiente a 75 SMLMV para la misma actuación, sea 18.75 veces mayor al valor cotizados, lo que equivale al precio. En la actuación “*Elaboración y presentación de acción y/o contestación*” para las acciones de tutela, encontró que el valor promedio de mercado

²¹ 9. **Rendir informes mensuales** por escrito sobre todos y cada uno de los asuntos encomendados, sin perjuicio que, de manera especial, la Oficina Jurídica pueda solicitar informes en cualquier tiempo, incluyendo todos aquellos requeridos por los organismos de control.

²² 12. Enviar a la Oficina Jurídica del Fondo, **como soportes de pago e informe mensual**, copia física de cada una de las actuaciones que se surtan dentro del trámite de todo proceso judicial, con la fecha en que fueron radicadas ante el juez de conocimiento; si se trata de tramites adelantados en oralidad, el contratista deberá allegar el registro en audio de la actuación.

²³ Fol. 68 exp. administrativo doc. 02

²⁴ Fols. 317-323 exp. administrativo doc. 02

²⁵ Fols. 203-221 exp. administrativo doc. 02

corresponde a 3.7 SMLMV equivalente a \$3.036.425.33 frente a los 60 SMLMV equivalente a \$49.686.960 presentados por el oferente.

Concluyó que, la anterior práctica sucede para el total de las 24 actuaciones solicitadas bajo el anexo 5 Propuesta Económica presentada por el oferente, encontrándose que mientras en el estudio de mercado realizado por la entidad, las 24 actuaciones tendrían un valor de 81 SMMLV equivalentes a \$67.077.396,00 sin incluir IVA, la oferta del contratista por las mismas 24 actuaciones corresponde a 1107 SMMLV equivalentes a \$ 916.724.412, sin incluir IVA.

b.- Análisis de la oferta frente al Valor de las actuaciones canceladas con cargo a los contratos 40 y 41 de 2018:

Frente al valor establecido en los contratos anteriores (en SMLMV) que aún se encuentran vigentes, se evidencia que son en promedio similares a los precios del estudio de mercado. Ahora bien, una vez comparados los valores de las actuaciones de los contratos actuales, con los valores ofertados por DORIA & ASOCIADOS, se encuentra que estos últimos exceden y superan los valores cancelados con cargo a los citados contratos.

c. Análisis de la oferta frente al Presupuesto Oficial:

En el numeral 2.4 de la carta de invitación, se estableció que el presupuesto oficial para esta contratación correspondía a la suma de hasta MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES TRECIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL PESOS M/CTE (\$1.558.334.000), incluido impuestos, tasas y contribuciones a las que haya lugar para la ejecución del contrato. Así mismo señalaba que el contrato resultante del presente proceso es tipo bolsa, razón por la cual se liquidará de acuerdo a los servicios efectivamente prestados, según las tarifas ofertadas por el oferente.

El valor de Presupuesto Oficial \$1.558.334.000 corresponde a 1.881,78 SMLMV que se ejecutaran en un plazo de 11 meses, que equivalen a \$141.666.727 en promedio a 171 SMLMV para cada mes.

DORIA & ASOCIADOS		PRESUPUESTO	
VALOR TOTAL (Antes de IVA)	\$ 916.724.412	VALOR TOTAL 11 MESES	\$ 1.558.334.000
IVA (19%)	\$ 174.177.638	VALOR MENSUAL	\$ 141.666.727
VALOR TOTAL	\$ 1.090.902.050		

Revisada la oferta presentada por DORIA & ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S., equivalente a \$ 1.090.902.050 que corresponden a 1107 SMMLV para 24 actuaciones según los valores unitarios requeridos, arroja que la entidad agotaría su presupuesto simplemente con realizar las 24 actuaciones por 1.5 veces, sin contar con recursos durante los 11 meses del plazo establecido para

su ejecución, teniendo en cuenta que la entidad anunció que se deben atender en promedio 545 procesos con los que actualmente cuenta, sin tener presente los demás procesos en los que la entidad funge como demandante o demandada y que surjan durante la ejecución del futuro contrato.

d. Análisis de la oferta presentada frente a la carta de invitación

Se indicó que, en el numeral 5.2. evaluación económica, de la carta de invitación, se indicó el criterio de evaluación económica, que se tendrá en cuenta para la asignación del puntaje, el cual comprende: el “VALOR TOTAL INCLUYENDO TODOS LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS, IMPUESTOS, Y DEMAS APLICABLES AL SERVICIO OFERTADO”; en este entendido y analizando el valor total de la propuesta económica presentada por el oferente DORIA&ASOCIADOS ABOGADOS correspondiente a \$1.090.902.050, se encuentra que el oferente al momento de diligenciar el anexo 5 en los valores correspondientes a los salarios mínimos legales mensuales vigentes, proyectó salarios con los cuales podrían ejecutar aproximadamente 1.5. repeticiones de cada tipo de actuación (24 en total).

	Valor en SMMLV de las actuaciones (1)	Cantidad de repeticiones (2)	TOTAL SMMLV (1)*(2)=(3)	Vr. \$ SMMLV (4)	Valor Total \$ (3*4)	IVA (19%)	VALOR TOTAL INCLUYENDO TODOS LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS, IMPUESTOS, Y DEMAS APLICABLES AL SERVICIO OFERTADO
Valor actuaciones a ofertar	1107	1	1.107	\$ 828.116	\$ 916.724.412	\$ 174.177.638	\$ 1.090.902.050

No obstante, se tiene que al realizar una (1) repetición de cada una de las actuaciones solicitadas (24) multiplicada por 11 meses que es el plazo del contrato, supera en todo caso el valor del presupuesto oficial; es decir, cualquier cantidad de repeticiones superior a 1 vez sobrepasaría el VALOR TOTAL DEL PRESUPUESTO OFICIAL INCLUYENDO TODOS LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS, IMPUESTOS, Y DEMAS APLICABLES AL SERVICIO OFERTADO presentado por el oferente, valor que es el sujeto a evaluación, por tanto se concluye que dicho valor supera el valor del presupuesto oficial asignado.

Consecuente con lo anterior de tomarse solo 24 actuaciones que en términos de la oferta presentada equivalen a \$1.090.902.050 y las multiplicáramos por los 11 meses de ejecución del contrato, nos arrojaría la suma de \$11.999.922.550 suma esta que supera el valor del presupuesto oficial establecido de \$1.558.334.000.

Frente a este cargo, la entidad estableció en su estudio de mercado el valor real y justo de cada una de las actividades requeridas durante la ejecución del contrato, informando en la carta de invitación a los interesados en participar que el contrato era tipo bolsa, es decir era un contrato por demanda, lo cual implica necesariamente que la entidad pagaría al contratista el valor ofertado por cada actuación respetando obviamente los

valores del mercado y que este valor se descontaba del valor del contrato en la medida en que se requería de la actuación agotándose paulatinamente los recurso del contrato.

Por otro lado, le asiste razón a la demandada, en el sentido de que, no podía aceptar que el valor ofertado para efectos del pago del valor de una determinada actuación no contaba con el valor estimado de la misma, por cuanto el oferente no lo informó, y tampoco podía cancelar por actuación el valor que el oferente manifestó era tipo bolsa, porque es un valor que supera los valores del mercado, adicionalmente, estaba imposibilitado para cancelar ese valor ofertado en salarios mínimos como actuación, porque desconocía cuántas actuaciones podrían descontarse de cada bolsa y consecuente con lo anterior la oferta no era favorable para los intereses de la entidad.

Consecuente con lo anterior, si bien es cierto el oferente presentó oferta económica por valor de \$1.090.902.050, este valor no puede tomarse de manera independiente de los valores ofertados por actuación pues serán estos al fin de cuentas los que determinan cuanto deberá pagar el Fondo al contratista cada vez que requiera de sus servicios.

En virtud de lo anterior, le correspondía a la parte demandante demostrar a través de dictamen pericial la forma correcta de liquidar la propuesta económica, conforme a la carta de invitación, para poder determinar que, la oferta por ella presentada cumplía con los requerimientos, para luego comparar esta, con el estudio de mercado, el valor de las actuaciones canceladas con cargo a los contratos 40 y 41 de 2018 y el presupuesto oficial establecido, esta tesis ha sido respaldada por el H. Consejo de Estado²⁶:

*“No cabe duda que los actos irregulares de la administración, realizados con ocasión de la actividad contractual, pueden producir perjuicios de índole material e incluso moral, y que en tal evento el derecho a ser indemnizado no admite discusión. En estos términos, en el caso concreto, se debe analizar si los perjuicios reclamados en la demanda se encuentran demostrados, de la manera como lo exige el apelante. (...) La Sala no desconoce que la decisión administrativa anulada por el a quo tiene como efecto la inhabilidad para contratar durante un lapso de 5 años –art. 8, inciso final, del Decreto 222 de 1983, norma que regía el contrato sub iudice-, y que esta sola circunstancia es constitutiva de un daño que se debe reparar. En este sentido, no es necesario acreditar un perjuicio concreto para ordenar su indemnización, pues se sabe que la privación de la libertad contractual genera esa consecuencia por sí sola. No obstante, **eso no significa que la parte afectada quede exenta de demostrar que realizaba una actividad lucrativa que justifique la indemnización a la que aspira. Es decir, que si bien puede presumirse el perjuicio, por lo menos el afectado debe acreditar las condiciones bajo las cuales él se concretaría, de modo que el juez pueda proyectar con seguridad relativa la existencia del mismo.** (...) Tales son los casos de indebida adjudicación de un contrato **o de indebida declaración de***

²⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., mayo nueve (9) de dos mil once (2011) Radicación número: 05001-23-26-000-1994-02376-01(18048) Actor:ANGELICA MUÑOZ MONSALVE Demandado: EMPRESAS VARIAS DE MEDELLIN

desierto del proceso de selección, en cuyos eventos se condena a pagar la utilidad no percibida, siempre que el actor demuestre, por lo menos, que efectivamente su propuesta era la mejor. (...) la Sala negará la pretensión relativa a los perjuicios materiales reclamados".

Así las cosas, nuestro máximo órgano indicó que acreditado lo anterior, el juez comprende que la inminencia de la ejecución le fue arrebatada, y por eso colige que perfectamente pudo ganarse la utilidad que tenía prevista, de haber ejecutado el contrato. En este evento, la probabilidad se convierte en un derecho suyo. Cabe resaltar que, la parte demandante solicitó dictamen pericial para determinar la utilidad de lo que hubiese percibido si se hubiera adjudicado y ejecutado el contrato, la cual fue negada por auto del 01 de septiembre de 2022, sin que interpusiera los recursos de ley procedente.

Por otro lado, en este mismo cargo indicó que otra prueba de que si cumplió con la forma de llenar el anexo No. 5, es que el 2 de agosto de 2019, la entidad demandada publicó invitación a ofertar No. FNASG-IO-114-2019, cuyo objeto era igual al del FNASG-IO-041-2019, haciendo ajustes en la fórmula de la oferta económica incluyendo la información y las columnas con ítems que se echaron de menos en el formato de la oferta económica No. 5, sin embargo de dicha afirmación solo allegó el Contrato No. 72 de 2019, suscrito entre el FNA y M&P ABOGADOS el 16 de julio de 2019²⁷, sin que obrara prueba de sus aseveraciones.

En ese orden de ideas, dicho cargo no esta llamado a prosperar, por no encontrarse probada la falsa motivación del acto demandado.

- **Tercer cargo: desviación de poder y desconocimiento del manual de contratación vigente.**

Al respecto indicó que, con la contratación directa de la empresa M&P Abogados S.A.S., se transgredió el manual de contratación que prohibía contratar de manera directa a quien en el proceso de selección inicial o cumplía con alguno de los requerimientos de la entidad, por lo que, a su juicio, el acto de declaratoria de desierto lo que buscaba era adjudicarle el contrato a otro oferente mediante otro procedimiento o modo de selección contractual.

Frente a este cargo, no se señala en el concepto de la violación, cuales son esas normas que transgredieron el manual de contratación, y las pruebas para afirmar que, M&P ABOGADOSS.A.S. para el nuevo proceso de contratación también se encontraba inhabilitado por alguno de los requisitos inhabilitantes.

²⁷ Fols. 311-317 doc. 01

Sin embargo, la desviación de poder ha sido definida por la jurisprudencia del Consejo de Estado, como aquella que se presenta cuando una autoridad administrativa, observando las formalidades requeridas, realizando un acto de su competencia y no violando la ley, usa su poder con un fin y por motivos distintos a aquellos en vista de los cuales se le confirió. En el caso concreto, esta causal de nulidad no es posible demostrarla solo con allegar el contrato antes mencionado, suscrito con una tercera persona, sin demostrarse como esta suscripción acredita la desviación de poder alegada, o que la misma se hubiera configurado con un fin ilegal que aquella perseguía al actuar como lo hizo.

En ese orden de ideas, no se vislumbra razones de hecho y de derecho que sustenten este cargo, por lo que tampoco este llamado a prosperar.

Colofón de todo lo anterior, la falta de prueba de los cargos endilgados en el sub lite, lleva a desestimar las súplicas de la demanda, pues no existe el supuesto que obligara a la administración a contratar con la demandante, cual es, que hubiera presentado la propuesta más favorable a la entidad, y por eso la legalidad del acto frente a ella no se debilitó.

5.6. Condena en costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*; así mismo, el inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 determina que *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*.

Por otra parte, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de forma desfavorable el asunto. Como quiera que la demanda no prosperó debería condenarse en costas, sin embargo, la tesis sostenida por el demandante no contiene una manifiesta carencia de fundamento legal; otra cosa es que no fueran acogidas sus pretensiones, por ello, se abstendrá de condenar la Sala en costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

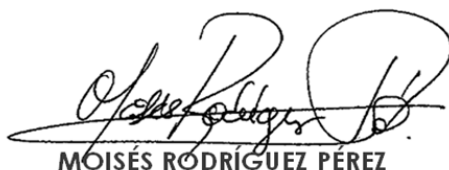
SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas de primera instancia.

TERCERO: Déjense las constancias de rigor en los sistemas de registros.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.022 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ