



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

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación: 25000233600020150234601 (62508)
Demandante: Secretaría Distrital de Movilidad y Otro
Demandado: Consorcio Servicios Integrales para la Movilidad -SIM- y Otros
Acción: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: *CONTRATO DE CONCESIÓN / CARACTERÍSTICAS RELEVANTES – negocio financiero – alcance de la expresión “por cuenta y riesgo” del concesionario / CONTRATO ADICIONAL – estudios de oportunidad y conveniencia / NULIDAD POR OBJETO ILÍCITO conductas delictivas en la elaboración de los estudios previos / RESTITUCIONES MUTUAS concepto – criterios para que procedan*

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a resolver los recursos interpuestos por las demandantes contra la sentencia de primera instancia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

El objeto de la controversia en segunda instancia se contrae a determinar si se configuró la nulidad absoluta del otrosí 4 del contrato de concesión 071 de 2007, y definir los efectos que reclaman ambas partes, según corresponda.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la providencia del 20 de junio de 2018¹, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se adoptó la siguiente decisión (se transcribe conforme obra):

***PRIMERO: NEGAR** las pretensiones tanto de la demanda con radicado 2015-2346 como las contenidas en la demanda 2016-347, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente sentencia.*

***SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda de reconvenición, de conformidad con lo señalado en esta providencia.*

***TERCERO: NEGAR** la objeción por error grave formulada por el apoderado del CONSORCIO SIM, por las razones antes expuestas.*

***CUARTO: Sin** condena en costas.*

(...)”

2. La sentencia impugnada resolvió la controversia promovida por la Secretaría Distrital de Movilidad -en adelante la Secretaría o SDM- mediante demanda

¹ Folio 261 a 301 –ambas caras– del cuaderno ppal. de segunda instancia.

presentada el 13 de octubre de 2015, rad. 25000233600020150234600, al que se acumuló el proceso con rad. No. 25000233600020160034700² que, con iguales pretensiones, fue instaurado por la Procuraduría General de la República el 9 de febrero de 2016. A su vez, dentro de este trámite, el Consorcio SIM presentó demanda de reconvención.

Pretensiones

3. Corresponden a las siguientes (se transcribe literal):

Demanda SDM	Demanda Procuraduría
<p>“PRIMERA: Que se declare la nulidad absoluta del otrosí No. 4 suscrito el 10 de febrero de 2014 entre la Secretaría Distrital de Movilidad de Bogotá D.C. y el CONSORCIO SERVICIOS INTEGRALES PARA LA MOVILIDAD “SIM”, por medio del cual se modificó el Contrato de Concesión No. 071 de 2007 por versar dicho otrosí sobre objeto ilícito y causa ilícita.</p> <p>SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene, en los términos del Art. 1746 del C.C., se efectúen las restituciones mutuas a las que hubiere lugar.</p> <p>TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior, se ordene que el Contrato de Concesión No. 071 de 2007 se ejecute en los términos en que se encontraba pactado previo a la suscripción del Otrosí No. 4 de 2014.</p> <p>SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRINCIPAL: Que en el evento de no prosperar la pretensión primera, se revise la ecuación contractual del Contrato de Concesión No. 071 de 2007 modificado por el Otrosí No. 4 de 2014, y que como consecuencia de ello, se restablezca el equilibrio económico del contrato de concesión 071 de 2007 a favor del Distrito Capital - Secretaría Distrital de Movilidad”.</p>	<p>“PRIMERA: que se declare la nulidad absoluta del Otrosí No. 4 suscrito el 10 de febrero de 2014 entre la Secretaría de Movilidad de Bogotá y el Consorcio Servicios Integrales para la Movilidad ‘SIM’ por medio del cual se adicionó al Contrato de Concesión No. 071 del 24 de diciembre de 2007, con la obligación del concesionario de adelantar los estudios y construcción de una bodega, y la adecuación y ampliación de la existente y como contraprestación la prórroga del Contrato por seis (6) años adicionales, contados a partir de la fecha del vencimiento del contrato inicial.</p> <p>SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a la Secretaría de Movilidad del D.C., que el contrato de concesión se ejecute en los términos en que se encontraba pactado previo a la suscripción del otrosí No. 4 de 2014”.</p>

4. Pretensiones de la demanda de reconvención (transcripción literal)³:

“A. PRINCIPALES

PRIMERA: Que, en caso en que la jurisdicción contenciosa disponga la nulidad del Otrosí No. 4, según la pretensión principal de la demanda presentada por la Secretaría de Movilidad, se declare responsable a la demandada por las irregularidades cometidas en la suscripción del mismo.

SEGUNDA: Que, como consecuencia de la nulidad que se llegare a decretar se reconozca y pague a la parte demandante en reconvención las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria de nulidad y que a la fecha asciendan a la suma de CINCO MIL SEISCIENTOS SEIS

² Acumulación ordenada mediante auto del 27 de junio de 2016.

³ Demanda de reconvención visible a fls. 44 a 56 del c. ppal. 6. Reforma de la demanda de reconvención fls. 70 a 101 ib.

MILLONES CIENTO OCHENTA MIL TRESCIENTOS DIECISIETE PESOS M/CTE (\$5.706.180.317,00) o la que se determine dentro del proceso, debidamente actualizada al momento del pago, correspondiente a las inversiones realizadas por el Consorcio SIM en desarrollo del Otrosí No. 4⁴.

TERCERA: Que se condene en costas a la parte demandada.

CUARTA: Que se ordene que a la sentencia que ponga fin al presente proceso, se le dé cumplimiento en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A. – Ley 1437 de 2011).

B. SUBSIDIARIAS

PRIMERA: Que se declare responsable a la demandada en reconvención por el incumplimiento y/o retardo en la ejecución del Otrosí No. 4.

SEGUNDA: Que, como consecuencia de lo anterior y en cuanto dicho incumplimiento y/o retardo implique la imposibilidad de ejecución total o parcial del objeto del contrato, se condene a la demandada en reconvención a pagar a la demandante a título de indemnización, la suma de VEINTE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO SETENTA Y SIETE MIL PESOS M/CTE (\$20.238.177.000,00) o la que se determine dentro del proceso, debidamente actualizada al momento del pago, correspondiente al lucro cesante como valor esperado del contrato⁵.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA SUBSIDIARIA

Que, como consecuencia de lo indicado en la pretensión primera, se condene a la demandada en reconvención a pagar a la demandante a título de indemnización, la suma (\$6.757.661.359,12) con ocasión de los sobrecostos generados en el valor de las inversiones para la ejecución del objeto contractual, las cuales debieron realizarse durante los años 2014 y 2015; lo anterior, sin perjuicio de la variación que pueda sufrir dicho rubro en el tiempo, pues el valor real dependerá del momento en el cual tenga lugar la ejecución de la inversión y deberá tener en cuenta variables como la inflación, las cargas impositivas, el incremento salarial y los cambios en el precio del dólar entre otros factores.⁶

TERCERA: Que se condene en costas a la parte demandada.

CUARTA: Que se ordene que a la sentencia que ponga fin al presente proceso, se le dé cumplimiento en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo” y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A. – Ley 1437 de 2011).

Hechos relevantes

5. La Secretaría Distrital de Movilidad suscribió con el Consorcio Servicios Integrales para la Movilidad -SIM⁷- el contrato de concesión 071 de 2007, con el objeto de que este último asumiera la prestación del servicio de registro distrital de automotores, de conductores y de tarjetas de operación, por su cuenta y riesgo. El plazo de ejecución fue de 8 años y 2 meses que culminaría el 29 de febrero de 2016.

⁴ Como soporte de esta pretensión, el demandante en reconvención señaló a pie de pág. que adjuntaba el denominado “Peritazgo Demanda de Reconvención”, elaborado por la empresa Proyecta SAS.

⁵ Como soporte de esta pretensión, el demandante en reconvención señaló a pie de pág. que adjuntaba el denominado “Peritazgo Demanda de Reconvención”, elaborado por la empresa Proyecta SAS.

⁶ Como soporte de esta pretensión, el demandante en reconvención señaló a pie de pág. que adjuntaba el documento denominado “PRESUPUESTO DE OBRA Centro de gestión documental automotor de Bogotá y Centro de Producción, elaborado por la empresa RWX Ingeniería SAS”

⁷ De acuerdo con el documento de constitución consorcial presentado a la licitación (fl. 26 del c. de p. 2) el Consorcio SIM se integró por las sociedades Taborda Vélez & Cía. S en C. (44%), DATA TOOLS S.A. (45%), CREATIVESOFT LTDA (1%) y QUIPUX S.A. (10%).

Posteriormente, mediante documento del 24 de enero de 2014 (fl. 93 a 98 del c. de p. 2) la SDM autorizó la cesión de la posición contractual de las sociedades Taborda Vélez & Cía. S. en C. y CREATIVESOFT LTDA., en favor de SITT y Cía. S.A.S. y SUITCO S.A. quedando con las siguientes participaciones: (i) DATA TOOLS S.A. con el 45%; (ii) QUIPUX S.A. con el 10%; (iii) SITT y Cía. S.A.S. con el 28,16%; y, (iv) SUITCO S.A. con el 16,84.

6. Entre las obligaciones que asumió el concesionario, de acuerdo con los pliegos, se encontraba *“presentar propuesta de reforma o alternativas al uso del edificio que se destina por la entidad a la concesión, si las hubiere”*, obligándose a realizar la obra civil requerida *“con el fin de conservar en esa edificación, el archivo físico”*. En tales términos presentó su alternativa de mejora, con límite de entrega el 6 de julio de 2009, sin que a la presentación de la demanda se hubiera cumplido.

7. El 23 de diciembre de 2013 el contratista presentó propuesta para aumentar la capacidad del archivo; para ello, propuso construir una bodega nueva por valor de \$20.000.470.397, y hacer la ampliación interna de la capacidad de la existente por la suma de \$8.449.549.277. Como contraprestación pidió la prórroga de la concesión por 6 años adicionales.

8. El 15 de enero de 2014, el Secretario de Movilidad realizó invitación a algunas empresas para presentar cotizaciones para la *“Adecuación y Reforzamiento Sísmico de la Bodega existente del Centro de Producción de SIM y la Construcción de una bodega nueva para el Archivo de la Secretaría de la Movilidad”*.

9. Mediante documento denominado *“ESTUDIOS DE JUSTIFICACIÓN, estudios de conveniencia y oportunidad para la adición y prórroga del contrato de concesión No. 071 de 2007, por medio del cual se prestan los servicios administrativos del Registro Distrital de Auto motores (sic)”* de fecha 3 de febrero de 2014, el entonces Secretario Distrital de Movilidad Rafael Eduardo Rodríguez Zambrano, el asesor del despacho Alexander Rincón Endes, y el Subdirector Administrativo William Quintero Duque, firmaron la justificación para la celebración del otrosí 4 -sin aval de la interventoría- suscrita el 10 de febrero siguiente, adicionando obligaciones que superaban el contrato de concesión, quedando viciado por objeto y causa ilícitas.

10. La SDM adujo que la Fiscalía bajo la investigación 110016000102201400203, suscribió acta de preacuerdo con el señor William Quintero Duque, por los delitos de falsedad en documento privado, falsedad en documento público, fraude procesal, peculado por apropiación con reintegro, y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales -referido al otrosí No. 4 del contrato de concesión 071 de 2007-, y fue condenado como responsable de las conductas punibles indicadas.

Fundamentos de derecho

11. Como fundamento de las pretensiones, se invocaron los artículos 6, 1519 y 1523 del C.C. Art. 24 -núm. 8-, 25, 26, 29, 30, 40 y 44 de la Ley 80 de 1993; art. 2 -núm. 1-, 5 de la Ley 1150 de 2007; art. 3 -núm. 2- de la Ley 1437 de 2011; art. 26 del Decreto 1510 de 2013. También se aludió a los arts. 141, 164, 303 de la ley 1437 de 2011

Como causales de nulidad fueron invocadas las previstas en los numerales 2 y 3 del art. 44 de la Ley 80 de 1993 –la primera por cuanto el otrosí 4 adolece de sustento técnico y financiero; y la segunda al haberse suscrito sin pasar por las dependencias que según el manual de funciones debían participar y conceptuar–; en subsidio se pidió el desequilibrio económico del contrato a favor de la SDM.

Contestación de la demanda

12. El **Consortio SIM** se opuso a las pretensiones de la demanda. Indicó que desde los pliegos existió la necesidad de garantizar nuevos espacios para la prestación del servicio, contemplando la obra civil respectiva. Invocó jurisprudencia relacionada con la posibilidad de la Administración de variar las obligaciones del concesionario para lograr el objeto contratado, e indicó que en este caso surgió la necesidad de contar con una bodega nueva para el manejo del archivo dado que la edificación entregada por la entidad pública carecía de una estructura que permitiera hacer las mejoras propuestas. Así que el otrosí obedeció a una garantía del servicio.

13. Taborda Vélez y Creativesoft Ltda. indicaron que la omisión de la SDM de tener planos y estudios para la obra civil prevista en los pliegos impidió el desarrollo normal del contrato, y una vez conoció esas deficiencias (en 2009) lo informó a la Administración; por lo que el otrosí fue una medida para garantizar la continuidad del servicio, y es posible variar las condiciones contractuales con esos fines.

Agregó que (i) el otrosí 4 no superó el valor inicial del contrato, pues éste sólo puede establecerse a su finalización; (ii) la SDM sí se beneficiaba de tal edificación en tanto le permitiría contar con un Centro de Gestión Documental adecuado; y, (iii) negó la configuración de desequilibrio económico a favor de la SDM pues esta entidad no aportó recursos, por el contrario, había recibido más de 360 mil millones.

14. SUITCO S.A., planteó los siguientes medios exceptivos bajo la premisa de la inexistencia de nulidad absoluta del otrosí 4, ante: (i) *la inexistencia de cargos de nulidad*, pues ningún argumento se desarrolla; (ii) *no existe norma legal o constitucional que prohíba su celebración*; (iii) *no existió violación al deber de planeación*, el que, en todo caso, no puede afectar al contratista, máxime que el otrosí surgió por los incumplimientos de la SDM; (iv) *ausencia de prueba de la violación al deber de planeación* por cuanto el informe pericial efectuado por la Universidad Nacional no puede tenerse por tal; (v) *no existió violación relevante del deber de planeación* -en caso de estimarse que la hubo-; (vi) *no se desconoció el régimen legal para la celebración de prórrogas a los contratos de concesión*; (vii) *no se desconoció el régimen legal para la modificación de los contratos de concesión*; (viii) *fue celebrado por funcionario competente*; (ix) *Imposibilidad de aplicar las restituciones mutuas dada la naturaleza del contrato de concesión*; (x) *Imposibilidad de aplicar las restituciones por la existencia de reglas especiales en el EGCAP*; (xi) *Inexistencia de ruptura del equilibrio económico del contrato*, en tanto las partes pactaron beneficios correlativos y no hay prueba de su ruptura.

Audiencia inicial

15. Ante la multiplicidad de intervinientes, indicó el Tribunal que la Secretaría Distrital de Movilidad demandó al Consorcio Servicios Integrales para la Movilidad SIM y a las sociedades Taborda Vélez & Cía. S en C. y CREATIVESOFT LTDA; y explicó lo siguiente (transcripción literal):

“De la lectura del acuerdo consorcial visible a folios 22 a 29 del cuaderno de pruebas número 2 del expediente 2016-347, se logró establecer que el CONSORCIO SIM estaba integrado, inicialmente por las siguientes sociedades:

- Data Tools S.A.
- Quipux S.A.
- Taborda Vélez CIA.
- Creativesoft Ltda.

Posteriormente, el 19 de febrero de 2014, las sociedades Taborda Vélez CIA. y Creativesoft Ltda. cedieron su posición contractual a las sociedades SITT Y CIA S.A.S y SUITCO S.A. (fl. 30 a 40 del cuaderno de pruebas número 2 del Exp. 2016-347), quedando integrado finalmente así:

- Data Tools S.A.
- Quipux S.A.
- Sitt y CIA S.A.S
- Suitco S.A.

(...)⁸

Alegatos en primera instancia – aspectos relevantes

16. Surtido el debate probatorio, al alegar de conclusión, la PGN reiteró los fundamentos de la petición de nulidad del otrosí 4, insistiendo en que con éste (i) se introdujeron cambios sustanciales al objeto de la concesión; (ii) se afectó el interés de quienes acudieron a la licitación al modificar las condiciones de las propuestas; (iii) el mismo pliego planteó la visita a las instalaciones y áreas de las mejoras y, según el dictamen pericial de Natalia Vélez, entre las condiciones determinantes de los problemas del inmueble destinado a la concesión, estaba la capacidad real de la bodega y los factores de saturación; (iv) descartó que la situación del inmueble fuera un hecho sobreviniente, menos aún, en tanto la ley de archivos era del año 2000; (v) enfatizó que en las bases de la licitación no se extrae la posibilidad de construir una nueva edificación; (iv) insistió en que se tuviera en cuenta la sentencia penal condenatoria del señor William Quintero Duque.

17. La **SDM** indicó que (i) el estudio realizado por la Universidad Nacional sobre el otrosí 4 evidencia que la oferta del concesionario no permitía determinar el costo real de la nueva obra, y los valores unitarios no correspondían a precios de mercado; (ii) era errado el dictamen “*Gestión documental y conservación de archivos*” ya que carece de datos técnicos, al no evaluar, p.ej., la conveniencia de adecuar las instalaciones de la bodega existente, ni siquiera lo mencionó; (iii) remarcó la omisión de tramitar el otrosí en las dependencias correspondientes; y ratificó los argumentos de su demanda.

⁸ Para definir acerca de las intervenciones y representación judicial de las demandadas en dicha audiencia, señaló: “(...) mediante documento privado suscrito el 30 de enero de 2014, las empresas integrantes del Consorcio SIM autorizaron al señor Luis Octavio Caicedo Sánchez, como representante del consorcio (fl. 26 c. 4) (...) [quien] otorgó poder al abogado (...) para que asumiera la defensa y actuara en nombre del Consorcio (fl.80 c.1) ... el referido apoderado judicial actuará, por ende, en representación de las sociedades integrantes del mismo, es decir, las sociedades Data Tools S.A., Quipux S.A., Sitt & CIA S.A.S. y Suitco S.A. (...) [y de otro lado intervendrían] los apoderados de las empresas Taborda Vélez CIA y Creativesoft Ltda., sociedades que, se reitera, ya no hacen parte del consorcio demandado”. Visible a folios 87 a 90 del c. ppal. 2.

18. Las sociedades **Taborda Vélez y Cía. Ltda., Creativesoft Ltda. y Quipux S.A.S.** afirmaron la legalidad de la cesión de los derechos en el Consorcio SIM que fue cuestionada en la demanda.

19. El **Consorcio SIM, Data Tools S.A. y Sitt y Cía. S.A.S** negaron que el otrosí adoleciera de objeto ilícito pues lo contratado no estaba prohibido por la ley, ni obedeció a un nuevo objeto contractual; y reiteraron su línea de defensa.

20. El **Ministerio Público** no rindió concepto.

Fundamentos de la providencia recurrida

21. En la sentencia⁹ el *a quo* se refirió, en primer lugar, a las diferencias entre la jurisdicción contencioso administrativa y la penal, dado que en el fundamento de las pretensiones se adujo la existencia de una sentencia penal en contra de William Quintero Duque; señaló que este tipo de decisiones no pueden ser, por sí mismas, fuente de responsabilidad en esta jurisdicción. De otra parte, aludió a la naturaleza de los contratos de concesión como negocios jurídicos incompletos con vocación de ser renegociados y modificados; y precisó que la modificación de los contratos está prevista en los artículos 14 y 16 de la Ley 80.

22. En relación con los dictámenes periciales aportados al plenario, asignó valor probatorio a los cuatro estudios elaborados por la firma Proyecta S.A.S., orientados a emitir concepto financiero en torno a las obligaciones contraídas en el otrosí 4 y estimación de la participación en las inversiones. Señaló que si bien dichos documentos fueron suscritos por Claudia Raquel Neira, quien dijo insistentemente no haber sido quien realizó tales pericias, indicó que ello no le resta mérito a la prueba pues como representante legal de la empresa que los elaboró acudió a la audiencia en tal calidad; precisó que el artículo 209 del CPACA prevé la posibilidad de aportar dictámenes emitidos por instituciones, por lo que era válido dicho dictamen.

Sobre la prueba pericial elaborada por la Universidad Nacional y aportada por la SDM indicó que el estudio carecía de firma, de modo que al incumplir los requisitos del art. 219 del CPACA y 226 del CGP no podía ser apreciado por el juez.

23. Al resolver los cargos de nulidad negó su configuración indicando lo siguiente:

- (i) No hubo transgresión al principio de planeación, pues no era previsible el incremento en el archivo que se presentó ante el aumento de la demanda de los servicios concesionados, lo que llevó a suscribir el otrosí 4 de cara al hacinamiento tanto del personal como de los registros físicos y, tratándose de una concesión, la incapacidad de prever todos los eventos de su desarrollo permite su modificación.
- (ii) Señaló que el otrosí 4 no alteró el objeto del contrato principal al incluir la construcción de una nueva bodega, pues los pliegos contemplaron el componente de “*obra civil*” relacionado con el archivo. Si bien la obligación inicial se refería a la

⁹ Folio 261 al 301 –ambas caras– c. ppal. de segunda instancia.

adecuación de una bodega existente, la construcción de una nueva era necesaria para poder cumplir el objeto mismo del contrato y evitar la parálisis del servicio.

(iii) Desestimó la existencia de nulidad relacionada con la prohibición de adicionar en más de un 50% el valor del contrato estatal, ya que en contratos de concesión éste es indeterminado. En todo caso, el valor de los servicios prestados desde el año 2008 hasta la celebración del otrosí 4 ascendía a una suma superior a los 444 mil millones de pesos, y al aplicar el porcentaje de recaudo a favor del contratista - 50% como remuneración- tal cifra superaba el de las obligaciones contraídas: (a) construcción de nueva bodega por 20.000 mil millones; y, (b) adecuación de la existente por 8.500 millones.

(iv) Al quedar establecida la necesidad de suscribir el otrosí 4 para evitar la parálisis del servicio no podía configurarse una desviación de poder, pues este vicio implica que el funcionario actúe con fines diversos a los fijados en la ley, y en la modificación quedó plasmada la necesidad por parte de la SDM de *“incrementar la capacidad de las instalaciones destinadas al archivo de los Registros Distritales Automotor, de Conductores y de Tarjetas de Operación”*, siendo un fin acorde con la ley.

(v) Negó la pretensión subsidiaria de restablecimiento del equilibrio económico planteada por la SDM, indicando que en las concesiones la relación económica de las partes se define por la proyección de los recursos obtenidos durante el contrato. Agregó que la ampliación del plazo no implicó la ruptura del equilibrio económico, pues fue la forma de retribuir las obligaciones del otrosí 4, y como no hubo erogaciones económicas por parte del Distrito ni se modificó su porcentaje de participación, no hubo ninguna afectación grave del contrato.

(vi) Sobre la demanda de reconvención presentada por el consorcio SIM, en la que pidió que en caso de prosperar la pretensión de nulidad del otrosí 4 se declarara responsable a la SDM de los vicios que fundaran tal decisión, negó su prosperidad ante la determinación de validez del otrosí demandado.

(vii) Finalmente, descartó la objeción por error grave formulada por el Consorcio SIM contra el dictamen para la definición del desequilibrio financiero aducido por la SDM, al no haber probado la gravedad de las inconsistencias aducidas, y tratarse sólo del desacuerdo del objetante con las conclusiones del perito.

II. EL RECURSO INTERPUESTO

Síntesis de los recursos de apelación:

24. El instaurado por el Ministerio Público¹⁰.

Atacó la sentencia de primer grado por: 1) inapropiada valoración probatoria; y, 2) indebida aplicación normativa. A partir de allí, insistió en la nulidad del otrosí demandado.

¹⁰ Fls. 322 a 345 del c. ppal. de segunda instancia

1) *Inapropiada valoración probatoria*. Basado en los siguientes argumentos:

(i) Se aparta de la conclusión del *a quo* de que el *incremento excesivo de la documentación* justificó la celebración de otrosí 4, pues los problemas del inmueble originalmente destinado al archivo se relacionaban con la capacidad real de la bodega y factores de saturación; así que no existió un evento sobreviniente como lo planteó el Tribunal. Subraya que los oferentes conocieron las condiciones del inmueble y para la adecuación debían considerar, a su vez, la ley general de archivos vigente -Ley 594 de 2000 y normas concordantes-.

(ii) Se opone a la existencia de “*riesgo de parálisis en la prestación del servicio público*” como sustento de la modificación, pues las pruebas muestran lo contrario.

(iii) Considera un yerro del *a quo* equiparar una obra nueva como la incluida en el otrosí 4 con las obras de mejoramiento indicadas en el pliego pues, bajo este último, el concesionario se obligó a ampliar las instalaciones de la SDM y conservar *en esa edificación* el total del archivo físico, por lo que no estaba autorizado para construir una nueva edificación, variando la esencia del negocio.

(iv) *Falta de análisis del desequilibrio congénito del otrosí No. 4 frente al contrato*. Censura que el Tribunal negara la pretensión subsidiaria de desequilibrio económico planteada por la SDM, pues era suficiente constatar que la distribución de ingresos de la concesión se hubiera respetado en el otrosí (50% para cada parte). Afirma que el otrosí se fundó en supuestos falsos que afectaron el patrimonio público y las pruebas evidencian que la estructuración financiera que lo precedió es irrazonable y que su documento de justificación fue suscrito por el Subdirector Administrativo de la SDM Sr. William Quintero Duque, condenado, entre otros, por los delitos de falsedad material en documento público y peculado por apropiación con reintegro, quien para ocupar dicho cargo aportó títulos profesionales falsos.

(v) Bajo el cargo de *indebida interpretación del valor del contrato y del monto adicionado*, plantea que el Tribunal erró al señalar que no se violaron los topes de las adiciones en más de un 50%, pues no es lógico que para estimar el valor del contrato de concesión 071 el Tribunal hubiera considerado el valor de los servicios prestados, pero para el otrosí No. 4 tomara el de las obras pactadas.

(vi) *Indebida interpretación del alcance de las decisiones disciplinarias*. Cuestiona que el *a quo* confunda que se trata de 2 tipos distintos de responsabilidad, e ignore que el juez contencioso administrativo no está atado a lo decidido en ese escenario.

2) *Indebida aplicación normativa*

Reprocha que el Tribunal analizara la modificación del contrato bajo los arts. 14 y 16 de la Ley 80 de 1993, pues éstos refieren al *ius variandi*, no aplicable a este caso; además, un otrosí no es la vía para sanear vicios de origen, ni enmendar la falta de diligencia del contratista, tampoco para cambiar el objeto del contrato.

3) Finalmente pidió al juez, de oficio, considerar el material probatorio del proceso penal seguido contra los señores Rafael Rodríguez y Alexander Rincón Endes, que también suscribieron los estudios de conveniencia del otrosí 4 como funcionarios de la SDM, pues el 28 de agosto de 2017 les fue impuesta medida de aseguramiento como presuntos autores de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en relación con el otrosí aquí cuestionado.

25. El instaurado por el Consorcio SIM¹¹

(i) Centra su inconformidad en que el *a quo* dejó de pronunciarse respecto de las pretensiones subsidiarias planteadas en la demanda de reconvención. Precisa que el objeto del otrosí 4 consistió en la realización de estudios técnicos y construcción de una bodega en el lote ubicado la calle 64 C No. 92-20, pero dicha labor no pudo ejecutarse pues ese inmueble estaba afectado con un contrato de comodato; tales demoras, superadas hasta diciembre de 2015, generaron el desequilibrio aducido.

(ii) Cuestiona la decisión de negar la objeción por error grave formulada contra el dictamen pericial pues existen fallas protuberantes que alteran sus valores: (a) yerro en la escogencia del objeto y variables analizadas; (b) haber omitido que el riesgo de demanda se asignó al contratista; y (c) carecer de un estudio de mercado.

26. Apelación Adhesiva de la Secretaría Distrital de Movilidad¹²

(i) *Indebida valoración probatoria respecto de los dictámenes periciales de Proyecta S.A.S. y de la Universidad Nacional.* Sobre el primero, señala que su representante legal manifestó en audiencia no tener conocimiento de las conclusiones, contenido, ni metodología del dictamen; y al no conocer lo que firmó, el dictamen carece de validez por vulnerar el art. 219 del CPACA.

Respecto del segundo -descartado por falta de firma- señala que su examen de admisibilidad se realizó con el decreto de la prueba, con citación del perito Jorge Iván González Borrero; y no es cierto que carezca de firma, pues tal encargo se desarrolló bajo un contrato interadministrativo con la Universidad Nacional y cada capítulo entregado fue rubricado; además al radicarse en la SDM fue firmado por sus Codirectores, entre ellos el perito González Borrero quien asistió a la audiencia y fue ampliamente interrogado; por ello sorprendió la decisión del Tribunal de excluir en la sentencia esa prueba.

(ii) Afirma que quedó probada la causal de nulidad del otrosí 4 al haberse celebrado "*contra expresa prohibición legal*"; y el dictamen descartado por el *a quo*, probaba que el otrosí carecía de soportes técnicos y financieros, que la información del consorcio impedía definir el costo real de la obra, que sus valores unitarios no correspondían a precios de mercado, lo cual obra en documentos que adolecen de valoración y evidencian que los supuestos utilizados por la Universidad Nacional acreditan tales deficiencias.

¹¹ Fls. 346 a 385 del c. ppal. de segunda instancia

¹² Fl. 524 a 595 del c. ppal. de segunda instancia

(iii) Que el “*abuso o desviación de poder*” se acreditó: (a) con la omisión de solicitar a las dependencias competentes los conceptos respectivos; (b) aprobando el otrosí sin considerar el manual de contratación; (c) con el preacuerdo suscrito por el Subdirector Administrativo de la SDM (rad. 110016000102201400203) siendo condenado por falsedad en documento público, peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales; (d) el Consorcio SIM conocía las falencias de los análisis de oportunidad y conveniencia, y aun así celebró dicho otrosí; (e) las obras que adicionó no eran necesarias para la adecuada prestación del servicio; y (e) la sentencia omitió valorar el dictamen financiero del perito Carlos Mario Arango.

(iv) “*Indebida interpretación en la sentencia del valor del contrato y del monto adicionado*” pues no es admisible que para analizar el valor máximo a adicionar se partiera de la remuneración por los servicios de registro automotor prestados (más de 440 mil millones) como referente del valor de las obras adicionadas.

Trámite de segunda instancia

27. En la etapa de alegatos de conclusión, las demandantes -Procuraduría General de la Nación¹³ y SDM¹⁴- reiteraron los argumentos de sus recursos de apelación.

28. El consorcio SIM¹⁵ remarcó en la legalidad del otrosí 4 y se opuso a todos los cargos de la apelación. Insistió en la vulneración al debido proceso pues la PGN participó a través de dos partes: (i) demandante (y ahora apelante), careciendo de legitimidad para actuar por cuanto la SDM había demandado por las mismas causas 4 meses antes, siendo subsidiaria su facultad; y, (ii) como Ministerio Público, calidad bajo la cual guardó silencio en sede de apelación. Afirma que la Procuraduría no podía apoyar por activa la causa de una de las partes, pues la SDM ya defendía sus intereses en juicio; y pide que el recurso se declare inexistente.

SUITCO S.A.¹⁶ insistió en la legalidad del otrosí 4 y negó la desviación de poder.

29. El Ministerio Público, a través de su agente especial, emitió concepto¹⁷ pidiendo revocar la sentencia apelada y declarar la nulidad del otrosí 4 al encontrar que su objeto desnaturalizó el de la concesión al referirse a la construcción de una nueva edificación. Agregó que el *a quo* pasó por alto la sentencia penal condenatoria de uno de los funcionarios que justificó la celebración del otrosí 4, quien admitió la comisión de delitos de diverso tipo, entre ellos, el de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, vinculado directamente al citado otrosí.

III. CONSIDERACIONES

Objeto del recurso de apelación

¹³ Fl. 782 a 793 del c. ppal. de segunda instancia

¹⁴ Fl. 632 a 662 del c. ppal. de segunda instancia

¹⁵ Fl. 663 a 781 del c. ppal. de segunda instancia

¹⁶ Fl. 794 a 811 del c. ppal. de segunda instancia

¹⁷ Fl. 813 a 835 del c. ppal. de segunda instancia

30. Un problema jurídico concentra la atención de la Sala, y es el atinente a establecer si existen deficiencias de interpretación legal y probatorias en la determinación del Tribunal de negar la nulidad del otrosí 4 que conduzcan a su revocatoria; de allí, y conforme al curso de la decisión, se pasará a definir las peticiones declarativas e indemnizatorias planteadas por las partes, según corresponda.

Motivación de la sentencia

- Aspecto preliminar

31. En los alegatos de segunda instancia, el Consorcio SIM cuestionó la legitimación de la PGN como demandante (y apelante) en esta causa, con iguales argumentos que los formulados al oponerse a la admisión del recurso de apelación de ese organismo de control –porque la SDM ya había presentado demanda en este asunto–. Con el fin de dejar a salvo el pronunciamiento que sobre este presupuesto efectuó la Subsección, se recuerda que mediante auto del 26 de noviembre de 2018¹⁸ analizó tales reproches, los halló infundados y admitió los recursos de alzada, incluyendo el de la PGN.

32. En esa decisión la Sala indicó que el Ministerio Público goza de la calidad de sujeto procesal, con total independencia y autonomía, en defensa de los intereses jurídicos superiores establecidos por la Constitución y la ley, y conforme al artículo 303 del CPACA puede *“actuar como demandante o como sujeto procesal especial y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales ...”*, además podrá pedir *“que se declare la nulidad absoluta de los contratos estatales ...”*, sin que en este momento existan argumentos que lleven a variar la conclusión de su admisibilidad.

- El contrato de concesión

33. La plataforma de este análisis impone acudir a la naturaleza jurídica y noción del contrato estatal de concesión, que a voces del art. 32 de la Ley 80 de 1993 es aquel cuyo objeto es otorgar al *“concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”*.

¹⁸ Fl. 610 a 612 del c. c. ppal. de segunda instancia

34. Numerosos elementos afloran de esta definición legal, pero para el caso que ocupa la atención de la Sala se resalta de este modelo negocial la nota característica de que el contratista asume por su *cuenta y riesgo* la realización del objeto concesionado.

La expresión indicada llena de contenido esta tipología contractual y significa, de una parte, que el contratista se encarga de la consecución de los recursos económicos según la relación *equity/deuda* que defina en su modelo financiero (con aporte de recursos propios / o de recursos de financiamiento, o de ambas clases) bajo análisis de predicción de rendimientos y de recuperación de su inversión. Y de otra, que al obtener el derecho económico de explotación y definir conforme a su *expertise* la ruta de ejecución, asume el riesgo del éxito o fracaso de su desarrollo, como regla general.

35. Por sus características más destacadas el rol del concesionario se concibe como el sujeto que adquiere la calidad de “*dueño del proyecto*” -sin perjuicio de que la concesión se ejecuta “*bajo la vigilancia y control de la entidad concedente*” art. 32 ib.- y, por ende, asume los riesgos técnicos y operativos asociados a esta condición como -en particular- la responsabilidad de realizar su cierre financiero. En este sentido, el contratista se encuentra obligado a garantizar los recursos de capital necesarios para la ejecución del objeto acordado, y para ello definirá las formas de financiamiento que le permiten establecer la estructura concesional –v.gr., si ésta se basa en el modelo de *project finance* el financiamiento se respalda con los mismos recursos que genera el proyecto (flujos de caja y activos); también existen modelos de endeudamiento en los que se ofrecen garantías con activos de los inversionistas en orden a obtener dicho cierre–.

36. Esta especial connotación ha llevado a calificar al contrato de concesión como un negocio financiero. En esencia, corresponde a un vehículo de atracción de la inversión privada del cual se sirve el Estado para el cumplimiento de algunos de sus fines ante la escasez de recursos públicos, de forma que las grandes inversiones que traen consigo los contratos de concesión tienen como eje fundamental la relación entre el monto de los recursos privados comprometidos para cumplir el objeto y la dinámica de recuperación o retorno de lo invertido en un determinado plazo.

37. La trascendencia de esta tipología negocial es innegable, en la medida que la explotación del bien, obra o servicio público se concede por un periodo prolongado, de modo que se genera una relación de mediano y largo plazo en la que cobra importancia superlativa el modelo financiero atado al principio de buena fe contractual para el cumplimiento del cometido público y en unos precisos límites temporales. Ello es así, pues en ese escenario entran en juego principios como la libertad de empresa, la libre concurrencia, la selección objetiva, entre otros, que están presentes tanto al momento de contratar como en caso de justificar una prórroga; entonces, como se viene indicando, el plazo en estos negocios financieros, más que una medida tiempo, se constituye directamente en elemento central de la fórmula de balance y remuneración acordada por las partes.

38. Es necesario subrayar que la responsabilidad técnica, financiera y operativa inherente a este arquetipo contractual enlaza múltiples variables del mismo orden, las que, a su turno, establecen el delicado equilibrio que debe existir entre los diversos conceptos y partícipes del esquema concesional según la obra o servicio público de que se trate (v. gr. como ocurre respecto a los *usuarios* del bien o servicio y el riesgo de demanda asociado-; las *tarifas* y su valor, con incidencia en los ingresos y egresos del proyecto; otros partícipes como los financiadores o acreedores y su reflejo en el pago del servicio a la deuda, por ejemplificar algunos de ellos).

39. Lo anotado revela la importancia de definir con la máxima diligencia los estudios y bases financieras, técnicas y operativas que justifiquen la función jurídico - económica que se pretende con el contrato de concesión respectivo, análisis sin los cuales no es posible sustentar la escogencia de este instrumento negocial. Lo propio se predica de la adición de actividades al objeto de una concesión, pues no sólo se debe cumplir el criterio de *necesidad* que impone la norma, sino que el impacto en la relación inter partes y respecto de los sujetos que participan de esa estructura, reclama que tal modificación se justifique en *alcance y plazo*, pues con ella se materializa y fundamenta la prolongación del derecho del particular a explotar una actividad del Estado.

40. De allí que los análisis que sustentan la concesión son definitivos y definitorios, en el entendido que se trata de las bases que sustentan la necesidad que se busca satisfacer con el contrato y expresan las razones que justifican la escogencia de este tipo negocial y no de otro. Esta premisa, ineludible en la generalidad de los contratos estatales, es destacada por la Sala dada su puntual relevancia en el caso concreto, pues no sólo obra como fundamento del negocio jurídico sino que demarca los linderos del objeto concesionado, con la pretensión de evitar que en su ejecución el contrato se torne receptor de todo y cualquier tipo de agregado ajeno a su esencia o naturaleza, o incluso se utilice para eludir los procedimientos de selección de contratistas.

41. Por ello, el legislador estableció que la elaboración de los estudios previos corresponde a una obligación que debe ser observada en todos los procesos de selección, por regla general, como surge de lo dispuesto en los numerales 7 y 12¹⁹ del artículo 25 de la Ley 80 de 1993; y la característica que califica a los contratos de concesión como negocios incompletos no obra como excepción a dicha regla, ni tampoco a aquella que justifica que la modificación de los contratos estatales sólo ocurra bajo determinadas hipótesis y realidades. Habrá de decirse que si bien estos contratos son mayormente susceptibles de ser modificados -lo que se justifica en los plazos amplios en que generalmente se celebran- esa relativa *flexibilidad* no

¹⁹ Artículo 25. (...)

“7. La conveniencia o inconveniencia del objeto por contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contrato o de su firma, según el caso”.

“12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

autoriza a desatender, por inexistente o insuficiente, el imperativo de elaboración de estudios previos.

42. En precisión de lo dicho, la connotación de corresponder a un negocio *incompleto* no hace referencia a un déficit de estudios previos, sino que debe leerse en clave del objeto mismo del negocio y en perspectiva de la necesidad que busca satisfacer el Estado; por ende, las actividades por completar en la ejecución del proyecto, que por lo mismo no estarían inscritas en los documentos que preceden al contrato, están relacionadas con: (i) la asimetría en la información original del proyecto, situación que se maneja mediante fases de prefactibilidad y obra como parte del desafío del contrato, y por ello no se pueden prever sus contingencias; (ii) las nuevas exigencias que imprime el paso del tiempo, *v. gr.* cambios científicos, técnicos o sociales; o (iii) circunstancias extraordinarias no previsibles²⁰.

43. Así las cosas, la regla atinente al cumplimiento de los estudios previos es un imperativo de orden público, que por su finalidad jurídico-económica y expresión del ejercicio de la función administrativa en la esfera contractual (art. 209 de la C.P.) es una exigencia predicable a la celebración de contratos adicionales, como el que ahora es objeto de examen.

- **Análisis del caso**

44. La parte demandante insiste en que se configuraron los vicios por objeto ilícito y desviación de poder, conforme a las razones expuestas al precisar los fundamentos de la impugnación (núm. 24 y 26 de esta providencia) por ello, ataca la decisión del *a quo* de negar su configuración.

45. La cláusula primera del contrato de concesión 071 suscrito el 14 de diciembre de 2007²¹ establece:

*“Por el presente contrato **EL CONCESIONARIO** asume por su cuenta y riesgo la prestación de los servicios administrativos de los registros distrital automotor, de conductores y tarjetas de operación para la Secretaría Distrital de Movilidad; de conformidad con las especificaciones que se relacionan en los estudios previos de oportunidad y conveniencia, el pliego de condiciones de la Licitación Pública SDM-LP-006-2007, sus adendas, la propuesta presentada por el concesionario y la naturaleza del servicio” .*

A su vez, la cláusula segunda relativa a las obligaciones del concesionario incluye también aquellas señaladas en el *reglamento de la concesión*.

46. Para la realización de su objeto, el plazo se pactó en ocho (8) años y dos (2) meses²², que se desarrollaría en 3 etapas:

(i) Montaje -dos meses máximo- en el que se haría la contratación y entrenamiento de personal, capacitación y pruebas en el uso del software de solución específica que se entregaría a título de licencia de uso o montaje, pruebas de la solución

²⁰ Al respecto ver, Consejo de Estado Rad. 11001-03-06-000-2009-00033-00, Sala de Consulta y Servicio Civil, 13 de agosto de 2009. Corte Constitucional, sentencia C-300 del 25 de abril de 2012.

²¹ Contrato visible a fls. 114 a 125 del c. de p. 1

²² Ídem, cláusula quinta.

implantada para ese fin, contratación de la entidad financiera recaudadora, conexión a los sistemas de información del Código Nacional de Tránsito para la realización de trámites, inventario de las carpetas físicas del registro automotor, pruebas para la implementación de la solución biométrica propuesta y adecuación de 12 sedes de atención al usuario.

(ii) Adecuación -seis meses- inicio de atención al público en las sedes, inicio del recaudo y de las transferencias de participación a la SDM, inicio de servicios con solución biométrica propuesta para el servicio de registro automotor y pruebas para la implementación en otros servicios del registro automotor, y plan de medios para divulgar las nuevas condiciones de la prestación de servicio.

(iii) Operación Plena -siete años y seis meses- que incluyó: servicios con solución biométrica para la totalidad del registro automotor y provisión de pruebas y montaje de la *infraestructura de renovación tecnológica en hardware* para su implementación. A partir del segundo año, luego de culminada la fase de montaje, el concesionario se obligaba a renovar todo el parque computacional de hardware con las mejores especificaciones, correspondiendo a tecnología de punta, y cada tres años debía hacer esta misma renovación; con la obligación de revertir el último parque computacional a favor de la SDM.

47. La cláusula octava del contrato precisó que “[d]ada la tipología contractual, la cual obedece a una concesión de servicios, el valor del contrato es indeterminado pero determinable”. Seguidamente, por el tipo de concesión, se acordaron indicadores de servicio para medir su adecuada y efectiva prestación bajo criterios de calidad, continuidad y oportunidad (*cláusula décima*); y en la cláusula *vigésima novena* se pactó la obligación de reversión respecto de los inventarios de equipos, infraestructura, software, manuales y demás bienes requeridos para la ejecución.

48. Por el objeto y obligaciones acordadas, en los pliegos de la licitación se exigió que los proponentes acreditaran la siguiente experiencia mínima:

“4.3.3. Experiencia

Los proponentes deberán haber prestado en los últimos dos (2) años, servicios de procesamiento de información con atención al usuario con no menos de un millón doscientos mil transacciones por año que incluyan:

- a. Entrega de documentos a usuarios, y*
- b. Haber puesto en funcionamiento un proyecto de solución de sistemas de información con comunicaciones a no menos de ocho (8) puntos remotos.*

La experiencia sería certificada por la entidad pública a la que se hubieran prestado los servicios, y “*si quien certifica es entidad privada deberá acompañar certificado de un auditor de sistemas (...)*”²³ (se subraya).

49. En el *reglamento de la concesión*²⁴ -anexo 1 del pliego de la licitación y documento parte del contrato- se estableció el inventario de entrega de los bienes afectos a la concesión:

²³ Fl. 29 del c. de p. 17.

²⁴ Fl. 58 a 83 ib.

"INVENTARIO DE ENTREGA

(...)

Al momento del inicio de la fase de adecuación se suscribirá por parte del concesionario, el inventario de recibo de entrega de los siguientes bienes:

4.1. Edificio situado en la Calle 64 A No. 92-38 (Álamos) en Bogotá D.C. Su uso será positivo para el área de producción del contrato, y no podrán ubicarse en él áreas diferentes a la de producción, interventoría y archivo. Este edificio se entrega en arrendamiento para lo cual se cancelará un canon mensual que ha sido incluido dentro de la estimación de costos de acuerdo con la minuta anexa.

4.2. SOFTWARE DE SOLUCIÓN CIENTÍFICA DE TRÁMITES DE TRÁNSITO DENOMINADO Qx Tránsito Versión 0.5.0.0.0. a 5.2.6.0.0 que se entrega a título de licencia de uso al concesionario, por lo que le queda prohibido a este venderlo, alquilarlo, exhibirlo, extractarlo, adicionarlo o en general, realizar actuación diferente a la permitida al usuario en los manuales que se entregarán al momento del inicio del periodo de adecuación (...)

4.3. LICENCIAS DE USO DE BASE DE DATOS ORACLE 9.i.9.2.0.6.

4.4. LICENCIAS DE USO DEL SISTEMA OPERATIVO Unix Aix Versión 5.3.

4.5 HARDWARE COMPUTACIONAL: según anexo al pliego de condiciones".²⁵

50. Puntualmente, en el núm. 8.3 (sic) del citado reglamento, se dispuso lo siguiente en relación con la obra civil:

"OBRA CIVIL DE LAS INSTALACIONES DE LA SECRETARÍA DESTINADAS A LA CONCESIÓN"

El concesionario deberá realizar en el segundo año de la fase de ejecución, obra civil para ampliar las instalaciones destinadas por la Secretaría a la concesión, con el fin de conservar en esa edificación, el total del archivo físico, previo el siguiente trámite:

1. Presentación de planos y aprobación por la interventoría al tercer (3er) mes de la fase de adecuación.
2. Obtención de las licencias de urbanismo, si fuera el caso
3. Construcción de obra civil (plazo máximo de seis (6) meses a partir del otorgamiento de la licencia).
4. Entrega e inventario en acta con suscripción de la Subsecretaría de Servicios de Movilidad y de la intervención del contrato.
5. Constitución de garantía de estabilidad de la obra por al menos cinco (5) años.

La anterior mejora, como toda otra que se realice sobre ese inmueble, será revertida a la Secretaría al final del plazo contractual, sin necesidad de reconocimiento alguno para el contratista.

En la primera planta se concentrará todo el archivo físico del registro automotor, y las áreas de producción se concentrarán en la segunda planta, junto con el espacio destinado a interventoría del contrato.

Toda instalación destinada al contrato debe contar con sistemas de vigilancia y de protección contra incendios"²⁶

51. La Sala evidencia que este contrato corresponde en esencia y naturaleza a una concesión de servicios para el registro de diversos trámites de tránsito y movilidad, cuyas obligaciones principales, en consecuencia, están concebidas en

²⁵ A su turno, en relación con las disposiciones relativas a los equipos el Concesionario se obligó según la regla fijada en el numeral 7.2.2 a que "en caso de aumentos en la cantidad de solicitudes de trámites por parte de los usuarios, o por necesidades específicas de los servicios, el Concesionario deberá aumentar por su cuenta el equipo a utilizar con el fin de que los servicios continúen prestándose eficientemente, debiendo informar previamente al interventor (...)" Fl. 65, anverso, ídem.

²⁶ Fl. 68 ib.

función del cubrimiento de la operación tecnológica y de recaudo requerida para su explotación; de ello dan cuenta sus prestaciones características las cuales están focalizadas en la disposición y manejo de herramientas en sistemas asociados al software de solución científica, implementación de la solución biométrica, licencias de uso de bases de datos y sistemas operativos, e infraestructura de renovación tecnológica en hardware, al lado de las cuales se acompañan obligaciones accesorias para el cumplimiento de esa prestación central.

52. Para la ejecución del contrato, la entidad pública hizo entrega de algunos bienes, entre ellos el edificio ubicado en la calle 64 A No. 92-38 de Bogotá, edificación en la cual se debían realizar unas adecuaciones, de modo que el objeto de esa prestación se circunscribía a la obra civil relacionada con las actividades de *mejora* del inmueble. Esto se confirma, a su vez, en el texto mismo del contrato en el que se expresó como causa o razón de convenir aquella obligación la necesidad de *“ampliar las instalaciones destinadas por la Secretaría a la concesión, con el fin de conservar en esa edificación el total del archivo físico”* (se subraya).

53. La lógica de la anotada prestación es consistente con los requisitos de experiencia mínima que la entidad exigió a los entonces proponentes dentro del respectivo proceso de selección, al exigirles haber prestado *“en los últimos dos (2) años, servicios de procesamiento de información con atención al usuario con no menos de un millón doscientos mil transacciones”*, lo que revela que las obras civiles pactadas sólo podían corresponder a mejoras y adecuaciones del archivo físico.

54. Desde ahora, la Sala advierte que no hay otro entendimiento respecto al alcance de esta prestación pues la construcción de una nueva edificación escapa al objeto y obligaciones principales pactadas bajo el contrato de concesión 071 de 2007 -o ello habría tenido incidencia en la determinación de los requisitos de experiencia exigida para constatar las calidades del contratista en la selección de la mejor propuesta-. En otras palabras, la obra civil acordada no se definió de manera genérica -como si fuera cualquiera de las formas que puede revestir una *obra*- sino que su alcance se determinó a partir de las estipulaciones contractuales que estaban circunscritas a actividades de mejora o adecuación, sin argumento que sostenga de manera alguna que el operador de tecnologías, software y registros asumiera como constructor de una edificación nueva.

55. Apartado de los límites del contrato de concesión y de sus bases, el 10 de febrero de 2014, a través del otrosí No. 4 fue suscrito el contrato adicional mediante el cual se agregaron las siguientes obligaciones al alcance de la concesión (transcripción literal):

*“1. **Primero.**- Modifíquese la **Cláusula Segunda** del Contrato 071 de 2007 adicionando las siguientes obligaciones al clausulado original:*

- *Obligación adicional Uno: El Concesionario se obliga para con la Secretaría de Movilidad de Bogotá D.C., a adelantar los estudios técnicos y realizar la construcción de una nueva bodega sobre el lote ubicado en la calle 64 c No. 92-20 , en la ciudad de Bogotá D.C., con un área de 3.360 metros cuadrados que cumpla y se adecúe con las especificaciones técnicas de construcción y con las solicitudes de la legislación actual en materia de almacenamiento y manejo de archivos como lo son la Ley 594 de 2000 y los acuerdos 049 de 2000 y 037 de 2002 del Archivo General de la Nación, entre otros.*

- *Obligación adicional Dos: El Concesionario se obliga para con la Secretaría de Movilidad de Bogotá D.C., a adelantar la adecuación y ampliación de la bodega existente buscando que cumpla con las solicitudes del código sismo resistente, las del acuerdo 037 y 049 expedidos por el Archivo General de la Nación y una óptima redistribución del espacio físico.*

2. Modifíquese la **Cláusula Quinta del Contrato 071 de 2007**, prorrogando el plazo de ejecución actualmente pactado de 8 años y dos meses, en seis (6) años más, contados a partir de la terminación del plazo de ejecución original.

Tercero.- Modifíquese la cláusula décima octava adicionando el literal f) así:

“f) El amparo de estabilidad y calidad de la obra cubrirá a la Secretaría de Movilidad de Bogotá D.C., de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista (...)

Cuarto.- Las partes modifican y sustituyen el Reglamento de la Concesión, documento que forma parte integral de este documento a fin de incorporar las obligaciones aquí pactadas e introducir las reglas que conduzcan a mejorar la gestión total en cabeza del Concesionario (...)

Quinto.- el presente acuerdo hace parte integral del contrato de concesión 071 de 2007 suscrito entre las partes y modifica las cláusulas que expresamente aquí se señalan (...).”

56. En relación con este otrosí, tres aspectos centrales llaman la atención de la Sala: (i) la adición introdujo la obligación de construir una nueva edificación; (ii) incluyó la denominada “*Obligación adicional Dos*” que ya existía en el contrato original; y (iii) estipuló un plazo adicional de seis (6) años, que extendía la explotación concedida en un 75% del término original.

57. Antes de analizar estos puntos, en un ejercicio de causa y efecto, la Sala debe detenerse en la sentencia penal que halló configurado, entre otros, el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto de la suscripción del otrosí 4 al citado contrato de concesión -aportada por la Secretaria Distrital de Movilidad en su demanda (fls. 313 a 337 del c. de p. 17).

58. Dicho fallo condenatorio, proferido el 15 de septiembre de 2015 por el Juzgado 24 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, tuvo como fundamento la suscripción de un preacuerdo²⁷ entre la Fiscalía General de la Nación y el Sr. William Quintero Duque -quien para la época de celebración del otrosí No. 4 fungió como Subdirector Administrativo de la Secretaría Distrital de Movilidad y suscribió los estudios de conveniencia y oportunidad que justificaban su celebración-; el mencionado señor aceptó los cargos que aquella le imputó, no sólo por el delito

²⁷ “ARTÍCULO 350. PREACUERDOS DESDE LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN. Artículo **CONDICIONALMENTE** exequible. Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación.

El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal:

1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.

2. <Numeral **CONDICIONALMENTE** exequible> Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”.

referido, sino por los punibles de falsedad en documento privado, falsedad en documento público, fraude procesal y peculado por apropiación con reintegro.

59. En la condena penal se estableció que el Sr. William Quintero Duque falsificó el acta de grado y el diploma de profesional en administración de empresas de la Universidad Externado de Colombia pues nunca estuvo siquiera matriculado en esa institución; además, el Registro del Consejo Profesional de Administración de Empresas certificó no tenerlo en sus registros. De esos documentos se sirvió para acreditar en la hoja de vida de la función pública la calidad de administrador de empresas desde mayo de 1995 y así cumplir los requisitos que exigía la Resolución 224 de 2012 de la SDM para acceder al cargo de Subdirector Administrativo de dicha Secretaría.

60. Bajo títulos espurios, fue expedido el acto administrativo de nombramiento del Sr. William Quintero Duque como *Subdirector Administrativo código 068, grado 5* de la SDM, según Resolución No. 447 del 30 de diciembre de 2013 y acta de posesión del 8 de enero de 2014. Allí se despenó hasta el 9 de abril siguiente, fecha en que fue aceptada su renuncia, y el mismo día fue nombrado y posesionado en el cargo de *Subdirector Financiero código 068, grado 5* de la SDM, cargos que ocupó sin la formación profesional²⁸.

61. Respecto al punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, estableció el juez penal que el Sr. Quintero Duque en *“su condición de Subdirector Administrativo de la Secretaría Distrital de Movilidad participó en el trámite previo a la firma del otrosí No. 4 del 10 de febrero de 2014 del contrato 071 de 2007, esencialmente, en la suscripción de los estudios de conveniencia y oportunidad del 03 de febrero de 2014 en los que justificó agregar como obligación a cargo del concesionario adelantar los estudios y diseños y construcción de una bodega y la adecuación y ampliación de la existente, y como contraprestación la prórroga del plazo de ejecución de la concesión, a pesar que conforme al contrato inicial, no estaba contemplada la posibilidad de construir obras nuevas y la mencionada ampliación de la bodega existente era un compromiso que tenía el concesionario (...).”*

Indicó que en tal calidad, *“no tuvo en cuenta, que al elaborar y suscribir el documento denominado “Estudio de conveniencia y oportunidad para la adición y prórroga del contrato de concesión No. 071 de 2007”, con ello justificó la contratación de una obligación incumplida y preexistente por una parte, y que por otra se estaba adicionando la construcción de una bodega cuya contratación debía supeditarse a un procedimiento de licitación (...) y en el contrato No. 071 de 2007, no se estableció la posibilidad de construir obras nuevas en desarrollo de la concesión, por lo tanto la propuesta de edificar una bodega no se ajustaba al objeto del citado contrato (...).”*

²⁸ Además de constatar el fraude procesal anotado, el fallo condenatorio encontró configurado el delito de peculado por apropiación con reintegro, en tanto el Sr. Quintero Duque, al no cumplir los requisitos para acceder a tales cargos, se apropió injustamente de los salarios percibidos.

62. Se agrega que el numeral 4 de la sentencia penal condenatoria, de cara al perfil del procesado, dio cuenta del permiso para trabajar que le fue concedido como conductor en una empresa de construcción²⁹, quien aceptó la comisión de las anotadas falsedades en sus calidades profesionales.

63. Es indudable que esa secuencia de conductas ilícitas afecta la validez del contrato adicional vertido en el otrosí cuestionado, pues quedó demostrado que quien fungió como Subdirector Administrativo de la contratante carecía de formación profesional y, por ende, no tenía los conocimientos para haber elaborado y suscrito los estudios de oportunidad y conveniencia con los que se modificó el contrato de concesión 071 de 2007.

Esta realidad, confesa y probada en el proceso penal, tuvo como resultado el cúmulo de irregularidades y vicios llevados al otrosí 4, pues el objeto de este último no es compatible ni se desprende de una razonable interpretación del pliego de condiciones; por el contrario, supera con franca evidencia el objeto de la concesión al incluir a cargo del contratista obligaciones principales como la construcción de un edificio, por un plazo que se acercó al acordado para la ejecución original del servicio de registro concesionado.

64. Basta la configuración del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales que recayó sobre el otrosí 4 -en sentencia penal en firme con aceptación de cargos por el imputado³⁰- para tener por establecido que se incumplió la obligación de contar con los estudios previos que la ley exige y que deben preceder a la celebración de un contrato. En casos así, el sistema penal actúa como *ultima ratio* con el objetivo de proteger el bien jurídico de la administración pública, y para ello, ha elevado a la categoría de delito aquellas conductas relevantes que lo vulneran, pues reconoce en tales violaciones un nivel de gravedad tal que es acorde al daño que genera en la sociedad la utilización de la propia administración para fines ilícitos.

65. En el *sub examine* fue el “Subdirector Administrativo” quien avaló y autorizó junto con un asesor jurídico y con el mismo Secretario de Movilidad del Distrito el documento de justificación del otrosí, efectuando unos análisis que evidentemente no podía proponer ni sustentar al carecer de la idoneidad necesaria para definir las variables económicas e impactos que tendrían las modificaciones introducidas al contrato de concesión.

66. Aun así avaló las bases de un modelo financiero que permitió al particular explotar por un 75% más de tiempo el servicio público de registro automotor, de conductores y de tarjetas de operación para el desarrollo de dos actividades: una ajena al objeto de la concesión -construcción de un edificio- y otra que ya estaba pactada en el contrato inicial, como se pasa a indicar. Así se efectuó el balance económico entre las *nuevas* obligaciones y la remuneración del concesionario que

²⁹ “4. CONCEDER el PERMISO PARA TRABAJAR al señor WILLIAM QUINTERO DUQUE, teniendo como empleador a la entidad AYA CONSTRUCCIONES PROYECTOS ESPECIALES S.A.S., y como cargo a desempeñar CONDUCTOR, de conformidad con lo establecido en la parte motiva” (fl. 337 del c. de p. 16).

³⁰ No se formularon recursos de apelación en la respectiva audiencia, “quedando de esta manera ejecutoriado este proveído” (fl. 337 ídem)

condujo a suscribir el otrosí 4, con proyección directa en la determinación del plazo de retorno de la inversión, aumentándolo en 6 años.

67. En punto a la *“Obligación adicional Dos”* incluida en el citado otrosí, la Sala advierte que tal prestación ya era parte de los acuerdos contenidos en los términos originales del contrato de concesión.

Los pliegos de condiciones³¹ establecían la obligación a cargo del concesionario de ejecutar la *“obra civil para ampliar las instalaciones destinadas por la Secretaría a la concesión, con el fin de conservar en esa edificación, el total del archivo físico”*; para lo cual el contratista cumpliría los requisitos allí exigidos, entre ellos, presentar los planos y aprobación de la interventoría, obtención de las licencias de urbanismo de ser el caso, y otorgar garantía de estabilidad de dicha obras; en esos términos presentó su propuesta el consorcio SIM.

68. El compromiso que en tal sentido adquirió el contratista pasó las etapas de publicidad, observaciones y solicitudes de aclaración fijados en la licitación, como la *“audiencia informativa sobre los prepliegos de condiciones”* (núm. 2.6)³²; la *“audiencia para precisar el contenido y alcance del pliego de condiciones”* (núm. 2.7)³³, y la etapa de *“solicitud de aclaraciones adicionales por los interesados”* (núm. 2.8)³⁴.

69. Además, se dispuso la visita (no obligatoria) al *“Centro Logístico de Servicios ubicado en la Calle 64 A No. 92-38 Álamos de Bogotá, designándose por cada posible proponente una persona para tal efecto, a su costa y bajo su exclusiva responsabilidad, en la fecha y hora (...)”*³⁵ -numeral 2.5 del pliego- la cual estuvo disponible para que, quienes estuvieran interesados, pudieran conocer el lugar de los trabajos y solicitar la información que estimaran necesaria y pertinente. Allí se estableció:

“Sin perjuicio de la información suministrada durante la visita, los proponentes serán los únicos responsables de informarse en forma completa y total de las condiciones y características particulares de la prestación del servicio, en consecuencia, no podrán alegar posteriormente desconocimiento de las condiciones o circunstancias que puedan afectar la ejecución o el cumplimiento del contrato objeto de la licitación (...)”

70. De modo que la entidad ofreció a los proponentes la visita con el fin de que pudieran conocer la edificación donde habrían de ejecutarse las obras de mejora y

³¹ El contrato de concesión dispuso en la *“CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA - DOCUMENTOS INTEGRANTES DEL CONTRATO”*: que *“Forman parte integrante del contrato los siguientes documentos: (...) 2. El documento del pliego de condiciones de la licitación pública SDM -LP-006-2007, sus anexos, sus adendas y sus aclaraciones. (Fl. 124 del c. de p. 16.*

³² *“Durante la presente audiencia los asistentes e interesados podrán formular a la entidad las observaciones y recomendaciones a los prepliegos, sin perjuicio de que se puedan seguir formulando dentro de la oportunidad procesal prevista para tales efectos”* (Fl. 13 – revés, c. de p. 16)

³³ *“(...) se llevará a cabo una audiencia pública con el fin de informar a los posibles interesados sobre el alcance de la prestación de los servicios que se pretende contratar. En el evento en que los proponentes detecten discrepancias, contradicciones, vacíos u omisiones en los documentos del proceso o tengan cualquier duda en relación con el pliego de condiciones o el alcance del mismo, deberán informarlo en la audiencia pública o por escrito dentro del término señalado para el efecto dentro del cronograma (...)”* ibidem (se resalta).

³⁴ *“en caso de que los interesados en participar requieran información o aclaraciones adicionales a las planteadas en la audiencia de aclaraciones, podrán formular la respectiva solicitud por cualquiera de los siguientes medios (...)”* (Fl. 14 ib.)

³⁵ Fl 13 del c de p. 16

ampliación, y por esta vía desplegó la posibilidad de que los interesados conocieran de primera mano, a través de sus expertos, las instalaciones de los trabajos y pudieran solicitar la información que estimaran relevante para concretar sus propuestas de adecuación de los espacios de archivo.

Es de señalar que la *visita* que prevén los pliegos, lejos de ser un capricho o un tema de menor calado, hace parte del escenario en el que el proponente entra a participar activamente en la etapa de formación del contrato estatal, por ende, su diligencia y experiencia son de máxima preponderancia pues materializan los principios de información, publicidad y buena fe en la determinación de sus ofrecimientos y a su vez permite analizar la conducta del contratista en orden a valorar su diligencia³⁶.

71. Luego de superar tales etapas, el consorcio SIM tomó la decisión de presentar propuesta para la ejecución de las obras de adecuación, con el siguiente alcance:

“El concesionario propone realizar una reforma que implica obra civil para ampliar las instalaciones del centro de producción donde están además el archivo y las oficinas para la interventoría.

En esta reforma se propone ampliar la zona actual del archivo en el primer piso y trasladar al personal de producción al segundo piso. Para ello se requiere ampliar el mezzanine en 3 módulos más y su construcción se adelantará con estructura metálica y el entrepiso en material deck por su sistema constructivo que es más rápido y limpio que el tradicional y además se puede ejecutar con una mínima afectación del trabajo operativo del centro de producción (...)

El área de archivos se agrupa en el primer piso para un mayor control y vigilancia y se dejan planteadas zonas de ampliación futura. Además de la ampliación del archivo, se ubicaría la oficina del jefe de Seguridad, de gestión humana y se habilitaría un espacio para proyectos especiales, cómo sería el proyecto de digitalización de los archivos físicos. (...) previamente a la realización de la reforma se contará con la aprobación de la interventoría, se obtendrán las licencias requeridas, y se atenderá lo exigido en el reglamento anexo al pliego de la presente licitación, numeral 8.3.

Toda la instalación contendrá sistemas de seguridad, vigilancia y protección contra incendios. En el Anexo C se adjuntan planos propuestos”³⁷ (se subraya).

72. En este punto, la Sala recuerda la característica de que el contrato de concesión se celebra por *cuenta y riesgo* del concesionario, de modo que éste se obliga a la ejecución operativa, financiera y técnica del proyecto en el marco legal de este tipo de negocio jurídico y le corresponde asumir los riesgos asociados al mismo. De suerte que el consorcio SIM a partir de la información, visitas y diversas variables consideradas, presentó ofrecimiento para cumplir tal prestación -lo que bien podía hacer por esa vía o por la que como *dueño del proyecto* determinara para cumplirla- todo lo cual hizo parte de sus análisis de costos, riesgos y retornos; por lo que aquella prestación, incluidas sus contingencias, eran de su cargo, y como resultado de sus estudios le planteó a la entidad incluso la posibilidad de dejar zonas de ampliación futura.

³⁶ Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 12 de diciembre de 2022, Rad. 680012331000200700627 (51911), M.P. José Roberto Sáchica Méndez.

³⁷ Fl. 7 del c. de p. 16 – Fl. 291 ídem.

73. Por ello, cuando la “Obligación adicional Dos” del cuestionado otrosí señaló como una nueva prestación la “*adecuación y ampliación de la bodega existente buscando que cumpla con las solicitudes del código sismo resistente, las del acuerdo 037 y 049 expedidos por el Archivo General de la Nación y una óptima redistribución del espacio físico*”, no hizo nada distinto a confirmar aquello que ya era parte de la estructura del contrato; además, sobre la base de que toda obra, según su tipo, debe ejecutarse según las normas atinentes a la actividad que corresponda, o acaso bajo el contrato inicial ¿podría no haber considerado tal normativa, o estaba autorizado a desconocer los requerimientos que las normas de archivo le imponían? -recuérdese que la Ley General de Archivos (Ley 594) es del año 2000, vigente mucho tiempo antes del inicio de la concesión-.

74. Lo que realmente vino a ser modificado con el otrosí cuestionado, en punto a la citada *obligación dos*, consistió en que tales prestaciones que originalmente estaban a cargo del contratista sin reconocimientos económicos adicionales (que fueron acordadas por su cuenta y riesgo) y eran parte de la cláusula de reversión, pasaron a ser cobradas por fuera de este modelo, incrementando el costo para el Estado.

El núm. 8.3 del reglamento de la concesión fue claro al establecer:

“La anterior mejora, como toda otra que se realice sobre ese inmueble, será revertida a la Secretaría al final del plazo contractual, sin necesidad de reconocimiento alguno para el contratista” (Se resalta).

75. Sin perjuicio de lo anterior, el otrosí 4 incluyó la suma de \$8.500 millones de pesos como valor que debía adicionarse para su ejecución. En la propuesta de modificación del contratista, presentada el 23 de diciembre de 2013 a la SDM (base de los estudios previos que fueron emitidos de forma fraudulenta), se planteó la modificación que finalmente se realizó, en los siguientes términos:

“2.3 Costo estimado

La suma que el concesionario considera como base para calcular el costo de la intervención propuesta corresponde a:

- a. **Nueva edificación.** *Veinte mil millones de pesos moneda legal colombiana (20.000´000.000 m/l) (...)*
- b. **Intervención de la bodega actual.** *Ocho mil quinientos millones de pesos moneda legal colombiana (8.500´000.000 m/l) (...)*

76. En suma, la ilicitud del otrosí 4 anida en su propio origen y tiene eco en las dos obligaciones adicionadas, ninguna de ellas con justificación en las bases y esencia del contrato. Por lo tanto, no es de recibo el argumento del *a quo* que avaló que se trataba de una prestación nueva -la *Obligación Dos*- como quedó visto, y tampoco que la construcción de un edificio nuevo se correspondía con el objeto de la concesión; esta conclusión contiene una interpretación desacertada que, en síntesis, conduciría a que los problemas de espacio o lugar de archivo autorizaran a que el concesionario de registros empezara a construir edificios para solventar esas dificultades, en lugar de adelantar una licitación para que el experto en construcciones adelantara la obra con mejores eficiencias y costos, por decir lo

menos, y se garantice la participación objetiva y abierta a quienes tienen la capacidad técnica para hacerlo, sin eludir, argumentativamente, el procedimiento de selección que la ley impone.

77. Pero hay más, ni siquiera la interventoría del contrato de concesión 071 de 2007 acompañó el criterio de *necesidad* que propugnó el *a quo*, pues al emitir concepto sobre la materia en oficio del 30 de noviembre de 2011, afirmó la existencia de espacio para archivo en esa edificación, y que a mediano plazo debía buscar una solución como proyección frente al incremento documental. Soluciones que, subraya la Sala, debían ser viabilizadas dentro de las formas de selección disponibles en la ley, y no colgando al contrato de concesión todo y cualquier alcance, como tampoco dejando pasar los años para luego atribuir su necesidad al contrato de concesión, por el paso del tiempo.

Indicó la interventoría R&C, en 2011, lo siguiente:

“Acorde con lo expuesto en nuestro oficio ISDM-744 del 25 de noviembre de 2011, donde referenciamos la existencia de espacios suficientes para la ampliación del archivo incumplimiento de las obligaciones establecidas en el numeral 8.3 del reglamento y del acta “Recibo y entrega proyecto incremento capacidad de archivo” suscrita entre el concesionario y esta interventoría, precisamos sobre el tema del proyecto “Incremento capacidad de Archivo”, puntualizando la existencia en el primer piso de 1512 m² para el archivo físico de las carpetas del RDA, RDC y RTO.

Actualmente este espacio está ocupado en un 28,40% por la línea de producción y un 19% por servicios, espacio que albergaría un total de 2.015. 625 carpetas, por lo tanto dicha área garantizaría el archivo hasta el año 2016, cifra que puede incrementar teniendo en cuenta la depuración de carpetas que está adelantando el concesionario de archivo del RDA, motivo por el cual, y dada la solicitud del Concesionario deberá ajustarse a las obligaciones y acuerdos ya referenciados para garantizar la custodia y seguridad del archivo ...”

(...)

Sin embargo, consideramos que frente a la proyección de disponer de un área suficiente para el almacenamiento y conservación del archivo físico, resulta oportuno que la entidad concilie la anterior necesidad frente a los requerimientos puntuales de orden institucional que tiene para resolver su actual situación de infraestructura para el manejo y almacenamiento de documentos que requiere y requerirá dentro de un mediano y largo plazo (...).”³⁸

78. Bajo este contexto de análisis, la Sala revocará la sentencia de primer grado y, en su lugar, removerá la validez del otrosí 4 demandado por encontrar configurada la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito.

79. De acuerdo con el artículo 1519 del C.C., esta causal tiene lugar *“en todo lo que contraviene al derecho público de la nación”* y también, conforme al art. 1523 ídem, *“en todo contrato prohibido por las leyes”*. La jurisprudencia³⁹ ha precisado que esta causal no necesariamente está atada a la infracción de una norma prohibitiva especial, sino que puede provenir de desatender la amplia prohibición contenida en el art. 16 ídem que dispone que *“No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”*.

³⁸ Fl. 141 y 142 del c. de p. 33

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de noviembre de 2022, Radicación No. 05001-31-03-001-2015-00953-01. M.P. Martha Patricia Guzmán Álvarez.

80. En el caso concreto, la violación de normas de orden público asociadas al cumplimiento del principio de selección objetiva contenidas en el EGCAP, obra como criterio de razón suficiente para hallar configurada esta causal de nulidad pues, como fue constatado, los estudios previos⁴⁰ con los que se pretendió justificar tal adición fueron producto de diversos ilícitos, de forma que se desconoció el imperativo legal contenido en el numeral 12⁴¹ del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que exige su realización como soporte y fundamento de la contratación estatal. A la vez, se vulneró la prohibición contenida en el numeral 8⁴² del artículo 24 del mismo estatuto que, en torno a la actuación de las autoridades públicas, señala que éstas no pueden eludir los procedimientos de selección de contratistas, por ninguna vía, situación que aconteció en el *sub lite* al agregar la construcción de una nueva edificación, en lugar de adelantar el procedimiento de licitación respectivo.

81. Por lo anterior, corresponde a la Sala definir los efectos de la nulidad absoluta que será declarada, y en este escenario examinará las pretensiones de la demanda de reconvención formulada por el Consocio SIM como consecuenciales a la decisión de nulidad del otrosí 4 -que versaron sobre la responsabilidad de la SDM respecto de la nulidad del citado otrosí (pretensión primera) y el pago de las prestaciones a favor del Consorcio SIM que éste hubiera alcanzado a ejecutar (pretensión segunda).

Las restituciones mutuas

82. La nulidad absoluta de un contrato, además de hacerlo desaparecer del mundo jurídico genera como consecuencia que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de su celebración y, por lo mismo, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del contrato, tal como lo dispone el artículo 1746 del C.C:

“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”.

83. Cuando el inciso primero se refiere a que la restitución producto de la nulidad absoluta se debe entender sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto y causa ilícita,

⁴⁰ Documento denominado “ESTUDIOS DE CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD PARA LA ADICIÓN Y PRÓRROGA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 071 DE 2007, POR MEDIO DEL CUAL SE PRESTAN LOS SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS REGISTROS DISTRITAL AUTOMOTOR, DE CONDUCTORES Y DE TARJETAS DE OPERACIÓN PARA LA SECRETARÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ (sic) D.C.” FI 226 a 246 del c. de p. 16.

⁴¹ El artículo 25, núm. 12 de la Ley 80 de 1993, dispone: “Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda (...)”.

⁴² 8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

esta referencia es complementada con lo dispuesto en el artículo 1525 ib. de modo que “[n]o podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas” (subraya añadida). En este orden de ideas, el derecho común establece que la regla general es la procedencia de las restituciones mutuas como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta, salvo cuando es causada por objeto o causa ilícitas *a sabiendas* de las partes, evento en el cual el contrato sólo se extingue y deja de producir efectos.

84. A su turno, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 al desarrollar este instituto y sus efectos, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato estatal nulo, en los siguientes términos:

“Artículo 48.- De los Efectos de la Nulidad. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido.

Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.

85. En el régimen de contratación estatal, las causales anotadas imponen que para el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas se deba probar el beneficio para el Estado y su monto. En lo que respecta a la procedencia o no de las restituciones cuando las partes actúan “*a sabiendas*” de la ilicitud, la postura de esta Corporación ha oscilado en dos vértices.

De un lado, indicó que la Ley 80 de 1993 no puede leerse en clave de inhibir o impedir las sanciones que se desprenden de la violación del orden jurídico a sabiendas “*y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas*”⁴³.

86. De otro lado, dijo la jurisprudencia que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador “*en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo “in pari causa turpitudinem cessat repetitio” y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido.*”⁴⁴. Luego, agregó que el fundamento de las restituciones mutuas frente a objeto o causa ilícitas en contratación estatal estaba condicionado al beneficio de la entidad, bajo los límites que impone la prohibición constitucional de enriquecimiento sin justa causa y el principio de buena fe.

⁴³ Consejo de Estado Sección Tercera, Radicación No. 25.560 de 24 de noviembre de 2004, M. P. Germán Rodríguez Villamizar.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de junio de 2013, M.P. Jaime Orlando Santofimio Rad. 66001-23-31-000-1998-00685-01(26.637).

Por tanto *“para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado, como lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 en su inciso final”*⁴⁵.

87. Esta Subsección⁴⁶ ha precisado que las restituciones mutuas derivadas de objeto o causa ilícita imponen verificar tanto los beneficios para el Estado como el conocimiento de las partes en la configuración del vicio, en procura de que los efectos que se desaten hagan concordante su función jurídica con los principios que rigen la contratación pública.

88. En el *sub lite*, los medios de prueba que reposan en el expediente no permiten colegir que una o ambas partes hubieran participado *“a sabiendas de la ilicitud”* en la elaboración de los estudios previos fraudulentos -al menos en relación con la responsabilidad que se debate en esta jurisdicción- pues más allá de que la propuesta de adición proviniera de la propia actividad y confección del concesionario, lo cierto es que el fundamento de la ilicitud que se sitúa en la condena penal aportada al proceso, únicamente se refirió a la responsabilidad del entonces Subdirector Administrativo y no permite colegir que el consorcio SIM hubiera tenido la conciencia o un real conocimiento de las conductas delictivas que tiñeron de ilegalidad la celebración del otrosí 4 -se itera, sin perjuicio de lo que pudiera o se haya decidido en otro tipo de procesos que se hubieren adelantado, o deban adelantarse, en razón o con ocasión del contrato adicional cuya nulidad acá se declara-.

89. De otra parte, la Subsección precisa que como el objeto ilícito se gestó a propósito de la comisión de delitos atribuidos al Sr. Quintero Duque, no será la Secretaría de Movilidad del Distrito a la que puedan trasladarse tales efectos pues, como fue definido en el respectivo proceso penal, y no hay razón para que en sede contencioso administrativa se llegue a una conclusión diversa, siendo la responsabilidad penal un juicio de reproche personal de conducta, se debe precisar que dicha Secretaría no ostenta la calidad de autor de las conductas punibles, sino la de víctima de aquellos reatos; lo anterior ante la perversión que de la administración pública hizo tal sujeto, valiéndose de la entidad. Por estas razones, la Sala negará la primera pretensión de la demanda de reconvenición en la que se pedía la declaración de responsabilidad de la entidad respecto de la nulidad advertida.

90. Ahora, si bien no se configura el factor *“a sabiendas”* de la ilicitud del objeto, en este caso no es posible por la naturaleza, objeto y alcance del otrosí invalidado

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 15 de diciembre de 2017, M.P. Jaime Orlando Santofimio Rad. 76001-23-33-000-2013-00169-01 (50.045).

⁴⁶ En sentencia del 31 de marzo de 2023, rad. 76001233100020060328401 (58.623) esta Subsección señaló: *“la restitución a cargo de las partes en un contrato estatal declarado con nulidad absoluta, en este caso peticionado por una de ellas, se ata al conocimiento y actuar de las partes que condujo la celebración del mismo en contravención de una norma imperativa, criterio que también respalda la Corte Constitucional y que afirma concordante con el derecho internacional y comparado en materia contractual, al señalar que así lo reflejan los principios de Unidroit que, en su versión 2016, establecen que la razonabilidad de las restituciones depende, entre otros criterios, de “si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes”*

proceder a hacer tales restituciones, en el entendido que con esta figura lo que se pretende es devolver los efectos del contrato viciado para ambas partes al momento previo a su celebración. Por ello se ha indicado que éstas constituyen “*el resultado material de la nulidad*”⁴⁷ y procuran, siempre que sea posible, la restitución *in natura* de las prestaciones nacidas del contrato nulo y, en caso de que no haya lugar a ello, buscan su equivalente pecuniario⁴⁸.

91. Tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como la del Consejo de Estado⁴⁹ han reconocido escenarios donde no es viable efectuar restituciones mutuas desde el punto de vista fáctico, como sucede en los contratos de tracto sucesivo en los que “*tal obligación puede resultar imposible de cumplir o incluso se puede convertir en un imposible físico volver las cosas a su estado primigenio ... como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes ... tales como los de suministro de bienes de consumo, prestación de servicios, obra pública, concesión, (...) en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse*”⁵⁰.

92. Aunque el otrosí 4 celebrado el 10 de febrero de 2014 está afectado de nulidad absoluta en los términos ya explicados, no proceden las restituciones mutuas *in natura* dada la imposibilidad material de retrotraer lo ejecutado a tal punto que se deshagan las obras realizadas en relación con la construcción de la nueva edificación ubicada calle 64 C No. 92-20.

93. Además, por cuenta de la naturaleza del servicio concesionado que, como atrás fue advertido, corresponde a la operación de registro a través de herramientas de software, licencias, infraestructura tecnológica y actividades complementarias, tampoco hay lugar a realizar dichas devoluciones en su correspondencia monetaria, en la medida que no es posible que se restituya a los terceros⁵¹ usuarios del servicio de registro los trámites que pagaron y usaron para devolver las cosas a un estado anterior. Se debe indicar, eso sí, que el plazo de 6 años adicionales a la concesión acordado bajo el otrosí 4 absorbió en sí mismo tanto el costo de explotación del servicio como la construcción de la nueva edificación pactada, sin posibilidad de un reconocimiento diverso a la propia operación y sus resultados. Por las razones anotadas, no prospera la pretensión segunda de la demanda de reconvención, bajo el entendido de que la retribución al concesionario fue parte de la explotación general ejecutada.

94. A la par de lo anterior, y conforme a la decisión que se adopta, no prosperan las pretensiones subsidiarias formuladas en la demanda de reconvención, en la medida que éstas se orientaron a la declaratoria de *incumplimiento y/o retardo* de la SDM respecto de la ejecución del otrosí No. 4, de su *imposibilidad de ejecución* a partir

⁴⁷ HERNÁNDEZ, Aida Patricia (2020). Las Restituciones Mutuas en la Contratación Estatal. En BENAVIDES, José Luis, *Fallos referentes en contratación estatal*, (pp. 469 y 470). Universidad Externado de Colombia.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Ver, entre muchas otras, las sentencias: (i) del 16 de febrero de 2006, exp. 13414 (R-7186), (ii) del 6 de febrero de 2019, exp. 61.720 y (iii) del 4 de junio de 2021, radicación 25000-23-26-000-2004-01631-03(64908).

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, radicación 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390).

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de junio de 2021, radicación 25000-23-26-000-2004-01631-03(64908).

de incumplimientos de la entidad, o del reconocimiento de *sobrecostos* en las inversiones realizadas en los años 2014 y 2015 pues, como ya lo precisó la Sala, el otrosí cuestionado adolece de nulidad absoluta, sin posibilidad que de éste se derive, en consecuencia, otro tipo de efectos como si gozara de validez.

95. En tratándose de la “*Obligación adicional Dos*” pactada en el otrosí No. 4 - obligación que ya existía en las bases del contrato de concesión 071 de 2007- la cual debía ejecutarse por cuenta y riesgo del contratista, la Sala encuentra que las inversiones por \$8.500 millones de pesos que se proyectaron en el aumento del plazo de la explotación de la concesión⁵² no pueden reconocerse en sede de restituciones mutuas a favor del contratista, por la razón contundente de que su ejecución hizo parte del modelo financiero original de la concesión desde su celebración en diciembre de 2007 y por lo tanto no hay lugar a su reconocimiento en la ejecución del otrosí No. 4.

96. La Sala advierte que no se pronunciará sobre los demás reproches aducidos por las partes en la impugnación por ser suficientes las razones aquí advertidas para revocar tal decisión, con los efectos anotados.

Costas

97. Conforme a lo dispuesto en el artículo 188⁵³ del CPACA y con la disposición especial del artículo 365⁵⁴ del CGP, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a quien se le imponen, toda vez que en el régimen actual, dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso frente a la parte que ha resultado vencida, “*siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley*”.

98. En el presente caso se observa que la Secretaría Distrital de Movilidad, como parte demandante, atendió e intervino en el proceso de manera diligente y oportuna, pues contaba con apoderado que asumió su representación judicial, gestión que se estima suficiente para que se disponga a su favor la fijación de agencias en derecho en la liquidación de las costas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 365 y 366 del CGP.

99. El numeral 4 del artículo 365 ib. dispone que cuando la sentencia de segunda

⁵² Cifra que el consorcio SIM determinó como valor para ejecutar dichas obras conforme a su propuesta FI. 129 a 138 del c. de p. 16.

⁵³ “*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*”

Se aclara que la Ley 2080 de 2021 introdujo una reforma al CPACA, norma que en el inciso final de su artículo 86, contempló que los recursos interpuestos “*se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos*”. Por lo anterior, como en el presente asunto el recurso de apelación se interpuso en julio de 2017, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2080 de 2021 -26 de enero de 2021-, le son aplicables “*las leyes vigentes*” cuando se interpuso el recurso, es decir, las disposiciones del CPACA sin las reformas introducidas por la Ley 2080 de 2021.

⁵⁴ “*Condena en costas. 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, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”.

instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias. La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del CGP.

Fijación de agencias en derecho

100. De conformidad con el Acuerdo expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha en que se presentó la demanda, en materia de tarifas de agencias en derecho se tiene en cuenta lo siguiente:

“ACUERDO 1887 DE 2003
(Junio 26)

“Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.

“(…).

“Artículo 2º—**Concepto.** Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, (…).

“Artículo 3º—**Criterios.** El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este acuerdo, tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones.

“(…).

“Artículo 5º—**Fijación de tarifas.** Las tarifas máximas de agencias en derecho se establecen en salarios mínimos mensuales legales vigentes, o en porcentajes relativos al valor de las pretensiones de la demanda reconocidas o negadas en la sentencia.

“Artículo. 6º—**Tarifas.** Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho:

“(…).

“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

“(…)

3.1.3. Segunda instancia.

“Sin cuantía: Hasta siete (7) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

“Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia” (se destaca).

A su vez, el artículo 4 del citado Acuerdo consagró que las tarifas máximas de agencias en derecho deben establecerse en salarios mínimos o en porcentajes relativos al valor de las pretensiones de la demanda reconocidas o negadas en la sentencia

101. En lo que a este caso interesa, dado que se revocó totalmente la sentencia de primera instancia, resulta oportuno anotar que en cuanto a la tasación de las agencias en derecho de procesos en primera instancia con cuantía, el numeral 3.1.2 del Acuerdo establece que se fijarán por hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia. Por su parte, el numeral 3.1.3 dispone que las agencias en derecho en segunda instancia en los procesos con cuantía se fijarán por hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

102. A partir de lo expuesto, la Sala fijará las agencias en derecho de ambas instancias, las cuales estarán a cargo del Consorcio SIM, y serán pagadas por cada uno de sus miembros y en los porcentajes de participación respectivos en dicha forma plural, teniendo en consideración el valor de las pretensiones de la demanda de reconvencción que fueron presentadas en este proceso por la demandante en reconvencción⁵⁵.

Con fundamento en lo anterior, se fijan las agencias en derecho para la **primera instancia** en la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS NUEVE MIL QUINCE PESOS M/CTE (\$285.309.015) a favor de la parte actora, cifra que equivale al 5% de las pretensiones de la demanda de reconvencción que fueron negadas; y para la **segunda instancia** se fijan en el 1%, equivalente a la suma de CINCUENTA Y SIETE MILLONES SESENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS M/CTE (\$57'061.803).

III. PARTE RESOLUTIVA

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 20 de junio de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para, en su lugar:

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad del otrosí No. 4 del contrato de concesión 071 de 2007, suscrito el 10 de febrero de 2014, por las razones señaladas en esta providencia.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de reconvencción.

CUARTO: CONDENAR en costas al Consorcio SIM, por ambas instancias, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primer grado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Para el efecto, las agencias en derecho en **primera instancia** se fijan en la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS NUEVE MIL QUINCE PESOS M/CTE (\$285.309.015) a cargo del Consorcio SIM y a favor de la Secretaría Distrital de Movilidad, valor que será pagado por cada uno de sus miembros en los porcentajes de participación respectivos, así: (i) DATA TOOLS S.A. el 45%; (ii) QUIPUX S.A. el 10%; (iii) SITT y Cía. S.A.S. el 28,16%; y, (iv) SUITCO S.A. el 16,84.

⁵⁵ La segunda pretensión principal de la demanda de reconvencción fijó como valor de las pretensiones del Consorcio SIM la suma de \$5.706.180.317, en caso de que se declarara la nulidad del otrosí 4, como efectivamente aconteció. Conforme a las normas vigentes al momento de instaurar la demanda -art. 152 y 157 de la Ley 1437 de 2011- las costas se calculan en consideración a la pretensión mayor.

Como agencias en derecho en segunda instancia, se fija la suma de CINCUENTA Y SIETE MILLONES SESENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS M/CTE (\$57'061.803) a cargo del Consorcio SIM y a favor de la Secretaría Distrital de Movilidad, valor que será pagado por cada uno de sus miembros en los porcentajes de participación respectivos, así: (i) DATA TOOLS S.A. el 45%; (ii) QUIPUX S.A. el 10%; (iii) SITT y Cía. S.A.S. el 28,16%; y, (iv) SUITCO S.A. el 16,84.

QUINTO- Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

V.F

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 link <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.

