

MEDIOS DE CONTROL – Nulidad – CCA artículo 84 – No tiene término de caducidad - Nulidad y restablecimiento del derecho – CCA artículo 85 – Plazo de cuatro meses para demandar – Reparación directa – CCA artículo 86 – Término de 2 años para demandar - Controversias Contractuales - CCA artículo 87 – Plazo de 2 años para demandar – Eventos

El Código Contencioso Administrativo, norma aplicable al caso *sub judice*, prevé diferentes mecanismos de acceso a la administración de justicia, cuya elección depende de la finalidad que persiguen las pretensiones de la demanda, así como de la fuente del daño del cual éstas se derivan.

En este orden, si lo que se pretende es preservar el ordenamiento con ocasión de la expedición de un acto administrativo que lo vulnera, la acción procedente es la de simple nulidad, prevista en el artículo 84 *ibídem*, subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989 la cual, en principio, está desprovista de un término de caducidad, es decir, que se puede intentar en cualquier tiempo, comoquiera que a través de la misma se busca la defensa del interés general.

En cambio, si lo que se persigue es la nulidad de un acto administrativo de carácter particular y concreto que se considera ilegal, así como el restablecimiento de algún derecho amparado en una disposición normativa, en cuya violación se fundamenta la pretensión de nulidad, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del CCA, subrogado por el artículo 15 del 26 Decreto 2304 de 1989, requiriéndose para su prosperidad desvirtuar las presunciones de legalidad y de veracidad que lo revisten y que hacen obligatorio su cumplimiento. En este caso, dado que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho persigue el restablecimiento de un derecho particular y concreto, como consecuencia de la nulidad de un acto administrativo de la misma índole, la acción no puede ejercerse en cualquier tiempo, sino que, por regla general, tiene un límite temporal de cuatro (4) meses, contados de acuerdo con las reglas del artículo 136 del CCA.

Por otro lado, entre otras acciones previstas en el estatuto procesal administrativo, el artículo 87 del CCA, subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, también consagra la acción de controversias contractuales, mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución y liquidación del contrato estatal, así como la legalidad de los actos administrativos proferidos dentro del desarrollo de éste. Así, cualquiera de las partes del contrato puede solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (iv) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (v) que se hagan otras declaraciones y condenas; no obstante, en virtud de la ley, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo pueden pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. En este caso, el término de caducidad para formular la demanda es de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirvan de fundamento a la acción, según las voces del inciso final del artículo 136 del CCA De igual modo, tratándose de los actos administrativos precontractuales, el

artículo 87 señaló que aquellos serían demandables a través de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación; sin embargo, una vez celebrado el contrato la legalidad de los actos previos únicamente puede controvertirse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

ESCOGENCIA INDEBIDA DE LA ACCIÓN – Relación directa con la causa petendi – Adecuación de la acción por parte del juez – Protección del derecho de defensa del demandado – Acción no haya caducado

[...] escoger indebidamente la acción procesal no puede entenderse como un simple defecto formal de la demanda, sujeto a la corrección del juez de conocimiento, en tanto que es un aspecto que tiene relación directa con la causa petendi y el objeto de la acción escogida y, por ende, afecta tanto la competencia del juez, como el debido proceso de la contraparte.

Excepcionalmente, el juez contencioso administrativo puede adecuar la acción indebidamente formulada, siempre que el derecho de defensa del demandado no resulte afectado, no exista una variación de la causa petendi ni de las pretensiones de la demanda y la acción a la que se adecua no haya caducado. En todo caso, la parte demandada debe contar con las oportunidades procesales para pronunciarse sobre aquello alegado por el demandante y sobre lo cual se edifica la adecuación de la acción.

ACTOS PRECONTRACTUALES Y MEDIO DE CONTROL PROCEDENTE - Sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado – Aplica para entidades con régimen de contratación sometido al derecho privado - Medio de control – Reparación directa – Culpa in contrahendo

Ahora bien, cabe señalar que en sentencia del 3 de septiembre de 2020 la Sección Tercera del Consejo de Estado **unificó** su jurisprudencia en lo que respecta a la naturaleza de los actos precontractuales proferidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, así como también frente a la acción procedente para demandarlos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. A este efecto, en la providencia referida se fijaron los siguientes criterios de unificación: "*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 actos*"

Esta Sección ha considerado que la posición de unificación jurisprudencial fijada en esta sentencia resulta aplicable, no solo a las empresas de servicios públicos domiciliarios de naturaleza pública, sino también a otras entidades públicas que, en materia de su actividad contractual, están sometidas al derecho privado.

Se resalta, además, que de tiempo atrás esta Subsección, tratándose de casos en los que se cuestiona el desconocimiento de las reglas previstas en procesos contractuales adelantados por entidades públicas regidas por el derecho privado (siempre y cuando no comprendan ofertas según el artículo 845 del C.Co, ni licitaciones públicas reguladas en el artículo 860 del C.Co), ha considerado que la acción de reparación directa es el mecanismo adecuado para estudiar la responsabilidad bajo las reglas de la culpa in contrahendo.

RÉGIMEN JURÍDICO DE ECOPETROL – Derecho privado – Actos Contractuales – No son actos administrativos salvo que la ley disponga lo contrario

[...] de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1118 de 2006, se advierte que la actividad contractual de Ecopetrol está sometida al derecho privado y, por tanto, al encontrarse en la misma posición que un particular, las actuaciones que esta entidad lleva a cabo en la etapa precontractual son expresiones de la autonomía privada, configurándose como actos de gestión contractual que no pueden catalogarse como actos administrativos, salvo que la ley disponga lo contrario.

[...]

[...] lo primero que debe poner de presente la Sala es que la decisión del tribunal de declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por no haberse demandado el "acto de adjudicación" es equivocada, por lo cual se revocará. La decisión de Ecopetrol de celebrar el Contrato con CAM correspondió a un acto de naturaleza privada, que no acto administrativo, por lo cual no se podía exigir a GE presentar pretensiones de nulidad contra un acto que, en realidad, no existió.

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL – Culpa in contrahendo - Código de Comercio artículo 863 - Principio de buena fe – Culpa – Código Civil artículo 1603 – Código de Comercio artículo 871 – Buena fe impone respeto a los deberes de información, veracidad, lealtad y corrección – Daño antijurídico – Acreditación – Ausencia de prueba

[...]

[...] los actos precontractuales proferidos por Ecopetrol se sujetan al derecho privado, de tal suerte que el análisis del caso que ocupa la atención de la Sala no tendrá como referente el EGCAP, sino las disposiciones civiles y comerciales en el contexto de la responsabilidad precontractual por culpa in contrahendo, así como las CGC y las CEC, documentos que establecían las reglas y requisitos del Proceso de Selección.

En este sentido, según el artículo 863 del Código de Comercio las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen. Por tanto, para que se configure la responsabilidad precontractual del Estado, es menester que concurren los presupuestos aludidos, es decir, la actuación contraria a la buena fe y la culpa.

Al respecto, conviene señalar que a partir de lo expresamente consagrado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, a lo largo del *iter* contractual los intervinientes deben obrar de conformidad con los postulados de la buena fe, *la cual "consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las*

obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato". Así, según ha tenido la oportunidad de precisar esta Sección, en la etapa precontractual o de formación del negocio jurídico la buena fe impone el respeto, entre otros, a los deberes de información, veracidad, lealtad y corrección.

Bajo este escenario, un oferente dentro de un proceso de selección de una entidad sometida al derecho privado puede sufrir un daño antijurídico con ocasión del incumplimiento por parte de la entidad en su deber de obrar de buena fe, daño que se podría materializar, entre otros, en la frustración a una expectativa legítima de que su oferta fuera evaluada bajo las reglas previamente definidas en el proceso de selección, o, por ejemplo, en la frustración a la expectativa de la celebración del contrato, toda vez que su propuesta cumplía con los requisitos del proceso de selección y debía ser seleccionada para celebrar el contrato.

Teniendo en cuenta lo anterior, cuando el daño antijurídico que reclama un oferente dentro de un proceso de selección sometido al derecho privado corresponde, como en este caso, a la frustración de la expectativa que tenía de celebrar el contrato por cumplir su oferta con todos los requisitos de los documentos del proceso de selección, la jurisprudencia de esta Subsección ha considerado que le incumbe a la parte demandante acreditar: **i)** el incumplimiento de la entidad de los términos y/o reglas respecto de la evaluación de las propuestas; **ii)** que de haberse aplicado correctamente las reglas del proceso de selección, su oferta hubiera sido seleccionada para la celebración del respectivo contrato.

[...]

la Sala estima que la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del CPC, "[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", de donde el daño alegado, consistente en la frustración de la expectativa que tenía GE de celebrar el contrato por cumplir su oferta con todos los requisitos de los documentos del proceso de selección, requiere de prueba, cuya omisión por la demandante, a quien corresponde tal onus, impide la declaratoria de responsabilidad precontractual.



Radicado: 25000-23-26-000-2010-00411-02 (69291)
Demandante: GESTIÓN DE EMPRESAS LTDA.

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

CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre dos mil veinticinco (2025)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES -CCA-
Radicación: 25000-23-26-000-2010-00411-02 (69291)
Demandante: GESTIÓN DE EMPRESAS LTDA.
Demandado: ECOPETROL S.A.

Temas: ECOPETROL – Régimen jurídico - Naturaleza de los actos precontractuales que profiere esta entidad – Por regla general son actos jurídicos que se rigen por el derecho privado. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – Es la acción adecuada para demandar la responsabilidad precontractual de las entidades sujetas a régimen exceptuado – Casos en los que es deber del juez estudiar de fondo la controversia, a pesar de que la parte demandante haya acudido a la acción inadecuada. BUENA FE EXENTA DE CULPA – Deberes de la Administración en la fase precontractual – La Administración debe respetar las reglas establecidas en la convocatoria. RESPONSABILIDAD POR CULPA IN CONTRAHENDO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EN RÉGIMEN EXCEPTUADO – Para que se configure es menester que quien demande acredite que las reglas de la convocatoria fueron desconocidas y que, de haber sido aplicadas de forma adecuada, su ofrecimiento hubiese sido seleccionado. CARGA DE LA PRUEBA – Incumbe a la parte demandante probar los supuestos de hecho en que fundamenta sus pretensiones, so pena de que estas sean negadas.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de octubre de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, que declaró probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción y se inhibió para resolver de fondo el asunto.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Ecopetrol S.A. adelantó el proceso de selección No. 514418 cuyo objeto consistió en contratar la prestación de servicios de apoyo a la cadena de abastecimiento de bienes y servicios para los años 2008 a 2011. Gestión de Empresas Ltda. y Compañía Americana Multiservicios Ltda. presentaron oferta dentro del proceso de selección. A juicio de la parte demandante, Ecopetrol no cumplió con los requisitos



del proceso de selección pues habilitó indebidamente la propuesta de Compañía Americana Multiservicios Ltda. al validar las certificaciones aportadas para acreditar la experiencia mínima requerida y la experiencia adicional. Como consecuencia de la habilitación indebida de la oferta de Compañía Americana Multiservicios Ltda., la asignación del contrato se definió mediante sorteo, resultando beneficiada esta sociedad y no la demandante.

En virtud de lo anterior, Gestión de Empresas Ltda. solicita que se declare la nulidad absoluta del contrato celebrado entre Ecopetrol S.A. y Compañía Americana Multiservicios Ltda. y a título de indemnización de perjuicios, se condene a la entidad demandada al pago de los costos de preparación de la propuesta y la utilidad que hubiere obtenido en caso de haber celebrado el contrato.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. El 23 de junio de 2010¹, Gestión de Empresas Ltda. –*en adelante GE o la demandante*– mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda en contra de Ecopetrol S.A. –*en adelante Ecopetrol o la entidad demandada*– en la que formuló las siguientes pretensiones, que se transcriben textualmente, incluso con eventuales errores:

“1. Declarar la nulidad del Contrato No. 5203896 suscrito entre la sociedad de economía mixta ECOPETROL S.A. y la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS LTDA., cuyo objeto es la prestación de servicios de apoyo a la cadena de abastecimiento de bienes y servicios para la empresa durante los años 2008, 2009, 2010 y 2011, por incurrir en un desvío de poder que dio lugar a una adjudicación irregular.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, declarar contractualmente responsable a ECOPETROL S.A. y condenarla al pago de los efectos patrimoniales desfavorables que se originaron a la sociedad GESTION DE EMPRESAS LTDA., que se concretan en la existencia de un daño patrimonial derivado de los costos de confección de la propuesta, y la utilidad dejada de percibir que se calcula en CUATRO MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$4.200.000.000,00).

¹ De conformidad con el sello físico de radicación de la demanda. Expediente digitalizado en el índice 21 de la plataforma SAMAI, archivo denominado “ED_C01_01 OTROS-CUADERNO 01 PRINCIPAL.pdf”, folio 5.



*Que a la sentencia se le dé cumplimiento en los términos de los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo*².

1.2. Como **fundamento fáctico** de sus pretensiones, la parte demandante formuló los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

1.2.1. Afirmó que el 21 de octubre de 2008, el Jefe de la Unidad de Abastecimiento Estratégico de Bienes y Servicios de Ecopetrol autorizó el inicio del proceso de selección No. 514418 con el objeto de contratar la prestación de servicios de apoyo a la cadena de abastecimiento de bienes y servicios para los años 2008 a 2011 – *en adelante el Proceso de Selección*.

1.2.2. Indicó que el 22 y el 27 de octubre de 2008 se publicaron respectivamente las Condiciones Generales de Contratación –*en adelante CGC*– y las Condiciones Específicas de Contratación –*en adelante CEC*– documentos que regirían el Proceso de Selección.

1.2.3. Manifestó que el 28 de octubre de 2008, GE presentó una observación a los documentos del proceso de selección, en el sentido de que se precisara que: *“la cuantía a la que se refieren las actividades de Gestión de Compras y Contratación, o Procura, corresponde al valor de la remuneración que obtiene el Contratista por tal gestión, y no al valor de los elementos objeto de la compra o de la contratación”*.

1.2.4. Sostuvo que, con ocasión de la observación presentada por GE, Ecopetrol expidió la Adenda No. 1, cuyo objetivo fue modificar los requisitos de experiencia de las CEC en el sentido de aclarar que el valor de la experiencia a acreditar por concepto de las actividades de gestión de compras y contratación no podía incluir el valor de los bienes y/o servicios objeto de dicha gestión. En este sentido, las CEC modificadas dispusieron que:

- Los oferentes debían demostrar que en máximo cinco contratos, durante los últimos siete años, habían prestado servicios de Gerencia o Gestión de

² Ibid., folio 6.



Proyectos o Servicios de Abastecimiento, por una cuantía igual o superior a 20.000 smlmv.

- En caso de que el objeto de los contratos fuera diferente a la prestación de dichos servicios, pero estas actividades estuvieran incluidas dentro de su alcance, las certificaciones debían distinguir claramente los valores facturados por el oferente por las actividades de gestión de compras y contratación.
- Como experiencia adicional que otorgaba puntaje para la evaluación de las propuestas, los proponentes podían presentar hasta 2 contratos cuyo valor correspondiente a las actividades de gestión de compras y contratación fuera igual o superior a 5.000 smlmv. Por cada contrato que cumpliera con dichas condiciones se otorgarían 50 puntos.
- En caso de que existiera empate entre los oferentes, se aplicarían los siguientes criterios de desempate: **i)** se asignaría el contrato al proponente que tuviera mayor puntaje en el componente “*Valor Ofertado del Contrato*”; **ii)** si persistiere el empate, y los proponentes empatados tuvieran una Evaluación de Desempeño elaborada por Ecopetrol, se asignaría el contrato a quien tuviere mayor promedio de puntaje en dichas evaluaciones; y **iii)** si, a pesar de lo anterior, persistía el empate, se realizaría un sorteo.

1.2.5. Adujo que, para el 7 de noviembre de 2008, fecha de cierre del Proceso de Selección, se recibieron las ofertas de GE y de Compañía Americana de Multiservicios Ltda – *en adelante* CAM. El 19 de noviembre de 2008, Ecopetrol expidió el informe de evaluación de las ofertas, en el cual la entidad señaló que las ofertas de GE y CAM cumplían con los requisitos de los documentos del Proceso de Selección y ambas propuestas habían sido calificadas con 1000 puntos. Específicamente, respecto de la propuesta de CAM indicó que: **i)** CAM cumplió con el requisito mínimo de experiencia, para lo cual se avalaron la certificación del contrato 4700066561 celebrado entre el oferente y Codensa S.A. E.S.P –*en adelante* Codensa– y la certificación del contrato No. 328 celebrado con Emgesa S.A. E.S.P. –*en adelante* Emgesa– y; **ii)** se otorgó a CAM 100 puntos por el cumplimiento de los requisitos de experiencia adicional, para lo cual se validó la



certificación del contrato No. 4700068853 celebrado entre Condensa y el Consorcio ACA (AREVA-CAM) –*en adelante el Consorcio*– del cual fue integrante CAM.

1.2.6. Señaló que el informe de evaluación estuvo a disposición de los oferentes entre el 21 y el 25 de noviembre de 2008, término dentro del cual, GE presentó las siguientes observaciones respecto de la evaluación de la propuesta de CAM:

- En relación con el requisito de experiencia mínima, CAM aportó una certificación de la ejecución del contrato No. 4700066561 celebrado con Codensa cuyo objeto fue la prestación del servicio de aprovisionamiento integral de materiales, equipos, suministros y la contratación de obras y servicios por un valor de veinte mil ochocientos treinta millones setecientos ochenta y ocho mil seiscientos veintiún pesos (\$20.830.788.621).
- Sin embargo, revisadas las notas a los estados financieros del año 2007, se podía evidenciar que las actividades de dicho contrato no correspondían únicamente a la gestión de compras y contratación. Por lo anterior, debían aportarse documentos adicionales en los que constara la discriminación del valor real de las actividades de gestión de compras y contratación. Lo mismo ocurría respecto de la certificación del contrato No. 328 celebrado entre CAM y Emgesa.
- Respecto del puntaje por la experiencia adicional, señaló que Ecopetrol otorgó a CAM 50 puntos por el contrato No. 4700068853 celebrado por el Consorcio y Codensa, cuyo objeto fue el diseño, gestión ambiental, suministro, construcción, montaje y puesta en servicio de la subestación eléctrica Bacatá 500. La entidad otorgó el puntaje referido, con base en el hecho de que en la certificación aportada se consignó que CAM tuvo un porcentaje de participación de 42% en el Consorcio y que, además, las actividades desarrolladas por CAM correspondieron únicamente a la gestión de compras y suministros.
- Sin embargo, Ecopetrol pasó por alto que: **i)** las actividades de “*gestión de compras*” y “*suministros*” son esencialmente diferentes, siendo la actividad



de gestión de compras la única válida para efectos del cumplimiento del requisito de experiencia; **ii)** aceptar la actividad de “*suministros*” para efectos del cumplimiento del requisito de experiencia, implicaría incluir dentro de las actividades de gestión de compras y contratación el valor de los bienes y/o servicios cuya adquisición se gestionó, lo anterior en contravía de lo establecido en los documentos del Proceso de Selección; **iii)** no era razonable asumir que para un proyecto de infraestructura como la construcción de una subestación eléctrica, la actividad de gestión de compras y contratación correspondiera al 42% del valor del proyecto. Por lo anterior, era necesario que se requiriera al oferente o a Codensa, para que aportara los documentos necesarios para que se pudiera discriminar con claridad el valor que en realidad correspondió a la realización de actividades de gestión de compras.

- Finalmente, señaló que el representante legal no tenía la capacidad para presentar propuesta ni para celebrar el contrato, toda vez que la junta directiva únicamente autorizó la celebración de contratos a partir del año 2009, y el contrato se celebraría en el 2008.

1.2.7. Indicó que el 28 de noviembre de 2008, CAM se pronunció respecto de las observaciones presentadas por GE y señaló que de ser necesario presentaría los soportes adicionales exigidos por Ecopetrol para efectos de determinar la veracidad de la información contenida en las certificaciones.

1.2.7. Afirmó que el 11 de diciembre de 2008, el comité evaluador designado por Ecopetrol indicó que, revisadas las observaciones presentadas por GE y los documentos adicionales requeridos a CAM, se mantenía en la recomendación dada en el informe de evaluación del 19 de noviembre de 2008, en el sentido de que ambas ofertas habían sido calificadas con 1000 puntos, por lo cual debían aplicarse los criterios de desempate previamente definidos. Respecto de las observaciones presentadas por GE, señaló que:



- CAM subsanó el error contenido en el acta de junta directiva respecto de la autorización temporal al representante legal para la presentación de la oferta y la celebración del Contrato.
- Las certificaciones inicialmente aportadas por CAM eran suficientes para la acreditación de la experiencia mínima y la experiencia adicional. Sin embargo, con la información adicional aportada por CAM y la verificación personal que el comité evaluador realizó con el funcionario de Codensa y Emgesa que suscribió las certificaciones de experiencia, el comité evaluador pudo constatar que: **i)** en relación con el contrato No. 4700066561 celebrado con Codensa, aportado para acreditar la experiencia mínima, CAM facturó la suma de doce mil cuatrocientos noventa y ocho millones cuatrocientos setenta y tres mil ciento setenta y dos pesos (\$12.498.473.172) por concepto de actividades de gestión de compras y de contratación; **ii)** lo consignado en las notas a los estados financieros respecto del alcance de las labores realizadas por CAM en ejecución de este contrato, correspondió a una interpretación que realizó el revisor fiscal sobre el alcance de dicho contrato, sin que estas manifestaciones pudieran ser imputables a CAM; **iii)** respecto del contrato No. 4700068853 celebrado entre CAM y Codensa, aportado para acreditar la experiencia adicional que otorgaba puntaje, las labores ejecutadas por CAM correspondieron únicamente a la gestión de compras y contratación, sin que en el monto de la suma certificada se hubiere incluido el valor de los bienes suministrados.

1.2.8. Puso de presente que, desestimadas las observaciones presentadas por GE, Ecopetrol continuó con el Proceso de Selección, y en audiencia procedió a realizar el sorteo para determinar el oferente con quien se celebraría el contrato. En dicho sorteo, resultó ganador CAM.

1.2.9. Manifestó que, el 17 de diciembre de 2008, Ecopetrol y CAM celebraron el contrato No. 5203896, cuyo objeto consistió en la prestación del servicio de apoyo a la cadena de abastecimiento de bienes y servicios durante los años 2008 a 2011, por un precio estimado de veintiún mil trescientos treinta y dos millones trescientos



cuarenta mil novecientos setenta y ocho pesos (\$21.332.340.978) – *en adelante el Contrato.*

1.3. Como fundamento jurídico de la demanda, la parte actora indicó que:

1.3.1. Ecopetrol habilitó indebidamente la oferta presentada por CAM toda vez que ésta no cumplió los requisitos establecidos en las CGC y las CEC en los siguientes aspectos:

- La certificación presentada por CAM respecto del contrato No. 4700066561 celebrado con Codensa, que pretendía acreditar el requisito de experiencia mínima en ejecución de contratos de gestión de compras y contratación, no cumplía con lo establecidos en las CEC pues no se podía determinar qué porcentaje del valor de ejecución del contrato correspondía a las actividades específicas de gestión de compras y contratación y si en dicho valor se estaba incluyendo el monto correspondiente al precio de los bienes objeto de la gestión de compras y contratación. Lo anterior, en contravía de lo dispuesto en los documentos del Proceso de Selección. De hecho, tal como advirtió GE, de las notas a los estados financieros, se podía determinar que en ejecución de este Contrato CAM realizó diversas actividades, no solo las propias de gestión de compras y contratación.
- Por las mismas razones, las certificaciones presentadas por CAM respecto del contrato No. 328 celebrado con Emgesa y el contrato No. 450001226 celebrado con Codensa, con las cuales también se pretendía acreditar el requisito de experiencia mínima, tampoco cumplían los requisitos de los documentos del Proceso de Selección.
- La certificación presentada por CAM respecto del contrato No. 4700068853 celebrado entre el Consorcio, del cual fue integrante CAM, y Codensa, con la cual se pretendía acreditar el requisito de experiencia adicional que otorgaba puntaje, no cumplía con los requisitos establecidos en las CEC toda vez que no era posible determinar con certeza el valor real de las actividades de gestión de compras y contratación que había ejecutado CAM ni tampoco



si dentro del valor certificado por Codensa, estaba o no incluido el monto de los bienes y/o servicios objeto de la gestión.

- A pesar de lo anterior, Ecopetrol validó dichas certificaciones bajo el argumento de que en una entrevista personal realizada con el funcionario de Codensa y Emgesa que expidió las certificaciones, este confirmó que las actividades ejecutadas por CAM para cada uno de los contratos referidos anteriormente: **i)** correspondieron únicamente a labores propias de gestión de compras y contratación; y **ii)** el valor certificado por cada una de las actividades ejecutadas por CAM no incluyó el monto correspondiente al valor de los bienes y/o servicios objeto de la gestión.
- De conformidad con las CGC y las CEC, la validación de la información contenida en las certificaciones de experiencias debía realizarse a partir del análisis de documentos idóneos como copias de los contratos, actas de finalización o liquidación, facturas o documentos soporte de facturación, sin que una entrevista personal al funcionario que expidió las certificaciones pudiera ser considerado como un documento idóneo de validación.
- Además de lo anterior, sobre la certificación del contrato No. 4700068853 las CEC exigían que, para acreditar la experiencia por contratos ejecutados bajo la figura de consorcios o uniones temporales, debía aportarse copia del documento de conformación de la figura asociativa o certificación del representante legal del proponente sobre su participación en dicha figura. En este caso, CAM no aportó ni el documento de conformación del Consorcio ni la certificación del representante legal y Ecopetrol tuvo por acreditada su participación con un documento diferente a los exigidos en las CEC.
- Por último, el representante legal de CAM no estaba autorizado para presentar propuesta ni celebrar el Contrato pues la autorización de la junta directiva solo permitía a su representante presentar propuestas y celebrar contratos a partir del año 2009, fecha posterior a la del Proceso de Selección. Si bien Ecopetrol tuvo por subsanada esta deficiencia con una ratificación posterior de la junta directiva, esto implicó una mejora de la oferta.



1.3.2. Esta actuación irregular por parte de Ecopetrol constituyó una desviación de poder y desconoció los artículos 1, 2, 13, 121 y 209 de la Constitución, los principios de la función administrativa, el principio de legalidad, el Manual de Contratación de la entidad y los documentos del Proceso de Selección *“circunstancia que afecta la validez de toda la actuación administrativa, y por ende del contrato suscrito”*. En este sentido, al haber seleccionado a un oferente que no cumplía con los requisitos exigidos en los documentos del Proceso de Selección, *“la sanción administrativa que ha previsto la ley, es la nulidad del contrato, así como el consecuente restablecimiento del derecho que se le ha conculcado al demandante”*.

1.3.3. La actuación irregular de Ecopetrol *“compromete su responsabilidad frente al licitante que con mejor derecho participó de buena fe en el proceso de selección viendo cómo se vulneraron sus derechos por culpa de la entidad”*, encontrándose así bajo el marco de la institución de la *culpa in contrahendo*. En el presente asunto está acreditado que: **i)** Ecopetrol incurrió en una serie de errores en la evaluación de la propuesta de CAM, lo cual conllevó a habilitarlo indebidamente; **ii)** la propuesta de GE cumplía con todos los requisitos de los documentos del Proceso de Selección y, por tanto, debió ser la única habilitada. Con lo cual, *“se conculcó el derecho de Gestión de Empresas Ltda. a la adjudicación del contrato”*.

2. Inadmisión de la demanda, subsanación y contestaciones

2.1. Mediante auto del 8 de octubre de 2010³, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, inadmitió la demanda para que se realizara la estimación razonada de la cuantía, pues la parte accionante no especificó que conceptos comprendía la suma de cuatro mil doscientos millones de pesos (\$4.200.000.000) referida en la pretensión de condena. En memorial radicado oportunamente el 20 de octubre de 2010, GE subsanó la demanda en lo referido a la estimación razonada de la cuantía y señaló que la suma de cuatro mil doscientos millones de pesos (\$4.200.000.000) correspondía a la utilidad dejada de percibir en caso de que hubiere ejecutado el Contrato más los costos de preparación de la

³ Ibid., folio 59.



propuesta⁴. Mediante auto del de 18 de febrero de 2011⁵, el tribunal admitió la demanda y ordenó notificar a Ecopetrol.

2.2. Mediante auto del 19 de abril de 2012⁶, el tribunal ordenó integrar al proceso como litisconsorte necesario a CAM en su calidad de oferente favorecido dentro del Proceso de Selección.

2.3. El 14 de abril de 2015⁷, Ecopetrol contestó oportunamente la demanda y se opuso a las pretensiones argumentando que su actuación se ciñó la ley y a los documentos del Proceso de Selección. Formuló las siguientes excepciones y argumentos de defensa:

2.3.1. Bajo la excepción que denominó "*Inexistencia del derecho a reclamar el restablecimiento deprecado por caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del acto de adjudicación - asignación - del contratista*" argumentó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 del CCA y la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando se pretenda la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación de un contrato, y este ya se hubiere celebrado, el proponente vencido solo podría demandar la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la nulidad del acto de adjudicación, dentro del término de caducidad de la acción de controversias contractuales. No obstante lo anterior, si se pretendía la indemnización de los perjuicios causados con ocasión de la celebración del contrato, debía presentarse la demanda dentro de los 30 días siguientes a la notificación del acto de adjudicación.

En este caso, la decisión de Ecopetrol de celebrar el contrato se tomó el 17 de diciembre de 2008, por lo cual, para que fuera procedente el reconocimiento de pretensiones de naturaleza económica, la demanda debía ser presentada como máximo el 23 de febrero de 2009. GE presentó su demanda el 23 de junio de 2010, por lo cual, caducó la acción en lo referido a las pretensiones de naturaleza económica.

⁴ Ibid., folios 60 a 65.

⁵ Ibid., folio 67.

⁶ Expediente digitalizado en el índice 21 de la plataforma SAMAI, archivo denominado "ED_C02_01 OTROS-CUADERNO 02 PRINCIPAL .pdf", folios 2 a 4.

⁷ Ibid., folios 93 a 113.



2.3.2. La excepción que denominó “Ausencia de fundamentos para deprecar la nulidad” la fundamentó en el hecho de que, si bien GE no estableció de forma clara cuál era la causal alegada de nulidad absoluta del Contrato, de sus afirmaciones de la demanda se podía determinar que esta correspondía a la establecida en el numeral 3° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, atinente a la celebración del contrato con abuso o desviación de poder. En relación con la desviación de poder como causal de nulidad absoluta de los contratos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que esta se configura cuando el contrato celebrado no busca la satisfacción de un interés público, sino de un interés privado o particular. En el presente caso, la argumentación de GE se centró en la existencia de presuntas irregularidades en la evaluación de las propuestas y un presunto incumplimiento por parte de Ecopetrol de los documentos del Proceso de Selección a la hora de asignar el contrato a CAM. Sin embargo, *“las apreciaciones subjetivas, los errores intrascendentes, las divergencias de criterios u opiniones y el simple desacuerdo con las conclusiones de la evaluación del Comité Evaluador de Ecopetrol y posterior escogencia del contratista no son motivos suficientes para estructurar la alegada desviación de poder”*.

2.3.3. En lo referente a la excepción de ineptitud de la demanda, indicó que: **i)** la parte demandante no aportó copia del contrato cuya nulidad deprecaba, lo cual hacía imposible un pronunciamiento de fondo; y **ii)** no se demandó la nulidad del acto mediante el cual Ecopetrol asignó el Contrato, siendo esto necesario para poder estudiar la pretensión de nulidad absoluta del Contrato.

2.3.4. Finalmente, agregó que, contrario a lo afirmado por GE, la evaluación de las propuestas realizada por Ecopetrol se ajustó a lo dispuesto en los documentos del proceso de selección. En lo referente a las certificaciones de experiencia aportadas por CAM indicó que el contenido de dichos documentos era suficiente para tener por acreditada la experiencia mínima y la experiencia adicional. Las validaciones realizadas posteriormente por Ecopetrol, incluidas las entrevistas con el funcionario que expidió las certificaciones, solo corroboraron lo que ya estaba acreditado por los documentos. Al respecto, se remitió a las respuestas dadas por el comité evaluador a las observaciones presentadas por GE.



2.4. En la misma fecha, CAM contestó la demanda⁸ y se opuso a las pretensiones. Formuló la excepción que denominó “*Cumplimiento de todos los requisitos sustanciales exigidos en el proceso de selección y adjudicación del contrato No. 5203896*” y argumentó que la propuesta de CAM había cumplido con los requisitos señalados en los documentos del Proceso de Selección y por lo tanto tenía el derecho de haber celebrado el Contrato con Ecopetrol.

3. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 20 de abril de 2021⁹, el tribunal, corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

3.1. La parte demandante alegó de conclusión oportunamente¹⁰ y, además de reiterar los argumentos de la demanda, relacionados con la actuación irregular de Ecopetrol al asignar el Contrato a CAM, señaló que el dictamen pericial practicado en el proceso acreditaba el monto de los perjuicios sufridos por GE, correspondientes a la utilidad esperada en la ejecución del Contrato, a la cual tenía derecho toda vez que su propuesta fue la única que cumplió con los requisitos establecidos en los documentos del Proceso de Selección.

3.2. CAM también alegó de conclusión oportunamente y reiteró los argumentos de su contestación de la demanda¹¹.

3.3. Ecopetrol también alegó de conclusión oportunamente¹² y además de reiterar los argumentos de su contestación a la demanda, afirmó que: **i)** la actividad contractual de Ecopetrol no está sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP), por lo cual las pretensiones debían analizarse bajo el marco de la culpa *in contrahendo*; **ii)** teniendo en cuenta lo anterior, no estaba acreditado que Ecopetrol hubiere obrado de mala fe en el Proceso de

⁸ Ibid., folios 363 a 366.

⁹ Índice 171 del expediente digital del tribunal en la plataforma SAMAI.

¹⁰ Índice 174 del expediente digital del tribunal en la plataforma SAMAI.

¹¹ Índice 176 del expediente digital del tribunal en la plataforma SAMAI.

¹² Índice 175 del expediente digital del tribunal en la plataforma SAMAI.



Selección; y **iii)** al no estar sometido el Contrato al EGCAP, no le eran aplicables las causales especiales de nulidad del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y, en cualquier caso, en el proceso no se acreditó ninguna causal de nulidad absoluta del artículo 899 del Código de Comercio.

3.4. El Ministerio Público guardó silencio.

4. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 15 de octubre de 2021¹³, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, se inhibió para resolver de fondo sobre el asunto. La sentencia apelada dispuso textualmente:

***“PRIMERO:** Declárese probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción – por no integrar adecuadamente la proposición jurídico procesal, y consecuentemente la Sala se inhibe para resolver de fondo el presente asunto.*

***SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.*

***TERCERO:** Ejecutoriada **liquídense** por Secretaría los gastos de proceso. **Devuélvase** los remanentes al interesado. Pasados dos (2) años sin que hubieren sido reclamados dichos remanentes, la Secretaría declarará la prescripción a favor de la Rama Judicial.*

***CUARTO:** Cumplido lo anterior, por Secretaría de esta Subsección **ARCHÍVESE** el expediente dejando las constancias del caso”.*

En síntesis, el tribunal consideró que:

4.1. La demanda presentada por GE tuvo como única pretensión la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato. El fundamento de esta pretensión correspondió a la supuesta existencia de una serie de irregularidades de Ecopetrol en el Proceso de Selección, que llevaron a la habilitación de la oferta presentada por CAM, en abierto incumplimiento de los requisitos establecidos en las CGC y CEC respecto de la acreditación de la experiencia mínima y la experiencia adicional.

¹³ Índice No. 178 del expediente digital del tribunal en la plataforma SAMAI.



4.2. De lo anterior era evidente que la demanda de GE “*comporta reproches a la legalidad del acto previo a la celebración del contrato*” mediante el cual Ecopetrol “*adjudicó*” el contrato a CAM. En virtud de lo anterior, en la medida en que a la fecha de presentación de la demanda (23 de junio de 2010) el Contrato ya se había celebrado (17 de diciembre de 2008) el demandante solo podía cuestionar la legalidad de la actuación de la entidad demandada pretendiendo la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato, pero con fundamento en la ilegalidad del “*acto de adjudicación*”. GE no demandó el “*acto de adjudicación*”, por lo cual no integró adecuadamente la proposición jurídico procesal, lo cual imponía declarar la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda formulada por Ecopetrol e inhibirse para resolver de fondo el asunto.

5. Recurso de apelación

El 3 de marzo de 2022, la parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación¹⁴ el cual fue concedido mediante auto del 3 de octubre de 2022¹⁵. En su alzada, GE formuló los siguientes reparos:

5.1. El tribunal desconoció el precedente constitucional fijado en la sentencia C-1048 de 2001 en la cual, al analizar la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 448 de 1998 que modificó el artículo 87 del CCA, la Corte señaló que “*una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo se podía alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, aunque no se pronunció en ese momento sobre si en este caso se debía pedir también, ineludiblemente, la nulidad de esos actos administrativos*”.

5.2. Por lo tanto, la nulidad del acto de adjudicación solo podía invocarse como argumento para pretender la nulidad absoluta del contrato, siendo esta la única pretensión posible en la acción de controversias contractuales, la cual no admitía una pretensión separada de nulidad del acto de adjudicación.

¹⁴ Teniendo en cuenta que la sentencia fue notificada por edicto del 18 de febrero de 2022. Índices Nos. 180 y 181 del expediente digital del tribunal en la plataforma SAMAI.

¹⁵ Índice No. 183 del expediente digital del tribunal en la plataforma SAMAI.



5.3. En cumplimiento de lo anterior, en su demanda GE desarrolló los argumentos por los cuales consideraba que el contrato era absolutamente nulo por vicios en el acto de adjudicación. Además, al afirmar que el contrato era nulo por desviación de poder, *“claramente se estaba pretendiendo la nulidad del acto de adjudicación y la consiguiente nulidad del contrato”*.

6. Actuación en segunda instancia

6.1. Mediante providencia del 2 de diciembre de 2022, se admitió el recurso de apelación¹⁶.

6.2. En auto del 10 de febrero de 2023¹⁷, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que presentara concepto.

6.2.1. Ecopetrol presentó sus alegatos oportunamente¹⁸ y solicitó confirmar la decisión de primera instancia, toda vez que el demandante estaba en la obligación de demandar, además, la decisión de adjudicación del contrato, sin que para la fecha de los hechos la regulación procesal permitiera al juez adecuar la demanda a la acción procedente.

6.2.2. La parte demandante también alegó oportunamente de conclusión¹⁹, escrito en el cual reiteró sus alegatos de conclusión de primera instancia.

6.2.3. CAM y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; (2) acción procedente; (3) caducidad; (4)

¹⁶ Índice No. 3 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

¹⁷ Índice No. 11 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

¹⁸ Índice No. 15 del expediente digital en la plataforma SAMAI.

¹⁹ Índice No. 16 del expediente digital en la plataforma SAMAI.



legitimación en la causa; (5) problema jurídico, (6) hechos probados, (7) solución a los problemas jurídicos, y (8) costas.

1. Jurisdicción y competencia

Con fundamento en el artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006²⁰, se advierte la facultad de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del presente asunto, toda vez que el proceso de la referencia corresponde a una controversia originada en la actividad de Ecopetrol como entidad pública²¹.

Por su parte, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 15 de octubre de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dada la vocación de doble instancia del proceso, teniendo en cuenta que la cuantía para la fecha de presentación de la demanda, 23 de junio de 2010²², superaba los 500 SMLMV, de conformidad con lo establecido en los artículos 129²³, 132-6²⁴ y 181²⁵ del CCA., vigentes a la fecha de presentación de la demanda.

²⁰ "Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

²¹ En los términos de los artículos 1 y 2 de la Ley 1118 de 2006 Ecopetrol S.A. es una sociedad de economía mixta con participación accionaria estatal superior al 50%.

²² Para el año 2007 el valor del salario mínimo legal mensual vigente era de \$515.000. Información obtenida de la página oficial del Banco de la República de Colombia <https://www.banrep.gov.co/es/salarios>. Para este año, el tope correspondiente a los 500 SMLMV equivalía a \$257.500.000. En este caso, la cuantía de la demanda se estimó en un monto de \$4.200.000.000

²³ "Artículo 129. 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 y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión".

²⁴ "Artículo 132. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos [...] 6. De los de reparación directa cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales."

²⁵ "Artículo 181. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales [...]"



2. Acción procedente

2.1. En el presente caso la Sala se ve obligada, en primer lugar, a determinar si la acción ejercida por la actora es la adecuada y si, en tal sentido, hay lugar a estudiar de fondo las pretensiones de la demanda. Lo anterior en la medida en que: **i)** se trata de una demanda promovida contra una decisión de naturaleza precontractual proferida por una entidad que no está sometida al EGCAP y; **ii)** el tribunal declaró probada la excepción de inepta demanda toda vez que la parte demandante no formuló una pretensión de nulidad contra el “acto de adjudicación” proferido por Ecopetrol.

2.2. El Código Contencioso Administrativo, norma aplicable al caso *sub judice*²⁶, previó diferentes mecanismos de acceso a la administración de justicia, cuya elección depende de la finalidad que persiguen las pretensiones de la demanda, así como de la fuente del daño del cual éstas se derivan.

En este orden, si lo que se pretende es preservar el ordenamiento con ocasión de la expedición de un acto administrativo que lo vulnera, la acción procedente es la de simple nulidad, prevista en el artículo 84 *ibídem*, subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989²⁷ la cual, en principio, está desprovista de un término de caducidad, es decir, que se puede intentar en cualquier tiempo, comoquiera que a través de la misma se busca la defensa del interés general.

En cambio, si lo que se persigue es la nulidad de un acto administrativo de carácter particular y concreto que se considera ilegal, así como el restablecimiento de algún derecho amparado en una disposición normativa, en cuya violación se fundamenta la pretensión de nulidad, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del CCA, subrogado por el artículo 15 del

²⁶ Toda vez que la demanda se presentó el 23 de julio de 2010.

²⁷ “ARTÍCULO 84. ACCIÓN DE NULIDAD. Subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro”.



Decreto 2304 de 1989²⁸, requiriéndose para su prosperidad desvirtuar las presunciones de legalidad y de veracidad que lo revisten y que hacen obligatorio su cumplimiento. En este caso, dado que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho persigue el restablecimiento de un derecho particular y concreto, como consecuencia de la nulidad de un acto administrativo de la misma índole, la acción no puede ejercerse en cualquier tiempo, sino que, por regla general, tiene un límite temporal de cuatro (4) meses, contados de acuerdo con las reglas del artículo 136 del CCA²⁹.

A su turno, otras de las acciones previstas en el CCA para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la de reparación directa, que se encuentra contenida en el artículo 86³⁰ *ejusdem*. Esta acción resulta procedente cuando se persigue la indemnización de perjuicios derivados de “*un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa*”. Adicionalmente, la jurisprudencia de esta Corporación ha concluido que la acción de reparación directa es la vía adecuada para reclamar indemnización de perjuicios derivados de la ruptura del principio de la igualdad frente a las cargas públicas, producto de actos administrativos respecto de los cuales no se cuestiona su legalidad³¹.

A este efecto, según el inciso 4º del artículo 136 del CCA, subrogado por el Decreto 2304 de 1989, el término de caducidad de la acción de reparación directa es de dos

²⁸ “ARTÍCULO 85. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Subrogado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989: Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente.”

²⁹ “ARTÍCULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. Subrogado por el Decreto 2304 de 1989: (...) La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Si el demandante es una entidad pública, la caducidad será de dos (2) años. Si se demanda un acto presunto, el término de caducidad será de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a aquel en que se configure el silencio negativo.

Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

(...)

La de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos de adjudicación de baldíos proferidos por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – Incora- caducarán en dos (2) años, contados desde la publicación, cuando sea necesaria, o desde su ejecutoria, en los demás casos.”

³⁰ “ARTÍCULO 86. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA. Subrogado por el artículo 16 del Decreto 2304 de 1989: La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos.”

³¹ Al respecto, véase, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de noviembre de 2014, Rad No. 76001-23-31-000-1998-01093-01(31297).



(2) años contados a partir de la ocurrencia de cada una de las referidas hipótesis como las posibles fuentes del daño por el que se demanda indemnización³².

Por otro lado, entre otras acciones previstas en el estatuto procesal administrativo, el artículo 87 del CCA, subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998³³, también consagra la acción de controversias contractuales, mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución y liquidación del contrato estatal, así como la legalidad de los actos administrativos proferidos dentro del desarrollo de éste. Así, cualquiera de las partes del contrato puede solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (v) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (vi) que se hagan otras declaraciones y condenas; no obstante, en virtud de la ley, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo pueden pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. En este caso, el término de caducidad para formular la demanda es de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirvan de fundamento a la acción, según las voces del inciso final del artículo 136 del CCA.

³² "ARTÍCULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. (...)

La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos."

³³ "ARTÍCULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente: > Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil".



De igual modo, tratándose de los actos administrativos precontractuales, el artículo 87 señaló que aquellos serían demandables a través de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación; sin embargo, una vez celebrado el contrato la legalidad de los actos previos únicamente puede controvertirse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

A partir de lo anterior, se concluye que el legislador consagró en el CCA un conjunto de acciones para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo³⁴, cuya elección, de acuerdo con la jurisprudencia, la determina la fuente del daño que se pretende resarcir y la *causa petendi*³⁵. En otras palabras, la fuente del daño que origina la reclamación de perjuicios al Estado es la que determina la acción judicial procedente para acudir al órgano judicial, así como la técnica apropiada para la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por vía jurisdiccional³⁶.

También ha sostenido esta Corporación que la acción judicial ejercida tiene evidentes efectos en el ejercicio de defensa y contradicción del demandado, en tanto ofrece los límites dentro de los que el sujeto pasivo de la acción podrá estructurar los diferentes medios de defensa a su disposición. Es por ello que escoger indebidamente la acción procesal no puede entenderse como un simple defecto formal de la demanda, sujeto a la corrección del juez de conocimiento³⁷, en tanto que es un aspecto que tiene relación directa con la *causa petendi* y el objeto

³⁴ Sobre el particular, Cfr.: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de octubre de 2018, Rad.: (41069)

³⁵ Al respecto, la jurisprudencia ha señalado de modo uniforme y reiterado que, dado que las normas que establecen las condiciones para el ejercicio de una u otra acción son de orden público y de imperativo acatamiento, su elección no se encuentra al arbitrio del demandante. Sobre el particular, esta Corporación ha señalado que, “[...] cómo a cada acción le corresponde una pretensión, según los hechos que conforman o constituyan el conflicto. El sistema procesal para endilgarle al Estado responsabilidad por daños está, en consecuencia, configurado por los arts. 85, 86 y 87 C.C.A. No se trata de un aspecto o tema librado a la voluntad de la parte actora, o de quien va a accionar.” Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de octubre de 2017. Rad.: 42878.

³⁶ Al respecto véanse, entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de febrero de 2001, Rad.: 17769; Sentencia del 12 de mayo de 2011, Rad.: 26758; Sentencia del 7 de junio de 2007, Rad.: 16474; Sentencia del 19 de julio de 2007, expediente 30905; Sentencia del 31 de agosto de 2005, expediente 29511; Sentencia del 12 de mayo de 2016, expediente 36705.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010, Rad.: 18530.



de la acción escogida y, por ende, afecta tanto la competencia del juez, como el debido proceso de la contraparte³⁸.

Excepcionalmente, el juez contencioso administrativo puede adecuar la acción indebidamente formulada, siempre que el derecho de defensa del demandado no resulte afectado, no exista una variación de la *causa petendi* ni de las pretensiones de la demanda y la acción a la que se adecua no haya caducado³⁹. En todo caso, la parte demandada debe contar con las oportunidades procesales para pronunciarse sobre aquello alegado por el demandante y sobre lo cual se edifica la adecuación de la acción.

Ahora bien, cabe señalar que en sentencia del 3 de septiembre de 2020 la Sección Tercera del Consejo de Estado **unificó** su jurisprudencia en lo que respecta a la naturaleza de los actos precontractuales proferidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, así como también frente a la acción procedente para demandarlos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. A este efecto, en la providencia referida se fijaron los siguientes criterios de unificación:

“-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

³⁸ En relación con la indebida escogencia de la acción, esta Corporación ha señalado:

“En ese sentido, resulta oportuno señalar que el carácter sustantivo de la ineptitud de la demanda, por indebida escogencia de la acción, se explica porque cada una de las acciones que fueron contempladas en el Decreto 01 de 1984 tienen una causa y un objeto propios que delimitan el marco del litigio que a través suyo podrá tramitarse y resolverse, es decir, el asunto alrededor del cual ha de versar la controversia jurídica - la causa que le da origen -, así como las declaraciones que según el objeto de la acción de la que se trate podrán válidamente realizarse, aspectos estos que demarcan la competencia del juez y garantizan a la vez el derecho de defensa de la contraparte, pues le aseguran un mínimo de certeza jurídica en cuanto a los términos en los que ha de desarrollarse y fallarse el proceso”. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Rad.:27723.

³⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 9 de abril de 2014, Rad: 26870.



(medio de control) que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos⁴⁰.

Esta Sección ha considerado que la posición de unificación jurisprudencial fijada en esta sentencia resulta aplicable, no solo a las empresas de servicios públicos domiciliarios de naturaleza pública, sino también a otras entidades públicas que, en materia de su actividad contractual, están sometidas al derecho privado⁴¹.

Se resalta, además, que de tiempo atrás esta Subsección, tratándose de casos en los que se cuestiona el desconocimiento de las reglas previstas en procesos contractuales adelantados por entidades públicas regidas por el derecho privado (siempre y cuando no comprendan ofertas según el artículo 845 del C.Co, ni licitaciones públicas reguladas en el artículo 860 del C.Co), ha considerado que la acción de reparación directa es el mecanismo adecuado para estudiar la responsabilidad bajo las reglas de la culpa *in contrahendo*⁴².

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1118 de 2006, se advierte que la actividad contractual de Ecopetrol está sometida al derecho privado⁴³ y, por tanto, al encontrarse en la misma posición que un particular, las actuaciones que esta entidad lleva a cabo en la etapa precontractual son expresiones de la autonomía privada, configurándose como actos de gestión contractual⁴⁴ que no pueden catalogarse como actos administrativos, salvo que la ley disponga lo contrario.

⁴⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020. Rad.: 42003.

⁴¹ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 10 de febrero de 2021.

⁴² Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Rad.: 31628.

⁴³ ARTÍCULO 6º. Régimen aplicable a Ecopetrol S. A. Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa.

⁴⁴ Sobre el particular, esta Subsección ha resaltado que *“La aplicación del derecho privado, en la fase de formación del contrato, implica que la entidad estatal se encontrará en la misma posición que el particular, es decir, que tiene la posibilidad de escoger un contratista mediante un concurso público, sin que ello signifique que emita actos administrativos. Los actos precontractuales de las entidades de los “régimenes exceptuados”, de la misma forma que los de los particulares, no se catalogan como actos administrativos porque estos se fundan en la posición de supremacía de la administración, por virtud de las competencias que les asigna la ley y que les permiten imponer sus decisiones en contra de la voluntad de los particulares. // Las decisiones que adoptan en la fase previa de formación del contrato, corresponden a actos de gestión contractual, iguales a los que adoptaría un particular, quien por razón de la autonomía privada, define cómo y con quién entablar una relación de naturaleza contractual. Ello no quiere decir que estén exentas de responsabilidad, pues, como se verá más adelante, la aplicación del principio de buena fe exenta de culpa le impone obligaciones durante la etapa de las negociaciones previas. // Con esta perspectiva, la Sala ha subrayado que las decisiones adoptadas durante la etapa de formación del contrato adoptadas por las entidades sometidas a los “régimenes*



A partir de lo anterior, la Sala procederá a resolver de fondo el caso sometido a estudio en el marco de la acción de reparación directa y bajo las reglas de la culpa *in contrahendo*, no solamente porque lo alegado por la parte recurrente deriva de circunstancias reflejadas en un acto de gestión contractual, sino también porque el proceso de selección adelantado por Ecopetrol -que ocupa la atención de la Sala- no constituyó una oferta en los términos del artículo 845⁴⁵ del Estatuto Mercantil y mucho menos se trató de una licitación pública de las reguladas en el artículo 860⁴⁶ *ibídem*, pues a través del mismo no se realizó una propuesta de negocio jurídico, sumado al hecho de que, en virtud de las reglas establecidas en el Proceso Contractual, los ofrecimientos allegados por quienes participaron en este tampoco suponían el nacimiento del contrato.

2.3. En el asunto *sub judice* se observa que el 23 de junio de 2010, GE, en ejercicio de la acción de controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del CCA, presentó demanda en contra de Ecopetrol en la que pretendió que se declarara la nulidad del Contrato, y a título de indemnización de perjuicios se condenara a la entidad al pago de los costos de preparación de la oferta y la utilidad que esperaba recibir GE en la ejecución del Contrato. Además, en su demanda, si bien alegó la existencia de una desviación de poder, como causal de nulidad absoluta del Contrato en los términos del numeral 3° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, las imputaciones realizadas en contra de Ecopetrol en realidad correspondieron a cuestionamientos sobre la conducta de la entidad en la evaluación de las ofertas presentadas, lo que llevó a asignar indebidamente el Contrato a CAM cuando la única oferta que cumplía con los requisitos de los documentos del Proceso de Selección era la de la parte actora. En el mismo sentido, si bien es cierto que la única pretensión declarativa correspondió a la relativa a la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato, de la interpretación de la demanda, también es posible

exceptuados”, son expresiones de la autonomía privada como las que adoptan los particulares durante la fase de negociación y, por lo mismo, no son actos administrativos, salvo aquellos casos en los cuales la ley disponga expresamente lo contrario”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de febrero de 2020, Rad.:31.628.

⁴⁵ “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”.

⁴⁶ “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”.



evidenciar que la parte demandante realizó cuestionamientos de “*legalidad*” sobre la decisión de Ecopetrol de celebrar el Contrato con CAM, que a su juicio correspondió a un acto administrativo de adjudicación.

Teniendo en cuenta lo anterior, así como las reglas de la sentencia de unificación referida anteriormente y la jurisprudencia de esta Subsección⁴⁷, lo primero que debe poner de presente la Sala es que la decisión del tribunal de declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por no haberse demandado el “*acto de adjudicación*” es equivocada, por lo cual se revocará. La decisión de Ecopetrol de celebrar el Contrato con CAM correspondió a un acto de naturaleza privada, que no acto administrativo, por lo cual no se podía exigir a GE presentar pretensiones de nulidad contra un acto que, en realidad, no existió.

Además de lo anterior, aunque la parte actora acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción de controversias contractuales con el fin de cuestionar la conducta precontractual desplegada por Ecopetrol mediante la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato, de conformidad con los criterios de unificación fijados por esta Sección en la sentencia del 3 de septiembre de 2020 citada en precedencia y de acuerdo con la posición que de tiempo atrás viene sosteniendo esta Subsección⁴⁸, se estima que la acción procedente para examinar el *sub lite* es la de reparación directa, y al amparo de la misma se analizarán las pretensiones de la demanda, bajo el entendido de que el daño alegado no proviene de un acto administrativo.

En suma, como el reproche formulado por la actora se centra en el desconocimiento de Ecopetrol de las reglas fijadas en los documentos del Proceso de Selección, particularmente respecto de la evaluación de la propuesta de CAM y la posterior asignación del Contrato a este, es evidente que este cuestionamiento se traduce en la presunta violación a los deberes que emanan de la buena fe exenta de culpa durante la fase precontractual, o la denominada culpa *in contrahendo*, y es bajo esta perspectiva que procederá la Sala al examen de fondo de la controversia.

⁴⁷ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Rad.: 31628.

⁴⁸ Ibid.



En armonía con lo anterior, la Sala estima pertinente precisar que en los términos en los que fue formulada la demanda, el daño alegado por GE, causado con ocasión de la conducta precontractual de Ecopetrol, correspondió a que “*se conculcó el derecho de Gestión de Empresas Ltda. a la adjudicación del contrato*”. Por lo tanto, es bajo este supuesto que se analizará si está probada o no la existencia del daño antijurídico alegado.

3. Caducidad de la acción

Comoquiera que el presente caso gira en torno a la responsabilidad precontractual de Ecopetrol, la Sala abordará el examen de caducidad teniendo en cuenta para ello el plazo previsto en el numeral 8º del artículo 136 del CCA, según el cual la acción de reparación directa caducará al vencimiento del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho u omisión causante del daño.

En el presente caso, el hecho causante del daño correspondió a la decisión de Ecopetrol de celebrar el Contrato con CAM. En el expediente no obra prueba que dé cuenta de la fecha en que Ecopetrol tomó dicha decisión. Sin embargo, en la demanda se afirmó que el Contrato se celebró el 17 de diciembre de 2008⁴⁹. Por lo tanto, aun tomando como fecha de acaecimiento del hecho dañoso la de la celebración del Contrato, la demanda se presentó dentro del término de caducidad de dos años señalado anteriormente, pues ésta se radicó el 23 de junio de 2010. Así las cosas, es evidente que la acción se ejerció oportunamente aun sin tener en cuenta la suspensión del término de caducidad que operó entre el 15 de febrero y el 12 de abril de 2009, con ocasión de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el Ministerio Público⁵⁰.

4. Legitimación en la causa

En el presente caso se advierte que GE está legitimada en la causa por activa al haber participado en el Proceso de Selección y considerar que se le causó un daño con ocasión de la decisión de Ecopetrol de adjudicar el Contrato a CAM. Por su

⁴⁹ El referido contrato tampoco obra como prueba en el expediente.

⁵⁰ Expediente digitalizado en el índice 21 de la plataforma SAMAI, archivo denominado “ED_C04_01 ANEXOS DE LA DEMANDA - CUADERNO 04 PRUEBAS Y ANEXOS.pdf”, folios 3.



parte, Ecopetrol está legitimada en la causa por pasiva al haber sido la entidad que llevó a cabo el Procedimiento de Selección. Asimismo, a CAM le asiste el derecho a comparecer al proceso con ocasión de la vinculación efectuada por el tribunal a quo.

5. Problema jurídico

De conformidad con lo expuesto en el numeral 3 referido a la adecuación de la acción y el marco bajo el cual se estudiarán las pretensiones de la demanda, le corresponderá a la Sala determinar si con ocasión del Proceso de Selección, Ecopetrol desconoció sus reglas al evaluar las ofertas y adjudicar el Contrato a CAM y si se configuran los presupuestos de la responsabilidad precontractual de las entidades públicas sometidas al derecho privado.

6. Hechos probados

En el marco de lo expuesto, se establecerá cuáles son los hechos probados que resultan relevantes para decidir la controversia sometida a juicio en esta instancia. Para tal efecto, la Sala analizará los documentos aportados al proceso en copia simple, siempre que no hayan sido tachados de falsedad por alguna de las partes o exista alguna disposición que haga exigible el requisito de las copias auténticas o de una determinada copia, de conformidad con lo dispuesto por esta Corporación en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013⁵¹.

6.1.1. El 21 de octubre de 2018 el Jefe de la Unidad de Abastecimiento Estratégico de Bienes y Servicios de Ecopetrol autorizó la iniciación del proceso de selección No. 514418, cuyo objetivo consistió en contratar la “*Prestación de servicios de*

⁵¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013. Rad.: 25022, en la que se manifestó que, “[...] Debe precisarse que la copia simple de las pruebas que componen el acervo del proceso penal, en especial las diligencias adelantadas por las demandadas, pueden ser valoradas toda vez que los medios probatorios obrantes fueron practicados con audiencia de la demandada, y solicitados como prueba trasladada por la parte demandante, petición que fue coadyuvada por las demandadas, surtiéndose así el principio de contradicción [...] En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad del documento aportado por la parte actora en copia simple, admitido como prueba por la Nación que, además, aceptó el hecho aducido con el mismo en la contestación de la demanda”.



*apoyo a la cadena de abastecimiento de bienes y servicios para Ecopetrol durante las vigencias 2008, 2009, 2010 y 2011*⁵².

6.1.2. En el expediente obran las Condiciones Generales de Contratación⁵³ y las Condiciones Especiales de Contratación⁵⁴, documentos que establecieron las reglas, procedimientos y requisitos para la participación en el Proceso de Selección.

6.1.3. El 28 de octubre de 2008 se realizó una audiencia informativa sobre el Proceso de Selección en las instalaciones de Ecopetrol, en la cual se resolvieron preguntas y aclaraciones sobre los documentos del Proceso de Selección⁵⁵. En dicha audiencia participaron, entre otros, CAM y GE.

6.1.4. El 30 de octubre de 2008, el Jefe de Abastecimiento Estratégico de Bienes y Servicios de Ecopetrol expidió el documento denominado “*Respuesta a las observaciones presentadas a la versión definitiva de los documentos del proceso de selección 514418*”.

6.1.5. Obra en el expediente la propuesta presentada por CAM en el Proceso de Selección. Sin embargo, no obra en el expediente la propuesta presentada por la parte demandante -GE-.

6.1.6. El representante legal de Ecopetrol rindió informe juramentado en los términos del artículo 195 del Código General del Proceso en el cual señaló que: **i)** en el año 2008 Ecopetrol adelantó el Proceso de Selección; **ii)** según el informe de evaluación del 19 de noviembre de 2008, el comité evaluador otorgó a las propuestas de GE y CAM un puntaje de 1000/1000; **iii)** una vez publicado el informe de evaluación, GE realizó una serie de observaciones sobre varias certificaciones de experiencia, que en su criterio no cumplían con lo establecido en los documentos del proceso de selección; **iv)** ante las observaciones de GE, Ecopetrol requirió a CAM una serie de documentos adicionales y realizó una verificación personal con el funcionario de Codensa y Emgesa que expidió las certificaciones; **v)** en

⁵² Expediente digitalizado en el índice 21 de la plataforma SAMAI, archivo denominado “ED_C04_01 ANEXOS DE LA DEMANDA - CUADERNO 04 PRUEBAS Y ANEXOS.pdf”, folios 257 y 258.

⁵³ Ibid., folio 259 a 307.

⁵⁴ Ibid., folios 308 a 410.

⁵⁵ Ibid., folios 411 a 430.



comunicación del 11 de diciembre de 2008, el comité evaluador se mantuvo en sus recomendaciones respecto de la evaluación de las ofertas; **vi)** el funcionario autorizado de Ecopetrol, previo sorteo de balotas para la escogencia del proponente, celebró el Contrato con CAM⁵⁶.

6.1.7. Las demás afirmaciones de la demanda, específicamente las relacionadas con la fecha de presentación de las propuestas, la fecha de cierre del Proceso de Selección, la evaluación de las ofertas realizada por Ecopetrol, las observaciones presentadas por GE a dicho informe de evaluación, las respuestas de Ecopetrol a las observaciones de GE, la selección de CAM como contratista y la celebración del Contrato, no están probadas pues los documentos que la misma parte demandante refirió en su demanda respecto de estos hechos, no obran en el expediente.

Al respecto, la Sala pone de presente que en su demanda GE solicitó que se oficiara a Ecopetrol para que aportara al proceso copia del expediente administrativo del Proceso de Selección y varios documentos individualizados relacionados con los hechos referidos anteriormente⁵⁷. Mediante auto del 15 de mayo de 2015, el tribunal decretó las pruebas por oficio solicitadas por GE y señaló en dicha providencia que: *“Para el trámite de los oficios, se advierte al apoderado de la parte demandante, que una vez retirados los oficios de la Secretaria, debe hacerlos llegar a la entidad oficiada dentro del término de cinco (5) días siguientes a la fecha de retiro, allegando constancia de su radicación dentro del mismo termino; igualmente, deben asumir los costos que por fotocopias se acusen en la entidad oficiada”*⁵⁸.

El 4 de junio de 2015, GE radicó en Ecopetrol el oficio referido⁵⁹. Mediante comunicación del 9 de junio de 2015, Ecopetrol respondió a la radicación del oficio y señaló que el costo de las fotocopias de los documentos solicitados era de doscientos siete mil setecientos sesenta pesos (\$207.760), los cuales debían ser consignados en una cuenta bancaria a nombre de la entidad⁶⁰. En auto del 19 de

⁵⁶ Expediente digitalizado en el índice 21 de la plataforma SAMAI, archivo denominado “ED_C02_01 OTROS-CUADERNO 02 PRINCIPAL .pdf”, folios 395 a 398.

⁵⁷ Expediente digitalizado en el índice 21 de la plataforma SAMAI, archivo denominado “ED_C01_01 OTROS-CUADERNO 01 PRINCIPAL.pdf”, folios 48 a 54.

⁵⁸ Expediente digitalizado en el índice 21 de la plataforma SAMAI, archivo denominado “ED_C02_01 OTROS-CUADERNO 02 PRINCIPAL .pdf”, folio 377.

⁵⁹ Ibid., folio 387.

⁶⁰ Ibid., folio 391.



junio de la misma anualidad, el tribunal requirió a la parte actora para que procediera al pago de las copias solicitadas a Ecopetrol⁶¹.

El 1° de septiembre de 2015, el tribunal requirió nuevamente a la parte demandante para que acreditara el pago de las fotocopias a favor de Ecopetrol, y otorgó un término de 30 días para el cumplimiento de dicha carga, so pena de tener como desistida la prueba⁶². Mediante auto del 14 de diciembre de 2015, al verificar que la parte demandante no había dado cumplimiento a la carga referida anteriormente, el tribunal tuvo por desistida la prueba documental solicitada mediante oficio⁶³, decisión frente a la cual no se interpuso recurso alguno.

7. Caso concreto

7.1. La responsabilidad precontractual de las entidades públicas sometidas al derecho privado – el análisis de la culpa *in contrahendo*

Como quedó visto, los actos precontractuales proferidos por Ecopetrol se sujetan al derecho privado, de tal suerte que el análisis del caso que ocupa la atención de la Sala no tendrá como referente el EGCAP, sino las disposiciones civiles y comerciales en el contexto de la responsabilidad precontractual por culpa *in contrahendo*⁶⁴, así como las CGC y las CEC, documentos que establecían las reglas y requisitos del Proceso de Selección.

En este sentido, según el artículo 863 del Código de Comercio⁶⁵ las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen. Por tanto, para que se configure la responsabilidad precontractual del Estado, es menester que concurren los presupuestos aludidos, es decir, la actuación contraria a la buena fe y la culpa.

⁶¹ Ibid., folios 392 a 394.

⁶² Ibid., folio 489.

⁶³ Ibid., folio 517.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 22 de noviembre de 2021. Radicado 25000232600020110020302 (51962).

⁶⁵ “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”.



Al respecto, conviene señalar que a partir de lo expresamente consagrado en los artículos 1603 del Código Civil⁶⁶ y 871 del Código de Comercio⁶⁷, a lo largo del *iter* contractual los intervinientes deben obrar de conformidad con los postulados de la buena fe, la cual “*consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato*”⁶⁸. Así, según ha tenido la oportunidad de precisar esta Sección⁶⁹, en la etapa precontractual o de formación del negocio jurídico la buena fe impone el respeto, entre otros, a los deberes de información, veracidad, lealtad y corrección.

Bajo este escenario, un oferente dentro de un proceso de selección de una entidad sometida al derecho privado puede sufrir un daño antijurídico con ocasión del incumplimiento por parte de la entidad en su deber de obrar de buena fe, daño que se podría materializar, entre otros, en la frustración a una expectativa legítima de que su oferta fuera evaluada bajo las reglas previamente definidas en el proceso de selección, o, por ejemplo, en la frustración a la expectativa de la celebración del contrato, toda vez que su propuesta cumplía con los requisitos del proceso de selección y debía ser seleccionada para celebrar el contrato.

Teniendo en cuenta lo anterior, cuando el daño antijurídico que reclama un oferente dentro de un proceso de selección sometido al derecho privado corresponde, como en este caso, a la frustración de la expectativa que tenía de celebrar el contrato por cumplir su oferta con todos los requisitos de los documentos del proceso de selección, la jurisprudencia de esta Subsección ha considerado que le incumbe a la parte demandante acreditar: **i)** el incumplimiento de la entidad de los términos y/o reglas respecto de la evaluación de las propuestas; **ii)** que de haberse aplicado

⁶⁶ “Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

⁶⁷ “Artículo 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de noviembre de 2012. Radicado 25000232600019980032401 (22043).

⁶⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera: **i)** Sala Plena. Sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020. Radicado 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003) y **ii)** Subsección C. Sentencias del 28 de febrero de 2020. Radicado 05001233100019960056701 (31628) y del 22 de noviembre de 2021. Radicado 25000232600020110020302 (51962).



correctamente las reglas del proceso de selección, su oferta hubiera sido seleccionada para la celebración del respectivo contrato.

Sobre este particular, en sentencia del 28 de febrero de 2020 se señaló que:

*“La responsabilidad por culpa in contrahendo, frente a las entidades públicas, supone que estas no cumplan con la invitación pública a presentar ofertas. No se ajusta a la buena fe exenta de culpa (art. 863 del C.Co.) que, para la fase de formación del contrato, se establezcan unos parámetros que determinaron la conducta de quienes presentan sus ofertas y luego esos criterios no sean los determinantes para la evaluación de las propuestas. La configuración de esta responsabilidad supone, como se dijo ya, **que quien demanda los perjuicios acredite no solo que las bases del proceso de negociación fueron desconocidas, sino que, de haber sido aplicadas correctamente hubiera sido seleccionado como contratista**”⁷⁰. (énfasis añadido)*

7.2. La falta de prueba del daño alegado en la demanda

Teniendo en cuenta lo anterior, pasará a determinarse si la parte demandante, en cumplimiento de su carga de la prueba⁷¹, acreditó los dos supuestos necesarios para establecer que existió un daño antijurídico imputable a la entidad con ocasión de la no celebración del contrato, a saber, **i)** el incumplimiento de las reglas y términos del procedimiento de selección por parte de la entidad al momento de evaluar las propuestas; y **ii)** que de haber sido aplicadas correctamente dichas reglas, la oferta del demandante hubiere sido la seleccionada.

Tal como se refirió en el numeral 6.1.6 de los hechos probados, en el expediente no existe prueba ni del informe de evaluación elaborado por Ecopetrol, documento necesario para verificar, entre otros, que la revisión de las propuestas por parte de la entidad se hubiere ceñido a los términos del Proceso de Selección, ni tampoco obra en el expediente la propuesta presentada por GE, la cual era necesaria para determinar si la parte demandante tenía derecho a que se celebrara el contrato con ella por haber cumplido los requisitos de los documentos del Proceso de Selección.

⁷⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Rad.: 31628.

⁷¹ Artículo 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.



La Sala resalta, como se refirió también en el numeral 6.1.6. de los hechos probados, que la ausencia de dichos documentos en el expediente tuvo como causa el incumplimiento de la parte demandante en la carga de pagar el valor de las fotocopias a favor de Ecopetrol, tras haber sido requerido en dos oportunidades por el tribunal.

A partir de lo anterior, la Sala estima que la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del CPC, “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, de donde el daño alegado, consistente en la frustración de la expectativa que tenía GE de celebrar el contrato por cumplir su oferta con todos los requisitos de los documentos del proceso de selección, requiere de prueba, cuya omisión por la demandante, a quien corresponde tal *onus*, impide la declaratoria de responsabilidad precontractual.

En virtud de lo anterior, la Sala revocará la decisión de primera instancia de declararse inhibida para pronunciarse de fondo sobre las pretensiones y, en su lugar, las negará por falta de prueba de los supuestos para la declaratoria de responsabilidad precontractual de las entidades sometidas al derecho privado.

8. Condena en costas

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia, debido a que no se evidencia una actuación temeraria de alguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que ésta proceda.

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



Radicado: 25000-23-26-000-2010-00411-02 (69291)
Demandante: GESTIÓN DE EMPRESAS LTDA.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 15 de octubre de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en segunda instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **REMITIR** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Consejera de Estado

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Consejero de Estado

VF/AC3