



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

CONSEJERA PONENTE: ADRIANA POLIDURA CASTILLO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 25000-23-36-000-2017-02383-01 (67715)

Demandante: Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S. Demandado: Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P.

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho - controversias contractuales

TEMAS: ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES – del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para cuestionar la legalidad del acto administrativo de adjudicación y perseguir la indemnización de perjuicios causados, y de controversias contractuales para solicitar la anulación del contrato estatal / RÉGIMEN JURÍDICO DEL PROCESO DE SELECCIÓN – si bien el procedimiento de selección fue adelantado por una entidad oficial prestadora de servicios públicos domiciliarios, el régimen jurídico aplicable al proceso administrativo fue el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al haber actuado en calidad de gestora del Programa de Agua y Saneamiento para la Prosperidad – Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento / OBSERVACIONES AL PLIEGO DE CONDICIONES – se erige como un espacio para que los interesados participen en la construcción del pliego de condiciones / CRITERIOS DE DESEMPATE – los criterios de desempate analizados y aplicados en la adjudicación fueron los consignados en los pliegos, con sustento en el Decreto 1082 de 2015 / MANUALES DE CONTRATACIÓN DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – no son de obligatoria observancia para las entidades estatales.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 29 de enero de 2021, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. adelantó el concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017, que tuvo por objeto contratar la formulación, revisión y actualización del plan maestro de acueducto y alcantarillado de varios municipios del departamento de Cundinamarca. Al procedimiento de selección se presentaron varios proponentes, entre ellos, Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S. Luego de efectuada la evaluación de las propuestas, tres proponentes quedaron empatados con el puntaje máximo, entre

ellos, Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S., por lo que debió acudir a los criterios de desempate acogidos en el pliego de condiciones.

A juicio de la demandante, su propuesta debió haber sido preferida, de conformidad con los criterios de desempate establecidos en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, en tanto fue la única mipyme que presentó un ofrecimiento de manera singular. No obstante lo anterior, Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. adjudicó los contratos al Consorcio Cundinamarca 2017.

Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S. pretende (i) que se anule el acto administrativo de adjudicación proferido en el marco del concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017, (ii) que se reconozca la utilidad que dejó de percibir por no haber resultado adjudicataria y por no haber ejecutado los contratos adjudicados en el procedimiento de selección, y (iii) que se declare la nulidad absoluta de los referidos contratos; todo lo anterior, con fundamento en que Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. la privó injustamente de resultar adjudicataria en el marco del concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017, en tanto el acto administrativo cuestionado se sustentó en una indebida aplicación de los criterios de desempate establecidos en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015.

ANTECEDENTES

La demanda

El 19 de diciembre de 2017¹, Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S., mediante apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales contra Empresas Públicas de Cundinamarca

S.A. E.S.P., con las siguientes pretensiones (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“a. Declarativas

PRIMERA: DECLARAR la nulidad de la Resolución 378 del 19 de julio de 2017, mediante la cual Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. adjudicó al Consorcio Cundinamarca 2017 el Concurso de Méritos CM-PDA-009-2017.

SEGUNDA: DECLARAR la nulidad absoluta de los contratos EPC-PDA-C-377- 2017, EPC-PDA-C-378-2017, EPC-PDA-C-379-2017, EPC-PDA-C-380-2017, derivados del

Concurso de Méritos CM-PDA-009-2017, suscritos entre las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. y el Consorcio Cundinamarca 2017.

TERCERA: DECLARAR que las Empresas Públicas de Cundinamarca adeuda a la sociedad Ingeniería y Consultoría Nacional SAS - INALCON - la suma de CUATROCIENTOS VEINTI CUATRO MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$424,134,454) o lo que se

pruebe en el proceso, como consecuencia de la utilidad dejada de percibir por la no adjudicación del Concurso de Méritos CM-PDA-009-2017 siendo la oferta más favorable.

b. Condenatorias

1 FI 12 a 29, C.1.

PRIMERA: CONDENAR a las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. a pagar

a Ingeniería y Consultoría Nacional SAS - INALCON - la suma de la suma (sic) de CUATROCIENTOS VEINTI CUATRO MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$424,134,454) o lo que

se pruebe en el proceso, como consecuencia de la utilidad dejada de percibir por la no adjudicación del Concurso de Méritos CM- PDA-009-2017 siendo la oferta más favorable.

SEGUNDA: Que los valores de las pretensiones de la condena sean actualizados al momento de su pago efectivo y sobre ellas procedan los intereses a la tasa legal aplicable, de conformidad con lo establecido en los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011, respectivamente.

TERCERA: CONDENAR en costas y agendas en derecho a la parte demandada”.

En síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

Refirió que Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., mediante Resolución No. 314 del 19 de mayo de 2017, ordenó la apertura del concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017, el cual tenía por objeto contratar: (i) la actualización del plan maestro de acueducto y alcantarillado del casco urbano del municipio de Bojacá; (ii) la formulación del plan maestro de acueducto y alcantarillado del municipio de Fómeque y el centro poblado de la unión; (iii) la revisión, ajuste y actualización del plan maestro de acueducto y alcantarillado del municipio de Guatavita; y (iv) la actualización del plan maestro de acueducto y alcantarillado de la zona urbana de Nemocón.

Puso de presente que, una vez efectuado el cierre del proceso de selección, se verificó que presentaron propuestas: (i) Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S.; (ii) Consorcio Cundinamarca 009; (iii) Consorcio PM Cundinamarca; (iv) Unión Temporal Plan Maestro JCM; (v) Consorcio Cundinamarca 2017; (vi) Consorcio Orión 76; y (vii) Consorcio CM 2017.

Señaló que, el 22 de junio de 2017, Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.

E.S.P. publicó el informe preliminar de evaluación de las propuestas, documento a partir del cual se verificó que los únicos oferentes que cumplieron los requisitos habilitantes fueron: (i) Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S.; (ii) Consorcio PM Cundinamarca; y (iii) Consorcio Orión 76.

Narró que posteriormente, en desarrollo de la audiencia pública de apertura del sobre económico y recomendación de adjudicación, el comité asesor y evaluador habilitó al Consorcio Cundinamarca 2017, por lo que resultaron cuatro proponentes habilitados, los cuales obtuvieron los siguientes puntajes:

Proponente	Puntaje
Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S.	1.000
Consorcio PM Cundinamarca	900
Consorcio Orión 76	1.000
Consorcio Cundinamarca 2017	1.000

Manifestó que el pliego de condiciones, en su aparte 6.6, estableció los criterios de desempate que debían ser observados en caso de que varios oferentes resultaran igualados en el puntaje asignado. Dijo que, de conformidad con lo establecido en el referido aparte del pliego de condiciones, los criterios de desempate eran los establecidos en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015. No obstante lo anterior, según la demanda,

consultado el contenido de los criterios acogidos en el pliego de condiciones y aplicados por la entidad al momento de adjudicar, estos eran diferentes a los desarrollados en el Decreto 1082 de 2015.

En tal sentido, resaltó que el numeral 4 del aparte 6.6. del pliego de condiciones² otorgó el mismo orden de preferencia (i) a la propuesta presentada por una mipyme³ en forma individual, que (ii) a la propuesta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura conformada por mipymes. Sin embargo, a juicio de la demandante, tal determinación era equivocada porque el numeral 2 del inciso segundo del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015⁴ solamente otorgaba preferencia a la propuesta presentada por una mipyme en forma singular.

Señaló que durante el desarrollo de la audiencia pública de apertura de sobre económico y recomendación de adjudicación, Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S. manifestó su inconformidad en relación con el criterio de desempate referido a las mipymes y, en consecuencia, pidió aplicar la regla de desempate de conformidad con lo fijado en el Decreto 1082 de 2015. Indicó que, no obstante lo anterior, el comité asesor y evaluador consideró que la norma del Decreto 1082 de 2015, que establecía el criterio de desempate objeto de reproche, debía ser interpretada bajo un criterio finalista y que, en dicho orden, se debía brindar un trato igualitario al ofrecimiento presentado por una mipyme de manera singular y al ofrecimiento presentado por varias mipymes bajo una figura asociativa.

Expresó, seguidamente, que el comité asesor y evaluador analizó el siguiente criterio de desempate que daba preferencia al proponente que tuviera una planta de

2 "NUMERAL 6.6. CRITERIOS DE DESEMPATE. En el evento de existir empate en la calificación EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA SA ESP aplicará los siguientes criterios de desempate sucesivos v excluyentes, según el orden dispuesto por el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 (...) 4. Si persiste el empate se Preferirá la oferta presentada por una Mipyme; o, consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura constituida por exclusivamente por Mipyme.[...]"

3 Micro, pequeñas y medianas empresas.

4" Artículo 2.2.1.1.2.2.9. Factores de desempate. [...] Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales: [...] 2. Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional. [...]"

personal en la que, por lo menos, el 10% de la nómina estuviera en condición de discapacidad, aspecto que el Consorcio Cundinamarca 2017 acreditó, mientras que la sociedad demandante no hizo lo propio.

Sostuvo que, mediante Resolución No. 378 del 19 de julio de 2017, Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. adjudicó los contratos de consultoría al Consorcio Cundinamarca 2017, decisión que, en criterio de la demandante, era equivocada, pues se sustentó en una indebida aplicación de los criterios de desempate establecidos en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, los cuales fueron acogidos en el pliego de condiciones de manera errada, circunstancia que, a la postre, impidió que su propuesta resultara preferida.

Bajo esta línea argumentativa, afirmó que Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S. era la única mipyme que presentó un ofrecimiento en forma individual, por lo que, de haberse observado el Decreto 1082 de 2015, habría resultado adjudicataria. Así entonces, concluyó que la entidad demandada la privó injustamente de resultar adjudicataria del concurso de méritos No. CM-PDA-009- 2017 y, por lo mismo, de percibir la utilidad esperada como consecuencia de la ejecución de los contratos de consultoría, la cual correspondía a

un 30% del valor de la propuesta.

Como **fundamento jurídico**, la parte accionante invocó la violación directa de la ley por la interpretación errónea del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015. Sobre este particular, explicó que la norma en comento era clara al establecer que la oferta presentada de manera individual por una mipyme se debía preferir sobre aquella presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura conformada por mipymes. Seguidamente, señaló que la entidad demandada, al momento de adjudicar, interpretó indebidamente esta norma, en el sentido de que el pliego de condiciones estableció un factor de desempate que otorgaba un trato igualitario a las mipymes que presentaran una propuesta en forma singular, así como a las mipymes que presentaron un ofrecimiento a través de una figura asociativa.

En criterio de la parte demandante, Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., al adjudicar, se atribuyó "(...) *competencias de las que evidentemente carece (...)*" para dar un alcance totalmente distinto a los criterios de desempate.

Contestación de la demanda

Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P.⁵ se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

5 Fl 54 a 77, C.1.

Sostuvo que el pliego de condiciones del concurso de méritos No. CM-PDA-009- 2017 no solo fue elaborado a partir de lo regulado en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, sino también a partir de los criterios expuestos en diferentes manuales de contratación expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–. Advirtió, en ese sentido, que en este caso los criterios de desempate establecidos en el pliego de condiciones fueron confeccionados a partir de lo dispuesto en el "*Manual para el manejo de los incentivos en los Procesos de Contratación*", el cual exigía brindar un trato igualitario a las propuestas presentadas por una mipyme en forma singular, así como a las propuestas presentadas por mipymes a través de las diferentes figuras asociativas.

Destacó que los manuales de contratación emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– eran de obligatoria observancia en tanto fueran adoptados a través de circulares que tenían fuerza vinculante. De acuerdo con lo anterior, señaló que, como el "*Manual para el manejo de los incentivos en los Procesos de Contratación*" fue adoptado por medio de Circular Externa Única expedida por la mencionada Agencia, aquel era de obligatoria observancia al momento de elaborar el pliego de condiciones del concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017. Así las cosas, concluyó que los criterios de desempate acogidos, que fueron aplicados a la hora de adjudicar, se ajustaban al ordenamiento jurídico, motivo por el cual la decisión adoptada con base la aplicación de dichos criterios no estaba viciada de nulidad.

Seguidamente, propuso las excepciones previas de inepta demanda y caducidad de la acción. En cuanto a la primera de las excepciones enunciadas, señaló que en este caso no era procedente el medio de control de controversias contractuales ejercido por la parte actora; para este efecto indicó que, pese a que la demandante solicitó la declaratoria de nulidad de los contratos de consultoría celebrados con ocasión de la terminación del proceso de selección, lo cierto es que ello fue pretendido como consecuencia de la anulación del acto administrativo de adjudicación, lo cual, destacó, solo podía demandarse por la vía del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que no fue ejercido.

En punto a la excepción de caducidad de la acción, la entidad resaltó que en este caso el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho estaría caducado en tanto, en el

momento en que se radicó la demanda, ya había fenecido el término legal previsto para su ejercicio. En efecto, teniendo en cuenta que el acto de adjudicación fue notificado el 25 de julio de 2017, dijo que el término máximo para presentar la demanda vencía el 24 de noviembre del mismo año; sin embargo, como fue radicada el 19 de diciembre de 2017, aun si se hubiere presentado la demanda en debida forma, en todo caso habría operado el fenómeno de caducidad.

Por último, propuso la excepción de fondo que denominó “*ausencia de responsabilidad de Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P.*”, con sustento en que en este caso la entidad demandada dio aplicación al artículo 2.2.1.1.2.2.9.

del Decreto 1082 de 2015, desarrollado por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– en su “*Manual para el manejo de los incentivos en los Procesos de Contratación*”. Además, señaló que se escogió la propuesta del adjudicatario como la más favorable para los intereses contractuales, atendiendo todos los criterios de desempate establecidos.

El Consorcio Cundinamarca 2017, quien resultó adjudicatario, no contestó la demanda, pese a que fue vinculado al proceso como litisconsorte necesario por pasiva mediante auto del 29 de octubre de 2018⁶.

Audiencia inicial

El 16 de mayo de 2019, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca llevó a cabo la audiencia inicial, en la que advirtió que no se encontró vicio alguno que debiera ser objeto de saneamiento.

Seguidamente, el Tribunal abordó el análisis de las excepciones previas formuladas por Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., para concluir que no estaban probadas. En cuanto a la ineptitud de la demanda, el Tribunal advirtió, de acuerdo con lo planteado en el libelo introductorio, que Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S. pretendió la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y la nulidad absoluta de los contratos celebrados con ocasión del procedimiento de selección; de ahí que lo importante era verificar que se cumplieran los requisitos de la acumulación de pretensiones. Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 165 del CPACA, refirió que en la demanda se podían acumular pretensiones siempre que (i) el mismo juez fuera competente para conocerlas todas, (ii) no se excluyeran entre sí, (iii) pudieran tramitarse por el mismo procedimiento, y (iv) no hubiere operado el fenómeno de caducidad de la acción. Es así que, como en este caso se reunían todos los requisitos necesarios para la procedencia de la acumulación de pretensiones, concluyó que se debía negar tal excepción.

De otra parte, en lo que respecta a la excepción de caducidad, aclaró que el acto administrativo de adjudicación fue publicado el 19 de julio de 2017, por lo que, en principio, la demanda debía ser radicada el 21 de noviembre del mismo año. No obstante lo anterior, dijo que el 31 de julio de 2017 la demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial, que suspendió el término de caducidad hasta el 19 de septiembre siguiente, fecha en que se profirió la constancia que acreditó la ausencia de ánimo conciliatorio; de ahí que la demanda debía ser presentada a más tardar el 9 de enero de 2018, término que fue observado en tanto se radicó el 19 de diciembre de 2017.

6 FI 146, C. 1.

7 FI 175 – 183, C. 1.

Luego de agotado el estudio de las excepciones previas, el Tribunal fijó el litigio en el sentido de determinar si había lugar o no a declarar la nulidad del acto de adjudicación proferido en

el marco del concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017, como consecuencia de una indebida aplicación de los criterios de desempate, y si, con fundamento en lo anterior, se debía reconocer la utilidad dejada de percibir por la no ejecución de los contratos celebrados.

Posteriormente, el Tribunal declaró fallida la etapa de conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio. Más adelante, decretó como pruebas las documentales aportadas con el libelo introductorio y las presentadas por Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P.; asimismo, conminó a la parte demandante para que adelantara las gestiones necesarias para la realización del dictamen pericial dirigido a demostrar la utilidad que dejó de percibir.

Audiencia de pruebas

El 9 de julio de 2019 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca llevó a cabo la audiencia de pruebas, en la que señaló que no se encontró vicio alguno que debiera ser objeto de saneamiento. Seguidamente, advirtió que la parte demandante presentó el dictamen pericial dirigido a demostrar el perjuicio sufrido como consecuencia de la no adjudicación de los contratos de consultoría, por lo que se procedió a escuchar al perito y a brindar la oportunidad para la contradicción de la experticia. Por último, se ordenó presentar alegatos de conclusión por escrito, dentro de los 10 días siguientes a la celebración de la audiencia⁸.

Alegatos de conclusión en primera instancia

La parte accionante⁹ reiteró los argumentos de su demanda y agregó que no era cierto que los criterios de desempate fijados en el pliego de condiciones correspondieran a los sugeridos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente—. De hecho, destacó que existían publicaciones de la referida Agencia que respaldaban lo expuesto en la demanda, esto es, que debía brindarse preferencia a la propuesta presentada en forma singular por una mipyme, sin que dicho trato preferencial se hiciera extensivo a la propuesta presentada por varias mipymes a través de una figura asociativa.

Por su parte, Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P.¹⁰ reprochó que la parte demandante, como interesada en el concurso de méritos No. CM-PDA-009- 2017, no hubiere formulado sus inconformidades en relación con los criterios de desempate acogidos por la entidad dentro de la oportunidad establecida para formular observaciones al proyecto de pliego de condiciones. Sobre este punto,

8 La Sala destaca que el dictamen pericial allegado al proceso por la demandante para acreditar la utilidad dejada de percibir será examinado y valorado siempre que en este caso resulte procedente declarar la nulidad del acto administrativo de adjudicación.

9 FI 193 a 197, C.1.

10 FI 198 a 203, C.1.

explicó que “al haberse establecido claramente las reglas de juego a la cual se sujetarían todos los intervinientes en el concurso de méritos CM-PDA- 009-2017, en aplicación del principio de buena fe de todos los intervinientes en el proceso contractual, resultaba necesario que las inconsistencias o irregularidades fueran puestas de presente previo al agotamiento de todas las etapas establecidas para el proceso de selección del contratista.”

De otra parte, reiteró que los criterios de desempate que se tuvieron en cuenta en el acto de adjudicación, que fueron los establecidos en el pliego de condiciones, se ajustaban a lo prescrito en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015. En punto al específico criterio objeto de controversia, señaló que la entidad demandada, al brindar un trato igualitario a las propuestas presentadas por una mipyme en forma singular o plural al

momento de proferir el acto de adjudicación, otorgó un alcance lógico y justo al numeral 2 del inciso segundo del citado artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015.

El Consorcio Cundinamarca 2017 y el Ministerio Público guardaron silencio.

Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 29 de enero de 2021¹¹, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda con sustento en los siguientes argumentos:

Explicó que en el caso concreto el pliego de condiciones estuvo a disposición de los interesados durante el trámite del proceso de selección, para que formularan las observaciones que estimaran pertinentes dentro de las etapas previstas para el efecto. Adujo que, pese a que los interesados en participar conocían esta oportunidad, Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S. no efectuó observación alguna en relación con los criterios de desempate fijados en el aparte

6.6 del pliego de condiciones. Por lo anterior, el Tribunal concluyó que la demandante consintió la forma en que la entidad confeccionó los criterios de desempate, por lo que no le era dable ventilar inconformidades sobre el particular en la audiencia de adjudicación, ni mucho menos en este proceso judicial.

Al margen de lo anterior, el Tribunal resaltó que Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., al momento de expedir el acto de adjudicación demandado, no desconoció lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, al tener en cuenta los criterios de desempate establecidos en el aparte 6.6 del pliego de condiciones. Señaló que, si bien la entidad demandada utilizó un estilo de redacción diferente para exponer los criterios de desempate, ello no contrariaba lo establecido en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, ni alteraba los parámetros bajo los cuales se debía escoger al contratista.

11 Fl. 199 a 211, C. Ppal.

Por último, destacó que en este caso la demandante no demostró que los integrantes del consorcio adjudicatario no tuvieran la calidad de mipyme. De esta manera, consideró razonable que el comité asesor y evaluador acudiera al criterio de desempate que favorecía a las propuestas presentadas por oferentes que tuvieran en su planta de personal un determinado número de trabajadores en condición de discapacidad, lo cual permitió adjudicarle el contrato al Consorcio Cundinamarca 2017.

El recurso de apelación

La parte demandante¹² solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia para que, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

En su recurso sostuvo que no merecía mayor despliegue lo censurado por el *a quo* en relación con la ausencia de observaciones al pliego de condiciones, más allá de precisar que su inconformidad en relación con el criterio de desempate no era un asunto de oportunidad que pudiera sanearse por el mero silencio de las partes. En todo caso, resaltó que el Tribunal omitió por completo que, durante el curso de la audiencia pública de apertura de sobre económico y recomendación de adjudicación, la demandante se opuso a la modificación que trajo el pliego de condiciones frente los criterios de desempate del Decreto 1082 de 2015.

De otra parte, insistió en el cargo de violación de la ley por interpretación errónea del artículo

2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015. Sobre este particular, destacó que en este caso concreto, contrario de lo considerado por el Tribunal *a quo*, sí estaba demostrado que Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., con el acto de adjudicación, desconoció lo establecido en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, al tener en cuenta los criterios de desempate fijados en el pliego de condiciones. Agregó que, de acuerdo con el orden sucesivo y excluyente fijado en el citado artículo del Decreto 1082 de 2015, era evidente que, en el acto de adjudicación, se debía preferir la oferta presentada por una mipyme nacional frente a la presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura que estuviera integrada por una mipyme; sin embargo, según indicó, en el pliego de condiciones se le brindó un trato igualitario a las propuestas presentadas por una mipyme en forma individual y plural, lo cual implicó que se unificaran los criterios expuestos en los numerales 2 y 3 del inciso segundo del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015.

Reiteró que los criterios de desempate establecidos en dicha norma eran de obligatorio cumplimiento por parte de la entidad demandada y no admitían interpretación ni modificación alguna. Igualmente, insistió en que, de haberse observado en el acto de adjudicación demandado los criterios de desempate fijados

12 Fl. 215 a 217, C. Ppal.

en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. *ejusdem*, la parte demandante habría resultado adjudicataria, en tanto era la única mipyme que presentó su ofrecimiento en forma singular.

Por último, reprochó el hecho de que, para negar las pretensiones de la demanda, el Tribunal hubiere sostenido que no estaba demostrado que el consorcio adjudicatario no tuviera la calidad de mipyme, pues esta circunstancia nunca estuvo en entredicho. Sobre este punto, resaltó que el litigio propuesto no se edificaba sobre la necesidad de demostrar que el adjudicatario no tuviera la calidad de mipyme, pues esta circunstancia fue acreditada, solo que tal situación se configuraba en un consorcio y no en un proponente singular. En línea con lo anterior, agregó que *“no hay discusión que el Consorcio adjudicatario, tenía dentro sus integrantes a una sociedad mipyme, pero, esta misma condición de consorcio implicaba que por mandato expreso del Decreto analizado, no fuera preferido frente a la propuesta del proponente singular, acá demandante.”*

Trámite en segunda instancia

El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue admitido mediante auto del 24 de enero de 2022¹³. De conformidad con el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, los sujetos procesales tenían hasta la ejecutoria del auto admisorio del recurso de apelación para pronunciarse sobre el mismo, término que se cumplió sin pronunciamiento alguno. Por su parte, el Ministerio Público, de acuerdo con el numeral 6 del citado artículo 247 del CPACA, podía presentar concepto hasta el momento en que el proceso ingresó al despacho para fallo de segunda instancia; sin embargo, guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) régimen jurídico aplicable el concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017; (2) presupuestos procesales, (3) objeto del recurso y problema jurídico a resolver; (4) hechos probados; (5) caso concreto; y (6) costas.

Régimen jurídico aplicable al concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017

Previo a abordar el estudio de los presupuestos procesales, la Sala estima pertinente establecer el régimen jurídico al cual estuvo sometido el concurso de méritos No. CM-PDA-

009-2017, porque dicho aspecto determina la naturaleza jurídica del acto precontractual objeto de reproche, el medio de control procedente en este caso, la oportunidad para el ejercicio del medio de control, y la forma en que habrá de resolverse el asunto sometido a consideración de la Sala.

13 Índice 3 de SAMAI.

Pues bien, en este caso está probado que el concurso de méritos No. CM-PDA-009- 2017 fue iniciado, adelantado y decidido por Empresas Públicas de Cundinamarca

S.A. E.S.P., empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial que, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994¹⁴, no está sometida al Estatuto de Contratación de la Administración Pública en la gestión de sus negocios, sino a las normas del derecho privado.

Tal y como lo ha indicado esta Subsección en anteriores oportunidades¹⁵, el régimen de contratación de una entidad estatal no solo tiene incidencia en el ámbito de la celebración y ejecución del contrato, sino también en la etapa de formación del negocio jurídico. De ahí que podría llegar a considerarse, a partir del régimen de contratación al cual se encuentra sometido la entidad demandada, que el concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017 se sujetó a las normas de derecho privado, evento en el cual el caso concreto habría de abordarse bajo los lineamientos procesales y sustanciales unificados en la sentencia del 3 de septiembre de 2020¹⁶, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación.

No obstante lo anterior, la Sala destaca que en este caso particular el procedimiento de selección se sujetó al Estatuto de Contratación de la Administración Pública, por expresa disposición de los artículos 1° del Decreto 4548 de 2009 y 15 del Decreto 2246 de 2012 (normas vigentes para el momento en que se adelantó el proceso de selección), toda vez que, según pasa a exponerse, Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. adelantó el procedimiento de selección en su calidad de gestora del Programa de Agua y Saneamiento para la Prosperidad – Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PAP – PDA), y con recursos propios de dicho programa.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 2246 de 2012, el Programa de Agua y Saneamiento para la Prosperidad – Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PAP – PDA) tiene por objeto adoptar y ejecutar un conjunto de estrategias que buscan “[...] *lograr la armonización integral de los recursos y la implementación de esquemas eficientes y sostenibles en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, teniendo en cuenta las características locales, la capacidad institucional de las entidades territoriales y personas prestadoras de los servicios públicos y la implementación efectiva de esquemas de regionalización*”.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 5 del Decreto 2246 de 2012, los gestores del Programa de Agua y Saneamiento para la Prosperidad – Plan

14 “**ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN.** *Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa. [...]*”

15 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 17 de junio de 2024, exp. 66688.

16 Consejo de Estado, Sección Plena de la Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre

de 2020, exp. 42003.

Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PAP – PDA), son los responsables de la implementación y seguimiento a la ejecución de las estrategias y los asuntos relacionados con el agua potable y saneamiento básico. Dentro de sus funciones, se destaca aquella que les permite adelantar los procesos de contratación con cargo a los recursos del PAP – PDA, una vez los proyectos hayan sido viabilizados. Lo anterior, con sujeción al Estatuto de Contratación de la Administración Pública, según lo prescribe el artículo 15 del Decreto 2246 de 2012, a cuyo tenor:

*“Artículo 15. Contratación. Los procesos de contratación que se adelanten con cargo a los recursos aportados por los participantes en el marco del PAP-PDA serán adelantados por el Gestor del PAP-PDA; no obstante el Comité Directivo determinará en qué eventos los municipios y/o distritos y el(los) prestador(es) de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado y/o aseo que preste(n) en el municipio o grupo de municipios beneficiarios del proyecto, podrán adelantar el respectivo proceso de contratación, para lo cual se verificarán los requisitos establecidos en el manual operativo. **Lo anterior observando lo previsto en las disposiciones del Estatuto de Contratación Estatal, el contrato de fiducia mercantil y las normas que resulten aplicables.** [...]”.*

En idéntico sentido, el artículo 1° del Decreto 4548 de 2009 dispone lo siguiente:

“ Artículo 1°. Los procesos de contratación que se adelanten por el Gestor, en cumplimiento de las funciones asignadas por el artículo 12 del Decreto 3200 de 2008, se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en desarrollo de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007. Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de las demás disposiciones previstas en el mencionado decreto.”

Ahora bien, en el expediente obra el certificado¹⁷ de existencia y representación legal de Empresas públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., que demuestra que su objeto social principal no estaba limitado solamente a la prestación de servicios públicos domiciliarios y no domiciliarios, sino que también comprendía, valga resaltar, la posibilidad de desempeñarse como gestora del Plan Departamental de Aguas del departamento de Cundinamarca, que luego pasó a denominarse Programa de Agua y Saneamiento para la Prosperidad – Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PAP – PDA). Sobre este particular, en el certificado en mención se lee:

“OBJETO SOCIAL: LA SOCIEDAD SE PROPONE COMO OBJETO SOCIAL PRINCIPAL LA PRESTACIÓN, EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL, DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS TALES COMO ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO, ASEO, ENERGÍA, GAS DOMICILIARIO, ENTRE OTROS, Y SERVICIOS PÚBLICOS NO DOMICILIARIOS, Y SUS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS E INHERENTES A LOS MISMOS. ASÍ MISMO, COMO OBJETO SOCIAL PRINCIPAL, LA SOCIEDAD PODRÁ DESEMPEÑAR EL PAPEL DE GESTORA O EL ROL QUE SU JUNTA DIRECTIVA DETERMINA EN EL PLAN DEPARTAMENTAL DE AGUAS DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA Y EN TODOS LOS DEPARTAMENTOS DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

17 Fl. 1 a 7, C. 2.

PUDIENDO PARTICIPAR, SIEMPRE EN EL ÁMBITO DE LA LEY Y DE ESTOS ESTATUTOS, EN CUALQUIER CALIDAD EN LOS PLANES DEPARTAMENTALES DE AGUAS EN QUE ESTÉ INVOLUCRADO CUALQUIER ENTE TERRITORIAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. [...]” (se destaca).

También está demostrado, como anticipadamente se advirtió, que en este específico caso

Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. actuó en su calidad de gestora del programa al que se ha hecho referencia, previa designación como gestora del mismo¹⁸ que le hiciera el departamento de Cundinamarca mediante el Decreto Departamental No. 00180 del 22 de septiembre de 2008¹⁹.

Ciertamente, el acto de apertura del concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017²⁰,

18 En punto a la designación del gestor, en los considerandos del Decreto Departamental No. 00180, se lee: “[...] *para la debida ejecución del Plan Departamental de Agua y Saneamiento, es necesario que el Departamento, determine quién será el encargado de hacer la gestión del mismo, por tanto debe establecer el Gestor del citado Plan para que ejerza sus funciones con sujeción a las leyes, a las normas departamentales, en especial al Plan Departamental de Desarrollo, el Plan Departamental de Agua Potable y Saneamiento Básico, los decretos reglamentarios que dentro de sus competencias expida el Gobierno Nacional, en especial el Decreto 3200 de 2008 y a los convenios que se celebren entre los agentes que intervengan en el mismo*”.

A su turno, en el artículo 2o *ejusdem*, se dispuso la designación de Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., así: **“DESIGNACIÓN DEL GESTOR DEL PDA DE CUNDINAMARCA.**

*Se designa a la **EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.** como gestor del PDA de Cundinamarca. En tal sentido sus funciones y competencias serán, mas no se limitarán a las siguientes [...]*”.

19 *“Por medio del cual se formula e implementa el Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios Públicos Domiciliarios de Agua y Saneamiento en el Departamento de Cundinamarca”. 20 Fl.12 a 17, C. 2. En este documento quedó establecido que “[...] En el Decreto No. 180 de 2008, Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. fue designada como Gestor del Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PDA) de Cundinamarca, hoy denominado Programa de Agua y Saneamiento para la Prosperidad – Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PAP – PDA) de Cundinamarca. [...] Es así como, Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. como gestor del Programa de Agua para la Prosperidad – Plan Departamental de Aguas PAP – PDA del Departamento de Cundinamarca, ha definido como estrategia de inversión la priorización de obras que corresponden a las necesidades de los municipios para garantizar la calidad y continuidad de los servicios del sector de Agua Potable y Saneamiento Básico, de las siguientes comunidades [...]*

A. BOJACÁ. El interés del municipio de Bojacá es realizar una actualización del Plan Maestro de acueducto y alcantarillado de la cabecera municipal, teniendo en cuenta estudios realizados anteriormente, con el objeto que se complemente con las nuevas actividades para ejecutar [...] B. FOMEQUE. *En la actualidad el Municipio tiene problemas con las redes de conducción y distribución de agua potable y las redes de alcantarillado ya que en su mayoría se encuentran en asbesto- cemento y se desconoce el estado de la mayoría de las redes, además a esto el centro poblado la unión no cuenta con un sistema óptimo de calidad de agua ni cuenta con sistema de alcantarillado para el manejo del agua residual. Atendiendo el requerimiento planteado, se hace necesario la contratación de una consultoría para que realice los estudios y diseños para satisfacer las necesidades básicas del municipio y suministro de agua potable. Por las razones expuestas, la Administración Municipal gestionó a través de los recursos del Programa de Agua para la Prosperidad – Plan Departamental de Agua de Cundinamarca el direccionamiento de recursos tendientes a la ejecución de proyectos que estimulen y fortalezcan el desarrollo de esta población para elevar su calidad, con la elaboración de la FORMULACIÓN DEL PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO Y*

ALCANTARILLADO DEL MUNICIPIO DE FOMQUE Y EL CENTRO POBLADO LA

UNIÓN [...] C. GUATAVITA [...] Por las razones expuestas en la problemática de los sistemas de acueducto y alcantarillado del casco urbano del municipio de Guatavita, Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. genera direccionamiento de recursos tendientes a la ejecución de proyectos que estimulen y fortalezcan el desarrollo de esta población para elevar su calidad de vida, como es la elaboración de REVISIÓN, AJUSTE Y ACTUALIZACIÓN DEL PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO (INCLUYE PTAP) Y ALCANTARILLADO DEL MUNICIPIO DE GUATAVITA [...] D. NEMOCÓN. En

el pliego de condiciones²¹ y el acto administrativo demandado²² demuestran que Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. adelantó el procedimiento de selección (i) en su calidad de gestora del Programa de Agua y Saneamiento para la Prosperidad – Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PAP – PDA); y (ii) con recursos provenientes del Programa de Agua y Saneamiento para la Prosperidad – Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PAP – PDA).

Vistas así las cosas, es claro que en este caso la entidad demandada no actuó en su condición de empresa de servicios públicos domiciliarios, de la cual se predica el régimen de contratación privado establecido en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, sino en calidad de gestora del PAP – PDA, con el objetivo concreto de perseguir la materialización de los cometidos de la política pública del sector del agua y saneamiento básico, lo que en consecuencia supone que el régimen que gobernó el proceso de selección objeto de estudio fue el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En tal sentido, la Sala advierte que el caso sometido a estudio debe ser abordado, procesal y sustancialmente, bajo el entendido de que el acto cuestionado es un acto administrativo, cuyo examen, se insiste, debe ser efectuado a la luz de las reglas propias del Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

Con fundamento en lo previsto en el artículo 104²³ del CPACA, a la jurisdicción de

la actualidad el Municipio cuenta con Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado que fue entregado al municipio en el año 2015, pero no tuvo en cuenta la zona de expansión urbana, lote San Rafael Arcángel con un plan de vivienda de 5000 casas, barrios el tanque, San José de la Vega Villa Luz, Divino Niño y la Urbanización el Futuro. Y en la actualidad no cuentan con servicios básicos de calidad. Atendiendo el requerimiento planteado, se hace necesario la contratación de una consultoría para que realice los estudios y diseños para satisfacer las necesidades básicas del municipio y suministrar agua potable. Por las razones expuestas, la Administración Municipal gestionó a través de los recursos del Programa de Agua para la Prosperidad – Plan Departamental de Agua de Cundinamarca el direccionamiento de recursos tendientes a la ejecución de proyectos que estimulen y fortalezcan el desarrollo de esta población para elevar su calidad de vida, con la elaboración de la ACTUALIZACIÓN PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE ZONA URBANA DE NEMOCÓN [...]”.

21 Fl.18 a 104, C. 2. En este documento se estableció lo mismo que en el acto de apertura del procedimiento de selección, detallado en la nota al pie anterior.

22 Fl. 117 a 121, C. 2. En este documento se estableció lo mismo que en el acto de apertura del procedimiento de selección, detallado en la nota al pie número 17.

23 *“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública [...]”.*

Lo contencioso administrativo le corresponde conocer del presente asunto²⁴, porque el objeto del litigio gira en torno a la legalidad de un acto administrativo proferido por una empresa de servicios públicos de carácter oficial, como lo es Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. –entidad pública–, así como también a los contratos celebrados por tal ente.

Igualmente, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante contra la sentencia del 29 de enero de 2021, conforme con lo previsto en los artículos 150²⁵ y 152²⁶ del CPACA, vigentes a la fecha de presentación de la demanda, dada la vocación de doble instancia del proceso, y en razón de que la pretensión económica formulada en la demanda excedió los 300 SMLMV que corresponden al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y los 500 SMLMV atinentes al medio de control de controversias contractuales²⁷.

Medios de control procedentes

Tal y como lo advirtió el *a quo* en el trámite de la audiencia inicial, al momento de resolver la excepción previa de inepta demanda, en este caso la parte demandante formuló pretensiones propias del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y del medio de control de controversias contractuales.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 141 del CPACA²⁸, los medios de control referidos resultan procedentes porque Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON

24 Al presente asunto le son aplicables la Ley 1437 de 2011 -CPACA- y la Ley 1564 de 2012 -CGP-, en virtud de lo previsto en el artículo 306 del primer estatuto mencionado.

25 *“Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. [modificado por el artículo 615 del CGP]. 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 [...]”.*

26 *Artículo 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controvertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...] 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [...]”.*

27 En el *sub examine* se formularon pretensiones económicas por \$424.134.454, monto que, para el año de radicación de la demanda (2017), excedía los 300 SMLMV que corresponden al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (\$221'315.100), y los 500 SMLMV atinentes al medio de control de controversias contractuales (\$368'858.500).

28 **ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.** *Cualquiera de las partes de un*

contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. [...]

S.A.S., que resultó vencida dentro del concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017, cuestiona la legalidad del acto administrativo de adjudicación y solicita el consecuente restablecimiento del derecho, así como también pretende que se declare la nulidad de los contratos de consultoría celebrados por Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P con ocasión de la expedición de aquel.

La Sala destaca que en este caso se cumplen los presupuestos necesarios para la acumulación de pretensiones, previstos en el artículo 165 del CPACA²⁹. En efecto, las pretensiones formuladas (i) son conexas, en tanto la parte demandante solicita la declaratoria de nulidad absoluta de los contratos como consecuencia de la anulación del acto administrativo de adjudicación; (ii) son de competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia, y del Consejo de Estado en segunda instancia, como quedó visto en el análisis del presupuesto anterior; (iii) no se excluyen entre sí, por el contrario, de su lectura surge sin duda que se complementan; (iv) se formularon de manera oportuna, como se verá enseguida; y (v) pueden tramitarse a través del mismo procedimiento, esto es, el ordinario.

Ejercicio oportuno del medio de control

En lo que respecta a las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, se tiene que la demanda fue presentada dentro del término prescrito en el literal c) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA³⁰. Ciertamente, la parte accionante reconoció³¹ que el acto administrativo de adjudicación demandado fue notificado en estrados el 18 de julio de 2017, por lo que la demanda, en principio, debía ser radicada a más tardar el 19 de noviembre del mismo año, esto es, dentro de los cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de su notificación.

29 “ARTÍCULO 165. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES. *En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:*

Que el juez sea competente para conocer de todas. [...]

Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.

Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.”

30 “ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. *La demanda deberá ser*

presentada: [...] 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...] c)

Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso; [...]”

31 En la página 16 de la demanda (fl 27, C. 1.), la actora manifestó lo siguiente: “*Se anexa con la demanda la Resolución 378 del 19 de julio de 2017, mediante la cual la Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. adjudico al Consorcio Cundinamarca 2017 el Concurso de Méritos CM- PDA-009-2017. La aludida resolución fue notificada en estrados, esto es, en audiencia del 18 de julio de 2017. Contra la aludida resolución no procedía ningún recurso, dada la irrevocabilidad, como regla general, del acto de adjudicación, según lo establecido en el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007.*”

No obstante lo anterior, la actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 31 de julio de 2017, esto es, faltando 3 meses y 19 días para que operara el fenómeno de caducidad. El término de caducidad estuvo suspendido hasta el 19 de septiembre de 2017, día en que fue proferida la constancia³² que refleja la ausencia de ánimo conciliatorio. Así entonces, el término máximo para presentar la demanda vencía el 9 de enero de 2018, por lo que la demanda radicada el 19 de diciembre de 2017 fue oportuna.

De otra parte, en lo relativo a las pretensiones de controversias contractuales, también se advierte que la demanda fue presentada dentro del término de dos (2) años contados a partir del día siguiente al perfeccionamiento del contrato, establecido literal j) del numeral segundo del artículo 164 del CPACA³³. Para llegar a la anterior conclusión, basta señalar que los contratos demandados fueron celebrados el 16 de agosto de 2017, por lo que la demanda interpuesta el 19 de diciembre de 2017 fue presentada de manera oportuna.

Legitimación en la causa

De conformidad con los artículos 138³⁴ y 141³⁵ del CPACA, Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S. está legitimada en la causa para solicitar la declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación y el restablecimiento del derecho, porque participó en el concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017 y considera que

32 FI 38, C.1.

33 **“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA.** *La demanda deberá ser*

presentada: [...] 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...] j) [...] Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente. [...]”

34 En el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho la legitimación en la causa por activa reside en “[*t]oda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior [...]*”.

35 En el medio de control de controversias contractuales, a través del cual se persiga la nulidad absoluta de un contrato, se encuentra en cabeza de las partes, del Ministerio Público o de cualquier tercero que acredite un interés directo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 141 del CPACA, según el cual: **“ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.**

Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.”

sus derechos resultaron afectados al no haber resultado adjudicataria. También está legitimada en la causa para pedir la nulidad absoluta de los contratos de consultoría suscritos, porque tiene un interés directo que deriva de haber participado en el concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017 y no haber resultado adjudicatario de aquellos.

Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., por su parte, está legitimada en la causa por pasiva respecto de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho y, a la vez, frente a las de nulidad absoluta de los contratos, porque fue la entidad que adelantó el concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017, profirió el acto administrativo de adjudicación que se demanda y, además, celebró los contratos de consultoría reprochados por Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S.

De otra parte, el Consorcio Cundinamarca 2017, que luego de admitirse la demanda fue vinculado al proceso, está legitimado en la causa por pasiva como litisconsorte necesario de la parte demandada, puesto que resultó adjudicatario del proceso de selección y, además, suscribió los contratos de consultoría referidos.

Objeto del recurso de apelación y problema jurídico a resolver

De acuerdo con los cargos de la apelación formulados por la parte accionante, los cuales constituyen el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia conforme lo dispuesto por los artículos 320³⁶ y 328³⁷ del CGP, corresponde a la Sala decidir si, de conformidad con los hechos probados, resulta procedente anular la Resolución No. 378 del 19 de julio de 2017 por medio de la cual la entidad demandada adjudicó los contratos de consultoría, ante una indebida aplicación de los criterios de desempate, y si, con fundamento en ello, hay lugar a declarar la nulidad absoluta de los contratos celebrados con ocasión de la finalización del procedimiento de selección.

Hechos probados

De conformidad con los medios probatorios arrimados al proceso, se encuentran probados los siguientes hechos relevantes para la decisión del presente asunto:

Está demostrado que el 26 de abril de 2017 Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. publicó el aviso de convocatoria³⁸ del concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017, por medio del cual manifestó su interés en recibir

³⁶ “Artículo 320. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión

decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión [...]”.

37 “Artículo 328. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley [...]. El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella [...]”.

38 FI 8 a 11, C.2.

propuestas para contratar (i) la actualización del plan maestro de acueducto y alcantarillado del casco urbano del municipio de Bojacá; (ii) la formulación del plan maestro de acueducto y alcantarillado del municipio de Fómeque y el centro poblado de la unión; (iii) la revisión, ajuste y actualización del plan maestro de acueducto y alcantarillado del municipio de Guatavita; y (iv) la actualización del plan maestro de acueducto y alcantarillado de la zona urbana de Nemocón.

En el expediente obra el cronograma del concurso de méritos No. CM-PDA- 009-2017, detallado en el aviso de convocatoria, que contempló dos oportunidades para formular observaciones al pliego de condiciones, a saber: (i) en la etapa previa a la apertura del procedimiento de selección, concretamente, entre el 26 de abril y el 3 de mayo de 2017, y (ii) luego de la apertura del procedimiento de selección, específicamente, entre el 19 de mayo y el 24 de mayo de 2017.

Está probado que, mediante Resolución No. 314 del 19 de mayo de 2017³⁹, la entidad demandada ordenó la apertura del concurso de méritos No. CM-PDA-009- 2017 y designó al comité asesor y evaluador del procedimiento de selección. Tal y como quedó establecido en el primer acápite de estas consideraciones, la entidad demandada abrió el proceso de selección como gestora del PAP – PDA y con el objetivo concreto de perseguir la materialización de los objetivos de la política pública del sector del agua y saneamiento básico.

En el proceso quedó acreditado que el 8 de junio de 2017 Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. efectuó la audiencia⁴⁰ de cierre del procedimiento de selección. Una vez revisado el registro⁴¹ de propuestas entregadas, la entidad demandada constató que presentaron ofrecimientos: (i) Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S.; (ii) Consorcio Cundinamarca 009; (iii) Consorcio PM Cundinamarca; (iv) Unión Temporal Plan Maestro JCM; (v) Consorcio Cundinamarca 2017; (vi) Consorcio Orión 76; y (vii) Consorcio CM 2017.

El 22 de junio de 2017, el comité asesor y evaluador del concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017 publicó el informe preliminar⁴² de evaluación de las propuestas. En este documento el comité determinó los proponentes que resultaron habilitados y les asignó un puntaje de acuerdo con los factores ponderables establecidos en el pliego de condiciones, así:

Proponente	Puntaje
Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S. - INALCON S.A.S.	1.000
Consorcio PM Cundinamarca	900
Consorcio Orión 76	1.000

39 FI 12 a 17, C.2.

40 FI 113 a 114, C.2.

41 FI 114, C. 2.

42 FI 115, C. 2.

El 6 de julio de 2017, la entidad demandada dio inicio a la audiencia⁴³ de apertura de sobre económico y recomendación de adjudicación, la cual fue suspendida para que el comité asesor y evaluador estudiara, entre otros, un escrito de subsanación presentado por el Consorcio Cundinamarca 2017, el cual resultó inhabilitado porque uno de los profesionales que propuso para el cumplimiento del objeto contractual no cumplía la experiencia mínima exigida.

La audiencia de apertura de sobre económico y recomendación de adjudicación fue reanudada el 18 de julio de 2017. En su desarrollo, el comité asesor y evaluador habilitó la propuesta del Consorcio Cundinamarca 2017 porque, con ocasión de las pruebas aportadas con el escrito de subsanación, se verificó que el profesional sí cumplía con la experiencia mínima exigida en el pliego de condiciones, de manera que su oferta cumplía con todos los requisitos habilitantes exigidos para participar en el procedimiento de selección. Así las cosas, el comité concluyó que cuatro proponentes resultaron habilitados, destacando que tres de ellos quedaron empatados con el puntaje máximo, así:

Proponente	Puntaje
Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S. - INALCON S.A.S.	1.000
Consorcio PM Cundinamarca	900
Consorcio Orión 76	1.000
Consorcio Cundinamarca 2017	1.000

En el expediente obra el pliego de condiciones del concurso de méritos No. CM- PDA-009-2017⁴⁴, que determinó los requisitos de participación en el proceso, así como también los criterios objetivos a partir de los cuales se debía efectuar la escogencia del contratista. El pliego de condiciones, en su aparte 6.6., estableció los criterios de desempate en los siguientes términos:

“6.6. CRITERIOS DE DESEMPATE

En el evento de existir empate en la calificación EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA SA ESP aplicará los siguientes criterios de desempate sucesivos y excluyentes, según el orden dispuesto por el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015:

- 1. Se considerará como primera en el orden de calificación aquella que haya obtenido el mayor puntaje en la evaluación de la experiencia específica del oferente que fue objeto de evaluación.***
- 2. Si persiste el empate, entre dos o más propuestas se considerará como primera en el orden de calificación aquella que haya obtenido el mayor puntaje en el aspecto de experiencia grupo de trabajo del proponente.***

43 FI 122 a 127, C.2.

44 FI 18 a 104, C.2.

- 3. Si persiste el empate se preferirá la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.***
- 4. Si persiste el empate se Preferirá la oferta presentada por una Mipyme; o, consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura constituida por***

exclusivamente por Mipyme.

5. *Si persiste el empate se Preferirá la oferta presentada por un Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) este conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura.*
6. *Si persiste el empate se Preferirá la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley*

361 de 1997. Si la oferta es presentada por un Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.

7. *Si persiste el empate, se utilizará como instrumento el sorteo por medio de balotas, procedimiento para el cual los proponentes se pondrán de acuerdo en la Audiencia de apertura de sobre económico.”*

En el desarrollo de la audiencia de apertura de sobre económico y recomendación de adjudicación⁴⁵, Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON

S.A.S. reprochó que *“el pliego de condiciones introdujo un sistema de criterios de desempate que no coincide con el orden y alcance literal consagrado en el Decreto 1082 de 2015, razón por la cual debe darse aplicación a este último, pues en su opinión tiene mayor fuerza vinculante que el pliego de condiciones.”* Ante esta observación, está probado que Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. reconoció que realizó una complementación al artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, en lo que respecta al criterio de desempate referido a las mipymes.

En tal sentido, Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. refirió que la complementación fue efectuada para equiparar la propuesta presentada por una mipyme en forma singular, con la propuesta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura conformada exclusivamente por mipymes, en tanto *“resulta[ba] lógico pensar que lo que buscaba la norma en análisis e[ra] darle trato preferencial a las mipymes indistintamente si estas se presentan de manera individual o acudiendo a figuras conjuntas únicamente entre ellas, situación en la cual se s[eguía] estando -frente a la presentación de una propuesta por*

45 FI 122 a 127, C.2.

mipymes exclusivamente por lo cual es dable aplicar el criterio preferencial acá analizado”.

En tal audiencia, además, la entidad agregó que la complementación efectuada guardaba respaldo en el *“Manual para el manejo de los incentivos en los Procesos de Contratación”*⁴⁶, proferido por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–. Este Manual, que obra en el expediente, efectivamente establecía los lineamientos que debían ser aplicados en caso de que varios oferentes resultaran empatados en el puntaje asignado. En dicho contexto, este manual otorgaba un trato igualitario a la propuesta presentada por una mipyme en forma singular, así como a la propuesta presentada por varias mipymes a través de un consorcio, unión temporal o

promesa de sociedad futura, así:

“III Factores de desempate [...]”

B. ¿Cómo definir el adjudicatario cuando hay un empate en la evaluación de las propuestas?

Si una vez evaluadas las ofertas existe un empate en el primer lugar del orden de elegibilidad, la normativa en la mínima cuantía establece que la Entidad Estatal aceptará la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo. Para los demás procesos de Contratación, incluye la utilización de unas reglas para seleccionar el adjudicatario, las cuales deben aplicarse de forma sucesiva y excluyente.

Las reglas son las siguientes:

Preferir la oferta que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

Preferir la oferta que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de calificación establecidos en los pliegos de condiciones y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

Preferir la propuesta presentada por una Mipyme; o, consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura constituida exclusivamente por Mipyme. [...]

En el proceso está demostrado que, pese a las observaciones formuladas por Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S., la entidad demandada ratificó el contenido del aparte 6.6. del pliego de condiciones. También se encuentra acreditado que el comité asesor y evaluador del concurso de méritos No. CM-PDA- 009-2017 recomendó la elección del Consorcio Cundinamarca 2017, luego de dar aplicación a los criterios de desempate establecidos en el pliego de condiciones.

Vistas así las cosas, Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. profirió la Resolución No. 378 del 19 de julio de 2017⁴⁷, por medio de la cual adjudicó el

46 FI 110 a 121, C.1.

47 FI 117 a 121, C. 2.

concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017 al Consorcio Cundinamarca 2017. Al respecto, quedó establecido en el proceso que la propuesta del Consorcio Cundinamarca 2017 fue preferida porque contaba con una planta de personal en la que el diez por ciento (10%) de su nómina estaba en condición de discapacidad, según se desprende del contenido del acto de adjudicación, así:

“De los resultados arriba anunciados se hizo necesario para la entidad dar aplicación a los criterios de desempate previstos en el pliego de condiciones y el decreto 1082 de 2015; no sin antes resolver las observaciones que uno de los asistentes realizó frente a este punto del orden del día, aspectos que quedaron expresamente consignados en la respectiva acta de la precitada audiencia.

Que dando aplicación a los criterios de desempate de forma sucesiva y excluyente, el proponente CONSORCIO CUNDINAMARCA 2017, resultó favorecido con el criterio No.

6 del pliego de condiciones que indicaba: Si persiste el empate se preferirá la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997, Si la oferta es presentada por un Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura y adoptar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.”

Está probado que, el 16 de agosto de 2017, Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. y el Consorcio Cundinamarca 2017, suscribieron los contratos de consultoría 377⁴⁸ y 378⁴⁹, cuyo objeto era (i) la actualización del plan maestro de acueducto y alcantarillado de la zona urbana de Nemocón –para el caso del contrato de consultoría 377–, y (ii) la actualización del plan maestro de acueducto y alcantarillado de la zona urbana de Bojacá –para el caso del contrato de consultoría 378–.

Caso concreto

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda al considerar que (i) la demandante perdió la oportunidad de ventilar inconformidades en relación con los criterios de desempate contenidos en el pliego de condiciones que fueron tenidos en cuenta para la adjudicación, en tanto no formuló observaciones dentro de la oportunidad prevista para el efecto; y (ii) los criterios de desempate, que fueron analizados y aplicados en el acto de adjudicación, no desconocieron el ordenamiento jurídico.

La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia para que fuera revocada y, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda. En su recurso reprochó que, para negar las pretensiones de la demanda, el Tribunal

48 FI 133 a 140, C. 2.

49 FI 149 a 164, C. 2.

hubiere acudido a la pérdida de oportunidad para cuestionar preceptos contenidos en el pliego de condiciones, pues ello implicaba aceptar que las irregularidades pudieran sanearse por el paso del tiempo. En todo caso, resaltó que sí presentó observaciones en la audiencia **de apertura de sobre económico y recomendación de adjudicación**. De otra parte, reiteró lo argumentado en la demanda en lo que respecta a la ilegalidad del criterio de desempate que se aplicó en el acto demandado.

Bajo este contexto, la Sala anticipa que confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda, manteniendo incólume el acto de adjudicación demandado, toda vez que, aun cuando no se comparte lo esgrimido por el Tribunal en punto a la omisión de formular de observaciones al pliego de condiciones –ante la falta de prueba–, lo cierto es que en este caso se considera que el criterio de desempate que analizó la entidad demandada al momento de decidir sobre la adjudicación, en punto a las propuestas formuladas por mipymes individualmente o bajo un esquema asociativo, no desconoció el ordenamiento jurídico, toda vez que partió de una lectura razonable y lógica del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015.

En tal sentido, a efectos de exponer las razones que sustentan la decisión del caso bajo examen, la Sala, en primer lugar, se referirá a la formulación de objeciones al pliego de condiciones en el caso concreto; y en segundo lugar, procederá a examinar la legalidad del acto de adjudicación.

Pues bien, de cara al primero de los puntos mencionados, cabe recordar que el cronograma del concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017 contempló dos oportunidades para formular observaciones al pliego de condiciones, a saber: (i) en la etapa previa a la apertura del procedimiento de selección, concretamente, entre el 26 de abril y el 3 de mayo de 2017, y (ii) luego de la apertura del procedimiento de selección, específicamente, entre el 19 de mayo y el 24 de mayo de 2017 (hecho probado 4.2.).

En este punto, resulta de especial relevancia advertir que la etapa de observaciones está contemplada como un espacio para que los interesados en el proceso de selección tengan participación en la construcción del pliego de condiciones, con el propósito de que estos sean confeccionados en atención a los fines perseguidos por la contratación estatal. Sobre este particular, se destaca que, si bien el pliego

50 Al respecto, en sentencia del 10 de octubre de 2022, exp. 67773, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo lo siguiente: ***“Bajo este planteamiento, hay que recordar delantamente que el pliego de condiciones ha merecido el calificativo de 'ley de la licitación' y 'ley del contrato', en tanto y cuanto disciplina el desarrollo y las etapas del procedimiento administrativo de selección, así como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado. En cuanto atañe a su construcción, ella se explica en el marco del proceso de conformación de la voluntad de la Administración, bajo la premisa de que, si bien aquel procedimiento inicia con la determinación de un conjunto de necesidades y cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración, es de subrayar que en su recorrido y construcción***

de condiciones nace como una manifestación unilateral de la Administración Pública, no debe perderse de vista que los interesados en contratar con el Estado son profesionales expertos en las actividades, bienes o servicios que requiere la Administración, por lo que su intervención activa en la construcción del pliego de condiciones reviste radical importancia para la confección de unos preceptos claros, justos y completos, que atiendan las finalidades de la contratación pública⁵¹.

Ahora bien, en el curso del proceso la parte demandante no allegó el expediente administrativo que contiene todas las actuaciones adelantadas en el marco del concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017, a la vez que la entidad demandada tampoco hizo lo propio al contestar la demanda. Por tanto, aun cuando algunos de los medios de prueba que reposan en el plenario dan cuenta de la formulación de unas observaciones, lo cierto es que no quedó establecido cuáles fueron las observaciones concretas formuladas al pliego de condiciones en las etapas previstas para el efecto, ni quiénes las formularon, así como tampoco se conoce cuál fue la respuesta otorgada por Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. frente a las mismas. De este modo, ante la ausencia del expediente administrativo del proceso de selección, no resultaba posible concluir –como lo hizo el Tribunal de primera instancia– que la demandante no formuló observaciones en relación con los criterios de desempate aplicados por la entidad demandada al momento de proferir el acto de adjudicación cuestionado.

En efecto, si bien algunos de los documentos que fueron allegados a este proceso judicial (como el acto de apertura del procedimiento de selección⁵², las adendas Nos. 1⁵³ y 2⁵⁴ al pliego de condiciones y el acto administrativo de adjudicación⁵⁵)

involucra la participación fundamental y activa de los proponentes como expertos en las actividades, bienes o servicios que requiere el Estado”.

51 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección

C, sentencia del 24 de abril de 2024, exp. 63096.

52 FI 12 a 17, C. 2. En este documento quedó establecido que “[...] *Que una vez agotada la etapa previa de publicación de los estudios y documentos previos, en atención a la naturaleza de las actividades a contratar y la cuantía del presupuesto oficial y previa respuesta de las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones, debe darse apertura formal al proceso de selección bajo el procedimiento de Concurso de Méritos Abierto, según lo dispone la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, así como darse respuesta motivada a las observaciones presentadas a los proyectos de pliegos.*”

53 FI 105, C. 2. En este documento quedó dicho que “[...] *Que una vez aperturado el proceso y dentro del término establecido para el efecto, se presentaron solicitudes de aclaraciones y observaciones al contenido del pliego de condiciones definitivo [...]*”.

54 FI 107, C. 2. En este documento quedó señalado que “[...] *Que de conformidad con la cronología del proceso y teniendo en cuenta lo dispuesto en la Adenda 01, una vez aperturado el respectivo proceso y dentro del término establecido para tal fin se presentaron solicitudes de aclaraciones al contenido del pliego de condiciones definitivo por parte de los potenciales proponentes. Que la entidad procedió a emitir las respectivas respuestas de las cuales se logró concluir la necesidad de realizar una serie de modificaciones al contenido del pliego de condiciones definitivo. Teniendo en cuenta lo anterior, se resuelve modificar el pliego de condiciones en los siguientes términos: 1. Se modifican los requisitos de experiencia específica requerida para el Director de Consultoría, establecidos en la cuarta y séptima columna del cuadro de personal evaluable descrito en el numeral*

3.3.3.2 del pliego de condiciones; quedando de la siguiente manera: [...]”.

55 FI 117 a 121, C. 2. En este documento quedó establecido que “[...] *Que Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. con el propósito de atender las necesidades planteadas y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos [...] del Decreto 1082 de 2015 , procedió a realizar el*

contienen afirmaciones que indican que sí se presentaron observaciones al pliego de condiciones, las mismas no son detalladas, en tanto no especifican el contenido de las observaciones, así como tampoco los interesados que las formularon, ni mucho menos la respuesta otorgada por la entidad demandada. De este modo, no es posible suplir la deficiencia probatoria advertida en este punto para concluir que el demandante no formuló observaciones al pliego de condiciones encaminadas a ventilar las inconformidades que sustentan su demanda.

En todo caso, y al margen de lo anterior, lo cierto es que está probado que, en el marco del proceso de selección, Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S. sí formuló una observación frente al aparte del pliego de condiciones que estableció los criterios de desempate. En efecto, la parte demandante cuestionó el criterio de desempate referido a las mipymes, en la audiencia de **apertura de sobre económico y recomendación de adjudicación (hecho probado 4.9)**. En tal sentido, debe precisarse que, si bien la observación no fue presentada dentro de las oportunidades previstas para el efecto, la entidad demandada dio curso a la misma y, en tal sentido, procedió a estudiarla de fondo, reiterando el contenido del aparte

6.6. del pliego de condiciones y su entendimiento acerca del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015.

Por lo expuesto, la Sala considera que la argumentación esgrimida por el Tribunal, en punto a la falta de observaciones frente al pliego de condiciones, no podía sustentar la decisión adoptada en la sentencia de primera instancia. Lo anterior, porque al proceso

no fueron allegadas las pruebas que permitieran concluir que la demandante no atendió su deber de manifestarle a la entidad sus inconformidades en relación con el referido aparte del pliego de condiciones en las etapas previstas para el efecto, aunado al hecho de que, en cualquier caso, la parte demandante sí reprochó el criterio de desempate en el curso del procedimiento de selección, motivo por el cual no podría afirmarse, como lo hizo el Tribunal *a quo*, que en este caso faltó a la diligencia que, por virtud del principio de buena fe que se predica de la etapa precontractual, le exigía participar activamente en la construcción del pliego de condiciones.

De otra parte, en lo que respecta al cargo de nulidad formulado contra el acto de adjudicación consistente violación de las normas a las que debía sujetarse la decisión adoptada por la demandada, sustentado en el análisis del criterio de desempate referido a las mipymes, lo primero que debe advertir la Sala es que, tal y como ha sido precisado en esta providencia, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, vigente en el momento en que se adelantó el proceso de selección, establecía los factores que debían ser observados en caso de que varios

respectivo estudio previo, estudio del sector, el proyecto de pliego de condiciones y el aviso de convocatoria pública, los cuales fueron publicados a partir del día 26 de abril de 2017, de conformidad con lo dispuesto en el [...] Decreto 1082 de 2015, en el portal único de contratación –[...] término dentro del cual se presentaron observaciones al contenido del proyecto de pliego de condiciones”.

proponentes resultaran empatados en el puntaje asignado en el trámite del proceso de selección.

En lo que respecta al criterio de desempate referido a las mipymes, el numeral 2 del inciso 2° del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 establecía lo siguiente:

“Artículo 2.2.1.1.2.2.9. Factores de desempate. [...] Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales: [...] 2. Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional. [...]”.

A su vez, el numeral 4 del aparte 6.6. del pliego de condiciones, dispuso:

“NUMERAL 6.6. CRITERIOS DE DESEMPATE. En el evento de existir empate en la calificación EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA SA ESP aplicara los siguientes criterios de desempate sucesivos y excluyentes, según el orden dispuesto por el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015: (...) 4. Si persiste el empate se Preferirá la oferta presentada por una Mipyme; o, consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura constituida por exclusivamente por Mipyme.[...]”

Como se observa, el criterio de desempate acogido en el pliego de condiciones –y que fue analizado en el acto de adjudicación– otorgó el mismo orden de preferencia a las propuestas presentadas por una mipyme en forma individual, así como a las propuestas presentadas por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura conformado exclusivamente por mipymes. En este aspecto, conviene precisar que el precepto incluido en el pliego de condiciones, que fue objeto de análisis en el acto de adjudicación demandado, no benefició a los consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura que estuvieran integrados, entre otros, por una mipyme, pues es claro que el tratamiento igualitario se predicó de aquellas figuras asociativas que estuvieran conformadas exclusivamente por mipymes.

Pues bien, la Sala considera que el criterio de desempate referido a las mipymes, el cual analizó la entidad demandada a la hora de adjudicar, no tiene la virtualidad de

viciar de nulidad el acto demandado; por el contrario, la redacción acogida en el pliego de condiciones que marcó el derrotero del procedimiento de selección – analizada en el acto de adjudicación– parte de una lectura razonable y lógica del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, que se acompasa con los criterios teleológico y sistemático de interpretación de la ley.

En efecto, atendiendo al método de hermenéutica que permite al intérprete recurrir a la “*intención o espíritu*” de la norma, “*claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento*” (artículo 27 C.C.), es cuestión que no ofrece duda que el propósito de la disposición normativa era brindar preferencia a las ofertas presentadas por mipymes nacionales, al margen de que estas participaran en un proceso de selección de manera individual o a través de las figuras asociativas –conformadas exclusivamente por mipymes– permitidas en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Luego no resulta acertado,

como lo pretende la parte demandante, restringir la lectura del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, para entender que el beneficio allí previsto solo se predique de las mipymes que presenten ofrecimientos de manera individual, pues ello resultaría contrario a la finalidad de la disposición normativa y, además, arbitrario, en tanto no podría el juez entrar a restringir lo que no limitó la disposición normativa.

La Sala añade en este punto que una lectura restrictiva del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 introduciría un trato diferencial sin una razón objetiva y razonable, lo cual resultaría lesivo del derecho a la igualdad de las mipymes que presentan un ofrecimiento a través de las distintas figuras asociativas que permite el Estatuto de Contratación de la Administración Pública. No debe perderse de vista, además, que en el ordenamiento jurídico solo se permiten tratos diferenciados en tanto cuenten una justificación objetiva y razonable, aspectos que no están demostrados en este caso, en tanto no existe justificación alguna que permita diferenciar las propuestas presentadas por una mipyme de manera individual o plural, más allá de los razonamientos efectuados por la demandante en el libelo introductorio. En esta línea, al analizar el sentido de las normas jurídicas, ante comprensiones diversas de una misma disposición legal, el intérprete ha de escoger la opción interpretativa que mejor responda a la coherencia interna del orden jurídico en su conjunto y a los derechos, principios y valores constitucionales.

En este sentido, en el caso que aquí concierne, el método de interpretación sistemático de la ley, que se endereza a encontrar el sentido de las disposiciones a partir de su análisis en contexto con otras normas que guardan relación con aquella (artículo 30 C.C.), conduce a encontrar justificado el ejercicio hermenéutico que ofrece como resultado una interpretación del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, que se encuentra en armonía con las normas del Estatuto de Contratación de la Administración Pública que dan cabida a la presentación de ofertas bajo la forma de consorcios y uniones temporales y, por el contrario, lleva a desechar la propuesta interpretativa planteada por el apelante, basada en una lectura aislada del texto legal.

Sumado a todo lo anterior, conviene agregar que el análisis del criterio de desempate adoptado en el acto de adjudicación, partiendo de lo consignado en el pliego de condiciones, también encuentra sustento en el “*Manual para el manejo de los incentivos en los Procesos de Contratación*”, proferido por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– (hecho probado 9.2.).

Sobre el particular, la Sala advierte que, si bien los manuales de contratación proferidos por la referida Agencia no son obligatorios, como equivocadamente lo señaló la entidad demandada, en tanto la Agencia Nacional de Contratación Pública

–Colombia Compra Eficiente– no tiene una función reguladora en materia de contratación estatal, así como tampoco la potestad reglamentaria en la materia, la

cual corresponde de manera privativa al presidente de la República⁵⁶, lo cierto es que constituyen instrumentos que contienen lineamientos que buscan orientar a las entidades estatales en su actividad contractual. Es así que, Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., al darle aplicación a las directrices fijadas por la Agencia Nacional de Contratación –Colombia Compra Eficiente–, fue diligente en la etapa de confección del pliego de condiciones, incluyendo un precepto que parte de una lectura razonable y lógica del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, como, en efecto, fue la que se tuvo en cuenta al momento de adjudicar.

Finalmente, la Sala advierte que en el libelo introductorio la parte accionante no cuestionó que el Consorcio Cundinamarca 2017, que resultó adjudicatario en el trámite del concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017, no estuviera integrado exclusivamente por mipymes. Ahora, aunque en el recurso de apelación se afirmó ligeramente que dicha figura asociativa estaba integrada por al menos una mipyme, lo cierto es que por la vía de la impugnación contra el fallo de primera instancia no se pueden introducir argumentos que no fueron planteados en la demanda, variando la causa petendi, so pena de la vulneración del debido proceso, porque se sorprendería a la parte contraria con cargos nuevos frente a los cuales no pudo defenderse. De este modo, la Subsección no se ocupará de abordar en esta instancia ese argumento incluido en la apelación que no fue planteado en el libelo introductorio.

Vistas así las cosas, la Sala concluye que la parte accionante no desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo de adjudicación proferido en el marco del concurso de méritos No. CM-PDA-009-2017. En efecto, en el proceso quedó demostrado que el acto de adjudicación no violó los criterios de desempate establecidos en el Decreto 1082 de 2015, ni aplicó indebidamente los criterios de desempate fijados en el pliego de condiciones.

De acuerdo con lo anterior, el recurso de apelación no está llamado a prosperar y, en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, así como también las pretensiones de controversias contractuales en tanto dependían de la prosperidad de las primeras.

56 Al respecto, cabe anotar que su función se contrae a desarrollar e impulsar políticas públicas en materia de contratación estatal, de ahí que sus documentos no sean obligatorios, tal y como lo consideró esta Subsección en sentencia del 24 de marzo de 2023: “De acuerdo con estos criterios *jurisprudenciales*, los documentos expedidos por la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, en general, no son obligatorios, pues deben ser entendidos en el marco de sus funciones de orientación dentro de la política pública de contratación estatal. Los manuales, circulares y guías de Colombia Compra Eficiente no son actos administrativos reglamentarios cuyo cumplimiento deba ser imperativo. Constituyen, dadas sus funciones, herramientas a través de las cuales se orienta a los participantes de la actividad contractual del Estado -entidades públicas, oferentes, contratistas- sobre la forma más adecuada y sencilla de aplicar las normas para garantizar la eficiencia.[...]”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2023, exp. 53492.

Costas

El artículo 361 del CGP prevé que “las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”. A su turno, los artículos 365⁵⁷ y 366⁵⁸ ejusdem, aplicables a los procesos contenciosos administrativos por remisión del artículo 188 del CPACA⁵⁹, establecen que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de alzada, siempre que se demuestre en el expediente

su causación; y su liquidación se realizará, de manera concentrada, por la secretaría del a quo, correspondiéndole a este juzgador la fijación de las agencias en derecho de segunda instancia, de acuerdo con las tarifas señaladas por el Consejo Superior de la Judicatura, y atendiendo a la naturaleza, calidad y cuantía del proceso, así como también la actuación desplegada por la parte vencedora.

Bajo este entendido, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, dado que se resolvió su recuso de manera desfavorable. **Para tal efecto, el Tribunal de origen efectuará la liquidación y tasación de costas. La Sala no fijará agencias en derecho en esta instancia, dado que** Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P no intervino en segunda instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de enero de 2021, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

57 *“Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto [...]. // 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación [...].”*

58 *“Artículo 366. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado. [...] 6. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda excederse el máximo de dichas tarifas.”* 59 *“Artículo 188. 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 CPC”.*

SEGUNDO: CONDENAR en costas a Ingeniería y Consultoría Nacional INALCON S.A.S., **las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el a quo**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 365.8 del C.G.P. En la liquidación no se incluirá el pago de agencias en derecho de la segunda instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, **ENVIAR** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

WILLIAM BARRERA MUÑOZ

Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

ADRIANA POLIDURA CASTILLO

Magistrada

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

NICOLÁS YEPES CORRALES

Magistrado

E2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Comisión de Regulación de Comunicaciones
n.d.
Última actualización: 15 de octubre de 2025 - (Diario Oficial No. 53.267 - 8 de octubre de 2025)

