



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SALA PLENA

Consejero ponente: FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Bogotá, D. C., cinco (5) de junio de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 25000-23-36-000-2020-00399-01 (71.754)
Demandante: Unión Temporal AA Seguridad
Demandado: Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho (precontractual)

- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) y el numeral 2 del artículo 14 del Reglamento Interno de la Corporación (Acuerdo 80 de 2019), la Sala avoca conocimiento del asunto de la referencia, por remisión de la Subsección A, con el objeto de definir la controversia y unificar la jurisprudencia para los litigios de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que adjudica o el que declara desierto un proceso de selección de contratista regido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP); específicamente, en lo que concierne a: (i) el análisis para determinar la oferta habilitada más favorable; y (ii) los presupuestos para tasar el perjuicio por la utilidad esperada.

ANTECEDENTES

- El 9 de diciembre de 2020, la Unión Temporal AA Seguridad¹, a través de apoderado judicial, presentó demanda² contra el Invima, con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución 2019-058377 del 26 de diciembre de 2019, confirmada mediante la Resolución 2020001819 del 20 de enero de 2020, por medio de las cuales la entidad declaró desierto el proceso de licitación pública No. 005 -*regulado por las normas del EGCAP*-, que se adelantó con la finalidad de contratar la prestación del servicio integral de vigilancia y seguridad privada en sus sedes a nivel nacional. Adicionalmente, pretendió el restablecimiento del derecho como adjudicataria y el reconocimiento de la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del respectivo contrato³.

¹ La unión temporal está conformada por las sociedades Agencia Nacional de Seguridad Privada ANSE Ltda. y Amcovit Ltda.

² Índice 6 del aplicativo Samai del Tribunal Documento denominado. "14RECIBEMEMORIALES_SUBSANA_SUBSANADEMANDAEXP202000399(.PDF) NroActua 6".

³ Las pretensiones de la demanda corresponden a las siguientes (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):

"Primera. Declarar la nulidad del acto administrativo mediante el cual rechazó la oferta de la Unión Temporal AA Seguridad, negándole la continuidad en el proceso precontractual de la licitación pública 005 -2019, adoptado en la audiencia de asignación y/o declaración de desierto.

Segunda. Declarar la nulidad de las resoluciones números 2019-058377 de 26 de diciembre de 2019 y 2020001819 de 20 de enero de 2020, por medio de las cuales, en su orden, la Secretaría General del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, declaró desierto el proceso de Licitación Pública No. 005 de 2019, cuyo objeto consiste en: "prestación del servicio integral de vigilancia y seguridad privada (con armas y sin armas, y con herramientas tecnológicas) en las sedes de La Entidad a nivel nacional donde se requiera"; y confirmó la anterior decisión por vía del recurso de reposición, conforme a las razones que se expusieron en la parte motiva de dichos actos administrativos.

Tercera: Declarar que la Unión Temporal AA Seguridad es la ganadora de la licitación 005-2019 convocada por el INVIMA para la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada de los años 2020, 2021 y 2022.



Radicación: 25000-23-36-000-2020-00399-01 (71.754)
Demandante: Unión Temporal AA Seguridad
Demandado: INVIMA
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho (precontractual)

COMPARTIDO POR:



3. Como motivos fácticos de las pretensiones, indicó que participó como oferente en el referido proceso de selección; sin embargo, su propuesta fue rechazada por no cumplir con el requisito de capacidad jurídica, debido a que no habría subsanado en debida forma las expresiones “*representante Legal*” y “*suplente*” contenidas en el documento constitutivo de la respectiva unión temporal.
4. Sobre los fundamentos de derecho, sostuvo que los actos administrativos acusados deben ser declarados nulos porque están viciados de falsa motivación. Alegó que resultaba intrascendente el uso del término “*representante legal*” en el documento de constitución de la unión temporal, ya que ello -a diferencia de lo estimado por la demandada- no tiene la idoneidad para crear una persona jurídica distinta a las sociedades que la conforman. En ese contexto, afirmó que el Invima desconoció la voluntad expresada por la figura asociativa para participar en el proceso de selección y otorgó un alcance distinto al término empleado. Además, adujo que solo su oferta cumplió con todos los requisitos para ser contratada.
5. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 9 de mayo de 2024⁴, negó las pretensiones de la demanda. Consideró que las resoluciones impugnadas se fundaron en el hecho de que la Unión Temporal no subsanó el requisito habilitante de capacidad jurídica, puntualmente, en torno al “*Documento de Conformación de la Unión Temporal*”. Indicó que, si bien la utilización de las expresiones “*representante legal*” y “*representante suplente*” no mutó la naturaleza jurídica de la figura asociativa, la accionante no podía sustraerse del deber de corregir la propuesta en los términos exigidos en el informe preliminar de evaluación; circunstancia por la que se incurrió en una causal objetiva de rechazo.
6. En contra de la anterior providencia, la parte demandante interpuso recurso de apelación⁵. Señaló que, contrario a lo manifestado por el Tribunal, no debió subsanar la propuesta, porque solo se encontraba en la obligación de corregir errores que realmente impidieran su participación en el proceso. Bajo esa postura, estimó que: (i) no es lógico pensar que la inclusión de la palabra “*legal*” en el documento de constitución de la unión temporal conllevó a la creación de una persona jurídica independiente a las empresas integrantes; (ii) la obligación de

Cuarta: Condenar, como consecuencia de las anteriores declaraciones, al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA a título de restablecimiento del derecho [perjuicios causados] las siguientes sumas de dinero:

A. Utilidad año 2019, del 28 de diciembre al 31 de diciembre de 2019, dos millones setecientos once mil ochocientos diez pesos con 28 centavos (\$2.711.810,28).

B. Utilidad año 2020, doce meses, doscientos sesenta y seis millones veintiocho mil quinientos ochenta y ocho pesos (\$266.028.588,00).

C. Utilidad año 2021, doce meses, doscientos sesenta y seis millones veintiocho mil quinientos ochenta y ocho pesos (\$266.028.588,00).

D. Utilidad año 2022, siete meses, ciento cincuenta cinco millones ciento ochenta y tres mil trescientos cuarenta y tres pesos (\$155.183.343,00).

E. Valor total de la utilidad de los servicios de personal durante la ejecución del contrato seiscientos ochenta y nueve millones novecientos cincuenta y dos trescientos veintinueve pesos con 99 (sic) centavos (\$689.952.329,99).

F. Valor total de la utilidad de los servicios con medios tecnológicos setecientos ochenta y seis millones ciento sesenta y uno mil seiscientos cuarenta y un pesos con 96 (sic) centavos (\$786.161.641,96)

Quinta: Ordenar que la condena pecuniaria de la pretensión tercera sea actualizada e indexada desde el 1 de enero de 2020 hasta el día que su pago se haga efectivo, conforme lo dispone el artículo 187 del CPACA”.

⁴ Índice 53 del aplicativo Samai del Tribunal. Documento denominado “88SENTENCIA QUE N_2120200039900Ajustes(.pdf) NroActua 53” del expediente digital.

⁵ Índice 57 del aplicativo Samai del Tribunal Documento denominado “90RECIBE MEMORIAL_apela sent_RecursodeApelacionIn(.pdf) NroActua 57” del expediente digital.



subsanan no es exigible ante requerimientos que carecen de lógica jurídica; (iii) la designación de un “representante suplente” no es un acto contrario a derecho, sino una medida necesaria para atender de manera eficiente las actividades del contrato; y (iv) aseverar que el uso de las expresiones cuestionadas creó una nueva persona jurídica no permitió a los integrantes de la unión temporal participar del procedimiento, lo que vulneró la selección objetiva y la igualdad.

7. El 7 de marzo de 2025, la Subsección A discutió el proyecto de sentencia de segunda instancia; ocasión en la que se decidió remitir el asunto para el conocimiento de la Sala Plena de la Sección Tercera, con el fin de unificar jurisprudencia.

CONSIDERACIONES

8. En los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que pone fin al procedimiento de selección de contratistas bajo el EGCAP (bien sea porque se declara desierto o se adjudica el contrato), la Sala constata que, ante los criterios disímiles de la Sección, se debe unificar jurisprudencia en los siguientes tópicos, encontrando como fuente común la ilegalidad del acto: el análisis para determinar la oferta habilitada más favorable y los presupuestos para tasar el perjuicio por la utilidad esperada.

Posturas en punto de la forma de determinar la oferta habilitada más favorable

9. En algunos casos, la Sección ha estimado que, como consecuencia de la ilicitud del acto administrativo, basta con corregir y/o sumar la puntuación no tenida en cuenta en favor del demandante, sin necesidad de incurrir en un examen de todas las propuestas, ni de verificar los demás aspectos de habilitación y calificación exigidos y valorados por la demandada⁶.
10. En otras ocasiones, ha abordado ese análisis sobre la habilitación y acreditación de la oferta más favorable desde una perspectiva diferente, al considerar que es necesaria una revisión integral de todas las ofertas por parte del juez administrativo con el fin de determinar si, en efecto, el demandante tenía o no el derecho de suscribir el contrato estatal⁷.
11. En definitiva, se advierte que no existe un criterio uniforme para resolver los conflictos relacionados con la manera en que los demandantes deben acreditar que su propuesta cumplió con los requisitos habilitantes y que consistió en la más favorable para satisfacer el interés general.

Criterios sobre la manera de determinar el monto de la utilidad esperada

12. Esta Sección ha considerado que, cuando la entidad no adjudica el contrato al habilitado con la oferta más favorable, se genera un perjuicio por la no ejecución del

⁶ Subsección A, sentencias: del 6 de diciembre de 2024 (con salvamento de voto), expediente 60.644; del 21 de noviembre de 2022, expediente 68.902; y del 22 de octubre de 2021, exp. 59.925. Subsección B, sentencias: del 20 de mayo de 2024, expediente 69.481; del 19 de octubre de 2023, expediente 57.217; y del 19 de abril de 2023, expediente 68.075.

⁷ Subsección C, Sentencias: del 17 de junio de 2024, expediente 44.548; y del 1 de noviembre de 2023, expediente 55.929.



Radicación: 25000-23-36-000-2020-00399-01 (71.754)
Demandante: Unión Temporal AA Seguridad
Demandado: INVIMA
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
(precontractual)

COMPARTIDO POR:



negocio⁸, y ha indicado que corresponde a la utilidad neta⁹. A su vez, que, en primera medida, corresponde al demandante demostrar el *quantum* de su afectación, bien sea a partir del propio contenido de la oferta o de un dictamen pericial. Sin embargo, ante la ausencia de esos medios, existe discrepancia sobre la manera en que se debe fijar el correspondiente monto del perjuicio.

13. En unos procesos, ha acogido un criterio de razonabilidad, de conformidad con las reglas de la experiencia y la sana crítica, a efecto de establecer la suma de dinero que debe ser reconocida al demandante. Según el cual, el monto de la utilidad esperada en un contrato estatal corresponde al cinco por ciento (5%) de su precio; siempre y cuando, el valor de la propuesta sea equivalente con el presupuesto oficial. En caso de que los valores no sean correspondientes, se establece una proporción entre lo estimado por la entidad y el precio ofertado y según el porcentaje deducido de utilidad para la oferta concreta se calcula la suma de dinero a reconocer como indemnización de perjuicios¹⁰.
14. En otros expedientes, para determinar el valor neto de la utilidad dejada de percibir, ha acudido a la figura de la condena en abstracto, para que, a través del correspondiente incidente, se liquide el perjuicio¹¹.
15. Por su parte, también ha estimado que el demandante tiene la carga procesal de acreditar el monto de la utilidad que esperaba obtener con la ejecución del contrato, con el fin de poder acceder a la indemnización pretendida¹²; de manera que no acude al criterio de razonabilidad, ni dicta sentencia *in genere*.
16. En suma, se evidencia que en la Sección no existe un criterio uniforme para resolver los conflictos relacionados con el modo de fijar el monto de los perjuicios por la utilidad esperada dejada de percibir.
17. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera en Sala Plena

RESUELVE:

PRIMERO: AVOCAR el conocimiento del presente proceso con fines de unificación de jurisprudencia, en relación con: (i) la determinación de la oferta habilitada más favorable; y (ii) los presupuestos para tasar el perjuicio por la utilidad esperada, en los litigios de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que adjudica o declara desierto un proceso de selección de contratista regido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

SEGUNDO: NOTIFICAR, a través de la Secretaría de la Sección Tercera, la anterior decisión a las partes y al Ministerio Público.

⁸ Que, por regla, consiste en la pérdida de la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato. Al respecto, se encuentra, entre otras, las siguientes providencias: (i) Subsección A, sentencia del 21 de noviembre de 2022, expediente 68.902; (ii) Subsección B, sentencia del 19 de abril de 2023, expediente 68.075; y (iii) Subsección C, sentencia del 28 de febrero de 2022, expediente 65.134.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Subsección A, sentencias: del 6 de diciembre de 2024, expediente 60.644; del 21 de noviembre de 2022, expediente 68.902; y del 22 de octubre de 2021, expediente 59.925.

¹¹ Subsección C, sentencia del 28 de febrero de 2022, expediente. 65.134.

¹² Subsección B, sentencia del 19 de octubre de 2023, expediente. 57.217.



Radicación: 25000-23-36-000-2020-00399-01 (71.754)
Demandante: Unión Temporal AA Seguridad
Demandado: INVIMA
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
(precontractual)

TERCERO: INGRESAR el expediente al despacho del magistrado sustanciador, una vez ejecutoriada esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Presidente de la Sala

Firmado electrónicamente
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Con salvamento de voto

Firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Con aclaración de voto

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Ausente con excusa

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Firmado electrónicamente
ADRIANA POLIDURA CASTILLO

Firmado electrónicamente
NICOLÁS YEPES CORRALES
Con aclaración de voto

Nota: Esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



VF

COMPARTIDO POR:

