

## **ADJUDICACION- Perfeccionamiento**

[...] quien pretenda la satisfacción de la prestación prometida por el anunciante, esto por cuanto se le tiene por contractualmente responsable de un comportamiento antijurídico que le es imputable, abriéndose así camino a la reparación del daño compensatorio, vale decir la obligación de restituir al contratante, reclamante de la indemnización, a aquella situación patrimonial en que se hallaría si el negocio hubiese sido cabalmente ejecutado. En síntesis, lo que en verdad es relevante, ante un estado de cosas así, es el interés positivo que resultaría del contrato perfeccionado, por manera que no se trata de resarcir los perjuicios que resultan de una negociación estéril, sino de tener que cumplir el contrato a cuya concertación ella iba enrumada. cuando esa ruptura brusca del procedimiento, adoptada en forma unilateral y sin causa justificada por el anunciante, se sucede antes de culminar aquél en el perfeccionamiento del contrato, mediante la adjudicación al concursante mejor calificado, es decir mientras subsiste aún el período preparatorio, los participantes perjudicados tienen derecho a una indemnización cuya medida ya no se encadena con el interés de cumplimiento o interés positivo – exigible únicamente en la hipótesis de contratos efectiva y válidamente realizados –, sino que vendrá dada por el que comúnmente se llama ‘interés negativo o de confianza’, ordenado por definición hacia el restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquellos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría



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

**Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

**Radicación número: 05001-23-31-000-1996-02602-02 (56.445)**

**Actor: NOEL RODRÍGUEZ CUBIDES**

**Demandado: PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN (ANTES INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES) – CLÍNICA LEÓN XIII**

**Referencia: DECRETO 01 DE 1984 – ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

*Temas: RÉGIMEN CONTRACTUAL DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES: A partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, el ISS fue catalogado como una empresa industrial y comercial del Estado cuyos contratos para desarrollar la actividad de promoción y prestación del servicio de salud se encontraban regidos por el derecho privado // ACCIÓN PROCEDENTE: La acción procedente para cuestionar los actos precontractuales de las entidades con régimen de derecho privado es la de reparación directa // RESPONSABILIDAD POR CULPA IN CONTRAHENDO: Se debe acreditar que la entidad actuó desconociendo el deber de buena fe precontractual y probar los perjuicios derivados de esta actuación irregular.*

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, Noel Rodríguez Cubides, en contra de la sentencia del 11 de septiembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia<sup>1</sup>, por medio de la cual se negaron las pretensiones.

### **I. SÍNTESIS DEL CASO**

El 19 de diciembre de 1996, el señor Noel Rodríguez Cubides presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>2</sup>, en contra del Instituto de Seguros Sociales – Clínica León XIII, con la pretensión de que se declarara la nulidad de la Resolución No. 2892 del 11 de septiembre de 1996, mediante la cual se adjudicó un contrato para el suministro, procesamiento y distribución de alimentación para usuarios hospitalizados al proponente Alimentar Ltda. Asimismo, solicitó que se

---

<sup>1</sup> Fls. 304 – 313, c. ppl.

<sup>2</sup> Fls. 5 – 18, c7.



declarara que su oferta era la más favorable para la entidad y, como consecuencia, que se condenara al Instituto de Seguros Sociales – Clínica León XIII a pagar la indemnización de perjuicios a favor del demandante.

## II. ANTECEDENTES

### 1. La demanda:

Mediante demanda radicada ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 19 de diciembre de 1996<sup>3</sup>, el señor Noel Rodríguez Cubides, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-, subrogado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989, se dirigió en contra del Instituto de Seguros Sociales – Clínica León XIII y de la empresa Alimentar Ltda., en calidad de interviniente, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

*1. Que se declare la nulidad de la resolución de adjudicación No. 2892 de septiembre 11 de 1996, expedida por el Gerente de la IPS CLÍNICA LEÓN XIII del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, por medio de la cual se adjudicó el contrato de suministro y distribución de alimentos a pacientes hospitalizados de la I.P.S. Clínica León XIII a la firma ALIMENTAR LTDA por un valor de \$1.652.574.000 a un plazo de 12 meses, por estar viciada de nulidad por los vicios de procedimiento, la falsa motivación y la desviación de poder, en que se incurrió con la expedición de la resolución mencionada tal como lo detallamos en el capítulo correspondiente al 'concepto de violación'.*

*2. Que se declare que NOEL RODRÍGUEZ presentó la propuesta más favorable o conveniente para la IPS CLÍNICA LEÓN XIII del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en virtud de la contratación directa convocada por esta entidad para celebrar un contrato de suministro y distribución de alimentos a pacientes hospitalizados de la I.P.S. Clínica León XIII.*

*3. Que se condene al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – IPS CLÍNICA LEÓN XIII-, a pagar a NOEL RODRÍGUEZ la totalidad de los perjuicios ocasionados con la no adjudicación del contrato los cuales tasamos en la suma de \$568'258.793 tal como lo explicamos en el capítulo de 'la Estimación razonada de los perjuicios'.*

*4. Que las sumas a que sea condenado el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sean actualizadas entre la fecha en la cual se adjudicó el contrato y la fecha del pago efectivo teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor que certifique el DANE.*

*5. Que se condene al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, IPS CLÍNICA LEÓN XIII a pagar las costas y agencias en derecho causadas en el proceso pues en virtud de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Nacional, el Estado deberá indemnizar la totalidad de los perjuicios que se causen con sus actuaciones y omisiones. No existe entonces razón jurídica alguna para violar esta disposición constitucional con fundamento en una norma de inferior jerarquía que exime a las entidades públicas de pagar las costas y agencias en derecho cuando sean vencidas en juicio.*

---

<sup>3</sup> Fls. 5 – 18, c7.



## 1.1 Los fundamentos de hecho:

La parte actora sustentó sus pretensiones en los fundamentos fácticos que, en síntesis, se expresan a continuación:

1. El Instituto de Seguros Sociales (ISS) publicó los términos de referencia y las especificaciones técnicas para el proceso de contratación directa que tenía por finalidad el suministro y la distribución de alimentos a pacientes hospitalizados. Se determinó como fecha de entrega de los términos de referencia a los interesados el 20 y 21 de agosto de 1996, y se señaló como fecha de cierre para la entrega de ofertas el 30 de agosto de ese año, a las 5:00 p.m.

2. El señor Noel Rodríguez Cubides, propietario del establecimiento de comercio denominado “*Proveedora de Alimentos del Tolima*”, retiró los términos de referencia en el plazo fijado por la entidad. El 30 de agosto de 1996, antes de la hora de cierre para la entrega de las ofertas, recibió un acta de modificación de dichos términos en la cual, entre otros, se amplió el plazo para la presentación de las propuestas hasta el 3 de septiembre de 1996, a las 4:00 p.m.

3. El 1 de septiembre de 1996, el Instituto de Seguros Sociales elaboró una nueva aclaración a los términos de referencia, y eliminó la palabra “*hospitalaria*” del numeral 2.5.3. -Experiencia Hospitalaria-.

4. Al cierre del proceso de selección, se presentaron las ofertas de: (i) Humberto Álvarez Gallego, (ii) Alimentar Ltda. y (iii) Noel Rodríguez Cubides.

5. En la evaluación de la propuesta técnica, la entidad otorgó 11,650 puntos al señor Noel Rodríguez y 9,213 puntos a Alimentar Ltda. En criterio del demandante, no existía razón objetiva para que no se le hubiera asignado el puntaje máximo para el componente técnico, esto es, 15 puntos. También indicó que la propuesta de Alimentar Ltda. presentó inconsistencias relacionadas con las dietas, por lo que la misma no debió ser tenida en cuenta para la celebración del contrato.

6. En la evaluación financiera, se le asignó a ambos proponentes 7 puntos sobre 10. En este componente se calificó la suficiencia económica del oferente para asumir los compromisos del objeto contractual. Si bien no se publicó la forma en la que se hizo esta evaluación, el demandante indicó que Alimentar Ltda. no tenía una situación financiera suficiente conforme a las normas contables, porque: (i) por cada peso debía 70 centavos, mientras que el demandante por cada peso debía 37 centavos y (ii) la



propuesta de Alimentar Ltda. estipulaba intereses de mora del 3,5% mensual, lo que no hacía la propuesta del demandante.

7. En la evaluación de la experiencia e idoneidad, la empresa Alimentar Ltda. presentó 21 documentos que cumplían con los términos de referencia y su calificación fue de 20 puntos, sobre 20 posibles. Por su parte, Noel Rodríguez presentó 36 documentos que cumplían con los requisitos establecidos y solo le otorgaron 5 puntos. Para el accionante, la relación de puntaje que debieron obtener los oferentes por la experiencia acreditada era de 20 puntos para Noel Rodríguez y 11,67 puntos para Alimentar Ltda.

8. La evaluación fue fijada el viernes 13 de septiembre de 1996 y el demandante presentó escrito de observaciones el día hábil siguiente, esto es, el 16 de septiembre a las 7:55 a.m., teniendo en cuenta que el numeral 2.9. de los términos de referencia establecía un período de un (1) día hábil para que los participantes presentaran observaciones al resumen de calificación de ofertas.

9. En documento del 3 de octubre de 1996, notificado el 10 de octubre de ese año, el Instituto de Seguros Sociales – Clínica León XIII respondió el oficio del 16 de septiembre, y afirmó que la evaluación se hizo en debida forma y por profesionales idóneos. De esta respuesta, el demandante destacó que la entidad prefirió la experiencia aportada por Alimentar Ltda. porque acreditó la existencia de más de 20 contratos con clientes diferentes, y que la amplia gama de usuarios ofrecía más seguridad para el Instituto de Seguros Sociales que la experiencia acreditada por el demandante.

10. La resolución de adjudicación fue expedida el 11 de septiembre de 1996; se notificó a la empresa Alimentar Ltda. el 13 de septiembre siguiente, y se comunicó al demandante el 16 de septiembre del mismo año.

## **1.2 Los fundamentos de derecho:**

El actor presentó como fundamentos de derecho, los siguientes:

1. Invocó el artículo 90 de la Constitución, como fundamento de la responsabilidad del Estado. Advirtió que la entidad demandada desconoció los artículos 23, 24, 26 y 29 de la Ley 80 de 1993, al igual que el artículo 2 del Decreto reglamentario 855 de 1994.

2. Sostuvo que el Instituto de Seguros Sociales – Clínica León XIII desconoció el deber de selección objetiva y el principio de transparencia, al violar las disposiciones de los



términos de referencia y no seleccionar la propuesta más favorable para la entidad contratante.

## **2. Actuaciones procesales de primera instancia:**

A través del auto del 10 de febrero de 1997<sup>4</sup>, el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda, ordenó su notificación al representante legal de la entidad demandada y al Ministerio Público, y exhortó al Instituto de Seguros Sociales para que remitiera los antecedentes administrativos de la resolución cuestionada.

### **2.1. Contestación de la demanda:**

El 14 de mayo de 1997, el Instituto de Seguros Sociales – Clínica León XIII contestó la demanda<sup>5</sup> y se opuso a sus pretensiones. En cuanto a los hechos, precisó que la modificación realizada a los términos de referencia se efectuó de manera legal, por motivos de conveniencia en la prestación de servicios y se notificó oportunamente a las partes.

Afirmó que el Instituto de Seguros Sociales – Clínica León XIII calificó de manera objetiva cada una de las propuestas; que los errores presentados por Alimentar Ltda. eran intrascendentes, por lo que no impedían la contratación, y que la oferta de Alimentar Ltda., en su conjunto, era la más favorable para la entidad.

Sobre la evaluación financiera, señaló que el demandante solo tuvo en cuenta un criterio contable y no la totalidad de los datos (flujo de caja, comportamiento de pago, posicionamiento en el mercado, etc.), los cuales se analizaron en conjunto de conformidad con el manual de evaluación financiera de la entidad, el cual fue incorporado al proceso.

En relación con la experiencia, aseveró que lo que se evaluó no fue la cantidad de documentos contenidos en la propuesta, sino la calidad de los mismos, y que los documentos del demandante hacían referencia a contratos celebrados con la misma entidad -el INPEC- pero en distintos sitios de ejecución.

Finalmente, presentó las siguientes excepciones:

(i) *Legalidad del acto administrativo impugnado.* Reafirmó que el acto se expidió conforme a la ley, que se encontraba debidamente motivado, y que no fue proferido

---

<sup>4</sup> Fl. 20, c7.

<sup>5</sup> Fls. 22 – 30, c7.



con desviación de poder, motivos por los cuales estaba revestido con la presunción de legalidad.

(ii) “La genérica”. Enfatizó en que no se evidenciaba causal alguna para declarar la nulidad del acto impugnado.

## **2.2. Grado de consulta y nulidad de la sentencia de primera instancia.**

El 23 de febrero de 2004, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión, concedió las pretensiones de la demanda<sup>6</sup>. En esta providencia, el tribunal realizó la evaluación jurídica, técnica, financiera y de experiencia, concluyendo que efectivamente la parte demandante debía ser la adjudicataria del proceso de selección y, por lo tanto, declaró la nulidad de la resolución y ordenó la respectiva indemnización de perjuicios.

El 16 de julio de 2004, la sentencia se remitió en grado de consulta al Consejo de Estado -en virtud del artículo 184 del CCA, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998<sup>7</sup>-. Mediante sentencia del 17 de octubre de 2013<sup>8</sup>, esta Corporación, con ponencia del consejero Enrique Gil Botero, resolvió la nulidad de todo lo actuado en el grado de consulta y de la sentencia de primera instancia, con el fin de que se conformara el litisconsorcio necesario por pasiva, vinculando al adjudicatario del proceso de selección cuestionado -Alimentar Ltda.-.

El expediente fue devuelto al tribunal con el fin de continuar con el proceso. El 16 de marzo de 2014, se notificó a la empresa Alimentar Ltda. a través de edicto emplazatorio<sup>9</sup>, y el 30 de julio de ese año se nombró a un curador *ad-litem*, quien se pronunció el 25 de agosto de 2014<sup>10</sup>, adhiriéndose a las consideraciones expuestas por el Instituto de Seguros Sociales – Clínica León XIII en la contestación a la demanda.

El 1 de julio de 2015, se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para presentar sus alegaciones finales y rendir concepto, respectivamente. El 10 de julio de 2015, la

---

<sup>6</sup> Fls. 104 – 115, c1.

<sup>7</sup> “Artículo 184. Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador *ad litem*, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas. (...) La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado.

<sup>8</sup> Fls. 175 – 187, c1.

<sup>9</sup> Fls. 199 – 200, c1.

<sup>10</sup> Fls. 221 – 222, c1.



apoderada del demandante allegó los alegatos de conclusión, mientras que las demás partes guardaron silencio.

Durante el término de traslado, el apoderado del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS en Liquidación se hizo presente en el proceso, informando la terminación de la existencia legal del Instituto de Seguros Sociales y la constitución del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS, que tenía a su cargo la defensa de los procesos judiciales y el cobro de títulos judiciales a favor de la extinta entidad<sup>11</sup>.

### 3. La sentencia impugnada:

El Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la sentencia del 11 de septiembre de 2015, resolvió negar las pretensiones de la demanda y no condenar en costas a la parte demandante, por no observar una conducta que lo ameritara<sup>12</sup>.

El *a quo* consideró que la acción pertinente era la de nulidad y restablecimiento del derecho, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 77 de la Ley 80 de 1993<sup>13</sup>.

Estimó que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si la parte demandante acreditó el cumplimiento de las dos condiciones establecidas por la jurisprudencia para la prosperidad de sus pretensiones: (i) la ilegalidad de la decisión adoptada por la administración y (ii) que su oferta era la mejor para la entidad.

Expuso las conclusiones del dictamen pericial decretado<sup>14</sup>, en las cuales se señaló que la propuesta del demandante era la más favorable para la entidad y se calculó la utilidad esperada por el proponente. Sin embargo, se apartó de aquellas por considerar

---

<sup>11</sup> El apoderado del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS presentó escrito solicitando la entrega de los depósitos judiciales que se encontraban en el despacho del tribunal y en los cuales la demandada hiciera parte. Mediante auto del 30 de julio de 2015, el *a quo* negó la solicitud debido a que el destinatario de los dineros depositados al proceso era el auxiliar de la justicia que actuó como perito dentro del mismo.

<sup>12</sup> Fls. 304 – 313, c. ppl.

<sup>13</sup> El parágrafo 1° del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 dispone que “*el acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo*”.

<sup>14</sup> Mediante auto del 19 de mayo de 1997 se decidió decretar una prueba pericial, cuyo objeto fue “*Nómbrese peritos expertos en evaluación de propuestas relacionadas con el suministro de alimentos para que estudien los términos de referencia del proceso de contratación directa para el suministro y distribución de alimentos a pacientes hospitalizados de la I.P.S. Clínica León XIII. Igualmente estudiarán las propuestas presentadas por los distintos oferentes y las evaluaciones que de ellas hicieron los funcionarios del ISS. Tendrán en cuenta la carta de observaciones a las evaluaciones presentadas por el señor NOEL RODRÍGUEZ con fecha 16 de septiembre de 1996 y la carta de respuestas del gerente de la IPS CLÍNICA LEÓN XIII del 3 de octubre de 1996 (...) Con fundamento en esta evaluación determinarán cuál era la propuesta más favorable o conveniente para la entidad contratante, a la cual, de acuerdo con los criterios objetivos, se le debió adjudicar el contrato. Igualmente determinarán cuál es la utilidad esperada por el proponente NOEL RODRIGUEZ teniendo en cuenta el valor de su propuesta, la naturaleza del servicio y el plazo contractual (...)*”.



que el dictamen no otorgaba certeza sobre los hechos dictaminados, toda vez que el perito no indicó los parámetros tenidos en cuenta para arribar a las conclusiones ni explicó la metodología empleada y, por lo tanto, sus afirmaciones no contaban con un soporte suficiente para ser valoradas<sup>15</sup>.

Arguyó que, si bien existían elementos dentro del expediente para determinar cuál propuesta merecía el mayor puntaje en el factor de experiencia -conforme a las exigencias de los términos de referencia-, no ocurría lo mismo frente a los demás factores de evaluación (técnico, financiero, calidad y valor) por tratarse de asuntos con un alto contenido técnico, que requerían ser analizados por expertos para lograr certeza acerca de la debida calificación de estos aspectos y la definición de la mejor propuesta.

En ese sentido, concluyó que la parte demandante no cumplió con la carga de la prueba de acreditar que su propuesta merecía ser la adjudicataria. En consecuencia, al no encontrarse probado uno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para declarar la nulidad de la resolución de adjudicación, se inhibió de realizar el análisis sobre la legalidad de la misma y negó las súplicas de la demanda.

#### **4. Recurso de apelación:**

El 9 de octubre de 2015, el señor Noel Rodríguez Cubides interpuso el recurso de apelación <sup>16</sup> en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, solicitando que la misma sea revocada, y que, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Según el recurrente, no es cierto que no se haya cumplido con la carga de la prueba ni que el dictamen pericial fuera el único medio de convicción, pues en el proceso reposaban las propuestas presentadas por cada uno de los proponentes, las cuales debían ser analizadas por el fallador.

Sumado a ello, expuso detalladamente la manera en la cual se debía calificar el factor de experiencia e hizo una relación de los certificados de experiencia presentados por

---

<sup>15</sup> El Tribunal indicó que, en cuanto al factor técnico, el perito aseveró que la propuesta del demandante se ajustaba a las exigencias de la entidad, pero no hizo referencia al manual de especificaciones del proceso de selección ni al proceso de elaboración y suministro de alimentos de acuerdo con estas exigencias. Frente a la capacidad financiera, concluyó que la evaluación otorgada por la entidad era adecuada, sin hacer ninguna referencia a la realidad financiera de los proponentes ni a los documentos de contenido financiero que obraban en el proceso. Sobre la experiencia, afirmó que el demandante debía tener mayor puntaje porque había acreditado mayor experiencia hospitalaria, sin percatarse de que dicho criterio fue eliminado mediante el acta modificatoria de los términos de referencia y su respectiva aclaración.

<sup>16</sup> Fls. 2273 – 2275, c. ppl.



él y por la empresa adjudicataria, concluyendo que a la propuesta del demandante se le debían asignar 15 puntos, mientras que a la propuesta de la empresa Alimentar Ltda. se le debían asignar 19 puntos. Con esta modificación, la puntuación final sería de 89.31 puntos para el demandante y 81.213 puntos para Alimentar Ltda. Por tanto, se debía declarar la nulidad de la Resolución 2892 del 11 de septiembre de 1996, expedida por el gerente de la Clínica León XIII del Instituto de Seguros Sociales.

Reiteró algunos argumentos generales de la demanda y concluyó que la propuesta presentada por el señor Noel Rodríguez Cubides se ajustaba a los términos dados por el Instituto de Seguros Sociales y debía ser la propuesta con la mejor evaluación en todos los componentes.

### **5. Trámite en segunda instancia:**

Por medio del auto del 5 de noviembre de 2015<sup>17</sup>, el Tribunal Administrativo de Antioquia concedió el recurso de apelación, y ordenó remitir el expediente a esta Corporación para decidir sobre su admisibilidad.

Mediante auto del 25 de febrero de 2016<sup>18</sup>, se admitió el recurso de apelación. A través de providencia del 23 de junio siguiente<sup>19</sup>, se dio traslado a las partes, por el término de 10 días, para que presentaran sus alegaciones finales. Vencido este término, se dio traslado al Ministerio Público con el fin de que rindiera su concepto, de conformidad con el inciso 5 del artículo 212 del Código Contencioso Administrativo<sup>20</sup>.

El 19 de julio de 2016<sup>21</sup>, el demandante presentó sus alegaciones finales, reiterando en su totalidad los argumentos del recurso de apelación. La parte demandada guardó silencio.

El Ministerio Público solicitó confirmar en su totalidad la sentencia recurrida, por considerar que la parte actora no asumió en forma diligente la carga probatoria que le correspondía, y porque el dictamen pericial no le ofreció al juzgador elementos de juicio que lo llevaran al convencimiento para acceder a las pretensiones<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> Fl. 307, c. ppl.

<sup>18</sup> Fls. 331 – 332, c. ppl.

<sup>19</sup> Fl. 333, c. ppl.

<sup>20</sup> El término para que las partes presentaran alegatos de conclusión transcurrió entre el 7 y el 21 de julio de 2016, y el término para que el Ministerio Público conceptuara corrió del 22 de julio al 4 de agosto del mismo año.

<sup>21</sup> Fls. 335 – 346, c. ppl.

<sup>22</sup> Fl. 2374, c. ppl.



### III. CONSIDERACIONES

#### 1. Competencia del Consejo de Estado:

Le asiste competencia a la Sala para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que el artículo 129 del Decreto 01 de 1984 (CCA) -subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988-, aplicable a este proceso, establece que el Consejo de Estado “(...) conocerá en segunda instancia de los siguientes asuntos: (...) 1. De las apelaciones y consultas de las sentencias y de los autos sobre liquidación de condenas en abstracto dictados en primera instancia por los Tribunales Administrativos, y de los recursos de queja cuando se deniegue el de apelación (...)”.

Adicionalmente, la Sala conoce del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de primer grado, dado que la pretensión indemnizatoria ascendió a \$586'258.793, por concepto de los beneficios económicos que se hubieran podido obtener de la adjudicación, celebración y ejecución del contrato, mientras que el monto exigido para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa<sup>23</sup> tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación era de \$13'460.000<sup>24</sup>.

#### 2. Legitimación en la causa:

En el presente caso, el señor Noel Rodríguez Cubides está legitimado en la causa por activa, toda vez que participó en calidad de proponente en el proceso de contratación directa para el suministro, procesamiento y distribución de alimentación para usuarios hospitalizados, adelantado por el Instituto de Seguros Sociales – Clínica León XIII.

Por su parte, el Instituto de Seguros Sociales – Clínica León XIII está legitimado por pasiva, en razón a que fue la entidad que adelantó el proceso de contratación demandado. Igualmente, la empresa Alimentar Ltda. está legitimada, porque fue la beneficiada con la adjudicación del contrato en el proceso controvertido.

<sup>23</sup> Sobre la acción procedente y su adecuación se hará referencia en acápite posteriores.

<sup>24</sup> El numeral 10 del artículo 132 del CCA, modificado por el artículo 2° del Decreto 597 de 1988, establecía que los tribunales administrativos conocían en primera instancia de los procesos de reparación directa cuya cuantía superara los \$3'500.000. En virtud del artículo 265 del CCA, modificado por el artículo 4° del Decreto 597 de 1988, este monto debía ajustarse en un 40% cada dos años, desde el 1 de enero de 1990 y los resultados del ajuste debían aproximarse a la decena de mil inmediatamente superior. Por lo tanto, la cuantía para 1996 era de \$13'460.000.



### 3. Procedencia y oportunidad de la acción:

Al *sub júdice* le resultan aplicables las disposiciones procesales vigentes para la fecha de presentación de la demanda -19 de diciembre de 1996-, esto es, el Código Contencioso Administrativo y el estatuto procesal civil, en los aspectos no contemplados en el primero (artículo 267 del Decreto 01 de 1984)<sup>25</sup>.

Dado que el demandante presentó una acción de nulidad y restablecimiento del derecho y el trámite de primera instancia se llevó a cabo con fundamento en el estudio de legalidad del acto demandado, la Sala debe aclarar cuál es la acción procedente, a partir de la naturaleza de la resolución impugnada.

El artículo 275 de la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era una empresa industrial y comercial del Estado y agregó que, respecto de los servicios de salud que prestara, actuaría como una entidad promotora -EPS- y prestadora de servicios de salud -IPS- con jurisdicción nacional.

Esta Corporación ha sostenido que el régimen contractual del Instituto de Seguros Sociales, en su actividad como entidad promotora y prestadora de servicios de salud, es el derecho privado. En ese sentido, ha manifestado:

*(...) 20. Al respecto, debe señalarse que el régimen de seguridad social adoptado por la Ley 100 de 1993, específicamente respecto del Instituto de Seguros Sociales, en su artículo 275 confirmó su naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado, **con el agregado de que en lo atinente a los servicios de salud que prestara, actuaría como una entidad promotora -E.P.S.- y, en ciertos casos, como prestadora de servicios de salud -IPS-, con jurisdicción nacional, de manera que en cuanto a su disciplina jurídica se aplicarían las normas generales correspondientes a esa fisonomía.***

*(...)*

*25. Así las cosas, está más que claro que en atención a la naturaleza jurídica y el objeto social del Instituto de Seguro Social previstos en la Ley 100 de 1993, **siempre que su actuación se enmarque en la prestación o promoción de servicios de salud, debe aplicarse un régimen de derecho privado a los contratos que suscriba para la prestación del servicio de salud por parte de una I.P.S. a uno de sus afiliados, y en tal sentido, la presunta relación jurídica alegada por la parte demandante en este caso, también se encuentra cobijada por tal ordenamiento jurídico (negrilla fuera del texto original)**<sup>26</sup>.*

<sup>25</sup> La aplicación del CCA se hace con fundamento en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, que dispone expresamente lo siguiente: “Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”. Por lo tanto, el régimen jurídico aplicable es el contenido en el Código Contencioso Administrativo (vigente al momento de presentarse la demanda) y el estatuto procesal civil que le es compatible, esto es, el CPC.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 10 de julio de 2014. Radicado No. 25000-23-26-000-2001-01468-01 (27.592), C.P.: Danilo Rojas Betancourth. Esta posición ha sido expuesta y reiterada en varias providencias. Al respecto, pueden consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 29 de octubre de 2012. Radicado No. 17001-23-31-000-1998-0714-01 (21.610), C.P.: Stella Conto Diaz del Castillo; Consejo de Estado, Sección Tercera,



Así las cosas, el proceso de contratación que inició el Instituto de Seguros Sociales tuvo por objeto la selección de un contratista para el suministro de alimentación a pacientes hospitalizados de la Clínica León XIII. De modo que dicho proceso estuvo ligado a su actividad como Entidad Prestadora de Servicios de Salud, ya que la ejecución de ese contrato resultaba esencial para el cuidado de las personas que eran atendidas en dicha institución.

Como para el momento de los hechos (1996), el Instituto de Seguros Sociales – Clínica León XIII actuaba como una entidad prestadora de servicios de salud, el régimen jurídico de contratación aplicable era el previsto en las normas civiles y comerciales. Las consecuencias jurídicas de esta regulación no se circunscriben solamente al ámbito de la celebración y ejecución del contrato, sino que, también, influyen en los actos de las partes encaminados a su formación<sup>27</sup>.

Sobre la naturaleza jurídica de los actos precontractuales proferidos por las entidades sometidas al derecho privado<sup>28</sup>, particularmente de las empresas de servicios públicos domiciliarios, esta Corporación unificó su jurisprudencia, en el sentido de que estos no tienen el carácter de actos administrativos, por cuanto son actos jurídicos de carácter privado. En consecuencia, la acción procedente para controvertirlos es la de reparación directa<sup>29</sup>, según lo estableció la referida providencia:

*En aplicación de dicha construcción al caso concreto, y una vez en claro que el acto precontractual demandado constituye un acto jurídico de carácter privado, se concluye que el daño alegado por el actor no tuvo origen en la presunta ilegalidad de un acto administrativo. Por lo tanto, la acción idónea para estudiar esta controversia correspondía a la reparación directa, contemplada en el artículo 86 del CCA.*

La decisión de unificación resulta aplicable al caso concreto, en tanto su fundamento radica en que el régimen contractual de dichas empresas es el derecho privado. Es así como, en un caso similar al de la referencia, en el cual se reprochaba un proceso

---

Subsección B. Sentencia del 5 de abril de 2013. Radicado No. 17001-23-31-000-1999-00860-01 (21.312), C.P.: Danilo Rojas Betancourth; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 6 de mayo de 2015. Radicado No. 25000-23-26-000-2000-00524-01 (28.405), C.P.: Olga Mélida Valle de De la Hoz; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Radicado No. 05001-23-31-000-1996-00657-01 (31.628), C.P.: Guillermo Sánchez Luque.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Radicado No. 05001-23-31-000-1996-00657-01 (31.628), C.P.: Guillermo Sánchez Luque.

<sup>28</sup> Específicamente, esta Subsección ha considerado que “los actos precontractuales proferidos por entidades públicas cuyos procesos de selección deban adelantarse con sujeción al derecho privado, no tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos, justamente porque esta categoría escapa al régimen legal atribuido por ley”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 18 de febrero de 2022. Radicado No. 66001-23-33-000-2012-00054-01 (55.731), C.P.: José Roberto SÁCHICA Méndez.

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia de Unificación del 3 de septiembre de 2020. Radicado No. 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42.003), C.P.: Alberto Montaña Plata.



de contratación adelantado por el Instituto de Seguros Sociales, esta Corporación determinó:

*Como el régimen jurídico del contrato es exclusivamente el derecho privado, los actos precontractuales no son susceptibles de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, pues el daño no proviene de un acto administrativo, ni lo que se pretende es adelantar un juicio de legalidad sobre una prerrogativa que refleje el poder de imperio del Estado (...)*

*A su vez, si el contrato no se formó, pero las negociaciones estaban lo suficientemente avanzadas para que el demandante considerara que ello iba a producirse o porque las reglas del proceso de negociación suponían que con él debía celebrarse el contrato, el demandante tendrá derecho al “interés negativo o de confianza” y en consecuencia, el medio de control procedente será el de reparación directa (...).*

*La demanda presentada será interpretada, según lo expuesto, para estudiar la responsabilidad de la entidad demandada bajo las reglas de la culpa in contrahendo (culpa precontractual)<sup>30</sup>.*

En ese sentido, y de acuerdo con las reglas establecidas en la sentencia de unificación, esta Sala procede a realizar la adecuación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por la de reparación directa, dado que el acto que se cuestiona no tiene el ropaje de un acto administrativo, sino que es un acto jurídico de carácter privado.

En consecuencia, el término para presentar la demanda, de conformidad con el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, era de dos (2) años, que se contaban a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente de un inmueble por trabajo público o por cualquier otra causa.

La parte demandante alegó la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales por no haberla seleccionado para celebrar el contrato, a pesar de presentar la mejor oferta. Por esta razón, el término se contará desde el momento en que se le informó al actor que no resultó seleccionado, circunstancia que ocurrió el 16 de septiembre de 1996. Así, el término de caducidad corrió del 17 de septiembre de este año, al 17 de septiembre de 1998. Como la demanda se presentó el 19 de diciembre de 1996, puede concluirse que fue presentada en tiempo.

#### **4. Hechos probados y material probatorio relevante:**

En el *sub-lite* se aportó el siguiente material probatorio, que resulta relevante para el estudio del caso.

---

<sup>30</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Radicado No. 05001-23-31-000-1996-00657-01 (31.628), C.P.: Guillermo Sánchez Luque.



**4.1.** El 18 de agosto de 1996, el Instituto de Seguros Sociales publicó un aviso en el periódico *El Colombiano*, informando que se encontraba interesado en recibir propuestas para la contratación directa del “*suministro y distribución de alimentación a pacientes hospitalizados*” con arreglo a los términos de referencia establecidos por la entidad, los cuales podían ser consultados en sus instalaciones los días 20 y 21 de agosto de 1996. Allí mismo, se determinó que la fecha límite para la entrega de las ofertas era el 30 de agosto de 1996, a las 5:00 p.m.<sup>31</sup>.

**4.2.** El 30 de agosto de 1996, antes de la hora límite para la entrega de las propuestas, se remitió a los interesados<sup>32</sup> el acta modificatoria de los términos de referencia. Mediante esta acta se amplió el plazo para la entrega de ofertas hasta el 3 de septiembre de 1996 a las 4:00 p.m. y se modificó el numeral “2.5.3. *Experiencia Hospitalaria*”, estableciendo como requisito de experiencia la prestación de servicios de suministro de alimentación de carácter industrial<sup>33</sup>. Complementario a esto, el 2 de septiembre del mismo año, la entidad envió a los interesados un acta aclaratoria en la cual se precisaba que se había eliminado la palabra “*hospitalaria*” del numeral 2.5.3. precisado, por lo que la experiencia requerida en el proceso era de carácter industrial y no hospitalario<sup>34</sup>.

**4.3.** Según consta en el acta de apertura de la urna dispuesta para el proceso<sup>35</sup>, se presentaron las propuestas de Humberto Álvarez, Alimentar Ltda., Seral Ltda. y Noel Rodríguez Cubides<sup>36</sup>. El Instituto de Seguros Sociales retiró la propuesta de Seral Ltda. dado que fue presentada extemporáneamente. Igualmente, se descalificó la propuesta de Humberto Álvarez durante la evaluación jurídica por no haber presentado la garantía de seriedad de la oferta<sup>37</sup>. En consecuencia, los dos proponentes que continuaron en el proceso de evaluación fueron Alimentar Ltda. y Noel Rodríguez Cubides.

**4.4.** Como producto de la evaluación realizada por la entidad, se asignaron los siguientes puntajes<sup>38</sup>:

---

<sup>31</sup> Fl. 21, c11.

<sup>32</sup> Según consta en la relación de personas que reclamaron las bases técnicas y los términos de referencia (fl. 161, c11), los interesados en el proceso eran: Ali Navas, Noel Rodríguez Cubides, Salamanca S.A., Humberto Álvarez Gallego, Seral Ltda. y Alimentar Ltda.

<sup>33</sup> Fls. 179 – 203, c11.

<sup>34</sup> Fls. 204 – 228, c11.

<sup>35</sup> Fls. 274 – 277, c11.

<sup>36</sup> Si bien en el acta el proponente se relaciona como “*Proveedora de Alimentos Tolima*”, lo cierto es que la oferta se presentó a nombre del señor Noel Rodríguez Cubides como propietario de dicho establecimiento de comercio (Fls. 19 – 21, c8).

<sup>37</sup> Fl. 296, c11

<sup>38</sup> Fl. 295, c11



Proponente	Evaluación técnica	Evaluación Financiera	Experiencia e idoneidad	Calidad	Valor	Total
Noel Rodríguez	11,650	7	5	29	24,66	77,31
Alimentar Ltda.	9,213	7	20	21	25	82,213

4.5. A través de la Resolución No. 2892 del 11 de septiembre de 1996, se adjudicó el contrato para el “*suministro y distribución de alimentos a pacientes hospitalizados de la I.P.S. Clínica León XIII*” a la empresa Alimentar Ltda., por un valor de MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL PESOS M.L. (\$1.652'574.000) <sup>39</sup>. Esta decisión fue notificada a la empresa Alimentar Ltda. el 13 de septiembre de 1996<sup>40</sup> y comunicada al señor Noel Rodríguez Cubides el 16 de septiembre del mismo año<sup>41</sup>.

4.6. El 16 de septiembre de 1996, el señor Noel Rodríguez radicó ante la entidad un oficio con observaciones a la asignación de puntajes dentro del proceso de contratación<sup>42</sup>, el cual fue respondido a través de documento con fecha del 3 de octubre del mismo año, explicando la forma en la cual se había realizado la evaluación de cada componente.

4.7. Se decretó como prueba en primera instancia un dictamen pericial para estudiar los términos de referencia del proceso y las propuestas presentadas por los oferentes, con el fin de determinar cuál era la propuesta más favorable o conveniente para la entidad contratante y cuál era la utilidad esperada por el adjudicatario<sup>43</sup>.

## 5. Problema jurídico:

Le corresponde a la Sala determinar si, con ocasión del proceso de contratación adelantado por el ISS, se configuró la responsabilidad por **culpa in contrahendo**, porque se desconocieron las reglas de los términos de referencia y no se adjudicó el contrato a la mejor propuesta presentada. Para ello, se debe determinar (i) si durante la **etapa de tratativas**, la demandada desconoció el deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual<sup>44</sup>, así como los principios de la función administrativa, y (ii) si, como consecuencia de esta actuación, se generó un perjuicio indemnizable para el demandante.

<sup>39</sup> Fls. 303 – 305, c11.

<sup>40</sup> Fl. 303, c11.

<sup>41</sup> Fl. 310, c11.

<sup>42</sup> Fls. 1 – 29, c12.

<sup>43</sup> Fls. 79 – 90, c7.

<sup>44</sup> Código de Comercio, 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”.



### 5.1. Aclaración preliminar sobre la naturaleza jurídica de los términos de referencia publicados por el Instituto de Seguros Sociales a la luz del artículo 845 del Código de Comercio:

Como primera medida, debe analizarse si los términos de referencia y las especificaciones técnicas para la contratación directa del suministro y distribución de alimentos para pacientes hospitalizados, que fueron realizados por el Instituto de Seguros Sociales, constituyeron una oferta en los términos de los artículos 845<sup>45</sup> y 860<sup>46</sup> del Código de Comercio o si, por el contrario, la etapa precontractual en este caso correspondió a una invitación a presentar ofertas, modalidad de formación del contrato en la que no es dable predicar los efectos de la oferta, principalmente su carácter irrevocable.

Para estos efectos, es necesario resaltar que la diferencia más significativa entre una y otra figura, según la Corte Suprema de Justicia, radica en que la oferta, como propuesta completa de negocio jurídico que se presenta a terceros, debe contener los “*elementos esenciales del negocio*” (artículo 845 del Código de Comercio). Para la Corte, “*la oferta como acto unilateral se instituye en fuente obligacional y (...) en el evento del retracto injusto se está frente a un acto ilegal que compromete la responsabilidad*”<sup>47</sup>. En contraste, la invitación a presentar ofertas carece de ese rasgo distintivo, “*de suerte que la conformidad del destinatario no podría implicar celebración*”<sup>48</sup> del contrato.

Al respecto, el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria ha sostenido que un anuncio puede contener una verdadera propuesta de contrato o, simplemente, tratarse de una invitación a emprender negociaciones<sup>49</sup>. En ese sentido, ha afirmado que, en ocasiones, “*la verdadera oferta es la presentada por el concursante, y en cuanto tal debe contener los elementos esenciales del convenio, propuesta que una vez aceptada por quien abrió el concurso, perfeccionará el negocio jurídico*”<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> Código de Comercio. Artículo 845. “*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*”.

<sup>46</sup> Código de Comercio. Artículo 860. “*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*”.

<sup>47</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 12 de agosto de 2002, Exp. 6151.

<sup>48</sup> Hineyrosa, Fernando, Tratado de las obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico, Vol. 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 761.

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de abril de 2001, exp. 5716.

<sup>50</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de abril de 2001, exp. 5716.



En el caso *sub examine*, se tiene que el documento publicado por el Instituto de Seguros Sociales para la contratación del suministro de alimentación a pacientes hospitalizados dejó consignado expresamente que la entidad estaba interesada en recibir ofertas en las cuales se expresara el valor total, los bienes ofrecidos, los precios unitarios, los plazos de entrega, entre otros elementos relevantes del negocio. Asimismo, brindó la posibilidad de presentar propuestas principales y alternativas, estableció un procedimiento para la evaluación de las mismas, la posibilidad de hacer adjudicaciones parciales y fijó un período de 5 días posteriores a la adjudicación para el perfeccionamiento del acuerdo<sup>51</sup>.

De esta manera, la entidad no formuló una oferta en los términos del artículo 845 del Código de Comercio ni una licitación pública de las reguladas en el artículo 860 de la misma norma, pues su intención era invitar a que se presentaran propuestas para estudiar, de acuerdo con las reglas establecidas, con quiénes de esos oferentes celebraría el contrato e, incluso, si lo haría mediante adjudicaciones parciales. Esto quiere decir que los invitados eran los oferentes y la sola presentación de su oferta no implicaba el nacimiento del contrato.

Como la invitación a contratar hecha por la entidad no constituyó una oferta, la misma no estaba investida del deber de irrevocabilidad, y la presentación de las propuestas no supuso la celebración del contrato en los términos del artículo 860 del Código de Comercio. En tal virtud, la responsabilidad y la fuente de la obligación resarcitoria será estudiada en el escenario precontractual.

## **5.2. Deber de buena fe en la etapa precontractual:**

El artículo 863 del Código de Comercio impone el deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual. El incumplimiento de este deber supone la indemnización de los perjuicios que se causen. Asimismo, de conformidad con la jurisprudencia unificada de esta Corporación<sup>52</sup>, las entidades regidas por el derecho privado en sus actuaciones contractuales y precontractuales deben observar los principios de la función administrativa, lo que implica, además, que deben sujetarse a las reglas dispuestas en sus procesos contractuales.

Es por ello que la Sala procederá a analizar si el Instituto de Seguros Sociales desconoció el deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual, así como los principios de la función administrativa y las reglas establecidas en los términos de

---

<sup>51</sup> Fls. 147 – 160, c11.

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia de Unificación del 3 de septiembre de 2020. Radicado No. 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42.003), C.P.: Alberto Montaña Plata.



referencia para la contratación del suministro de alimentación a pacientes hospitalizados de la Clínica León XIII.

De conformidad con lo expuesto por esta Corporación<sup>53</sup>, el deber de buena fe en la etapa de formación del contrato exige que las partes sean **claras**, lo cual será analizado por esta Sala a partir de los términos de referencia publicados por la entidad demandada.

Teniendo en cuenta que la apelación solo cuestionó la asignación de puntaje en el factor de experiencia, únicamente se estudiará lo que corresponde a este cargo. Al respecto, la Sala observa que el numeral 2.5.3. de los términos de referencia, en su versión original, establecía lo siguiente:

*2.5.3. EXPERIENCIA HOSPITALARIA. Se entiende por tal el conocimiento y la práctica que tenga el oferente en la preparación, suministro y distribución de alimentos a pacientes en centros ambulatorios y/u hospitalarios. Puntaje de 20 puntos<sup>54</sup>.*

El factor de experiencia fue variado mediante acta modificatoria de los términos de referencia y su respectiva aclaración, quedando así:

*El numeral 2.5.3. EXPERIENCIA HOSPITALARIA:*

*Experiencia e idoneidad en la prestación de servicios de suministro de alimentación de carácter industrial en los últimos cinco años y de los contratos de suministro de alimentación de carácter industrial actualmente en ejecución, acompañado de las certificaciones correspondientes e indicando el cumplimiento y calidad de los mismos. Estos documentos son necesarios para la evaluación de las propuestas.*

*En este numeral se elimina la palabra HOSPITALARIA<sup>55</sup>.*

Mediante oficio del 3 de octubre de 1996, el Instituto de Seguros Sociales le comunicó al demandante la forma en la que fue calificado el factor de experiencia:

*El Instituto para puntuar las certificaciones presentadas por los proponentes, determinó dar un punto por cada certificación válida, hasta el máximo de 20 posibles.*

*Tomó como certificaciones válidas, las expedidas por la Empresa Contratante, que certifica su desarrollo y cumplimiento del contrato dentro de los últimos 5 años.*

*De la documentación presentada por los proponentes, se constató lo siguiente: que la firma ALIMENTAR LTDA, presentó certificaciones válidas de más de 20 contratos celebrados con veinte usuarios diferentes, lo que le otorga una amplia experiencia, constituyéndose en una mejor garantía para el Instituto, por la amplia gama de usuarios; independientemente de que obtuvo el máximo puntaje.*

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Fl. 152, c12.

<sup>55</sup> Fl. 204, c12.



*Al analizar la propuesta de Noel Rodríguez Cubides, se constató que aunque presenta un gran número de páginas con documentos en el acápite certificaciones, estas no son tales, puesto que presenta: fotocopias de contratos, que si bien son válidas no son certificaciones sobre su desarrollo, así mismo presenta certificaciones sobre contratos con más de cinco años de haber sido ejecutados y certificaciones sobre un mismo contrato, dadas por distintas instancias de un mismo organismo, y al hacer la depuración de toda esta documentación, solo se establece validez para cinco certificaciones, que fue el puntaje que se le asignó.*

*La experiencia del proponente Noel Rodríguez Cubides, se circunscribe a las entidades carcelarias (INPEC) para suministrar la alimentación a los reclusos y al ISS, lo que limita su experiencia a dos tipos de usuarios”.*

Si bien es cierto que no existía claridad en los términos de referencia sobre la forma de otorgar el puntaje a cada una de las certificaciones de experiencia válidas, por lo que la entidad en un principio vulneró el deber de claridad derivado de la buena fe, este aspecto fue esclarecido mediante la comunicación precitada, en la cual se informó que cada una de ellas conferiría un punto en la calificación. Ahora bien, en los términos de referencia no se estableció como criterio de evaluación la variedad de usuarios a los que se haya prestado el servicio, por lo que no es posible aplicar dicho criterio en la asignación de puntajes.

Es así como la Sala analizará si el Instituto de Seguros Sociales aplicó en debida forma las reglas a las que ella se sujetó en su invitación a recibir ofertas, pues el deber de lealtad negocial y de buena fe impone la obligación de cumplir con las reglas previamente definidas por la entidad en el ejercicio de su autonomía de la voluntad.

Por lo tanto, se revisará la aplicación del criterio expuesto por el Instituto de Seguros Sociales para la evaluación de las certificaciones de experiencia aportadas por los dos proponentes habilitados para participar en el proceso, con el fin de verificar la asignación de puntaje, tomando como base la metodología señalada en el oficio del 3 de octubre de 1996, según la cual se asignó un punto por cada certificación válida, hasta un máximo de 20 puntos.

En ese sentido, se tendrán en cuenta las certificaciones que cumplan con las condiciones establecidas en los términos de referencia, esto es, (i) contratos de prestación de servicios de suministro de alimentación de carácter industrial, (ii) en los últimos cinco años<sup>56</sup> o que se encontraran en ejecución para la fecha de presentación de la propuesta y (iii) que indicaran el cumplimiento y la calidad de los mismos.

---

<sup>56</sup> Servicios prestados desde el 3 de septiembre de 1991.



El señor Noel Rodríguez Cubides -como propietario del establecimiento de comercio Proveedor de Alimentos Tolima <sup>57</sup> - presentó las siguientes certificaciones de experiencia válidas<sup>58</sup>:

No.	No. Contrato	Contratante	Objeto	Año de ejecución
1	3066-91	IPS Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali	Suministro de alimentación a pacientes hospitalizados y empleados que tienen derecho a alimentación	1992
2	110-93	IPS Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali	Suministro de alimentación a pacientes hospitalizados y empleados que tienen derecho a alimentación	1993
3	280-93	IPS Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali	Suministro de alimentación a pacientes hospitalizados y empleados que tienen derecho a alimentación	1993
4	3843-93	IPS Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali	Suministro de alimentación a pacientes hospitalizados y empleados que tienen derecho a alimentación	1993
5	215	IPS Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali	Suministro de alimentación a pacientes hospitalizados y empleados que tienen derecho a alimentación	1995
6	N/A	IPS Envigado - Clínica Santa Gertrudis de Envigado	Alimentación de pacientes	1994
7	N/A	IPS Envigado - Clínica Santa Gertrudis de Envigado	Alimentación de pacientes	1996
8	233/1994	Instituto de Seguros Sociales - Seccional Antioquia	Alimentación a pacientes hospitalizados	1994
9	105/1996	Instituto de Seguros Sociales - Seccional Antioquia	Alimentación a pacientes hospitalizados	1996
10	028-94	Instituto de Seguros Sociales – Clínica Santa Isabel de Hungría Valle del Cauca	Suministro de alimentos a pacientes	1994
11	191-94	Instituto de Seguros Sociales - Clínica Santa Isabel de Hungría Valle del Cauca	Suministro de alimentos a pacientes	1995
12	442/93	INPEC - CDJ Manizales	Suministro de alimentación para los internos de los Establecimientos Carcelarios	1994
13	443/93	INPEC - CDJ Pereira	Suministro de alimentación para los internos de los Establecimientos Carcelarios	1994

<sup>57</sup> Según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Palmira (Fls. 19 – 21, c8).

<sup>58</sup> Fls. 31 – 60, c8 y 61 – 88, c9. Las certificaciones de experiencia que no fueron tenidas en cuenta correspondían a (i) certificaciones repetidas, (ii) certificaciones sin fecha de ejecución y (iii) certificaciones de contratos que fueron ejecutados con anterioridad al 3 de septiembre de 1991.



14	459/93	INPEC - R.M. Cali	Suministro de alimentación para los internos de los Establecimientos Carcelarios	1994
15	460/93	INPEC - Penitenciaría de Palmira	Suministro de alimentación para los internos de los Establecimientos Carcelarios	1994
16	461/93	INPEC - CCJ Tuluá	Suministro de alimentación para los internos de los Establecimientos Carcelarios	1994
17	462/93	INPEC - CCJ Sevilla	Suministro de alimentación para los internos de los Establecimientos Carcelarios	1994
18	458/93	INPEC - CDJ Cali	Suministro de alimentación para los internos de los Establecimientos Carcelarios	1994

Conforme a la relación de certificaciones de experiencia, se evidencia que el señor Noel Rodríguez Cubides presentó 18 certificaciones de contratos que cumplían con lo señalado en los términos de referencia. En ese sentido, se le debieron asignar 18 puntos y no 5 como lo hizo la entidad demandada.

Ahora bien, la empresa Alimentar Ltda. presentó las siguientes certificaciones de experiencia válidas<sup>59</sup>:

No.	No. Contrato	Contratante	Objeto	Año de ejecución
1	181/91	Municipio de Itagüí	Suministro de alimentos y refrigerios a establecimientos educativos	1992
2	035/93	Municipio de Itagüí	Suministro de alimentos y refrigerios a establecimientos educativos	1993-1994
3	6577	Empresa de energía de Bogotá E.S.P.	Proporcionar almuerzo todos los días hábiles de la semana, a las personas debidamente autorizadas por la empresa.	1996
4	N/A	Municipio de Envigado	Suministro de aproximadamente 2.000 almuerzos a las escuelas del municipio de Envigado para los alumnos de dichos establecimientos.	1994 - 1995
5	035/93	Municipio de Itagüí	Suministro de almuerzos y refrigerios a establecimientos educativos del Municipio de Itagüí.	1993
6	463/95	Municipio de Itagüí	Suministro de almuerzos y refrigerios a establecimientos educativos del Municipio de Itagüí.	1995
7	050/96	Municipio de Itagüí	Suministro de almuerzos y refrigerios a establecimientos	1996

<sup>59</sup> Fls. 26 – 52, c15. Las certificaciones de experiencia que no fueron tenidas en cuenta correspondían a (i) certificaciones repetidas, (ii) certificaciones sin fecha de ejecución, (iii) certificaciones de contratos que fueron ejecutados con anterioridad al 3 de septiembre de 1991 y (iv) certificaciones que no indicaban el cumplimiento del contrato.



			educativos del Municipio de Itagüí.	
8	N/A	Coldeportes Antioquia	de Servicio de alimentación a empleados de Coldeportes	1996
9	N/A	Coldeportes Antioquia	de Servicio de alimentación en la Villa Deportiva	1996
10	3/DJ/1204/59	Empresas Públicas de Medellín	Suministro de alimentación en el Campamento Los Cedros del proyecto Porce II	1994
11	N/A	Coordinadora Mercantil	Suministro de desayunos, almuerzos y comidas (110 servicios diarios)	1994
12	N/A	Coordinadora Mercantil	Suministro de desayunos, almuerzos y comidas (160 servicios diarios)	1995
13	N/A	Coordinadora Mercantil	Suministro de desayunos, almuerzos y comidas (180 servicios diarios)	1996
14	N/A	SP Explanaciones	Servicio de restaurante para trabajadores	1996
15	N/A	Ponque Ramo Antioquia	Suministrar alimentación de buena calidad para el personal de la empresa	1996
16	N/A	Imet Ltda.	Servicio de alimentación	1996
17	CD3600	Empresas Públicas de Medellín	Alimentación y cafetería	1995
18	3043G	Empresas Públicas de Medellín	Servicio de alimentación y venta de artículos de cafetería	1993
19	3785G	Empresas Públicas de Medellín	Servicio de alimentación y venta de artículos de cafetería	1995
20	N/A	Contegral	Servicio de alimentación	1996

De acuerdo con lo expuesto, la empresa Alimentar Ltda. debía obtener 20 puntos en el componente de experiencia, para un total de 82,213 puntos.

Así las cosas, la relación de puntaje final debía quedar así:

Proponente	Evaluación técnica	Evaluación Financiera	Experiencia e idoneidad	Calidad	Valor	Total
Noel Rodríguez	11,650	7	18	29	24,66	90,31
Alimentar Ltda.	9,213	7	20	21	25	82,213

Como quiera que la propuesta del señor Noel Rodríguez Cubides debía obtener el mayor puntaje y, por lo tanto, ser la propuesta seleccionada en el marco del proceso de contratación, se evidencia que el Instituto de Seguros Sociales faltó al deber de buena fe en la etapa precontractual y contravino los principios de igualdad e imparcialidad, al separarse injustificadamente de las reglas establecidas en los



términos de referencia y de la metodología escogida para la evaluación del factor de experiencia, basando así la asignación de puntaje en un criterio subjetivo -la variedad de usuarios destinatarios de los servicios-, el cual no había sido estipulado en el proceso. En ese sentido, la Sala analizará si el demandante probó que dichas irregularidades le generaron un perjuicio que deba ser resarcido por la entidad.

### 5.3. Perjuicios derivados de la etapa precontractual:

Para efectos de analizar si el demandante probó los perjuicios derivados de la actuación irregular de la demandada, cabe precisar aquellos que pueden producirse en la etapa precontractual. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha distinguido la fuente de la obligación resarcitoria que surge en el escenario precontractual -interés negativo- de la que emerge en un escenario contractual -interés positivo-. Así las cosas, resulta pertinente transcribir *in extenso* las reglas establecidas por dicha Corporación en la sentencia del 23 de noviembre de 1989<sup>60</sup>:

*(...) Puestas así las cosas, es evidente que con motivo de la gestación de un contrato por concurso y a raíz de una ruptura arbitraria e intempestiva de la negociación, puede el anunciante incurrir en responsabilidad civil. Sin embargo, tanto el fundamento de la respectiva obligación resarcitoria como los presupuestos de los que depende su reconocimiento y el alcance que pueda llegar a tener desde el punto de vista de la definición del daño indemnizable, no son elementos constantes y es inevitable acudir de nuevo a los distingos, **reparando en las situaciones diferentes que se producen según que el lazo contractual se haya o no perfeccionado.***

*En efecto, si de lo primero se trata y debe darse por formado el consentimiento de acuerdo con los criterios reseñados en el aparte anterior, existirá sin duda un derecho subjetivo al cumplimiento del contrato y cabe dispensar protección jurídica adecuada a quien pretenda la satisfacción de la prestación prometida por el anunciante, esto por cuanto se le tiene por contractualmente responsable de un comportamiento antijurídico que le es imputable, abriéndose así camino a la reparación del daño compensatorio, vale decir la obligación de restituir al contratante, reclamante de la indemnización, a aquella situación patrimonial en que se hallaría si el negocio hubiese sido cabalmente ejecutado. En síntesis, lo que en verdad es relevante, ante un estado de cosas así, es el **interés positivo que resultaría del contrato perfeccionado**, por manera que no se trata de resarcir los perjuicios que resultan de una negociación estéril, sino de tener que cumplir el contrato a cuya concertación ella iba enrumada (...)*

*Ahora bien, **cuando esa ruptura brusca del procedimiento**, adoptada en forma unilateral y sin causa justificada por el anunciante, **se sucede antes de culminar aquél en el perfeccionamiento del contrato**, mediante la adjudicación al concursante mejor calificado, es decir mientras subsiste aún el período preparatorio, **los participantes perjudicados tienen derecho a una indemnización cuya medida ya no se encadena con el interés de cumplimiento o interés positivo** – exigible únicamente en la hipótesis de contratos efectiva y válidamente realizados –, **sino que vendrá dada por el que comúnmente se llama ‘interés negativo o de confianza’**, ordenado por definición hacia el restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquellos por la confianza que tuvieron en que el curso normal*

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de noviembre de 1989, Gaceta Judicial No. 2435, págs. 120-121. M.P.: José Alejandro Bonivento Fernández.



*de la negociación no se interrumpiría. En consecuencia (...) la fuente del derecho al resarcimiento del que ella es objeto, no es contractual sino que emerge, al tenor del ordenamiento positivo nacional, del principio general de la buena fe que, como tantas veces se ha reiterado, no impera solamente en las relaciones jurídicas ya establecidas: y en fin, **la comentada indemnización debe ser integral, o sea comprensiva del daño emergente y del lucro cesante provocados por la ineficacia de las negociaciones** (...) entendiéndose que por el primero de aquellos conceptos - **daño emergente** - el damnificado podrá demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones, mientras que a título de **ganancias frustradas** habrá lugar a reclamar los beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir en razón de las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de la otra parte, este último teniendo en cuenta, obviamente, que no se trata del lucro cesante por incumplimiento de la propia relación comercial proyectada - pues una utilidad de esa naturaleza integra sin duda el interés positivo o de cumplimiento que, como se advirtió antes, presupone un contrato ab initio válido y perfecto - sino de la pérdida que significa el que, por haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado, se haya abandonado una posición económicamente favorable y existente en realidad al momento del evento dañoso - v.gr. la posibilidad cierta de celebrar otro contrato distinto - que le habría reportado ventaja” (negrilla fuera del texto original).*

Conforme a esta diferenciación, en el escenario de la responsabilidad precontractual la Corte Suprema de Justicia ha reconocido únicamente la causación de los perjuicios derivados del interés negativo -daño emergente y lucro cesante-, el cual está directamente relacionado con la elaboración de la propuesta y con la posibilidad cierta y comprobada de celebrar otros negocios jurídicos.

Lo anterior implica que, además de probar que la entidad se apartó del deber de buena fe y de los principios de la función administrativa, el demandante debía demostrar que con motivo de la elaboración y presentación de la oferta se le causaron unos perjuicios que debían ser indemnizados por la entidad. Al respecto, se observa que la parte demandante no solicitó ni probó, teniendo la carga de hacerlo, la violación a un interés negativo -costos asociados a la etapa precontractual-, interés al que comúnmente se circunscribe la jurisdicción ordinaria cuando enjuicia una actuación de esta naturaleza.

Ahora bien, si en gracia de discusión se analizara un eventual reconocimiento del interés positivo<sup>61</sup> -la utilidad esperada del negocio cuya celebración se vio frustrada por el actuar irregular de la entidad-, la Sala observa que el demandante tampoco lo acreditó. La parte actora refirió inicialmente en la demanda que la utilidad que esperaba obtener de la ejecución del contrato correspondía al 35% del valor de este, es decir, \$586'258.793, y solicitó como única prueba de dicho valor un dictamen

---

<sup>61</sup> Sobre el reconocimiento del interés positivo, si bien no es un asunto pacífico al interior de la jurisprudencia de la Sección Tercera, la Subsección B -en sentencia del 19 de abril de 2023, Radicado: 25000-23-36-000-2016-01861-01 (61.790), C.P.: Martín Bermúdez Muñoz- analizó la posibilidad de reconocer la utilidad dejada de percibir cuando se tiene derecho a la adjudicación del contrato de acuerdo con las reglas establecidas por la entidad sometida a derecho privado. En dicha oportunidad, se abstuvo de condenar al pago de los perjuicios porque no se demostró dicha utilidad.



pericial. El Tribunal Administrativo de Antioquia decretó la prueba, en la cual se concluyó que la utilidad para este caso en específico se habría proyectado en un 29,04% del valor del contrato, esto es, \$479'950.718.

En la sentencia impugnada, el juez decidió no darle valor al dictamen pericial por presentar inconsistencias e imprecisiones que afectaban directamente su credibilidad y soporte. En la apelación, el recurrente no atacó los argumentos que llevaron al juzgador a desestimar esta prueba, sino que transcribió las conclusiones del mismo y señaló que el dictamen no era el único medio probatorio que obraba en el expediente. Sin embargo, como se indicó con anterioridad, el demandante solamente soportó sus afirmaciones sobre el valor de la utilidad esperada en el dictamen, por lo que no existen elementos de juicio adicionales y suficientes que permitan dilucidar el perjuicio alegado.

A partir de las consideraciones anteriores, la Sala recuerda que la conducta desviada, sin daño probado, no genera responsabilidad alguna, y que esta aseveración vale tanto en la responsabilidad patrimonial entre sujetos de derecho privado como en la responsabilidad entre sujetos de derecho público.

Con independencia de las consideraciones sobre el alcance de los supuestos indemnizatorios del llamado interés negativo o positivo en la etapa precontractual, en el caso en estudio la parte demandante incumplió con su carga probatoria, toda vez que no demostró el daño (porque no pidió ni probó los perjuicios propios del llamado interés negativo -comúnmente atados a gastos ocasionados con motivo de las tratativas-), y tampoco acreditó el valor de la utilidad que esperaba obtener de la celebración del contrato.

Se puede concluir, entonces, que la entidad demandada no actuó de buena fe durante la invitación a presentar propuestas, ni durante la adjudicación del contrato; sin embargo, de este comportamiento no se puede predicar un daño, pues este, precisamente, no se acreditó.

Finalmente, la Sala recaba sobre la acertada conceptualización de los diferentes elementos que confluyen en la definición de la responsabilidad precontractual de la administración cuando opera bajo reglas de derecho privado. La buena fe y la legalidad no solo son principios a los que se sujeta el obrar de las autoridades administrativas pues se erigen en exigencias universales de conducta cuando el Estado busca la provisión de bienes y servicios aun en el marco de regímenes especiales o exceptuados, en los que están inscritos los principios de la función administrativa



enunciados en el artículo 209 constitucional, de manera que en conjunto con las reglas que gobiernan la escogencia del contratista, plasmadas en las bases de la futura contratación y, por necesaria exigencia en sus estatutos de contratación, se erigen en factor insoslayable de análisis y verificación, sin considerar además, que son ellos los que están llamados a definir y perfilar el daño resarcible propio de esta etapa del devenir contractual del Estado.

En ese sentido, se confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda.

## 6. Costas:

En vista de que en este caso no se percibe temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo<sup>62</sup>.

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

## FALLA:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 11 de septiembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se niegan las pretensiones de la demanda, con fundamento en las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** al tribunal de origen para lo de su competencia.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado, y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y

---

<sup>62</sup> Aunque el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modificó esta norma y que obligó a valorar la conducta de las partes para efectos de la condena en costas, no estaba vigente al momento de presentar la demanda, lo cierto es que las normas procesales son de aplicación inmediata.



Radicación número: 05001-23-31-000-1996-02602-02 (56.445).

Actor: Noel Rodríguez Cubides.

Demandado: Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales  
(antes Instituto de Seguros Sociales) – IPS Clínica León XIII.

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.

autenticidad del presente documento en el link

<https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado *electrónicamente*  
**MARÍA ADRIANA MARÍN**  
Con aclaración de voto

Firmado *electrónicamente*  
**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

Firmado *electrónicamente*  
**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

VF