



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 12 de abril de 2024

Radicación: 68001-23-33-000-2018-00061-01 (64576)
Demandante: Unión Temporal Vitalogic RSU
Demandada: Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A. ESP
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Temas: Nulidad y restablecimiento del derecho – controversias precontractuales – naturaleza jurídica de los actos precontractuales emitidos por prestadores de servicios públicos domiciliarios – medio de control procedente – unificación jurisprudencial.

Síntesis del caso: la parte demandante solicitó la declaratoria de la nulidad del acto administrativo de una ESP que declaró desierta una invitación pública.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el 21 de junio de 2019, que negó las pretensiones de la demanda¹.

Contenido: 1. Antecedentes – 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante – 1.2. Posición de la parte demandada – 1.3. Sentencia recurrida – 1.4. Recurso de apelación y trámite relevante en segunda instancia

1.1. Posición de la parte demandante

1. El 25 de enero de 2018 la Unión Temporal Vitalogic RSU² presentó una **demand**, en ejercicio del medio de control de **nulidad y restablecimiento del derecho**, en contra de la Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A. ESP (EMAB), con el objeto de que se hiciera la siguiente declaración (se transcribe):

“Primera. – Que se declare la nulidad de la Resolución N° 327 de 2017, por medio de la cual la Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A. ESP – EMAB S.A. ESP declaró desierto el proceso de contratación de la convocatoria pública IP-001-EMAB-2017, con fundamento en las causales que se exponen en el cuerpo de este escrito [...].

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

² Conformada por Vitalogic LLC, Aviation Specialties Unlimited, INC y Vitalogic RSU S.A. (fls. 4-7 del cuaderno principal 1).

Radicación: 68001-23-33-000-2018-00061-01 (64576)
Demandante: Unión Temporal Vitalogic RSU
Demandada: Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A.
ESP
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión: confirmar la sentencia apelada

2. La parte actora formuló pretensiones principales y una subsidiaria, esta última relativa a la condena por el restablecimiento del derecho, para que, o bien se accediera al pago de la indemnización por los flujos financieros proyectados, o bien por el *“monto del valor establecido en la garantía de seriedad de la oferta”*.

3. En la **demanda**³ la parte actora presentó los siguientes **hechos** relevantes que fundamentaron sus pretensiones:

4. 1) El 25 de enero de 2017 se publicó en la página web de la EMAB la invitación a concursar IP-001-EMAB-2017, *“encaminada a la selección de la nueva tecnología, su implementación y operación, para el tratamiento alternativo de la disposición final y el aprovechamiento de residuos sólidos urbanos (RSU) que se descargan en el relleno sanitario El Carrasco, en la ciudad de Bucaramanga”*.

5. 2) Luego de la publicación de los comentarios al proyecto de pliego y de las respectivas respuestas, el 28 de febrero de 2017 se expidió la Resolución 323, en la que la EMAB ordenó la apertura de la invitación pública.

6. 3) El 5 de mayo de 2017, tras constituir la UT Vitalogic RSU, se celebró el contrato de fianza 4253 con Afiancol SA para garantizar la seriedad de la oferta, por un valor afianzado de \$3.709.300.000, a favor de la EMAB.

7. 4) *“El 16 de mayo de 2017 la EMAB publicó el acta de recepción de ofertas por medio de la cual se dej[ó] constancia del recibo de dos propuestas en tiempo y una extemporánea”*.

8. 5) El 22 de mayo de 2017 la EMAB le envió una comunicación a la UT Vitalogic RSU en la que le pidió subsanar el documento de la garantía de seriedad de la oferta, de conformidad con lo solicitado en el pliego de condiciones. El 1 de junio de ese año, la UT dio *“respuesta negativa a la solicitud de subsanación”* por considerarla improcedente y por estimar que la *“garantía”* presentada se ajustaba al pliego. El 6 de junio de 2017 la UT le envió un correo electrónico a la EMAB para informarle que, *“en caso de resultar ganadores del concurso, otorgar[ían] las respectivas pólizas de seguros para garantizar el cumplimiento y demás, las que ser[ían] expedidas por una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia”*.

9. 6) El 14 de julio de 2017 la EMAB publicó el informe de evaluación. La UT obtuvo el 96% del máximo puntaje posible.

³ Folios 23-145 del cuaderno principal I.

Radicación: 68001-23-33-000-2018-00061-01 (64576)
Demandante: Unión Temporal Vitalogic RSU
Demandada: Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A.
ESP
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión: confirmar la sentencia apelada

10. 7) En la audiencia pública de 27 de julio de 2017, la EMAB concluyó que no resultaba aceptable la fianza presentada por la UT y expidió la Resolución demandada, en la que declaró desierta la convocatoria pública.

11. Dentro de los apartados relativos a las “*causales de nulidad*” y “*concepto de la violación*”, la parte actora sostuvo que el acto demandado violó las normas en las que se debía fundar. Agregó que la entidad exigió una condición de imposible cumplimiento, comoquiera que las condiciones de las garantías “*excedían el riesgo máximo de cinco (5) años que las aseguradoras estarían dispuestas a cubrir*”.

12. Para el demandante, la entidad trasgredió el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que establecía que las reglas debían ser justas, claras y completas para la presentación de ofertas de la misma índole.

13. Señaló que la EMAB “*permitió que la garantía de seriedad se extendiera a otras formas contractuales diferentes al contrato de seguro*”, por lo que no podía invocar como causal de rechazo normas ajenas al proceso que convocó, menos cuando el régimen aplicable era el derecho privado. Agregó que existió una “*infracción directa por indebida aplicación*” de la ley, en la medida en que, en un proceso regido por el derecho privado, se acudió al Estatuto de Contratación Pública, así como por la indebida referencia a un Decreto (4828 de 2008) que había sido derogado. Añadió que el manual de contratación de la empresa tampoco exigía que la garantía de seriedad de la oferta consistiera en un contrato de seguro.

14. La parte demandante afirmó que se negó a subsanar su oferta porque entendía que su propuesta se ajustaba a los términos del pliego y porque no era posible expedir un documento con una fecha posterior a la que se había establecido para la presentación de las ofertas.

15. Sostuvo que un abogado de la entidad emitió un concepto favorable sobre la procedencia de la fianza, aunque, de manera “*extraña*”, luego concluyó lo contrario.

16. Invocó el artículo 27 del Código Civil para señalar que la EMAB desatendió el tenor literal del pliego respecto del requerimiento de la garantía de seriedad de la oferta. A pesar de la afirmación anterior, más adelante aseveró que era “*culpa de la EMAB el hecho de que la cláusula del pliego de condiciones [fuera] confusa*”.

17. Sostuvo que se trasgredió la buena fe precontractual y que, si bien era cierto que la Superintendencia Financiera, en octubre de 2016, advirtió que los contratos de fianza no podían ser aceptados como garantías en la contratación pública, “*aquí no estamos hablando de contratación pública,*

Radicación: 68001-23-33-000-2018-00061-01 (64576)
Demandante: Unión Temporal Vitalogic RSU
Demandada: Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A.
ESP
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión: confirmar la sentencia apelada

aquí opera el derecho privado". Insistió en que, *"ni en la ley ni en el Manual de Contratación de la EMAB S.A. ESP se observa que exista prohibición para la aplicación de la fianza"*.

18. La parte demandante sostuvo que el acto estaba falsamente motivado porque los *"motivos en que se fund[ó] la toma de la decisión de declaratoria de desierta son falsos, inexistentes y no aplicables"*.

19. El 5 de septiembre de 2018 la parte actora reformó la demanda e incluyó en el apartado de los hechos uno relacionado con la consulta que la alcaldía de Bucaramanga elevó a la Agencia Nacional de Contratación - Colombia Compra Eficiente, sobre la posibilidad de aceptar una fianza como póliza de seriedad de la oferta⁴.

1.2. Posición de la parte demandada

20. La Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A. ESP **contestó la demanda**⁵ y se opuso a las pretensiones. Aseveró que la decisión de declarar desierta la invitación pública *"se sometió a la normativa vigente y a las condiciones impuestas por la entidad"*. Indicó que era claro que el régimen aplicable al proceso era el derecho privado.

21. Afirmó que *"en el manual de contratación de la EMAB expresamente se estableció que tanto la garantía única como la de seriedad de los ofrecimientos 'consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias y todas aquellas establecidas por el Decreto 4828 de 2008', [según añadió], como puede observarse no se estableció la posibilidad de otorgar en garantía una fianza"*.

22. Comoquiera que, en los pliegos de condiciones se dispuso que la garantía se *"podrá constituir mediante contrato de seguro contenido en una póliza"*, esa disposición debía entenderse de conformidad con las reglas del manual de contratación de la entidad.

23. En atención a que el proponente no garantizó su oferta en la debida forma, esta debía ser rechazada, pues así lo disponía la *"causal contenida en el literal o) numeral 3.3. del pliego en el que expresamente se estableció que sería causal de rechazo 'no presentar la garantía de seriedad de la oferta de manera simultánea con la propuesta'"*.

⁴ Mediante Auto de 19 de septiembre de 2018, el Tribunal Administrativo de Santander admitió la reforma a la demanda, así como la admisión como coadyuvante de la parte demandada a la organización sindical Sintraservipublicos (fls.277-278 del cuaderno principal I). De igual manera, mediante Auto de 21 de enero de 2019 se admitió a la Contraloría Municipal de Bucaramanga como coadyuvante de la parte demandada. (fls. 400 del cuaderno principal I).

⁵ Folios 208-219 del cuaderno principal I.

Radicación: 68001-23-33-000-2018-00061-01 (64576)
Demandante: Unión Temporal Vitalogic RSU
Demandada: Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A.
ESP
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión: confirmar la sentencia apelada

24. Para la entidad demandada, si en gracia de discusión, como lo afirmó el demandante, la invitación hubiera permitido alguna interpretación sobre la exigencia de las garantías, el ahora demandante, en observancia del principio de buena fe, *“debió realizar tal observación para que la EMAB”* la pudiera tener en cuenta. Indicó que no se entendía cómo si, durante el trámite del proceso, el oferente no manifestó tener una dificultad relacionada con la garantía, luego sostuvo que era una condición de imposible cumplimiento.

25. Según advirtió la EMAB, de conformidad con la información publicada por los medios de comunicación, la actuación de la UT durante la fase preliminar y el trámite del proceso era objeto de investigación por la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación, por lo que, *“en caso de establecerse la veracidad de tales hechos se generaría una clara vulneración al principio de igualdad de oportunidades”*, una conducta restrictiva de la competencia y una vulneración al principio de buena fe. Advirtió que era un *“verdadero despropósito”* una demanda con las pretensiones indemnizatorias como las que presentó la parte actora, cuando la eventual suscripción de un contrato habría tenido una causa ilícita.

1.3. Sentencia recurrida

26. El 21 de junio de 2019 el Tribunal Administrativo de Santander profirió **Sentencia de primera instancia**⁶, en la que negó las pretensiones de la demanda.

27. En un apartado previo se pronunció sobre el régimen mayoritariamente privado de los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Según advirtió, cuando el pliego de condiciones y el manual de contratación de la entidad señalaron que las garantías otorgadas serían las contenidas en el Decreto 4828 de 2008 (norma que había sido derogada cuando se expidió el manual de contratación), ello no varió el régimen de derecho privado aplicable al contrato.

28. En ejercicio de la autonomía de la voluntad y en atención a los principios de la función administrativa que debían ser atendidos, la invitación pública *“no otorgó la posibilidad de acreditar la seriedad de la oferta por medio de una fianza como lo indic[ó] la Unión Temporal Vitalogic RSU, pues los términos de referencia de la convocatoria fueron claros en determinar expresamente las garantías por medio de las cuales se cumplía con el mencionado requisito”*.

29. Para el Tribunal Administrativo de Santander la oferta no se ajustó a los requisitos relativos a la garantía de seriedad de la oferta, *“situación que, como se evidencia del material probatorio que obra en el expediente, fue puesta*

⁶ Folios 625-644 del cuaderno del Consejo de Estado.

Radicación: 68001-23-33-000-2018-00061-01 (64576)
Demandante: Unión Temporal Vitalogic RSU
Demandada: Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A.
ESP
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión: confirmar la sentencia apelada

en conocimiento del oferente para efectos de ser subsanada, sin embargo, la Unión Temporal Vitalogic RSU mantuvo la posición de no sustituirla por un contrato de seguro”.

30. Concluyó que “el acto administrativo contenido en la Resolución N° 327 del 28 de julio de 2017, por medio de la cual se declaró desierto el proceso de invitación pública, se ajusta[ba] al marco jurídico aplicable al caso”, por lo que correspondía negar las pretensiones.

1.4. Recurso de apelación y trámite relevante en segunda instancia

31. La UT demandante presentó **recurso de apelación**⁷ en el que afirmó que el juez de primera instancia incurrió en un yerro al tomar en consideración normas contenidas en el Decreto 4828 de 2008, que había sido derogado más de dos años antes de la expedición del manual de contratación. Afirmó que la aplicación de ese decreto o de cualquier otro que lo hubiera sustituido era una “*flagrante violación al ordenamiento jurídico*”.

32. Indicó que, si la “*lógica jurídica impone que se respete la regla general, o sea la aplicación de las normas de derecho privado*”, la fianza debió haber sido admisible.

33. Sostuvo que el manual de contratación de la entidad era inoponible porque no había sido publicado de conformidad con las normas pertinentes de la Ley 1437 de 2011.

34. La parte recurrente aseveró que la EMAB no atendió el procedimiento establecido en la Resolución 151 de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico “*relativo a la posibilidad de aplicar cláusulas exorbitantes en el marco del contrato resultante de la invitación pública*”. Como no existió una solicitud sobre la autorización para incluir cláusulas exorbitantes, ello “*también afecta[ba] la legalidad del acto administrativo*” demandado.

35. Insistió en que, como en el pliego se indicó que la garantía “*podrá*” ser una póliza, cabían otras posibilidades.

36. De conformidad con la recurrente, se privó a la ciudad de Bucaramanga de una inversión extranjera cercana a los 250 millones de dólares. Afirmó que era un hecho “*macondiano*” el que Bucaramanga rechazara esa inversión “*que pudo poner la ciudad a la vanguardia entre las ciudades de América Latina*”, todo, “*sobre la base de una pleitesía absoluta a una norma extraña al derecho privado en incluso en contravía de lo planteado en el pliego de condiciones*”.

⁷ Folios 652-671 del cuaderno del Consejo de Estado.

Radicación: 68001-23-33-000-2018-00061-01 (64576)
Demandante: Unión Temporal Vitalogic RSU
Demandada: Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A.
ESP
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión: confirmar la sentencia apelada

37. Sostuvo que el Tribunal citó de manera descontextualizada el concepto de Colombia Compra Eficiente, pues allí se había señalado que, si bien la fianza no reemplaza o cumple las funciones del contrato de seguro, en atención al régimen jurídico de las ESP, la fianza podía ser tomada como equivalente al contrato de seguro.

38. Sostuvo que la solicitud de subsanación que le hizo la entidad solicitaba algo imposible, como era obtener, para ese momento, un contrato de seguro.

39. Concluyó que el acto administrativo en el que se declaró desierta la invitación pública debía ser revocado y se debía acceder a las pretensiones indemnizatorias, de conformidad con el dictamen pericial rendido por la contadora pública.

40. En la oportunidad para **alegar de conclusión**, las partes insistieron en los argumentos expuestos. El **Ministerio Público** solicitó que se confirmara la sentencia apelada porque, en observancia de las reglas aplicables al caso, contenidas en el pliego de condiciones y en el manual de contratación de la entidad, no era viable que los proponentes cumplieran el requisito sobre la garantía de seriedad de la oferta mediante la presentación de un contrato de fianza. Afirmó que no era cierto que el Tribunal Administrativo de Santander hubiera aplicado de manera indebida el Decreto 4828 de 2008, pues el rechazo de la propuesta no se sustentó en esta norma sino en el manual de contratación y en el pliego, *"cuyo contenido dispositivo era totalmente claro, y cuya validez no resulta[ba] afectada por las equivocadas referencias que se hubieran hecho a una norma que, ciertamente se encontraba derogada"*. Concluyó que no era cierto que existiera alguna *"oscuridad o imprecisión"* en las condiciones contenidas los documentos que disciplinaron la invitación pública, *"por el contrario, esta Delegada encuentra que tales documentos fueron suficientemente claros, de tal manera que las razones invocadas por el actor en tal sentido carecen de fundamento"*⁸.

41. Dos de los miembros de la UT, Aviation Specialties Unlimited, Inc. y Vitalogic, Llc, se *"retiraron del Acuerdo de Unión Temporal o cualquier otro acuerdo entre esta compañía y Vitalogic LLC de Augusta Georgia y/o Vitalogic RSU S.A. de Bogotá Colombia"* y renunciaron a los derechos *"asociadas a la Unión Temporal Vitalogic u operación Vitalogic en cualquier tiempo y en cualquier lugar"*⁹.

42. El representante legal de la sociedad Vitalogic RSU S.A. allegó copia del contrato de cesión de derechos litigiosos de la Unión Temporal Vitalogic RSU a favor de la sociedad Vitalogic RSU S.A. y ratificó el poder otorgado al

⁸ Folios 730-791 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁹ Samai, índice 24.

Radicación: 68001-23-33-000-2018-00061-01 (64576)
Demandante: Unión Temporal Vitalogic RSU
Demandada: Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A.
ESP
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión: confirmar la sentencia apelada

apoderado, "como consecuencia directa de quedar esta sociedad como titular de todos los derechos litigiosos de cada uno de los miembros de la [UT]"¹⁰. Mediante Auto de 27 de marzo de 2023 se confirmó la decisión de negar la solicitud de cesión de derechos litigiosos de la UT a favor de la sociedad Vitalogic RSU S.A.¹¹, porque la renuncia a los derechos se presentó "antes de celebrarse el contrato de cesión de derechos".

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Análisis sustantivo – 2.2. Condena en costas

2.1. Análisis sustantivo

43. De conformidad con los motivos de la apelación y las pruebas que obran en el expediente, la Sala, previa consideración sobre la naturaleza jurídica de los actos demandados, **confirmará** la decisión de primera instancia, aunque lo hará por razones diferentes, pues la conducta de la empresa no trasgredió los mandatos de la buena fe precontractual, en la medida en la que no se trasgredieron las reglas establecidas en el pliego de condiciones¹².

44. En el expediente obra copia del "pliego de condiciones"¹³ y de sus respectivas "adendas"¹⁴; del manual de contratación de la EMAB¹⁵; de la oferta presentada por la UT Vitalogic RSU¹⁶ y del acto demandado¹⁷. Se decretaron y practicaron varios testimonios técnicos y un dictamen pericial financiero¹⁸.

45. De conformidad con la Sentencia de 3 de septiembre de 2021, exp. 42003, en la que la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia (se transcribe): "Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa".

¹⁰ Samai, índice 24.

¹¹ Samai, índice 35.

¹² La Sala no se pronunciará sobre dos argumentos nuevos, que fueron introducidos en la apelación y que no hicieron parte de la demanda, relacionados con la falta de publicación del manual de contratación y el no haber atendido el procedimiento establecido en la Resolución 151 de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, comoquiera que ello variaría el objeto del litigio y sería violatorio del debido proceso de la entidad demandada.

¹³ Folios 644-680 del cuaderno de pruebas.

¹⁴ Folios 554-571 del cuaderno de pruebas.

¹⁵ Folios 1-18 del cuaderno principal de anexos 1.

¹⁶ Folios 117-216 del cuaderno de pruebas.

¹⁷ Folio 19 y 20 del cuaderno principal I.

¹⁸ Folios 442-451 y 467-479 del cuaderno principal 2 y CD anexo.

Radicación: 68001-23-33-000-2018-00061-01 (64576)
Demandante: Unión Temporal Vitalogic RSU
Demandada: Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A.
ESP
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión: confirmar la sentencia apelada

46. En la referida decisión de unificación, después de aclarar que las controversias relativas a los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios se deben tramitar a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa, se advirtió: *“como garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, el juzgador de conocimiento de este tipo de controversias, en relación con las demandas presentadas antes de la notificación de esta providencia, resolverá la controversia de fondo, aunque no se haya empleado la acción (medio de control) que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos”*.

47. En consideración a lo anterior, el acto en el que se declaró desierto el proceso es un acto jurídico de carácter privado, que no tiene la connotación de *“acto administrativo”*. En esos términos, la reparación de los eventuales perjuicios sufridos se deriva de la responsabilidad de la empresa demandada por trasgredir los deberes propios de la etapa precontractual, en atención a las reglas establecidas en el pliego de condiciones¹⁹.

48. La Sala decidirá sobre el fondo de este asunto porque encontró acreditados los presupuestos procesales. El medio de control fue ejercido dentro del término legal, comoquiera que los hechos que dieron origen al proceso ocurrieron el 27 de julio de 2017²⁰ y la demanda se presentó el 25 de enero de 2018, esto es, dentro del término establecido por el artículo 164-2-I del CPACA.

49. A esta Sala le corresponde analizar, en el marco del régimen jurídico mayoritariamente privado aplicable a los actos y contratos de las ESP, si, con ocasión de la decisión de rechazar la oferta del demandante y declarar desierta la invitación pública adoptada por la EMAB, la conducta desplegada por la administración trasgredió las reglas establecidas en el pliego de condiciones y los deberes precontractuales (artículo 863 del Código de Comercio²¹) y si con ella se ocasionó un daño a los demandantes que deba ser reparado.

50. Sobre la cláusula general antes citada y sus exigencias, esta Corporación ha afirmado que, *“alude a los deberes de lealtad, corrección y la necesidad de que las partes sean claras en sus actuaciones. Estos deberes adquieren especial relevancia frente al sujeto negocial que realiza una invitación a que le presenten propuestas, pues de lo contrario, deberá asumir las consecuencias que conlleve la ambigüedad o equivocidad”*²².

¹⁹ En estos términos, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 19 de abril de 2023, exp. 61790 y Sentencia de 30 de noviembre de 2023, exp. 68952.

²⁰ Fecha en la cual se expidió el acto que declaró desierto el proceso de selección.

²¹ Código de Comercio, art. 863 (se transcribe): *“las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”*.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 3 de septiembre de 2020, exp. 42003.

Radicación: 68001-23-33-000-2018-00061-01 (64576)
Demandante: Unión Temporal Vitalogic RSU
Demandada: Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A.
ESP
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión: confirmar la sentencia apelada

51. En el “*pliego de condiciones*”²³, que constituyó una invitación a presentar ofertas, se establecieron los requisitos que debían observar los proponentes (ofertantes), dentro de los que se destaca el literal e) (se transcribe): “*póliza de seriedad de la oferta [...] Tal garantía se podrá constituir mediante contrato de seguro otorgado en una póliza*”. Por su parte, el numeral 3.3. del pliego de condiciones estableció como una causal de “*rechazo de las propuestas*”, la no presentación de la garantía de seriedad junto con la oferta. denominación

52. Según la parte demandante, los “*pliegos de condiciones*” de la EMAB permitían presentar una garantía de seriedad de la oferta distinta a un contrato de seguro, como era el caso de la fianza, aunque “*luego de ello [la entidad se] retract[ó] y no aplic[ó] lo que le resultaba obligatorio*”. Este entendimiento de la recurrente es equivocado, pues, como lo concluyó el Tribunal en la Sentencia de primera instancia y lo advirtió el Ministerio Público en su intervención, la entidad no permitió que se garantizara la seriedad de la oferta a través de un contrato de fianza. Del análisis de las pruebas, se concluye, sin dificultad, que no existió ambigüedad o equivocidad en las disposiciones que hicieron parte de la invitación pública, en lo que respecta a la exigencia de la garantía de seriedad de la oferta.

53. El manual de contratación de la entidad (que hacía parte del proceso de selección, en atención a lo dispuesto por el pliego de condiciones), en su artículo 22, numeral 17, a propósito de la “*garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos*”, estableció que “*las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias, y todas aquellas establecidas por el Decreto 4828 de 2008*”, norma esta que, en todo caso, no contempló la fianza como una posibilidad para garantizar la seriedad de los ofrecimientos.

54. Se debe advertir que el estudio del contenido del Decreto 4828 de 2008²⁴, que había sido derogado, no constituye una violación al ordenamiento jurídico, como lo indicó la parte demandante en su recurso, pues a él se acudió por expresa disposición de las partes, quienes, en un contrato regido por el derecho privado, y en ejercicio de la autonomía de su voluntad, lo introdujeron como una disposición para disciplinar el régimen de las garantías de la invitación pública. Que el manual de contratación refiriera las garantías contenidas en el referido Decreto no tenía la virtualidad de modificar la naturaleza prevalentemente privada del régimen aplicable al proceso de selección y al contrato; y a su contenido se debía acudir por la referencia que de él hicieron las propias partes y para verificar los tipos de garantías que

²³ Los calificativos de “*pliegos de condiciones*” y de “*adendas*”, obedece al apelativo que le dieron las propias partes. Si bien se trata de denominaciones que corresponden a un uso reiterado en la contratación estatal regida mayoritariamente por el derecho pública, nada impide que, en una lógica precontractual privada, se puedan emplear de igual manera.

²⁴ El artículo 3 del Decreto 4828 de 2008 estableció las garantías que los oferentes o contratistas podían otorgar.

Radicación: 68001-23-33-000-2018-00061-01 (64576)
Demandante: Unión Temporal Vitalogic RSU
Demandada: Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A.
ESP
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión: confirmar la sentencia apelada

podían ser otorgadas. Según se advierte, además de las pólizas expedidas por una compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia, o de una garantía bancaria, los oferentes podrían haber otorgado aquellas garantías citadas en el referido Decreto, en el cual se advierte que la fianza no hacía parte de las posibilidades. Esta consideración resulta suficiente para descartar los argumentos del recurrente, habida cuenta de que la decisión de rechazar la oferta de la UT demandante se basó en las condiciones que fueron establecidas por la EMAB en su invitación pública.

55. Finalmente, se debe resaltar que, durante el trámite de la invitación pública, el demandante no presentó observaciones o inquietudes sobre las condiciones exigidas por la entidad demandada para la presentación de la garantía de la seriedad de la oferta. Tampoco probó, ni explicó siquiera, por qué la exigencia sería de imposible cumplimiento. Tan solo se refirió al asunto cuando dio respuesta a la solicitud de la entidad, quien le permitió subsanar su oferta, para que, de conformidad con los requisitos establecidos en la invitación, presentara una garantía de seriedad acorde con lo establecido en el pliego de condiciones, solicitud que el recurrente, como lo refirió en su demanda, decidió no atender.

2.3. Condena en costas

56. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA y el numeral 3 del artículo 365²⁵ del CGP, se condenará en costas de esta instancia a la parte demandante. En los términos del artículo 5.1. del Acuerdo PSAA16-10544, del Consejo Superior de la Judicatura, se fija 12 salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de agencias en derecho, porque la parte demandada participó en el trámite de esta instancia.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el 21 de junio de 2019, que negó las pretensiones de la demanda.

²⁵ 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:

[...]

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda [...]"

Radicación: 68001-23-33-000-2018-00061-01 (64576)
Demandante: Unión Temporal Vitalogic RSU
Demandada: Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A.
ESP
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión: confirmar la sentencia apelada

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante. Se fija la suma de 12 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de agencias en derecho, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Por Secretaría del Tribunal, se ordena liquidar las costas, que incluirán, por concepto de agencias en derecho, lo indicado en esta providencia.

Por Secretaría, una vez ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA