



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

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

Magistrado ponente: DIEGO ENRIQUE FRANCO VICTORIA

Bogotá D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil veintiséis (2026)

Medio de control: Reparación directa
Radicación: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.
Demandado: Servicios Postales Nacionales S.A. y otro

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 1 de agosto de 2024 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda. La Sala es competente para proferir esta providencia, de acuerdo con el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante “CPACA”, por tratarse de un recurso de apelación contra una sentencia proferida por un tribunal administrativo¹, el cual conoció el proceso en primera instancia en razón a la naturaleza del asunto y a la cuantía del proceso².

SÍNTESIS³

La sociedad CORDIANDINA, en su calidad de ex integrante de la extinta Unión Temporal CORDIANDINA UT, presentó demanda en contra de Servicios Postales Nacionales S.A., a través del medio de control judicial de nulidad y restablecimiento del derecho, por la adjudicación irregular del contrato derivado de la convocatoria pública 2 de 2019 a la empresa OLT TRANSPORTE, y la consecuente frustración del derecho de la Unión Temporal a ser adjudicataria del contrato. La sentencia de primera instancia negó las pretensiones de la demanda por no encontrar configuradas las irregularidades alegadas por la demandante en el proceso de selección y en la adjudicación del contrato. La Sala modificará la decisión de primera instancia, al establecer que el proceso de selección estaba regido por el derecho privado y la demandada adjudicó el contrato con transgresión de la buena fe contractual y de los principios de la función administrativa. En consecuencia, afectó los intereses legítimos

¹ “Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos (...)”.

² Aunque la demanda fue presentada a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y fue admitida como acción de controversias contractuales, la Sala estudiará el recurso de apelación desde la perspectiva de la acción de reparación directa y de la responsabilidad precontractual de la entidad demandada, por tratarse de un contrato sometido al derecho privado. En este contexto, se destaca que el tribunal conoció de la demanda en razón de la cuantía, habida consideración de que las pretensiones de la demanda fueron estimadas en diecisiete mil setecientos catorce millones trescientos ochenta y tres mil pesos (\$17.714.383.000), los cuales superaban los salarios mínimos legales vigentes establecidos en el artículo 152 del CPACA para que los tribunales pudieran conocer, en primera instancia, del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (Índice 2, Samai. Cuaderno 1, Folio 73 y ss. Expediente digital de primera instancia).

³ Tema: reparación directa – subsanación de la demanda – oferta con precios artificialmente bajos – colusión en proceso de selección del contratista - responsabilidad precontractual en los contratos sometidos al derecho privado – buena fe -.



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

de CORDIANDINA respecto al proceso de selección y a la adjudicación del contrato. No obstante, no se probaron perjuicios causados a la demandante.

I. ANTECEDENTES

A. Posición de la parte demandante

1. Mediante demanda presentada el 17 de septiembre de 2019⁴, subsanada el 24 de enero de 2020⁵, la sociedad Coordinadora Andina de Carga Ltda., en adelante “CORDIANDINA”, en su calidad de ex integrante de la extinguida Unión Temporal CORDIANDINA UT, presentó demanda a través del medio de control judicial de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de Servicios Postales Nacionales S.A., en adelante “4-72”, con las siguientes pretensiones:

1 - Declárase la nulidad del acto administrativo de adjudicación del contrato, originado en la Convocatoria No.02 de 2019, acto reflejado en el Acta de Adjudicación del 20 de marzo de 2019, dictado por la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., cuyo objeto contractual por cuantía de \$17.714.383.000oo (sic), consiste en el "suministro de transporte multimodal para la recolección y entrega de piezas postales y carga en ciudades sedes regional, centros operativos y municipios (urbano y rural), que conforman las regionales centro, eje cafetero, noroccidente, norte, occidente, oriente, y sur para la red de servicios postales nacionales s.a.; garantizando la adecuada prestación del servicio en el territorio nacional en condiciones de cobertura, accesibilidad, calidad y precio. Así mismo, los servicios adicionales que se requieran a nivel nacional", adjudicación que referente (sic) a la REGIONAL NORTE -única disputada por la actora y su adversaria-, recayó en la exclusiva competidora de la demandante, para la misma regional empresa OLT TRANSPORTES, NIT 811.041.552-1, domiciliada en Medellín, representada legalmente por su Gerente Luz Adriana Castillo Rendón, identificada con la cédula de ciudadanía No.43.564.338, o por quien haga sus veces según sus estatutos, acto claramente violatorio de las normas superiores en que debía fundarse, como se destacará -al no haber respetado la experiencia como requisito habilitante, entre otras irregularidades-

2 - Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, ordénese a la demandada que mediante nuevo acto administrativo adjudique a mi mandante el contrato de que trata la pretensión 1ª, para cumplir con el mismo por todo el tiempo que faltare para su desarrollo, según el pliego de condiciones, la licitación y demás piezas contractuales.

3 - Declarar administrativa y contractualmente responsable a la demandada de los perjuicios materiales en sus expresiones de daño emergente y lucro cesante, que resulten probados durante el proceso.

4 - Declarar administrativa y contractualmente responsable en la cantidad máxima de salarios mínimos legales, mensuales y vigentes permitidos por la ley y la jurisprudencia, a la demandada de los perjuicios inmateriales procedentes, que resultaren probados en el proceso, ocasionados a la actora como consecuencia de la expedición del acto administrativo acusado.

5 - - Como consecuencia a título de reparación integral del daño que a favor de mi poderdante se condene a la demandada al pago de la totalidad de los daños materiales e inmateriales procedentes que resultaren probados dentro del proceso.

6 - La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia, y devengarán dichas condenas los intereses comerciales moratorios de que tratan los artículos 192 a 195 del CPACA.

⁴ Índice 2, Samai. Documento 67. Link del expediente digital de primera instancia. Cuaderno 1. Folio 5 y ss.

⁵ Índice 2, Samai. Documento 67. Link del expediente digital de primera instancia. Cuaderno 1. Folio 39 y ss.



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

- 7 - Para el cumplimiento de la sentencia, se ordenará dar aplicación a los artículos 192 a 195 del CPACA, en materia de intereses comerciales de mora que se pagarán desde cuando se hacen exigibles hasta que se hagan efectivamente los pagos.*
- 8 - Que se condene en costas a la entidad demandada.*

2. Las pretensiones de la demanda se sustentaron, en síntesis, en las siguientes afirmaciones:

2.1. El 8 de febrero de 2019, 4-72 abrió la Convocatoria No 2 de 2019 con el fin de contratar el “Servicio de transporte multimodal para la recolección y entrega de piezas postales y carga en ciudades sede regional, centros operativos, municipios (urbano) que conforman las regionales Centro, Eje Cafetero, Nord-Occidente (sic), Norte, Occidente, Oriente y Sur (...)”⁶.

2.2. El pliego de condiciones, publicado el 8 de febrero de 2019, estableció que el proceso se realizaría mediante adjudicaciones parciales que corresponderían a cada una de las siete grandes regionales en las que se dividió geográficamente el territorio nacional, para asegurar el adecuado control y ejecución del proceso de la gestión de la operación en cada regional⁷.

2.3. En el pliego de condiciones la Regional Norte quedó conformada por los siguientes centros operativos: Magangué, Santa Marta, Barranquilla, Cartagena, Sincelejo, Montería, Riohacha. Los proponentes en el proceso de selección solo podían presentar propuestas para una única regional, so pena de quedar incurso en la causal de rechazo de la propuesta (numeral 1.22.3 del pliego de condiciones).

2.4. Al cierre de la convocatoria, para la Regional Norte sólo se presentaron las propuestas de la Unión Temporal CORDIANDINA UT y de la sociedad Operaciones Servicios y Logísticas en Transportes S.A.S., en adelante “OLT TRANSPORTES”.

2.5. El demandante señala que la convocada concluyó irregularmente el proceso, al adjudicar el contrato a la sociedad OLT TRANSPORTES, con la cual celebró el contrato No. 032 de 2019, con plazo de ejecución de 20 meses⁸.

2.6. Asegura el actor que la irregularidad del acto de adjudicación obedece, en síntesis, a las siguientes razones: (i) 4-72 no tuvo en consideración que el adjudicatario presentó una propuesta económica de manera indebida, habida cuenta de que las tarifas de los vehículos de carga con mayor capacidad se ofrecen con un precio más bajo que el dispuesto para los vehículos de menor capacidad, lo que es ilógico y se aparta de la estructura financiera del proceso de convocatoria; (ii) se desconoció que el adjudicatario no cumplía con los requisitos de experiencia y que los subsanó de manera extemporánea; y, (iii) existieron irregularidades en la convocatoria dado que se presentaron propuestas económicas similares, modificadas desde el mismo computador.

⁶ Índice 2, Samai. Documento 9. Soportes. Archivo 1 Pliego de Condiciones.

⁷ Índice 2, Samai. Documento 9. Soportes. Archivo 1 Pliego de Condiciones.

⁸ Índice 2, Samai. Documento 67. Link del expediente digital de primera instancia. Cuaderno 2. Folio 69 y ss.



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

B. Posición de la parte demandada

3. La sociedad 4-72 contestó oportunamente la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones⁹.

3.1. Adujo, en síntesis, lo siguiente: (i) fueron dos proponentes los que presentaron oferta para ser adjudicatarios del contrato que debía ejecutarse en la Regional Norte, entre los cuales se encontraba la sociedad demandante, que obtuvo un puntaje final de 88.83, y la sociedad OLT Transporte, que resultó adjudicataria al obtener un puntaje de 94.58; (ii) las propuestas fueron valoradas conforme a las necesidades del servicio y bajo un análisis objetivo se identificó la mejor propuesta, acorde con las exigencias del pliego de condiciones; (iii) el cumplimiento de los requisitos de experiencia habilitante de la empresa adjudicataria fue acreditado con las certificaciones entregadas con su oferta, posteriormente verificado por la entidad contratante en garantía del principio de transparencia y selección objetiva; y (iv) el acto de adjudicación respetó las reglas de la convocatoria y los principios de la contratación estatal, en especial, los de transparencia, economía, selección objetiva, buena fe, libre concurrencia y planeación.

3.2. Adicionalmente, planteó las excepciones de inepta demanda por indebida escogencia de la acción; indebida acumulación de pretensiones; falta de estimación razonada de la cuantía; cobro de lo no debido; excepción de buena fe en el cumplimiento de sus actividades comerciales y contractuales y la innominada del artículo 282 del CGP. En relación con el medio de control, indicó que al no existir una relación contractual entre el demandante y la demandada, la acción procedente era la de reparación directa.

4. Por su parte, OLT TRANSPORTES, en su calidad de sociedad adjudicataria del contrato, también contestó la demanda¹⁰ y se opuso a las pretensiones de la demandante. Sostuvo en síntesis lo siguiente:

4.1. El proceso de contratación se realizó conforme a los procedimientos consagrados en el pliego de condiciones y al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante “EGCAP”).

4.2. El contrato para la Regional Norte fue adjudicado a OLT TRANSPORTES por cumplir con los requisitos habilitantes y tener la mejor propuesta.

4.3. En relación con la propuesta económica, los oferentes eran libres de presentar sus ofertas y mejorar la capacidad de carga de los automotores, conforme a la disponibilidad de los vehículos con los que contaran. Adicionalmente, presentar oferta con un vehículo de capacidad de carga superior al solicitado, no generaba un mayor puntaje en la evaluación de la oferta económica.

4.4. Respecto al cumplimiento de los requisitos de experiencia, OLT TRANSPORTES

⁹ Índice 2, Samai. Documento 7.

¹⁰ Índice 2, Samai. Documento 15.



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

S.A.S cumplió con todos los requisitos y subsanó en tiempo los que requirieron aclaración según la solicitud de 4-72. Estos fueron constatados por el Comité de Evaluación de Ofertas de 4-72.

4.5. Adicionalmente, 4-72 realizó los procedimientos tendientes a la verificación de la información, e incluso visitó las instalaciones de HACEB, de Supertiendas y de Droguerías Olímpica S.A., para constatar su veracidad. Por ello, 4-72 avaló las certificaciones comerciales expedidas por Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. y siguió adelante como oferente dentro del proceso de contratación.

4.6. Las ofertas económicas por obvias razones tienden a ser similares dentro de las mismas zonas de influencia, sobre todo al tener como principal criterio de calificación la oferta económica.

4.7. El señor Camilo Roncancio, “por el conocimiento del manejo del contrato asesoró a diversos oferentes sobre la forma de operar el contrato en cada una de las zonas”.

4.8. El demandante no acredita los daños patrimoniales que alega por la falta de adjudicación del contrato. Adicionalmente, un proceso de contratación nunca genera perjuicios morales como el pretendido.

C. Trámite relevante en primera instancia

5. Mediante auto del 12 de diciembre de 2019¹¹, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, inadmitió la demanda teniendo en cuenta que fue presentada por la Unión Temporal CORDIANDINA UT, integrada por CORDIANDINA y por BUSES EXPRESS S.A.S., a pesar de que el acuerdo para la constitución de la Unión Temporal concluyó con el acto de adjudicación del proceso de selección para el cual se creó¹².

6. El 24 de enero de 2020¹³, el apoderado de CORDIANDINA subsanó la demanda y aclaró que la presentaba la sociedad como ex integrante de la Unión Temporal CORDIANDINA UT, ya disuelta.

7. Mediante auto del 10 de marzo de 2020¹⁴, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, admitió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por CORDIANDINA, en calidad de ex integrante de la Unión Temporal CORDIANDINA UT, en contra de Servicios Postales Nacionales S.A y ordenó vincular a la sociedad OLT TRANSPORTES en su calidad de sociedad adjudicataria del contrato.

8. Mediante auto del 13 de septiembre de 2022¹⁵, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, resolvió las excepciones previas de indebida escogencia del medio de control e ineptitud sustancial de la demanda por

¹¹Índice 2, Samai. Documento 67. Link del expediente digital de primera instancia. Cuaderno 1. Folios 16 y ss.

¹²Índice 2, Samai. Documento 67. Link del expediente digital de primera instancia. Cuaderno 1. Folios 6 y ss.

¹³Índice 2, Samai. Documento 67. Link del expediente digital de primera instancia. Cuaderno 19 y ss.

¹⁴Índice 2, Samai. Documento 67. Link del expediente digital de primera instancia. Cuaderno 1. Folios 37 y ss.

¹⁵Índice 2, Samai. Documento 35.



indebida acumulación de pretensiones presentadas por 4-72.

9. En relación con la indebida escogencia del medio de control, el Tribunal, encontró no probada la excepción, toda vez que el demandante ejerció el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en virtud del cual “(...) se está demandando un acto administrativo que se llevó a cabo antes de la celebración del contrato, por lo cual, hace parte de aquellos que se denominan actos administrativos precontractuales”.

10. No obstante lo anterior, el Tribunal calificó y admitió la acción como medio de control de controversias contractuales¹⁶. Con todo, en el referido auto analizó la caducidad bajo el régimen de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en la sentencia también analizó las pretensiones desde la perspectiva de este medio de control.

D. La sentencia apelada

11. El 1º de agosto de 2024, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, desestimó las pretensiones de la demanda, así¹⁷:

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

SEGUNDO: Sin condena por concepto de costas (expensas y gastos procesales), conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la parte demandante a cancelar por concepto de agencias en derecho a favor de **SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.** y de la sociedad **OLT TRANSPORTES**, la suma de **QUINCE MILLONES DE PESOS (\$15.000.000)**, para cada una, respectivamente, según lo expuesto en esta providencia. (Resaltados del texto).

12. La decisión de primera instancia se fundamentó, en síntesis, en las siguientes consideraciones:

12.1. El cargo planteado por la parte demandante, según el cual hubo una indebida formulación de la propuesta económica de la adjudicataria OLT TRANSPORTES, es un argumento sin sustento probatorio. En efecto, no se aportó prueba en la que se refleje que para la fecha de presentación de las propuestas un vehículo de mayor capacidad debía generar tarifas más altas que uno de menor tonelaje. Además, no existe sustento probatorio que acredite que la propuesta económica formulada por la empresa OLT TRANSPORTES se apartó de la estructura financiera indicada en el pliego de condiciones.

12.2. Respecto al cumplimiento de los requisitos de experiencia, OLT TRANSPORTES respondió en tiempo (8 de marzo de 2019) y en debida forma la solicitud de subsanación enviada por 4-72. En la solicitud de subsanación la entidad requirió a la sociedad para “hacer aclaración y detalle de número y tipología de contrato,

¹⁶ Índice 2 Samai. Documento 34.

¹⁷ Índice 2, Samai. Documento 63.



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

referenciando el porcentaje correspondiente a transporte de carga”, y no para que allegara nuevos certificados. Además, la sociedad OLT TRANSPORTES respondió lo solicitado.

12.3. Adicionalmente, en la audiencia de adjudicación celebrada el 20 de marzo de 2019, 4-72 respondió las observaciones de la Unión Temporal CORDIANDINA UT y le informó que la empresa OLT TRANSPORTES sí acreditaba la experiencia habilitante como quiera que “al verificar el contenido del certificado de experiencias presentados (sic) por el oferente OLT TRANSPORTES se pueden evidenciar de forma clara, satisfactoria y concreta las condiciones de ejecución del contrato suscrito con el cliente Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. fue (sic) de forma satisfactoria”.

12.4. De igual manera, el Tribunal consideró que una cosa fue el término para subsanar y otra la facultad que tenía la entidad para verificar la información aportada; facultad esta última que ejerció en el proceso contractual, y en virtud de la cual Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. emitió la certificación del 21 de marzo de 2019, en la que se pudo verificar la información allegada por OLT TRANSPORTES con su propuesta. En esta línea, concluyó que la demandada garantizó el debido proceso y respetó los principios de selección y transparencia.

12.5. El dictamen rendido por un perito informático durante el proceso, “no demuestra que algunas empresas se confabularon para hacerse acreedoras de los contratos de transporte, ni que la entidad demandada actuó con la finalidad favorecer al proponente seleccionado”. En ese sentido, no se probaron las irregularidades referentes a la presentación de propuestas económicas idénticas o similares y realizadas desde el mismo computador y por un funcionario de 4-72.

12.6. Finalmente, la parte actora no demostró que su propuesta fuera la mejor, pues no acreditó que los puntajes otorgados se hubieran efectuado de manera parcializada frente al adjudicatario.

E. El recurso de apelación

13. La parte actora presentó recurso de apelación para que se revocara la decisión de primera instancia¹⁸. Como fundamento de la apelación, adujo, en síntesis, los siguientes motivos:

14. La decisión judicial desconoce el material probatorio que obra en el expediente, el cual acredita: i) las ilegalidades con las cuales se llevó a cabo el proceso de selección y la adjudicación del contrato, ii) que la oferta presentada por CORDIANDINA era la mejor y iii) que a la demandada se le ocasionaron perjuicios por la adjudicación del contrato a OLD TRANSPORTES.

14.1. Existe prueba de las ilegalidades con las que se llevó a cabo proceso de licitación y de los daños sufridos por los demandantes. En especial, los testimonios de los señores Marta Rocío Cárdenas, John Fredy Rodríguez y Luz Dora Ramírez acerditan:

¹⁸ Índice 2, Samai. Documento 64.



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

(i) las subsanaciones extemporáneas de OLT TRANSPORTES; (ii) ausencia de experiencia habilitante; (iii) la manipulación de archivos Excel de propuestas; y (iv) coincidencias anormales entre ofertas económicas. Adicionalmente, los referidos testimonios se pronuncian sobre los daños sufridos por CORDIANDINA por la indebida adjudicación del contrato.

14.2. Las irregularidades del proceso también están acreditadas con las pruebas documentales que obran en el proceso sobre los antecedentes del proceso de selección y los requisitos de subsanación de las ofertas.

14.3. El dictamen aportado por la demandante demuestra que “la propuesta de la actora y su consorcio era la más conveniente y que daba lugar a la reparación integral solicitada”.

14.4. A diferencia de lo concluido por el Tribunal, el dictamen pericial informático prueba las ilegalidades en el manejo de la licitación, pues señala “que todas las empresas proponentes utilizaron un mismo archivo base de formato XLSX (del programa Microsoft Excel)” y que *“presuntamente algunas empresas se confabularon para hacerse acreedoras de los contratos de transporte, (...) llegando a una compatibilidad hasta del 100% en uno de los casos”*.

14.5. Adicionalmente, está probado que OLT TRANSPORTES no cumplió con los requisitos mínimos de experiencia exigidos en el pliego de condiciones, dado que: (i) las certificaciones aportadas inicialmente, en particular la de Supertiendas y Droguerías Olímpica, no incluían con claridad el objeto del contrato, lugares de ejecución ni acreditación de satisfacción; (ii) el 8 de marzo de 2019, último día de subsanación, la empresa volvió a presentar los documentos previamente entregados con su propuesta, con los cuales no se cumplían con exigencias del pliego de condiciones y, (iii) finalmente, OLT TRANSPORTES subsanó extemporáneamente, con ayuda de la entidad, las certificaciones exigidas en el pliego de condiciones para acreditar la experiencia habilitante. Así lo demuestra lo manifestado por la entidad en la audiencia de adjudicación, en la cual señaló que tendría en cuenta la certificación presentada por Supertiendas y Droguerías Olímpica, el 21 de marzo de 2019, a solicitud de 4-72 en ejercicio de su facultad de verificar la experiencia aportada por los proponentes. De esta manera, la entidad actuó como “juez y parte”, al tomar la vocería a nombre de OLT TRANSPORTES para subsanar los documentos con los que debía acreditar la experiencia habilitante.

14.6. En definitiva, 4-72 infringió los principios de transparencia, moralidad, objetividad, igualdad, concurrencia y selección objetiva, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política y en la Ley 80 de 1993, al permitir subsanaciones irregulares y avalar el incumplimiento de requisitos habilitantes esenciales de la sociedad que resultó ser adjudicataria del contrato.

14.7. Adicionalmente, las propuestas económicas presentadas en el proceso de selección por las empresas OLT TRANSPORTES S.A.S, UT 2020, SARVI, TRANSPORTES FSG y MEGATRANSPORTES eran irregulares, porque ofrecieron



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

menores tarifas para los vehículos de mayor capacidad que para vehículos de menor capacidad, lo cual es contrario a la lógica del mercado, otorgaba a los proponentes mayor puntaje al momento de cuantificar la oferta y generaba un detrimento patrimonial para la entidad contratante durante la ejecución del contrato.

15. Por todo lo expuesto, la demandante solicitó que se revoque la sentencia apelada, se declare la nulidad del acto de adjudicación y se reconozca el restablecimiento del derecho a su favor, por haber presentado la oferta más favorable.

16. Adicionalmente, señaló que las costas y agencias en derecho no son automáticas cuando hay absolución, pues si la parte vencida actuó de buena fe, no habrá lugar a su imposición. En consecuencia, no tuvo razón el Tribunal al decretarlas, teniendo en cuenta las pruebas a favor de los argumentos de la demandante y la necesidad de acceder a la condena en contra de los demandados.

F. Actuación relevante surtida en segunda instancia

17. El Tribunal concedió el recurso de apelación el 20 de agosto de 2024¹⁹, el cual fue admitido mediante auto del 31 de julio de 2025²⁰. En la oportunidad de que trata el numeral 6 del artículo 247 del CPACA²¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

G. Asuntos procesales

18. Para el análisis de los presupuestos procesales, la Sala debe abordar preliminarmente la naturaleza del acto de adjudicación cuya legalidad se cuestiona en este proceso, toda vez que la parte demandante le dio comprensión de acto administrativo, al igual que el juez de primera instancia. Sin embargo, la actividad contractual de 4-72 no se rige por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante, el “EGCAP”), sino por el derecho privado. En consecuencia, el acto cuya legalidad se cuestiona no puede catalogarse, ni comprenderse como acto administrativo, razón por la cual debía ser analizado a través del medio de control de reparación directa.

18.1. En efecto, 4-72 es una sociedad pública, vinculada al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones²². Su organización, funcionamiento y, en general,

¹⁹ Índice 2, Samai. Documento 67.

²⁰ Índice 12, Samai.

²¹ Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. Artículo modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...) 6. El Ministerio Público podrá emitir concepto desde que se admite el recurso y hasta antes de que ingrese el proceso al despacho para sentencia.

²² Aunque a la fecha de realización de la convocatoria pública 2 de 2019, la entidad estaba constituida como sociedad anónima, como lo indica el Manual de Contratación vigente para la época, Acuerdo 003 de 2012, publicado en la página web de la entidad <https://www.4-72.com.co/documentos/189/manuales/>. Igualmente, así lo indicó la sociedad en la contestación de la demanda (Índice 7, Samai. Expediente de primera instancia). Sin embargo, actualmente, según la información que se registra en los estatutos sociales publicados en su página web, la entidad



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

el régimen jurídico de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros es el previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en adelante “EICE”, conforme a lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998²³.

18.2. En consecuencia, la entidad desarrolla su actividad conforme a las reglas de derecho privado, según lo establecido en los artículos 85²⁴, 86²⁵, y 93²⁶ de la Ley 489 de 1998 y el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007²⁷.

18.3. Adicionalmente, el régimen de contratación de derecho privado de 4-72 está determinado por el artículo 8 de la Ley 1369 de 2009, norma especial aplicable a la entidad, la cual indica que “Todos los Operadores Postales tendrán el régimen contractual del Derecho Privado”.

18.4. Así las cosas, es claro que los procesos precontractuales que realiza 4-72 para la selección de sus contratistas se gobiernan entonces, principalmente, por lo establecido en el manual de contratación de la entidad y en las respectivas invitaciones públicas. Asimismo, por los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, según lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2011²⁸.

18.5. En línea con lo anterior, el Acuerdo 003 del 2012²⁹, mediante el cual se adoptó en el Manual de Contratación de 4-72 vigente para la fecha de realización de la

está conformada como sociedad por acciones simplificadas. <https://www.4-72.com.co/documentos/663/estatutos-sociales/>

²³ Artículo 38. Integración de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades (...)

Parágrafo 1o. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

²⁴ Artículo 85. Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley (...)

²⁵ Artículo 86. Autonomía administrativa y financiera. La autonomía administrativa y financiera de las empresas industriales y comerciales del Estado se ejercerá conforme a los actos que las rigen (...).

²⁶ Artículo 93. Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.

²⁷ Artículo 14. Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del estado. Modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), **sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley.** (...) (Resaltado fuera del texto).

²⁸ Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

²⁹ Acuerdo publicado en la página web de la entidad. Se puede consultar en el siguiente link: <https://www.4-72.com.co/documentos/189/manuales/>.



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

convocatoria pública 2 de 2019³⁰, precisaba lo siguiente:

Que SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. es una Sociedad Pública con el carácter de anónima, vinculada al Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (...)

Que de conformidad con el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 el régimen de contratación aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y sus filiales que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados es el privado, y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la citada ley.

18.6. Finalmente, en el pliego de condiciones de la convocatoria pública 2 de 2019, 4-72 estableció:

1.12 JURÍDICO LEGAL

Además de las reglas previstas en los presentes Pliegos de Condiciones, el Proceso de Convocatoria Pública y el contrato que surja con ocasión del mismo, se regirán por la Constitución Política, la Resolución 060 del 14 de diciembre de 2012 “Por la cual se reglamentan los procesos de Selección y Contratación de Servicios Postales Nacionales S.A.” y al Acuerdo 003 del 26 de enero del 2012 “Por el cual se adopta el Manual de ³¹Contratación de Servicios Postales Nacionales S.A.”, así como por las demás disposiciones civiles y comerciales que regulen la materia o resulten pertinentes y aplicables de acuerdo con las leyes colombianas. (Resaltado fuera del texto).

18.7. De esta manera, es claro que los actos precontractuales emitidos por 4-72 con ocasión de la convocatoria pública 2 de 2019, entre ellos el acto de adjudicación del contrato, no son actos administrativos, sino actos jurídicos de naturaleza privada que, en consecuencia, no son susceptibles del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

18.8. Por lo tanto, corresponde a la Sala estudiar de fondo el presente proceso con aplicación de las reglas de unificación establecidas por la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia del 3 de septiembre de 2020³², respecto de las controversias relativas a los actos precontractuales emitidos por las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios (“ESP”). Estas reglas, como lo ha establecido esta corporación, también son aplicables a la responsabilidad precontractual de otras entidades estatales excluidas del EGCAP³³, como lo es 4-72.

18.9. Las reglas de unificación que se aplicarán en el presente caso son las siguientes:

³⁰ Según la información que consta en la página web de la entidad, el nuevo Manual de Contratación fue expedido el 2 de agosto de 2019. Manual disponible en la página web de la entidad: <https://www.4-72.com.co/documentos/189/manuales/>.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 2020. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131- 01(42003). CP Alberto Montaña Plata.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de febrero de 2021, C.P. Alberto Montaña Plata, radicación No. 25000-23-26-000-2008-00475-01 (53888); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de abril de 2023, Radicación 25000-23-36-000-2016-01861-01 (61790), C.P. Martín Bermúdez Muñoz. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de julio de 2024. Radicación: 25000-23-36-000-2014-00535-01 (59671). C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.



Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa.

Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa.

Como garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, el juzgador de conocimiento de este tipo de controversias, en relación con las demandas presentadas antes de la notificación de esta providencia, resolverá la controversia de fondo, aunque no se haya empleado la acción (medio de control) que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos³⁴.

18.10. En consecuencia, la Sala interpretará el recurso de apelación interpuesto por CORDIANDINA desde la óptica del régimen jurídico de derecho privado aplicable al proceso contractual objeto de la litis y, por lo tanto, lo analizará en el marco de la acción de reparación directa y desde la perspectiva de la responsabilidad precontractual del Estado por la afectación que se haya podido ocasionar a los intereses legítimos de CORDIANDINA, en su calidad de integrante de la Unión Temporal CORDIANDINA UT.

18.11. Esto, en virtud de la inobservancia o transgresión del principio de la buena fe por parte 4-72, en el marco de la etapa formativa del contrato. En efecto, el artículo 863 del Código de Comercio establece que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto que ha de guiar el presente análisis jurídico.

18.12. Adicionalmente, el comportamiento de 4-72 durante la fase precontractual será analizado a la luz de los principios de la función administrativa (artículo 209 de la Constitución Política³⁵), los cuales debía observar conforme a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

19. Establecido lo anterior, la Sala procede a estudiar los siguientes aspectos procesales: i) La caducidad de la acción y, ii) la legitimación en la causa.

19.1. Sobre el primer aspecto, se resalta que el término de caducidad de la acción de reparación directa es de 2 años, los cuales deben ser contabilizados “a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia”³⁶.

³⁴ En relación con esta regla, se destaca que la demanda que dio origen a la sentencia apelada fue presentada el 17 de septiembre de 2019, subsanada mediante escrito radicado el 24 de enero de 2020, y finalmente admitida el 10 de marzo de 2020. Actuaciones todas surtidas antes de la notificación de la referida Sentencia de Unificación del 3 de septiembre de 2020.

³⁵ Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley

³⁶ Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: (...) 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: (...) i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

19.2. Ahora, en este caso, la sociedad demandante reprocha el acto jurídico mediante el cual 4-72, tras la convocatoria pública 2 de 2019, no le adjudicó el contrato a la Unión Temporal con la cual participó en el proceso de selección, a pesar de haber presentado, a su juicio, la mejor oferta. En su lugar, 4-72 adjudicó el contrato a un oferente que, según la demandante, no cumplió con los requisitos habilitantes de la convocatoria, ni con las exigencias de la oferta económica, e incurrió en irregularidades durante el proceso de selección.

19.3. Así las cosas, el término de caducidad se debe contar desde el momento en que la demandante tuvo conocimiento del acto de adjudicación controvertido, es decir, desde el 27 de marzo de 2019, fecha final de celebración de la audiencia pública de adjudicación del contrato³⁷. Por ende, en principio, la parte demandante tenía hasta el 28 de marzo de 2021 para ejercer el medio de control. Dado que la demanda se radicó el 17 de septiembre de 2019, se concluye que fue presentada oportunamente, incluso sin entrar a valorar la suspensión del término por el trámite de conciliación extrajudicial.

19.4. Respecto a la legitimación en la causa, se reitera que el recurso presentado por CORDIANDINA debe ser examinado en el marco de la acción de reparación directa, para determinar la responsabilidad precontractual en la que pudo incurrir 4-72 por el comportamiento asumido durante el proceso de selección iniciado con la convocatoria pública 2 de 2019, el cual culminó, a juicio de la demandante, con la adjudicación irregular del contrato a la empresa OLT TRANSPORTES, en lugar de adjudicarlo a la Unión Temporal CORDIANDINA UT. Esta última, por medio de la cual las sociedades CORDIANDINA y BUSES EXPRESS S.A.S. presentaron conjuntamente su propuesta en el proceso de selección.

19.5. En este sentido, cabe destacar que, si bien la acción u omisión imputable a 4-72 ha podido causar daños tanto a CORDIANDINA como a BUSES EXPRESS S.A.S. en su calidad de oferentes en el proceso de selección³⁸, los daños y los perjuicios causados a cada una de estas sociedades es individual y puede tener un alcance distinto, dependiendo, entre otros factores, del porcentaje de su participación en la extinta unión temporal³⁹. De tal manera que la declaratoria de la responsabilidad precontractual que se obtenga por vía judicial para una y otra no debe ser uniforme.

ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia (...).

³⁷ Índice 2, Samai. Documento 9. Soportes. Archivo 16. Acta de la Audiencia de Adjudicación.

³⁸ Cabe indicar que, en derecho privado, las uniones temporales no tienen capacidad para ser sujetos contractuales por sí mismos, pues no es aplicable el artículo 7º de la Ley 80 de 1993.

³⁹ En el numeral 4 del acuerdo mediante el cual se formalizó la Unión Temporal se indicó lo siguiente:

Cláusula Cuarta: Vigencia- La vigencia de esta Unión Temporal, se inicia en la fecha de suscripción del presente documento por los representantes autorizados de las partes y se extenderá durante toda la vigencia del Contrato proyectado, su liquidación definitiva y un (1) año más, sin perjuicio de continuar en vigor las obligaciones derivadas de los amparos pertinentes de la Garantía Única y de los seguros, en los términos de la ley y de sus estipulaciones, siempre que la Unión Temporal CORDIANDINA UT resulte favorecida con la adjudicación del contrato. En caso contrario, es decir, si la CONVOCATORIA PÚBLICA No. 002 de 2019, fuere adjudicada a otro proponente, el presente Convenio de Unión Temporal se entenderá terminado automáticamente de pleno derecho y sin necesidad de acuerdo o declaración judicial o extrajudicial alguna, cuando se comunique a la Unión Temporal tal adjudicación en favor de un tercero y siempre que la Propuesta de ésta última no sea calificada en segundo o tercer lugar, casos en los cuales, tal terminación de pleno derecho solamente ocurre cuando el Contrato proyectado con un tercero quede perfeccionado y en condiciones de ejecución. (Índice 2. Samai. Documento 67. Link del expediente digital de primera instancia. Anexos. Cuaderno 2. Folios 3 y ss.).



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

19.6. Como lo ha establecido de manera reiterada la jurisprudencia de esta corporación, incluso en relación con los integrantes de los consorcios y uniones temporales que demandan un acto previo a la celebración del contrato sometido al EGCAP, el litisconsorcio que es susceptible de integrarse en estos caso es el de naturaleza facultativa, es decir, en presencia del cual el juez puede dictar sentencia sin necesidad de vincular a otro sujeto de derecho, gracias a que cada integrante de la unión temporal o consorcio tiene una relación jurídica independiente⁴⁰.

19.7. En consecuencia, se concluye que CORDIANDINA es titular del interés objeto del presente litigio y, adicionalmente, estaba legitimada para presentar de manera individual la acción, ya que a pesar de haber participado conjuntamente con BUSES EXPRESS S.A.S. durante el proceso de selección, por medio de la Unión Temporal CORDIANDINA UT, ante la falta de adjudicación del contrato no existe una relación jurídica sustancial que la obligue a actuar en calidad de litisconsorte necesario de BUSES EXPRESS S.A. en el ámbito de la responsabilidad precontractual.

19.8. Por su parte, 4-72 está legitimada en la causa por pasiva, como el ente que llevó a cabo la referida convocatoria pública.

H. Sentido de la decisión

20. La Sala modificará la sentencia de primera instancia que negó todas las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante. Lo anterior, teniendo en cuenta que el proceso de selección objeto de la *litis* estaba regido por el derecho privado y, en su desarrollo, 4-72 transgredió los deberes de conducta que se derivan de la buena fe y de los principios que rigen la función administrativa, con la consecuente afectación de la confianza legítima y los intereses legítimos de CORDIANDINA como integrante de la Unión Temporal CORDIANDINA UT⁴¹. En efecto se acreditó que OLT TRANSPORTES no cumplió con los requisitos de experiencia, porque no los acreditó debidamente en su propuesta y no subsanó la oferta en la forma y tiempo debido. Por el contrario, la entidad estatal dio por subsanada la propuesta, por fuera de las reglas establecidas en el pliego y con clara afectación de los principios de imparcialidad e igualdad de trato frente a los proponentes. En consecuencia, la Unión Temporal CORDIANDINA UT, integrada por CORDIANDINA y BUSES EXPRESS S.A.S, era el único proponente que cumplía con las condiciones habilitantes para ser evaluada y, en consecuencia, ser adjudicataria del contrato.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 9 de abril de 2015. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-15087-01(32427) C.P. Olga Valle De la Hoz (E); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2011, radicación 17.476, C.P. Enrique Gil Botero y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 9 de febrero de 2011, radicación 37.566, C.P. Olga Mérida Valle De La Hoz.

⁴¹ En consecuencia, la Sala declarará que 4-72 asumió un comportamiento contrario a la buena fe y a los principios de la función administrativa durante el proceso de selección iniciado con la convocatoria pública 2 de 2019. Si bien se trata de una declaratoria que no procede en el ámbito de la reparación directa, de manera autónoma a la declaratoria de la responsabilidad por configurarse todos los elementos que dan lugar a ella, incluida la prueba de los perjuicios causados al demandante, en este caso excepcional, al tratarse de una acción que fue presentada con la pretensión de declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y, al realizarse en esta instancia un interpretación de las pretensiones del actor a la declaratoria de la responsabilidad precontractual en el marco de la acción de reparación directa, en aplicación de una sentencia de unificación posterior a la presentación de la demanda, la Sala considera procedente declarar la transgresión del principio de buena fe por parte de la entidad demandada con independencia de la ausencia de prueba de los perjuicios alegados.



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

21. No obstante lo anterior, como la demandante no demostró los perjuicios reclamados, se mantendrá la decisión de negar las pretensiones indemnizatorias y se revocará la condena en costas.

I. Responsabilidad precontractual de las entidades estatales con régimen de contratación de derecho privado

22. Esta Corporación ha sostenido, de manera reiterada⁴², que la eventual responsabilidad en que incurren las entidades estatales sometidas a un régimen de contratación de derecho privado, frente a los proponentes que afirman haber presentado la oferta más favorable dentro de un proceso de selección, se inscribe en el ámbito de la responsabilidad precontractual propia de los contratos regidos por el derecho privado.

23. Dicha responsabilidad se estructura a partir de daños ocasionados como consecuencia de la vulneración del principio de buena fe durante la fase de las negociaciones o tratativas preliminares, así como del desconocimiento de los deberes de conducta que de aquel se derivan. En estos eventos surge, para la entidad que incurre en un comportamiento reprochable, la obligación de resarcir los perjuicios causados a la contraparte negocial, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 863 del Código de Comercio⁴³.

24. Dentro de los deberes de conducta que derivan de la buena fe y que resultan especialmente aplicables a los procesos precontractuales realizados por las entidades estatales regidas por el derecho privado, la jurisprudencia de esta Corporación ha destacado, entre otros, los siguientes:

i) [E]l deber de información [...] ii) la regla de venire contra factum proprium non valet, de acuerdo con la cual no es válida la pretensión que contradice el acto propio anterior y, iii) el deber de coherencia planteado también por la doctrina y la jurisprudencia, el cual se enuncia como la obligación de obrar en forma consistente o congruente con el marco legal que regula la actividad y con la propia conducta precedente⁴⁴.

25. En desarrollo de la regla de *venire contra factum proprium non valet* y del deber de coherencia, esta Corporación ha precisado que las entidades estatales sometidas a un régimen de contratación de derecho privado se encuentran obligadas a respetar

⁴² Entre otras, en las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 2020. CP Alberto Montaña Plata. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131- 01(42003); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 11 de octubre de 2024. Radicación: 17001233300020180029302 (68.643) C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección C. Sentencia del 22 de noviembre de 2021, radicado 25000-23-26-000-2011-00203-02(51962). C.P. Jaime Rodríguez Navas; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 19 de agosto de 2025. Radicación No. 25000-23-36-000-2018-00600-01 (69.446); C.P. Alberto Montaña Plata; Consejo de Estado, ; Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2020, radicación 05001-23-31-000-1996-00657-01(31628). C. P.: Guillermo Sánchez Luque.

⁴³ "Artículo 863. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen".

⁴⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 9 de octubre de 2013, radicación 25000-23-26-000-2002-01282-01(30763). C. P.: Mauricio Fajardo Gómez.



y aplicar las reglas que han definido unilateralmente⁴⁵, contenidas, por ejemplo, en los manuales de contratación y en las invitaciones para presentar ofertas. Sobre este particular y dada su relevancia para el asunto sub examine, resulta pertinente transcribir – in extenso- el criterio jurisprudencial enunciado:

Así, durante la fase preliminar de negociación en la que sea parte una entidad pública, el estudio de su comportamiento como ajustado a los deberes de lealtad y corrección, supone tener en cuenta, además, que esas mismas entidades establecen unos parámetros en las invitaciones o licitaciones públicas. Esas reglas, aunque no constituyen actos administrativos por no ser expresión del poder de imperio del Estado, son actos de gestión contractual que se convierten en el derrotero de la negociación y, por ende, no pueden ser desconocidos o desatendidos, so pena de que ese comportamiento afecte los deberes de corrección y probidad con los que debe comportarse durante la fase de negociaciones.

Deberá determinarse si su conducta, por ejemplo, en la evaluación de los proponentes, en la selección de un determinado oferente, en las respuestas a sus observaciones o inconformidades, se puede catalogar como desleal, incorrecta o contraria a la buena fe, porque no se ajustó a los reglas que ella misma definió y que sirvieron de parámetro a los proponentes para formular sus propuestas.

Además, la existencia de esos parámetros supone que el proponente debe demostrar que su oferta era la mejor y que, no obstante ser así, la entidad prefirió celebrar el negocio jurídico con otra persona. Es en ese hecho -la suscripción del contrato con quien no tenía la oferta más favorable- que se concreta el incumplimiento a los deberes derivados de la buena fe exenta de culpa, la lealtad y la corrección que orientan las fases de negociación previas⁴⁶.

26. Desde esta perspectiva, resulta contrario a la buena fe, entendida como modelo o regla de conducta correspondiente al actuar lealtad, honesto y correcto con la contraparte negocial⁴⁷, que las entidades estatales sometidas a un régimen de derecho privado establezcan criterios claros y previos para la selección de la oferta más favorable y, posteriormente, prescindan de tales parámetros al momento de evaluar las propuestas y seleccionar al contratista.

27. Ahora bien, de conformidad con los pronunciamientos de la justicia ordinaria en materia de responsabilidad precontractual por la ruptura intempestiva o injustificada de las negociaciones⁴⁸ y, en general, por la adopción de comportamientos desleales,

⁴⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de febrero de 2020, radicación 05001-23-31-000-1996-00657-01(31628). C. P.: Guillermo Sánchez Luque.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de febrero de 2020, expediente 31628. C. P.: Guillermo Sánchez Luque.

⁴⁷ Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico I*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2015, págs. 385 y ss.

⁴⁸ En este sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado cita especialmente las consideraciones expuestas por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de noviembre de 1989, G.J. t. CXCVI, en la que se indicó lo siguiente: “(...) cuando esa ruptura brusca del procedimiento, adoptada en forma unilateral y sin causa justificada por el anunciante, se sucede antes de culminar aquel en el perfeccionamiento del contrato, mediante la adjudicación al concursante mejor calificado, es decir mientras subsiste aún el período preparatorio, los participantes perjudicados tienen derecho a una indemnización cuya medida ya no se encadena con el interés de cumplimiento o interés positivo –exigible únicamente en la hipótesis de contratos efectiva y válidamente realizados-, sino que vendrá dada por el que comúnmente se llama ‘(...) interés negativo o de confianza (...)’, ordenado por definición hacia el restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquéllos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría.

(...) la fuente del derecho al resarcimiento del que ella es objeto, no es contractual, sino que emerge, al tenor del ordenamiento positivo nacional (art. 863 del C. de Co.), del principio general de la buena fe que, como tantas veces se ha reiterado, no impera solamente en las relaciones jurídicas ya establecidas; y en fin, la comentada indemnización debe ser integral, o sea comprensiva del daño emergente y del lucro cesante (...), es decir reunidos por una relación causal adecuada al hecho definido como generador de responsabilidad, entendiéndose que por el primero de aquellos conceptos –daño emergente- el damnificado podrá demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones, mientras que a título de ganancias frustradas habrá lugar a



incorrectos o negligentes durante la fase de formación del contrato, esta Corporación ha señalado que, en los eventos en los que se adjudica un contrato a un proponente distinto de aquel que presentó la mejor oferta, la obligación indemnizatoria se circunscribe, como regla general, al denominado interés negativo, representado por los gastos asumidos para participar en el proceso de selección y, eventualmente, por la pérdida de oportunidad de celebrar otros negocios. En tal sentido:

68. Esta Corporación ha señalado que el interés negativo es aquel que compensa los perjuicios generados ante las negociaciones frustradas, lo cual incluye el daño emergente –gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones– y el lucro cesante, pero no aquel derivado del “incumplimiento de la propia relación negocial proyectada (...) sino de la pérdida que significa el ... haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado”⁴⁹.

69. Por su parte, el interés positivo⁵⁰ se materializa en la expectativa de cumplimiento de las prestaciones que surgen del contrato válidamente celebrado y los eventuales beneficios que pueda reportar la cabal ejecución de sus prestaciones; de ahí que este tipo de perjuicios apunta a la defraudación del interés positivo o ejecución exacta del contrato, y en la práctica implica ser colocado patrimonialmente como si el contrato hubiera desplegado su efecto principal: el cumplimiento.

70. Con las anteriores distinciones el perjuicio resarcible en sede de responsabilidad por culpa in contrahendo corresponde al interés negativo o de confianza, situación que difiere de lo que ocurre en los casos en que se declara la ilegalidad del acto de adjudicación en la actividad precontractual regida por el EGCAP, en el que se reconoce el interés positivo, en la medida que quien lo aduce en juicio reclama para sí el derecho de haber sido adjudicatario y, por esta vía el de haber celebrado el contrato estatal; esta posición es la que le autoriza a pretender los beneficios económicos del negocio jurídico como si éste se hubiese suscrito y ejecutado para restituir el estatus jurídico vulnerado⁵¹.

28. En efecto, en el ámbito de los contratos sometidos al EGCAP, se ha reconocido al oferente que presentó la mejor oferta el derecho a ser adjudicatario y, por consiguiente, a reclamar los perjuicios por la no celebración del contrato, en consideración a que la administración vulnera dicho derecho⁵².

29. Esta posición se sustenta en el carácter reglado de la actividad contractual del

reclamar beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir en razón de las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de la otra parte, este último teniendo en cuenta, obviamente, que no se trata de lucro cesante por incumplimiento de la propia relación negocial proyectada –pues una utilidad de esa naturaleza integra sin duda el interés positivo o de cumplimiento que, como se advirtió antes, presupone un contrato ab initio válido y perfecto– sino de la pérdida que significa el que, por haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado, se haya abandonado una posición económicamente favorable y existente en realidad al momento del evento dañoso -v. gr. la posibilidad cierta de celebrar otro contrato distinto- que le habría reportado ventaja”.

⁴⁹ Cita original núm 50: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 15 de noviembre de 2019, Exp. 2500023 2600020030078301(38241), M.P. Martín Bermúdez Muñoz. 2600020030078301(38241), M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

⁵⁰ Cita original núm. 50: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de mayo de 2000, Exp. 11.725. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 11 de octubre de 2024. Radicación: 17001233300020180029302 (68.643) C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 2020. CP Alberto Montaña Plata. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131- 01(42003). Sentencia del 28 de febrero de 2020, radicación 05001-23-31-000-1996-00657-01(31628). C. P.: Guillermo Sánchez Luque.

⁵² Para un recuento de la evolución jurisprudencial sobre el alcance de la indemnización de perjuicios a los que tiene derecho el oferente en un proceso de selección regido por el EGCAP y sus fundamentos ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Radicación 19001-23-31-000-1995-09007-01(16305). C.P. Mauricio Fajardo.



Estado, que limita significativamente la libertad de elección del contratista y obliga a la adjudicación del contrato, salvo los casos excepcionales y taxativamente previstos por el legislador⁵³, siempre a favor del proponente cuya oferta resulta la más favorable. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación “[l]a regla de la adjudicación compulsoria⁵⁴ obliga a la administración pública siempre a escoger el contratista que haya presentado la propuesta más favorable”⁵⁵, lo que implica el correlativo derecho del proponente con la mejor propuesta, a ser adjudicatario.

30. En el derecho privado, por el contrario, rige el principio de la autonomía de la voluntad, que faculta a los sujetos para decidir libremente si celebran o no un contrato y con quien lo celebra, incluso cuando las negociaciones estén avanzadas⁵⁶, sin perjuicio de la obligación de indemnizar los daños causados cuando la ruptura de las tratativas obedece a un comportamiento contrario a la buena fe y defraude la confianza legítima de la contraparte.

31. Por esta razón, en el derecho común el resarcimiento de los perjuicios derivados de la responsabilidad precontractual se limita, por regla general, al interés negativo, dado que en la etapa de formación del contrato no surge un derecho subjetivo a su celebración y, por ende, tampoco a las utilidades que se derivan de su ejecución. El deber de indemnizar se circunscribe entonces al interés negativo, relativo a los perjuicios efectivamente causados durante las negociaciones u ocasionados en razón de ellas.

32. Sin embargo, como lo ha reconocido esta Corporación⁵⁷, este límite no se aplica cuando existe una auténtica oferta, vale decir una verdadera proposición contractual que, en los términos de los artículos 845⁵⁸, 846 y 860 del C. Co, vincula contractualmente al oferente una vez aceptada. En consecuencia, la relación se desplaza del ámbito precontractual al contractual, con las consecuencias propias de la

⁵³ En el mismo sentido, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación C.P. Ruth Stella Correa Palacio. “Lo cierto es, por tanto, que la administración para seleccionar a sus contratistas y la oferta más favorable para sus intereses, no se encuentra en una posición de libertad absoluta pues está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, inspirados en una doble finalidad: 1º asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato; 2º evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación ²⁴, de lo cual se deduce que la decisión de contratar y la adjudicación de un contrato no es una facultad enteramente discrecional de las entidades públicas que integran aquella. En otras palabras, contrario a lo que ocurre en el derecho común, en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de forma, en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es eminentemente reglado, de manera que las partes, entidad pública y particular están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo precisos principios que garantizan el derecho a la igualdad de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad”.

⁵⁴ Cita original: La adjudicación compulsoria es el derecho que le asiste al licitante que ha formulado la mejor propuesta, a que el procedimiento administrativo concluya con un acto de adjudicación a su favor. En otras palabras, la obligación de la administración de concluir la licitación con la adjudicación al licitante triunfador, a menos que no se den las condiciones exigidas en los pliegos y la administración recurra a la declaratoria de desierta de la licitación. La idea general es que la administración concluya el proceso licitatorio que inició, con el acto que le ponga fin, bien a través de la adjudicación o la declaración de desierta, motivando razonadamente tal decisión (art. 24.7 ley 80 de 1993).

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de diciembre de 2004, Radicación: . 25000-23-26-000-1994-0042-01(15235). C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁵⁶ Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico I*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2015, págs. 723 y ss.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 11 de octubre de 2024. Radicación: 17001233300020180029302 (68.643) C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez;

⁵⁸ Artículo 845. Oferta. Elementos esenciales. La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

responsabilidad contractual y el derecho al cumplimiento del contrato y, por tanto, a la indemnización del interés positivo cuando esto no ocurre.

33. Resulta particularmente relevante para el análisis del presente asunto lo dispuesto en el artículo 860 del Código de Comercio, conforme al cual:

*Artículo 860. Licitaciones pliego de cargos. En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y **cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor**. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás. [Se resalta]*

34. En punto a la interpretación de esta disposición, la jurisprudencia de esta Corporación⁵⁹, en concordancia con la de la Corte Suprema de Justicia⁶⁰, ha precisado que, por regla general, una invitación o licitación pública solo constituye una invitación a presentar ofertas, salvo que reúnan todos los elementos esenciales de una verdadera oferta, caso en el cual el contrato se entiende celebrado con la mejor oferta.

35. Al respecto, la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia del 3 de septiembre de 2020⁶¹ señaló lo siguiente:

En el caso en estudio, como primera medida, debe analizarse si la invitación (...), que fue realizada (...), se trató de una oferta (gobernada por el artículo 860 del Código de Comercio) o si, por el contrario, la etapa precontractual en este caso correspondió a una invitación a presentar ofertas, modalidad de formación del contrato en la que no es dable predicar los efectos de la oferta, principalmente su carácter irrevocable. (...) debe resaltarse que la diferencia más significativa entre una y otra figura, según la Corte Suprema de Justicia, radica en que la oferta, como propuesta completa de negocio jurídico que se presenta a terceros, debe contener los “elementos esenciales del negocio” (artículo 845 del Código de Comercio). Para la Corte, “la oferta como acto unilateral se instituye en fuente obligacional y (...) en el evento del retracto injusto se está frente a un acto ilegal que compromete la responsabilidad”⁶². En contraste, la invitación a presentar ofertas carece de ese rasgo distintivo, “de suerte que la conformidad del destinatario no podría implicar celebración”⁶³ del contrato. Al respecto, el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria ha sostenido que un anuncio puede contener una verdadera propuesta de contrato o, simplemente, tratarse de una invitación a emprender negociaciones (...). De estas consideraciones se entiende que, en ocasiones, “la verdadera oferta es la presentada por el concursante, y en cuanto tal debe contener los elementos esenciales del convenio, propuesta que una vez aceptada por quien abrió el concurso, perfeccionará el negocio jurídico”.⁶⁴

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 27 de octubre de 2023. Radicación número: 05001-23-31-000-1996-02602-02 (56.445). C.P. Adriana Marín.

⁶⁰ En este sentido se destacan las consideraciones expuestas por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de noviembre de 1989, G.J. t. CXCVI, reiterada en sentencia del 5 de julio de 2011. Rad. 19001-3103-003-2000- 00183-01. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Asimismo, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 4 de abril de 2001, expediente 5716, M.P. Jorge Antonio Castillo.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 2020. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131- 01(42003). CP Alberto Montaña Plata. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 27 de octubre de 2023. Radicación número: 05001-23-31-000-1996-02602-02 (56.445). C.P. Adriana Marín.

⁶² Cita original núm. 65. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de agosto de 2002, expediente 6151.

⁶³ Cita original núm. 66. Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico*, Vol. 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 761.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 2020. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131- 01(42003). CP Alberto Montaña Plata. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 27 de octubre de 2023. Radicación número: 05001-23-31-000-1996-02602-02 (56.445). C.P. Adriana Marín.



36. Del análisis jurisprudencial se desprende que, por regla general, en el ámbito de los contratos de las entidades sometidas al derecho privado, una licitación o invitación pública a presentar propuestas no implica necesariamente la existencia de una oferta en los términos del artículo 860 del Código de Comercio, ni conduce inexorablemente a que el simple cruce entre el pliego de la entidad y la presentación de la propuesta por parte del mejor postor perfeccione el contrato de manera automática, sin necesidad de que la entidad adjudique el contrato y se suscriba el texto contractual propiamente dicho.

37. En consecuencia, en principio, en los escenarios anteriores al perfeccionamiento del contrato, la responsabilidad que se deriva del comportamiento contrario a la buena fe durante el proceso de selección se ubica en el ámbito precontractual y solo genera perjuicios en los términos del interés negativo. Con todo, si la licitación o convocatoria reviste el carácter de una verdadera oferta, la relación jurídica se desplaza del ámbito precontractual al contractual, ex artículo 860 mencionado, y, por tanto, da lugar a la indemnización del denominado interés positivo o interés en el cumplimiento del contrato.

38. A partir de las anteriores conclusiones, se advierte que, en el caso concreto, la convocatoria pública 2 de 2019 no se configuró como una oferta en los términos del artículo 860 del Código de Comercio, y, por lo tanto, la transgresión de la buena de contractual en la evaluación de las ofertas y en la adjudicación del contrato se ubica en el ámbito de la responsabilidad precontractual, tal como pasa a explicarse.

J. Caso concreto

39. Aclaración sobre la naturaleza jurídica de lo convocatoria pública 2 realizada por 4-72 a la luz de los artículos 845 y 860 del Código de Comercio

40. En el expediente está probado que 4-72 abrió la convocatoria pública 2 de 2019 para la contratación del “Servicio de transporte multimodal para la recolección y entrega de piezas postales y carga en ciudades sede regional, centros operativos, municipios (urbano y rural) que conforman las regionales Centro, Eje Cafetero, Nor-Occidente, Norte, Occidente, Oriente y Sur para la red de Servicios Postales Nacionales S.A.”⁶⁵.

41. El pliego de condiciones de la referida convocatoria señaló:

1.7. Aceptación de los términos y condiciones

La presentación de la propuesta comporta para cada uno de los oferentes la aceptación de las condiciones y requisitos consignados en los Pliegos de Condiciones, en las adendas que se profieran, de la información contenida en los escritos que se surtan entre LA ENTIDAD y los oferentes partícipes en desarrollo del presente proceso de selección, y de los términos y condiciones que se estipulen en el contrato que llegare a suscribirse, en caso de adjudicación

(...) El sólo hecho de la presentación de la propuesta, no obliga en forma alguna a Servicios Postales Nacionales S.A., a aceptarla, ni confiere ningún derecho

⁶⁵ Índice 2, Samai. Documento 9. Soportes. Archivo 2 Pliego de Condiciones.



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

para celebrar contrato con quienes efectivamente las presenten⁶⁶. (Resaltado fuera del texto).

42. De esta manera, 4-72 manifestó su interés de recibir ofertas y se reservó el derecho a adjudicar o no el contrato “a los oferentes”, razón por la cual, en el caso concreto, el pliego no constituyó una oferta en los términos de los artículos 845 y 860 del Código de Comercio, para celebrar un contrato con el proponente que presentara la mejor propuesta, sino en una invitación a presentar ofertas.

43. En línea con lo anterior, en el numeral 7.1. del pliego, la entidad previó la posibilidad de declarar desierto del proceso de selección no solo cuando no existiera una propuesta que cumplieran con las condiciones para ser adjudicataria, sino, además, “por cualquier otra causa que impida la sección objetiva”.

44. Adicionalmente, en el numeral 7.2 del pliego 4-72 estableció que “el o (los) proponente (s) favorecido (s) con la adjudicación del contrato debe suscribir el contrato, legalizarlo y publicarlo dentro del plazo estipulado (...)”.

45. Lo anterior, en concordancia con el artículo 8 del Acuerdo 003 del 2012, mediante el cual se adoptó en su momento el Manual de Contratación de 4-72, el cual indicaba “Los contratos celebrados por LA EMPRESA requieren para su perfeccionamiento la firma de las partes y la expedición del Registro Presupuestal (...)”.

46. En consecuencia, en virtud de la convocatoria pública 2 de 2019 no sería posible afirmar el surgimiento de una relación contractual entre esta y 4-72 y el proponente que presentara la mejor propuesta, conforme a lo establecido en el artículo 860 del Código de Comercio, toda vez que el perfeccionamiento del contrato estaba sometido al cumplimiento de las formalidades fijadas por 4-72 en el pliego de condiciones y en su manual de contratación.

47. De modo que, las conductas asumidas por 4-72 durante el proceso de selección y en la adjudicación del contrato se ubican en el ámbito de la responsabilidad precontractual, razón por la cual el deber de indemnizar los perjuicios causados por transgredir la confianza legítima del demandante se circunscriben al interés negativo.

48. Establecido lo anterior, la Sala advierte que el análisis que realizará a continuación sobre las conductas precontractuales asumidas por 4-72, que la llevaron a adjudicar el contrato a OLT TRANSPORTES S.A.S. y no a la Unión Temporal CORDIANDINA UT, se enmarcan en el reparo relativo al incumplimiento de los requisitos de experiencia de OLT TRANSPORTES y a la subsanación extemporánea.

49. Dada la prosperidad de este cargo, no es procedente entrar a analizar los demás reparos presentados por el recurrente en el recurso de apelación, en relación con: i) la supuesta formulación indebida de la propuesta económica de OLT TRANSPORTES y ii) la coincidencia de las propuestas económicas presentadas por varios proponentes en el proceso de selección.

⁶⁶ Índice 2, Samai. Documento 9. Soportes. Archivo 2 Pliego de Condiciones.



K. La falta de acreditación de la experiencia habilitante según las exigencias del pliego por parte de OLT TRANSPORTES y su subsanación indebida

50. En la medida en que el régimen jurídico de los actos precontractuales de 4-72 es el derecho privado —como se precisó previamente—, para la Sala es claro que la acreditación de los requisitos habilitantes exigidos por 4-72 y la subsanación de las ofertas debe ser analizado de conformidad con los términos previstos en el pliego de condiciones de la convocatoria pública 2 de 2019, en concordancia con el Manual de Contratación de la Entidad, vigente para la época.

51. El numeral 2 del referido pliego estableció que los proponentes debían acreditar su experiencia habilitante para participar en el proceso, así:

2.31 EXPERIENCIA HABILITANTE

El proponente deberá adjuntar hasta diez (10) certificaciones y/o contratos ejecutados en Colombia y/o respectivas actas de liquidación y/o recibido a satisfacción de los mismos. Dichos contratos deben haber sido ejecutados y/o liquidados dentro de los últimos diez (10) años anteriores a la fecha de cierre de la presente convocatoria pública, cuyo objeto guarde relación directa con el objeto a contratar y que la sumatoria de los valores de los contratos sea igual o superior a las descritas en la siguiente tabla:

(...)

NORTE	DIEZ MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS S.M.M.L.V (10.666)
-------	--

52. Asimismo, precisó que las certificaciones y/o documentación del contrato anexo deberán contener como mínimo la siguiente información:

- **Nombre del contratista:** Debe indicarse claramente el nombre, así como la información básica de la persona natural o jurídica que desarrollo o ejecuto (sic) el contrato.
- **Nombre de la entidad contratante:** Debe indicarse claramente el nombre de la entidad contratante. De igual forma la documentación allegada debe venir suscrita por el quien (sic) tenga la facultad para la misma.
- **Objeto:** debe cumplir las características mencionadas anteriormente.
- **Lugar o lugares de ejecución**
- **Valor del Contrato:** Se debe especificar el valor del contrato, incluido IVA y demás impuestos y costos a que haya lugar.
- **Término de duración del contrato:** debe quedar clara la fecha de inicio y terminación y ejecución del contrato ejecutado. No se aceptan contratos en ejecución.
- **Certificación de desempeño y/o satisfacción, liquidación y/o paz y salvo:** en la certificación y/o contrato ejecutado la entidad contratante debe dejar claro que el contrato terminado y/o liquidado **fue recibido a satisfacción en su totalidad** y que la ejecución se ejecutó de manera satisfactoria.

53. Adicionalmente, en relación con la experiencia habilitante señaló lo siguiente:

El proponente, y cada uno de los integrantes del consorcio o unión temporal deberán estar inscrito, clasificados y calificados en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio de su domicilio del siguiente clasificador:

GRUPO	SEGMENTO	FAMILIA	CLASE
-------	----------	---------	-------



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

SERVICIOS	78 – Servicios de transporte, almacenaje y correo	10 – Transporte de correo y carga	18 – Transporte de carga por carretera
-----------	---	-----------------------------------	--

En caso de propuestas presentadas en Consorcio o Unión Temporal, cada uno de sus integrantes deberá anexar dicho certificado; y acreditar en el mismo cada uno de sus integrantes de acuerdo a su porcentaje de participación (...).

54. Además de la información registrada en el RUP, el pliego de condiciones estableció que los proponentes debían acreditar la experiencia habilitante con certificaciones expedidas por sus contratistas, o con los respectivos contratos y actas de liquidación, en las que se hiciera constar, entre otros: i) el objeto del contrato, ii) su valor, iii) la constancia de haberse ejecutado de manera satisfactoria y iv) el lugar o lugares de ejecución de los contratos.
55. Ahora bien, según las pruebas que obran en el expediente⁶⁷, para acreditar la experiencia habilitante exigida en el pliego de condiciones, el proponente OLT TRANSPORTES aportó las siguientes certificaciones emitidas por Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A., HACEB y Empresas Públicas de Medellín E.S.P.:

Barranquilla, 18 de junio de 2014

La suscrita contadora General de Supertiendas y Droguerías Olímpica
S.A. Nit: 890.107.487-3 Calle 53 No 46-192 Lc 3-01
TEL. 3710350 Apartado. Aéreo 2048
Barranquilla-Colombia

CERTIFICA QUE:

De acuerdo con los registros contables de la compañía, durante el año 2010, 2011, 2013 y del 1 de enero al 31 de mayo de 2014, se realizaron operaciones comerciales con OLT TRANSPORTES S.A., identificados con Nit. 811.041.552-1, por concepto de prestación de servicio de transporte de carga desde las bodegas de almacenamiento de mercancías hasta los distintos puntos de venta de Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A., por los valores descritos a continuación:

Año 2010	1.393.592.424
Año 2011	7.263.683.988
Año 2012	7.075.164.738
Año 2013	12.756.975.308
1 de enero al 31 de mayo de 2014	7.157.315.308

⁶⁷ Índice 2, Samai. Documento 9. Soportes. Archivo 5. OLT TRANSPORTES S.A.S. Requisitos técnicos. Folios 105 y ss.



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

Copacabana, 24 de Abril de 2014

INDUSTRIAS HACEB S.A

Nº. 690.000.281-1

000106

A QUIEN PUEDA INTERESAR

Mediante la presente confirmamos que el proveedor OLT TRANSPORTES S.A. identificado con NIT 811041552, mantiene relaciones comerciales con nuestra compañía, por la prestación de servicios de Transporte Masivo Nacional desde el mes de diciembre del 2009. Destacamos que la facturación total acumulada del contrato hasta el 31 de diciembre de 2013 ha sido de Seis mil Doscientos Quince millones, Novecientos Ocho mil Ochocientos Cincuenta Pesos (\$6.215.908.850)

El servicio prestado por el proveedor no ha presentado inconvenientes a la fecha.

Cualquier inquietud, con gusto será resuelta.

Atentamente,

SIMÓN VILLA ACOSTA
Jefe de Negociación – Insumos, Servicios & CAPEX

Señores
INDÚSTRIAS HACEB
Ciudad

Asunto: Certificación del contrato CT-2013-000345

Certificamos que la empresa OLT TRANSPORTES con Nit 811.041.552-1, ejecutó el contrato del asunto con Las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., cuyo objeto contractual era el "Servicio de transporte terrestre de mercancías en general, alimentos y equipos en zonas donde lo requiera las Empresas Públicas de Medellín E.S.P."

El contrato tuvo una duración de doscientos noventa y cuatro días (294) días contados a partir del 30 de abril de 2013 hasta el 23 de febrero de 2014 con un valor facturado de mil novecientos cuarenta y nueve millones novecientos noventa y seis mil ciento veintitrés pesos m.l. (\$1.949, 996,123.00).

Durante su ejecución no se aplicaron multas; el servicio fue bueno para atender las necesidades de transporte de carga de Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

Atentamente,

JORGE ALBERTO RESTREPO BETANCUR
Jefe Departamento Transporte y Talleres

56. Como se observa, por lo menos las dos primeras certificaciones no cumplen con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones para acreditar la experiencia habilitante de los proponentes. En primer lugar, porque como lo alega el recurrente, en



la certificación de Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. no se dejó constancia de la ejecución del contrato a satisfacción. En segundo lugar, en el certificado de HACEB no se especificó si se trataba de un transporte de personas o de carga y tampoco se indicó cuáles eran los lugares de su ejecución, ni el nivel de desempeño o satisfacción de la ejecución del contrato.

57. Adicionalmente, la Sala advierte que, sobre el lugar de ejecución de los contratos, la certificación de Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. solo indica “desde la bodega de almacenamiento de mercancías hasta los distintos puntos de venta”. De modo que no es claro el lugar de ejecución de los contratos.

58. Ahora bien, según lo establecido en el pliego de condiciones de la convocatoria pública 2 de 2019, el no cumplimiento de los requisitos habilitantes era causal de rechazo de la propuesta:

CAUSALES DE RECHAZO.

(...) 7. **Cuando la propuesta sea evaluada con NO CUMPLE en el factor jurídico y/o financiero y/o económico y/o requisitos técnicos mínimos.** (Resaltado fuera del texto)

59. No obstante lo anterior, el pliego de condiciones también estableció la posibilidad de que los proponentes subsanaran sus propuestas, previa solicitud de la entidad y dentro del término previsto en el cronograma de la convocatoria (8 de marzo de 2019), tal y como se desprende de lo dispuesto en el cronograma de la licitación (numerales 1.14 del pliego) y en el numeral 1.18. en el que se indicó lo siguiente:

(...) 1.18 EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS Y SOLICITUD DE ACLARACIONES.

La verificación y evaluación preliminar de las propuestas formalmente presentadas, se efectuará dentro del plazo estipulado en el cronograma, de conformidad con los criterios y factores contemplados en los Pliegos de Condiciones.

Dentro de este término, Servicios Postales Nacionales S.A., podrá solicitar aclaraciones sobre algunos puntos de las propuestas, sin que por ello el proponente pueda adicionar, mejorar o modificar su oferta (destacado fuera del texto).

60. Según las pruebas que obran en el expediente, después de la evaluación de las propuestas, 4-72 solicitó a OLT TRANSPORTES lo siguiente:

En atención al proceso de contratación de la referencia, a la solicitud elevada por los evaluadores técnicos, y estando dentro del término de evaluaciones y de subsanaciones establecidos en el pliego de condiciones y una vez en proceso de evaluación de la oferta presentada por OLT TRANSPORTES S.A.S., se concluye que se debe subsanar los siguientes puntos, teniendo en cuenta que los mismos no incurrir en mejoramiento de la oferta, y sirven de base para aclarar el sentido de la oferta presentada y de esta manera concluir un consolidado de evaluación aplicando los principios de la contratación:

REQUISITOS HABILITANTES:

2.31 EXPERIENCIA HABILITANTE

El proponente deberá adjuntar hasta diez (10) certificaciones y/o contratos ejecutados en Colombia y/o respectivas actas de liquidación y/o recibido a satisfacción de los mismos. Dichos contratos deben haber sido ejecutados y/o liquidados dentro de los últimos diez (10) años anteriores a la fecha de cierre de la presente convocatoria



pública, cuyo objeto guarde relación directa con el objeto a contratar y que la sumatoria de los valores de los contratos sea igual o superior a las descritas en la siguiente tabla:

NORTE DIEZ MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS S.M.M.L.V (10.666)

Se solicitada hacer aclaración y detalle del número y tipología de contrato, referenciando el porcentaje correspondiente a transporte de carga, objeto de este contrato, para cumplir con la experiencia habilitante de la regional de acuerdo al reporte en el RUP teniendo como base la tabla de Experiencia del Proponente entregada a la ENTIDAD⁶⁸. (...)

61. Como se observa, 4-72 se limitó a requerir a OLT TRANSPORTES para que indicara el número y tipología de los contratos referenciados para acreditar su experiencia habilitante, a efectos de verificar su información en el RUP.

62. Lo anterior, sin hacer referencia adicional alguna al cumplimiento de los requisitos exigidos para las certificaciones con las cuales se debía acreditar la experiencia habilitante. La entidad mantuvo tal comportamiento aun después de recibida la comunicación del 6 de marzo de CORDIANDINA⁶⁹, en la que presentó observaciones respecto de la propuesta presentada por la empresa OLT TRANSPORTES S.A.S. En particular, indicó que este proponente había incumplido con los requisitos de experiencia, en razón a que las certificaciones anexadas para su acreditación no incluían la información exigida en el pliego.

63. Por su parte, en respuesta a la solicitud de subsanación de 4-72, OLT TRANSPORTES remitió correo electrónico del 8 de marzo de 2019, en el que refirió subsanar lo solicitado. En específico, hizo una relación de la experiencia relacionada en el RUP y su correspondencia con la experiencia acreditada con las certificaciones de Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A., Industrias HACEB S.A. y Empresas Públicas de Medellín E.S.P., con indicación del tipo de transportes sobre el cual recaía cada contrato, fecha de ejecución y monto⁷⁰. Adicionalmente, anexó nuevamente las certificaciones de Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. y de Industrias HACEB S.A. entregadas con su propuesta el 27 de febrero de 2019.

64. Como lo advirtió el Tribunal en la sentencia de primera instancia, con esta respuesta OLT TRANSPORTES suministró de manera oportuna la información requerida por la entidad estatal. Sin embargo, la Sala advierte que esto no significa que el proponente hubiese subsanado las deficiencias de los documentos exigidos en el pliego de condiciones para acreditar su experiencia habilitante: en particular, la entrega de certificaciones en las que se hiciera constar, entre otros aspectos, los contratos de transporte de carga celebrados por el proponente, los lugares de ejecución y la constancia de desempeño o satisfacción en la ejecución del contrato.

65. Si bien 4-72 no solicitó a OLT TRANSPORTES subsanar las deficiencias de los documentos presentados para acreditar la experiencia habilitante, lo cierto es que esta

⁶⁸ Comunicación del 6 de marzo de 2019 remitida por 4-72 a OLT TRANSPORTES S.A.S. Índice 2, Samai. Documento 67. Link del expediente digital de primera instancia. Anexos. Cartas radicadas. Documento 371.

⁶⁹ Comunicación del 5 de marzo de 2019 remitida por la Unión Temporal CORDIANDINA a 4-72. Índice 2, Samai. Documento 67. Link del expediente digital de primera instancia. Anexos. Cartas radicadas. Documento 373.

⁷⁰ Comunicación del 8 de marzo de 2019 remitida por OLT TRANSPORTES a 4-72. Índice 2, Samai. Documento 67. Link del expediente digital de primera instancia. Anexos. Cartas radicadas. Documento 371.



circunstancia no permite superar el incumplimiento por parte de OLT TRANSPORTES de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones para acreditar dicha experiencia. En consecuencia, la propuesta económica de este proponente no debió ser evaluada, pues no se cumplían con los requisitos exigidos habilitantes fijados en el pliego de condiciones para estos efectos, esto es: adjuntar certificaciones y/o contratos ejecutados en Colombia y/o sus respectivas actas de liquidación, cuya sumatoria de los valores ejecutados fuera igual o 10.666 S.M.M.L.V. y en los que se especificara, entre otros, los lugares de ejecución del contrato, el valor del contrato y certificación de desempeño y/o satisfacción.

66. Las observaciones de CORDIANDINA a la propuesta de OLT TRANSPORTES fueron inicialmente contestadas por 4-72 en la Audiencia de Adjudicación iniciada el 20 de marzo de 2019, en los siguientes términos:

No es procedente su observación, al verificar el contenido del certificado de experiencias presentados por el oferente OLT TRANSPORTES se pueden evidenciar de forma clara y concreta que las condiciones de ejecución del contrato suscrito con el cliente SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICAS S.A fue de forma satisfactoria.

Sin antes mencionar, que el oferente OLT TRANSPORTES mediante las certificaciones de experiencias adicionales que fueron presentadas cumplen con el requisito de experiencia habilitante⁷¹.

67. Posteriormente, el día 27 de marzo, en la reanudación de la audiencia, 4-72 indicó que OLT TRANSPORTES sí había acreditado el requisito de la experiencia habilitante, en los siguientes términos:

Acorde con la observación planteada por el proponente frente al no cumplimiento de la experiencia habilitante a través de las certificaciones exigidas en el pliego, LA ENTIDAD en aras de garantizar el principio de transparencia y deber de selección objetiva, procedió a verificar la experiencia aportada confirmando sin lugar a duda que la misma cumple con la totalidad de requisitos exigidos tal como se acredita en certificación emitida por ALVARO GALAN en calidad de DIRECTOR NACIONAL DE TRANSPORTES de SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A con fecha de expedición de 21 de marzo de 2019 y remitida mediante correo electrónico a LA ENTIDAD por solicitud de ésta.

En cuanto a la observación en igual sentido, frente a la experiencia con la empresa HACEB, en efecto le asiste razón al proponente al no cumplir con los requisitos exigidos por el pliego de condiciones por lo que no será tenida en cuenta para acreditar experiencia.

No obstante lo anterior, es claro para LA ENTIDAD que con las demás certificaciones aportadas por el proponente OLT TRANSPORTES S.A.S, cumplen con el requisito de experiencia habilitante solicitada en el pliego de condiciones⁷².

68. En la sentencia de primera instancia, el Tribunal consideró que, con la referida certificación del 21 de marzo de 2019, no se subsanó extemporáneamente los documentos requeridos para acreditar la experiencia habilitante. Esto, toda vez que la certificación fue solicitada directamente por 4-72 a Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. para constatar la información reportada en las certificaciones anexadas a las propuestas, en ejercicio de su facultad para verificar la información suministrada por

⁷¹ Índice 2, Samai. Documento 9. Soportes. Archivo 16. Acta de la audiencia de adjudicación.

⁷² Índice 2, Samai. Documento 9. Soportes. Archivo 16. Acta de la Audiencia de Adjudicación.



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

los proponentes, prevista en el numeral 1.8 del pliego de condiciones. En este sentido, concluyó el *a quo* lo siguiente:

*Así entonces, la demandada podía verificar la información allegada sin que esto implicara que se trataba de subsanar la propuesta, se insiste OLT Empresas (sic) aportó certificaciones para acreditar su experiencia, lo cual se corrobora (sic?) con el Registro Único de Proponentes y con la verificación efectuada por la entidad.
3.21. Tan es así que, efectuada tal verificación, no se tuvo en cuenta la certificación de Haceb (negritas fuera del texto).*

69. La Sala no comparte estas conclusiones, porque en virtud del principio de buena fe contractual y de los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad que gobiernan la función administrativa, no era admisible que 4-72, so pretexto de la facultad de verificación de la información suministrada por los proponentes, concluyera que OLT TRANSPORTE sí cumplía con los documentos requeridos para acreditar la experiencia habilitante, teniendo en cuenta la información solicitada por la misma entidad y proporcionada por Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. el 21 de marzo de 2019.

70. Ciertamente, una cosa es verificar la información efectivamente consignada por los proponentes en las certificaciones exigidas por el pliego de condiciones para acreditar la experiencia habilitante y otra muy distinta suplir la información no consignada en dichas certificaciones, con la información remitida directamente por Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. el 21 de marzo de 2019, por fuera del término máximo previsto en el pliego de condiciones para la subsanación de las ofertas, esto es, 8 de marzo de 2019⁷³.

71. Cabe destacar que, a diferencia de la certificación expedida por Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. el 18 de junio de 2014 y entregada por OLT TRANSPORTE el 27 de febrero de 2019⁷⁴ con su propuesta, en la certificación del 21 de marzo de 2019 se incluyeron expresamente los lugares de ejecución del contrato celebrado con OLT TRANSPORTES, así como la constancia del desarrollo a satisfacción del contrato⁷⁵.

72. Según lo indicado por 4-72 en la audiencia de adjudicación⁷⁶, esta certificación se allegó al proceso por gestión directa de 4-72, en ejercicio de su facultad de verificar la información entregada por los proponentes.

73. Sin embargo, en cumplimiento de las reglas previstas en el pliego, la información debió ser entregada por los proponentes al cierre de la convocatoria (27 de febrero de 2019) o, al máximo, dentro del término previsto en el pliego para la subsanación de las ofertas (8 de marzo de 2019).

74. De esta manera, se evidencia que 4-72 faltó al deber de buena fe en la etapa

⁷³ Índice 2, Samai. Documento 9 Soportes. Archivo 1. Pliego de Condiciones.

⁷⁴ Índice 2, Samai. Documento 9. Soportes. Archivo 4. Acta de cierre y apertura de la convocatoria pública 2 de 2019.

⁷⁵ Índice 2, Samai. Documento 49. Link soportes informe 195 C.G.P. Certificado OLT.

⁷⁶ Índice 2, Samai. Documento 9. Soportes. Archivo 16. Acta de Adjudicación.



precontractual y contravino los principios de igualdad e imparcialidad en la evaluación de las propuestas presentadas para la regional norte, al separarse injustificadamente de las reglas establecidas en el pliego de la convocatoria pública relativas a: la manera de acreditar la experiencia habilitante para que una oferta pudiera ser evaluada en las condiciones económicos, a los tiempos y a la forma de subsanar las ofertas y a las causales de rechazo de las ofertas.

75. Esta circunstancias se evidencia, aún más, teniendo en cuenta que, a diferencia de la ratificación que hizo 4-72 de la experiencia habilitante de OLT TRANSPORTES certificada por Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A., respecto a la certificada por HACEB, en la audiencia de adjudicación señaló lo siguiente:

En cuanto a la observación en igual sentido, frente a la experiencia con la empresa HACEB, en efecto le asiste razón al proponente al no cumplir con los requisitos exigidos por el pliego de condiciones por lo que no será tenida en cuenta para acreditar experiencia (...)

76. Lo anterior, cuando, en realidad, tanto la certificación de Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A., como la de HACEB, adolecían de la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el pliego para acreditar la experiencia habilitante y no fueron subsanadas en tiempo ni en debida forma. En consecuencia, la única certificación que fue debidamente presentada por OLT TRANSPORTES para acreditar la experiencia habilitante fue la de Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

77. En este sentido, la Sala advierte que el valor certificado por esta última empresa fue de \$1.949.996.123, correspondientes aproximadamente a 2.354,74 S.M.M.L.V., para el año 2019, mientras el pliego de condiciones exigía, para cumplir con la experiencia habilitante, acreditar contratos por un valor mínimo correspondiente a 10.666 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para la zona norte. En consecuencia, se concluye que la propuesta de OLT TRANSPORTES no acreditó la experiencia habilitante requerida para ser adjudicataria y, por lo tanto, 4-72 no debió ratificar las siguientes conclusiones del comité evaluador⁷⁷:

REGIONAL NORTE

PROPONENTES QUE SE PRESENTARON	EVALUACIÓN FINANCIERA	EVALUACIÓN JURÍDICA	PUNTAJE FINAL
CORDIANDINA	CUMPLE	CUMPLE	88,83
OLT TRANSPORTE	CUMPLE	CUMPLE	94,58

78. Téngase presente que, según lo dispuesto en el pliego, los proponentes debían cumplir con la “experiencia habilitante”, definida como “el requisito habilitante que deberán acreditar los Proponentes para que su propuesta pueda ser evaluada o calificada en relación con la Experiencia descrita en el presente Pliego de Condiciones” (numeral 1.11 del pliego de condiciones).

⁷⁷ Índice 2, Samai. Documento 9. Soportes. Archivo 16. Acta de la Audiencia de Adjudicación.



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

79. De modo que, como solo se presentaron dos proponentes para la adjudicación del contrato para la zona norte, esto es OLT TRANSPORTES y la Unión Temporal CORDIANDINA UT, al no cumplir el primero con la experiencia habilitante, solo quedaba la propuesta de la Unión Temporal CORDIANDINA UT y, por lo tanto, a esta debía serle adjudicado el contrato.

80. En efecto, según consta en el Acta de adjudicación del contrato, la Unión Temporal CORDIANDINA UT fue calificada en la evaluación jurídica y en la evaluación técnica (esta última incluía la evaluación de la experiencia habilitante), con sí CUMPLE. Adicionalmente, obtuvo un puntaje final de 88,83 en la evaluación económica.

81. Se concluye entonces que 4-72, en contravía de las reglas establecidas por la entidad en el pliego de condiciones respecto a la forma de acreditar la experiencia habilitante y los tiempos y procedimientos para la subsanación de las ofertas, concluyó que OLT TRANSPORTES cumplía con la experiencia habilitante exigida, cuando en realidad no lo hizo.

82. En consecuencia, desconoció sus deberes de buena fe, imparcialidad y trato igualitario con los que debía actuar en la evaluación de todas las propuestas presentadas en el proceso de selección, con lo cual transgredió la confianza de los integrantes de la Unión Temporal CORDIANDINA UT a ser adjudicatarios del contrato, según las reglas del pliego de condiciones.

83. Ahora bien, teniendo en cuenta que las anteriores conclusiones son suficientes para declarar la transgresión de 4-72 de su deber de actuar de buena fe durante el proceso de selección iniciado con la Convocatoria 2 de 2019 y la consecuente transgresión de los intereses legítimos de CORDIANDINA, como oferente en la convocatoria pública 2 de 2019, a través de la Unión Temporal CORDIANDINA UT, la Sala procede a examinar si el demandante demostró perjuicios sufridos por la transgresión del principio de buena fe y los principios de la función administrativa durante el proceso de selección y la adjudicación del contrato a OLT TRANSPORTES.

M. Los perjuicios sufridos por la demandante

84. En sus pretensiones indemnizatorias CORDIANDINA solicita lo siguiente, previa declaratoria de la nulidad del acto de adjudicación:

3. Declarar administrativa y contractualmente responsable a la demandada de los perjuicios materiales en sus expresiones de daño emergente y lucro cesante, que resulten probados durante el proceso.

4. Declarar administrativa y contractualmente responsable en la cantidad máxima de salarios mínimos legales, mensuales y vigentes permitidos por la ley y la jurisprudencia, a la demandada de los perjuicios inmateriales procedentes, que resultaren probados en el proceso, ocasionados a la actora como consecuencia de la expedición del acto administrativo acusado.

5. Como consecuencia a título de reparación integral del daño que a favor de mi poderdante se condene a la demandada al pago de la totalidad de los daños materiales e inmateriales procedentes que resultaren probados dentro del proceso. (Resalta la Sala).



85. Dada la improcedencia de la declaratoria de nulidad y restablecimiento del derecho y el análisis de las pretensiones de la demandante en el marco de la responsabilidad precontractual de 4-72, la Sala procederá a analizar las pretensiones indemnizatorias de CORDIANDINA desde la perspectiva del interés negativo que es procedente reconocer en el ámbito de la responsabilidad precontractual en el derecho privado.

86. Al respecto, merece un comentario preliminar lo consignado en el numeral 1.3 del pliego de condiciones, según el cual “Los costos y gastos en que los interesados incurran con ocasión (...) de la presentación de observaciones, la preparación y presentación de las Ofertas (...) y cualquier otro costo o gasto relacionado con la participación en el Proceso de Contratación estará a cargo exclusivo de los interesados y Proponentes”.

87. La Sala considera que el alcance y efectos de esta previsión se limitan al contexto de las circunstancias ordinarias, es decir, en aquellos eventos en que la entidad se ajusta a las reglas del proceso de selección y, en consecuencia, la adjudicación es producto del cumplimiento de las disposiciones previstas para tal fin, lo cual, de conformidad con lo analizado en esta decisión, no sucedió en este caso.

88. Ahora bien, como prueba de los perjuicios sufridos, la demandante aportó un dictamen pericial de naturaleza financiera⁷⁸, rendido por el administrador de empresas especialista en valoración de daños, Hugo Francisco Caycedo Godoy⁷⁹.

89. En el referido dictamen se estimaron las supuestas utilidades dejadas de percibir por CORDIANDINA, por la no ejecución del contrato durante los 20 meses previstos como plazo del negocio⁸⁰.

90. Con fundamento en lo anterior, el perito concluyó lo siguiente: “4.3. Valor reparación (sic) por concepto de daño material”: por “lucro cesante vencido consolidado”, la suma de \$470.729.479, y por “lucro cesante futuro”, la suma de \$1.742.470.310.

⁷⁸ Índice 2. Samai. Documento 67. Link del expediente digital de primera instancia. Cuaderno 2. Folio 13 y ss.

⁷⁹ El dictamen fue denominado “TASACION DE REPARACION DE PERJUICIOS A FAVOR DE CORDIANDINA LIMITADA POR FALLA EN EL SERVICIO DE LA NACION- SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A”. Por su parte, el objeto del dictamen fue definido de la siguiente manera: “1.1 Se evaluarán, cuantificarán y sustentarán todas aquellas sumas de dinero a favor de la Demandante Cordiandina Ltda que en modo de daño emergente y lucro cesante se le hayan ocasionado por cuenta de la adjudicación irregular de la Licitación 002 de 2019 en su capítulo de la Regional Norte, por parte de Servicios Postales Nacionales S.A a la empresa OLT Transportes S.A.S, en caso de que tal irregularidad resulte probada. 1.2 Se evaluarán, cuantificarán y sustentarán todas aquellas sumas de dinero a favor de la Demandante Cordiandina Ltda que en modo de daño inmaterial se le hayan ocasionado por cuenta de la adjudicación irregular de la Licitación 002 de 2019 en su capítulo de la Regional Norte, por parte de Servicios Postales Nacionales S.A a la empresa OLT Transportes S.A.S, en caso de que tal irregularidad resulte probada”. Índice 70. Samai. Expediente digital de primera instancia. Cuaderno 2. Folio 13 y ss.

⁸⁰ Al respecto, el dictamen indicó lo siguiente: “TASACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES A FAVOR DE LA DEMANDANTE CORDIANDINA. 4.1 LUCRO CESANTE VENCIDO CONSOLIDADO. Que Corresponde a las utilidades operacionales proyectadas en el Cuadro n° 4 las cuales Cordiandina Ltda habria estado en capacidad de devengar, en caso de que se le hubiera adjudicado el contrato, a partir de abril de 2019 y hasta el mes de julio de 2019, es decir por un término de 4 meses, incrementadas tales utilidades en unos intereses del 12% efectivo anual, que es la tasa máxima moratoria en contratos estatales cuando no existe pacto específico a ese respecto (...). 4.2 LUCRO CESANTE FUTURO. Que Corresponde a las utilidades operacionales señaladas en el Cuadro N° 4 que razonablemente Cordiandina Ltda percibiría en caso de que se le hubiera adjudicado el contrato, a partir de agosto de 2019 y hasta el mes de noviembre de 2020, es decir por un término de 16 meses, descontadas tales utilidades a la fecha de elaboración de la prueba pericial observando una tasa del 1% efectivo anual. (...). Índice 2. Samai. Documento 67. Link del expediente digital de primera instancia. Cuaderno 2. Folio 13 y ss.



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

91. De esta manera, se advierte que el perito circunscribió sus conclusiones sobre el daño material de CORDIANDINA, a las utilidades dejadas de percibir por la no adjudicación y ejecución del contrato -interés positivo. Por su parte, no hizo referencia a gastos o utilidades dejadas de percibir con ocasión de su participación en el proceso de selección. Por lo tanto, la prueba pericial no resulta pertinente para acreditar el perjuicio que, en términos de interés negativo, pudo sufrir la demandante por el comportamiento asumido por 4-72 durante el proceso de selección del contratista, en el marco de la responsabilidad precontractual.

92. Ahora, si en gracia de discusión se considerara la posibilidad de examinar el alcance de los perjuicios alegados por el demandante desde la perspectiva del interés positivo, derivado de la transgresión del derecho a la adjudicación y a la celebración del negocio⁸¹, la Sala observa que el demandante tampoco los acreditó. Esto, en consideración a que las conclusiones del perito sobre las utilidades dejadas de percibir por CORDIANDINA no reúnen las condiciones de solidez, rigor técnico y credibilidad exigidas por el ordenamiento jurídico para otorgarle valor probatorio.

93. En efecto, en la contradicción del dictamen, el perito manifestó que el margen porcentual de utilidad utilizado para calcular las supuestas utilidades operacionales de CORDIANDINA se basó en información suministrada por la propia demandante — consistente en “archivos con unas hojas de cálculo en Excel en las cuales figuraban los precios (...) que ellos habían tenido en su experiencia manejando ese contrato”⁸². Esta circunstancia despoja al dictamen de objetividad y le resta fuerza persuasiva, en tanto el experto se limitó a reproducir estimaciones unilaterales de la parte interesada, en contravía del principio de imparcialidad que debe regir la actuación del auxiliar de la justicia.

94. Ahora bien, en cuanto a los perjuicios inmateriales tasados por el perito, correspondientes a \$1.018.577.022, la Sala recuerda que la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido, de manera excepcional, la posibilidad de que las personas jurídicas sufran daño inmaterial, siempre que se acredite de manera cierta y concreta la afectación de alguno de sus atributos de la personalidad, como el buen nombre⁸³. En el presente asunto, no se alegó una afectación a un atributo de la personalidad.

94.1. Adicionalmente, el auxiliar de la justicia hizo referencia a los fundamentos doctrinales de la procedencia del daño moral en relación con las personas jurídicas, lo que es abiertamente improcedente para un dictamen pericial, según lo dispuesto en el artículo 226 del CGP⁸⁴. Adicionalmente, el perito realizó una tasación del daño moral

⁸¹ Esta posibilidad fue examinada en el ámbito de la responsabilidad precontractual de una entidad estatal sometida al derecho privado, por esta Subsección B, en sentencia del 19 de abril de 2023, Radicado: 25000-23-36-000-2016-01861-01 (61.790), C.P.: Martín Bermúdez Muñoz. Sin embargo, el análisis de la providencia se realizó bajo el presupuesto de que en el caso concreto la invitación a presentar oferta realizada por la entidad se ubicaba en la hipótesis del artículo 860 del Código de Comercio, circunstancia que, como se analiza en esta decisión, no aplica al caso *sub judice*.

⁸² Índice 9, Samai. Enlace de grabación de la Audiencia (virtual) de pruebas.

⁸³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Subsección B. Sentencia del 2 de marzo de 2022. Radicación 25000-23-26-000-2006-00912-02/25000-23-26-000-2007-00362-01/25000-23-26-000-2008-00224-01 (48.975) (Acumulados). C.P. Fredy Ibarra Martínez.

⁸⁴ “Artículo 226. Procedencia. La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. (...) **No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para**



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

de CORDIANDINA que, en la contradicción del dictamen, realizado en la Audiencia virtual de pruebas del 12 de abril de 2023⁸⁵, reconoció que obedecía a una creación exclusivamente personal.

94.2. Ahora bien, se advierte que, en sus testimonios⁸⁶, la señora Martha Rocío Cárdenas y el señor John Fredy Rodríguez, empleados de CORDIANDINA, manifestaron que en el momento en que no les fue adjudicado el contrato tuvieron que retirar personal y, por lo tanto, sufrieron consecuencias financieras, y la señora Luz Dora Ramírez, en calidad de socia y asesora de CORDIANDINA, afirmó que la empresa se vio afectada por la adjudicación del contrato a OLT TRANSPORTES, porque esto impidió que el contrato se la adjudicara a la empresa.

94.3. Sin embargo, se trata de declaraciones que no se refieren a los gastos en los que incurrió CORDIANDINA o las utilidades dejadas de percibir por la empresa durante el proceso de selección o con ocasión de este. Adicionalmente, se trata de afirmaciones vagas, imprecisas, que no mencionan valores, fechas o circunstancias específicas de las cuales se pueda determinar un perjuicio cierto por parte de CORDIANDINA.

95. Finalmente, de las pruebas documentales aportadas al proceso, en particular de la propuesta presentada por la Unión Temporal CORDIANDINA UT, la Sala encuentra acreditado el pago de la garantía de seriedad de la propuesta por una suma de \$1.062.335, de acuerdo con la póliza 60-45-101002217 y el recibo de caja No. 120140220, expedidos por la Compañía de Seguros del Estado⁸⁷.

96. Sin embargo, teniendo en cuenta que el recibo de pago está a nombre de la Unión Temporal CORDIANDINA UT y que en el acuerdo de la Unión Temporal⁸⁸ no se estableció quien asumiría los costos generados para la presentación de la oferta, en especial la prima de la garantía de seriedad de la oferta se concluye que no existe prueba de que haya sido asumida total o parcialmente por CORDIANDINA. En consecuencia, no existe certeza de que el referido pago haya causado un perjuicio a CORDIANDINA, en términos de daño emergente.

97. Por lo anterior, la Sala concluye que, aun cuando se estableció el comportamiento contrario a la buena fe y a los principios de la función administrativa de 4-72, durante el proceso de selección iniciado con la convocatoria pública 2 de 2019, con la correspondiente afectación de la confianza legítima de CORDIANDINA en relación con el proceso de selección y la adjudicación del contrato, lo cierto es que en el *sub judice* no se acreditó el perjuicio efectivamente sufrido por la demandante, razón por la cual no hay lugar a realizar a una condena indemnizatoria.

la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. Sin embargo, las partes podrán asesorarse de abogados, cuyos conceptos serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas". (Resalta la Sala).

⁸⁵ Índice 9 Samai. Enlace de grabación de la Audiencia (virtual) de pruebas.

⁸⁶ Índice 9, Samai. Enlace de grabación del Acta (virtual) de pruebas. (...)

⁸⁷ Índice 2, Documento 9. Soportes. Propuesta de CORDIANDINA. Condiciones Jurídicas. Página 117. - 119

⁸⁸ Índice 2. Samai. Documento 67. Link del expediente digital de primera instancia. Cuaderno 2. Folios 3 y ss. "CONVENIO DE UNIÓN TEMPORAL CELEBRADO ENTRE CORDINADORA ANDINA DE CARGA LIMITADA "CORDIANDINA LTA (sic) y BUSEXPRESS S.A.S".



COMPARTIDO POR:



Expediente: 25000-23-36-000-2019-00671-01 (71837)
Demandante: Coordinadora Andina de Carga Ltda.

N. Costas

98. Teniendo en consideración que la demanda y el recurso de apelación prosperaron parcialmente, la Sala se abstendrá de condenar en costas en ambas instancias, en aplicación del numeral 5 del artículo 365 del CGP⁸⁹. En consecuencia, revocará la decisión de la sentencia de primera instancia de condenar por agencias en derecho⁹⁰.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERA: Modifíquese la sentencia del 1º de agosto de 2024, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR que la adjudicación del contrato realizada por Servicios Postales Nacionales S.A. a OLT TRANSPORTES S.A. en el marco de la convocatoria pública 2 de 2019, transgredió el principio de buena fe y los principios de imparcialidad e igualdad que rigen la actuación administrativa y, en consecuencia, vulneró la confianza legítima de CORDIANDINA Ltda., como integrante de la Unión Temporal CORDIANDINA UT, en relación con el proceso de selección y la adjudicación del contrato.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones indemnizatorias de la demanda por ausencia de prueba de los perjuicios alegados por la demandante”.

TERCERO: Sin condena en costas a la demandante.

SEGUNDA: Sin condena en costas de segunda instancia, por lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: En firme esta providencia **Devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Presidente
Aclara voto

Con firma electrónica
DIEGO ENRIQUE FRANCO VICTORIA
Magistrado

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Salva voto

⁸⁹ “Artículo 365. 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: (...) 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

⁹⁰ “Artículo 361. Composición. Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. (...)”.