

BUENA FE – Etapa precontractual – Aplicación – Alcance – Incumplimiento – Indemnización

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, 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 de contratación.

ACTOS PRECONTRACTUALES – Aplicación – Alcance

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, corresponde 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. Aunque en esta sentencia no se analizó el régimen de una ESP, sus consideraciones son transversales a toda entidad sometida al derecho privado. Esta fue la denominación que le dio la entidad a este documento de la etapa precontractual. 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
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., primero (1°) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 20001-23-33-003-2014-00127-01 (58.809)

Actor: INGENIERÍAS Y SERVICIOS -INCER S.A.-

Demandado: GESTIÓN ENERGÉTICA -GENSA S.A. E.S.P.-

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN DE SENTENCIA)

Temas: GENSA S.A. E.S.P. ES UNA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA: Según la Ley 142 de 1994, el régimen contractual de estas empresas es el derecho privado / NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN DE LA SOLICITUD PÚBLICA DE OFERTAS: Los actos precontractuales proferidos por estas empresas no tienen el carácter de actos administrativos, por cuanto son actos jurídicos de carácter privado; en consecuencia, el medio de control idóneo para controvertirlos es el de reparación directa / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO: Esta pretensión es improcedente, porque se fundamenta en la nulidad de los actos precontractuales, pese a que estos, al no ser administrativos, no son pasibles de la nulidad / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR CULPA IN CONTRAHENDO: El apelante no reprochó los argumentos del a quo, en virtud de los cuales sus observaciones fueron extemporáneas y, en todo caso, no se demostró que su oferta tuviera el derecho a ser escogida.

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia del 9 de febrero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

GENSA S.A. E.S.P. abrió la solicitud pública de ofertas SPO-0015-GENSA-12, cuyo objeto consistía en contratar todas las actividades relacionadas con la construcción de la línea 34.5kV La Paz-Manaure y la construcción de la subestación 3 MVA Manaure. La sociedad Ingenierías y Servicios -INCER S.A.- estima que presentó la mejor propuesta y que, por ende, debió ser seleccionada para la ejecución del contrato.



II. ANTECEDENTES

1. La demanda:

Mediante escrito presentado el 2 de mayo de 2014 (fls. 380 a 409 c. 2), reformado el 8 de septiembre de 2015, la sociedad Ingenierías y Servicios -INCER S.A.-, por conducto de apoderado judicial (fl. 1 c. 1), interpuso demanda, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, en contra de la empresa Gestión Energética S.A. E.S.P., con el propósito de que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas (algunos apartes se transcriben de forma resumida, para efectos de mayor claridad)¹:

Primero: Declarar la Nulidad absoluta del contrato de obra suscrito entre Gestión Energética S.A. E.S.P (GENSA) y [el] Consorcio I.A. & TAMAYO LA PAZ, como resultado de la Solicitud Pública de Oferta SPO-0015-GENSA-12, por su evidente ilegalidad, de acuerdo con los hechos anteriormente reseñados.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior, y en desarrollo de la sentencia del Consejo de Estado, (...) M.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO, el trece (13) de junio de 2011 y con radicación (...) (19936), se declare también la nulidad del acto de adjudicación de la solicitud pública de oferta SPO-0015-GENSA-12.

Tercero: Como consecuencia de la anterior, condenar al (sic) GESTIÓN ENERGÉTICA S.A. E.S.P. (GENSA) a pagar a mis mandantes (...) todos los daños y perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante), causados y futuros, (...) así: (...)

3.1. Reconocimiento y pago de la suma de (...) \$100'295.010 por concepto de utilidad dejada de percibir en el contrato a que tenía derecho a suscribir y ejecutar INCER S.A. por ser la mejor propuesta de la Solicitud Pública de Ofertas SPO-0015-GENSA-12, esta situación consta en la propuesta económica entregada por INCER S.A. donde se discriminó el valor correspondiente a utilidad.

3.2. Reconocimiento y pago de la suma de (...) \$351'032.567 por concepto de administración dejada de percibir en el contrato a que tenía derecho a suscribir y ejecutar INCER S.A. (...)

3.3. Reconocimiento y pago de la suma de (...) \$50'147.510 por concepto de imprevistos dejados de percibir en el contrato a que tenía derecho a suscribir y ejecutar INCER S.A. (...)

3.4. A título de pérdida de oportunidad solicitamos se nos sean reconocidos y pagados los perjuicios económicos dejados de percibir por nuestra empresa por el hecho de no haber podido ejecutar el contrato al que válidamente teníamos derecho. Es evidente que con la actitud ilegal de la entidad pública de no adjudicarnos el contrato que merecíamos ser adjudicatarios, se generaron unos dineros dejados de percibir por la empresa, así como también,

¹ Se aclara que las pretensiones que serán enunciadas corresponden a las plasmadas en el texto de la reforma.



se generó un detrimento cierto en el crecimiento administrativo de la empresa; por ejemplo, de haber ejecutado el contrato que merecíamos, éste hubiese representado un incremento considerable de nuestra capacidad de contratación (k) reflejado en nuestro registro único de proponente[s] (RUP); también, hubiera[n] crecido significativamente nuestros estándares de experiencia específica (...). También se hubiesen mejorado nuestros indicadores financieros, capacidad de organización, etc.

De conformidad con lo anterior, y teniendo como fundamento la pérdida de oportunidad que sufrió nuestra empresa como consecuencia de la actitud negligente e ilegal de la entidad, estimamos este perjuicio en el 10% del valor total del contrato que teníamos derecho a firmar (valor ofrecido en la propuesta económica presentada el cual se estableció en \$3.031'897.779 folio 264), o sea la suma de (...) \$303'189.777.

3.5. Gastos de la elaboración de la propuesta: Garantía de seriedad de la oferta, costos de papelería, costos de impresión, personal de la elaboración: \$6'640.495.

3.6. Gastos de acompañamiento jurídico en la licitación pública, para que representara los intereses de la compañía: \$7'000.000. (...)

3.9. Condénese al (sic) GENSA S.A. E.S.P. al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de la demanda se narró, en síntesis, lo siguiente:

En el mes de julio de 2012, la empresa GENSA S.A. publicó en su página oficial una convocatoria que denominó solicitud pública de ofertas SPO-0015-GENSA-12, la cual tenía como objeto contratar todas las actividades tendientes a realizar la construcción de la línea 34.5kV La Paz-Manaure y la construcción de la subestación 3 MVA Manaure.

El 14 de agosto de 2012, se llevó a cabo la recepción de ofertas, y tras presentarse cinco, la entidad consideró -mediante informe del 19 de octubre de ese año- que la propuesta radicada por el Consorcio I.A. & Tamayo La Paz tenía el primer orden de elegibilidad en la convocatoria.

Por lo anterior, INCER S.A. presentó una observación al informe final por cumplir a cabalidad con la documentación y con el pliego de condiciones, la cual fue resuelta a favor de sus intereses, por lo que fue nuevamente habilitada y debió quedar en el primer orden de elegibilidad dentro de la solicitud pública de ofertas.

El 19 de diciembre de 2012, GENSA S.A. terminó anticipadamente la convocatoria pública; sin embargo, el Consorcio I.A. & Tamayo La Paz interpuso una acción de tutela, y mediante fallo del 6 de febrero de 2013, el Juzgado Sexto Administrativo de Montería dejó sin efectos esa decisión, porque no se informó a los participantes



cuál fue la justa causa para ello y, por tanto, no pudieron ejercitar efectivamente su derecho de defensa.

Posteriormente, el Juzgado Sexto Administrativo de Montería ajustó la orden de tutela, en el sentido de precisar que GENSA debía reanudar la solicitud pública de ofertas en la etapa en que se encontraba al momento de decretar su terminación; por lo mismo, le correspondía aceptar integralmente la solicitud de INCER S.A., por ser la mejor oferta. Empero, sorpresivamente, el 13 de marzo de 2013 adjudicó el contrato al Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, el cual no ocupaba el primer orden de elegibilidad, ni tenía la capacidad para ofertar, porque el representante de uno de sus integrantes no contaba con la autorización de la asamblea de accionistas para la integración de ese consorcio.

2. Actuaciones de primera instancia:

La demanda inicial fue admitida por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante providencia del 18 de septiembre de 2014, que se notificó en debida forma a la entidad demandada, al Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, por tener interés directo en el resultado del proceso, y al Ministerio Público (fl. 431 c. 1).

El 8 de septiembre de 2015, INCER S.A. presentó una reforma de la demanda (fls. 1389 a 1393 c. 4), en la cual se redujo el monto de la pretensión relacionada con la pérdida de oportunidad, y se excluyeron las pretensiones relativas al *good will* y al pago de “*intereses máximos bancarios corrientes*”. El juez de primera instancia admitió la reforma de la demanda a través de proveído del 15 de octubre de 2015 (fl. 1400 c. 4).

3. Contestación de la demanda:

GENSA contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal, y sostuvo que no se configuró alguna causal para decretar la nulidad absoluta del contrato, porque la sociedad IA S.A. Ingenieros Asociados tenía plena capacidad legal para conformar el consorcio que finalmente presentó la oferta.

Dijo que no profería actos administrativos y que en su procedimiento contractual no existía el denominado acto de adjudicación, en virtud de que bajo el régimen de derecho privado los contratos eran consensuales, se perfeccionaban con el acuerdo de voluntades y la manifestación del consentimiento se informaba mediante una



comunicación dirigida al oferente en primer orden de elegibilidad denominada carta de aceptación.

Finalmente, manifestó que no se aportó prueba alguna que demostrara que la credibilidad comercial y crediticia de la sociedad INCER S.A. hubiera sido afectada por no haber resultado beneficiada con la adjudicación de la solicitud pública SPO-0015-GENSA-12; tampoco se señaló cuánto hubiera aumentado el K de contratación si hubiera ejecutado el contrato, ni se probó en debida forma el menoscabo aparentemente sufrido (fls. 467 a 484 c. 1).

El Consorcio I.A. & Tamayo La Paz contestó oportunamente la demanda, y como razones de defensa arguyó que no era cierto que la oferta presentada por INCER S.A. hubiera sido la mejor, en tanto existió un empate que dio lugar a la adjudicación del contrato al consorcio, toda vez que, de acuerdo con la cláusula 3.4 del capítulo 3 del pliego de condiciones, en este evento, para elegir la propuesta ganadora, el criterio determinante tenía que ser el menor valor total de la oferta.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones:

-Inexistencia de falta de capacidad del Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, en el entendido de que un consorcio era una figura jurídica distinta a la de una sociedad y, por tanto, no se requería autorización de la asamblea de accionistas para su constitución y, si se hubiera necesitado, en todo caso, su ausencia no configuraba una falta de capacidad para contratar, sino un requisito subsanable en cualquier etapa.

-Falta de oportunidad para solicitar la nulidad del contrato, porque no se encontraba vigente, dado que ya se había ejecutado.

-El contratista estaba exonerado de cualquier responsabilidad y de reintegrar los dineros por haber actuado de buena fe.

-El contratista no podía soportar los efectos nocivos de los yerros de la administración, debido a que, aun cuando no existió ninguna anomalía frente a la selección y adjudicación del contratista, de haber existido tal responsabilidad, sería única y exclusivamente de la entidad contratante (fls. 557 a 567 c. 1).



4. Audiencia inicial:

El 9 de febrero de 2017, se realizó la audiencia inicial, oportunidad en la que se procedió al saneamiento del proceso. Posteriormente, se fijó el litigio en los siguientes términos:

Correspondía determinar si el contrato de obra No. 026-2013, suscrito entre Gestión Energética GENSA S.A. E.S.P. y el Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, estaba viciado de nulidad, porque a voces de la parte demandante el proponente ganador no ocupaba el primer orden de elegibilidad y ni siquiera tenía capacidad para presentar oferta, toda vez que su representante no estaba facultado por la asamblea de accionistas para conformar el consorcio.

Acto seguido, se declaró fracasada la etapa de conciliación, por no existir ánimo de concertación entre las partes. Se tuvieron como pruebas las documentales allegadas con la demanda y sus respectivas contestaciones. Como no había pruebas que practicar y tampoco se decretaron de oficio, de conformidad con el artículo 179 del CPACA, se prescindió de la audiencia de pruebas y se procedió a correr traslado para alegar de conclusión, oportunidad en la que las partes y el tercero con interés reiteraron los argumentos expuestos a lo largo del presente proceso (fls. 1444 a 1455 c. ppal).

5. La sentencia de primera instancia:

Mediante sentencia del 9 de febrero de 2017, el Tribunal Administrativo del Cesar declaró probada la caducidad respecto de la pretensión de restablecimiento del derecho frente al acto de adjudicación de la solicitud pública de ofertas SPO-0015-GENSA-12; declaró probadas las excepciones de inexistencia de nulidad absoluta del contrato y de inexistencia de falta de capacidad del Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, y negó las pretensiones de la demanda.

Para arribar a la anterior decisión, explicó -en primer lugar- que el CPACA permitía acumular las pretensiones de nulidad del acto de adjudicación con el restablecimiento del derecho y la contractual de nulidad absoluta del contrato, siempre que se ejercieran dentro de los cuatro meses, porque si se excedía de dicho término, caducaba la pretensión de restablecimiento, y solo podría analizarse la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la nulidad del acto de adjudicación o de otro acto previo, sin que procediera el restablecimiento, como sucedía en los



casos de simple nulidad, siempre que se presentara la demanda dentro del término de caducidad de la acción de controversias contractuales -2 años-.

En el presente caso, el acto de adjudicación se publicó el 13 de marzo de 2013²; por tanto, la parte demandante tenía hasta el 14 de julio de ese año para solicitar el restablecimiento. Sin embargo, como la solicitud de conciliación se formuló el 21 de agosto de 2013 y la demanda se presentó el 2 de mayo de 2014, se configuró la caducidad frente a esta pretensión.

En relación con la pretensión de nulidad absoluta del contrato, la cual se fundamentó en la nulidad del acto de adjudicación, explicó que era susceptible de análisis, *“en vista de que la pretensión anulatoria -sin restablecimiento- podía interponerse en cualquier tiempo; además, la pretensión de nulidad absoluta del contrato tenía una caducidad de 2 años, de manera que no caducó”* (fl. 1450 c. ppal).

En cuanto al fondo del asunto, precisó que en el informe de evaluación del 14 de septiembre de 2012 la entidad contratante consideró que la propuesta de INCER S.A., con un puntaje de 600 puntos, quedaba en el primer lugar de elegibilidad.

El Consorcio I.A. & Tamayo La Paz presentó observaciones y, por ello, en el nuevo informe de evaluación del 19 de octubre de 2012, se descartó la oferta de INCER S.A., por no presentar el certificado de vigencia de la matrícula profesional del ingeniero electricista, y se determinó que el primer lugar de elegibilidad era del referido consorcio, con un puntaje de 600 puntos.

Ante la reclamación de INCER, la entidad contratante le respondió que los documentos faltantes efectivamente se encontraban en la oferta y que procedería a realizar un nuevo informe de evaluación. No obstante, el 19 de diciembre de 2012, GENSA comunicó a los oferentes que, en uso de la cláusula de reserva, consagrada en el numeral 3.10 del pliego de condiciones, declaraba la terminación anticipada del proceso de contratación.

Frente a esto, el representante del Consorcio I.A. & Tamayo La Paz interpuso una acción de tutela, en la que el Juzgado Sexto Administrativo de Montería ordenó a GENSA S.A. que dejara sin efectos el oficio por medio del cual dio por terminada la solicitud pública de ofertas y, en virtud del ajuste de esa orden de tutela, debía

² La sentencia indica que esta fecha fue enunciada en la demanda, en los hechos 22 y 25, y aceptada por la entidad en su contestación.



reanudarse en la etapa en que se encontraban al momento de decretarse su terminación.

Posteriormente, GENSA S.A. adjudicó el contrato derivado de la solicitud pública de ofertas SPO-0015-GENSA-12 al Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, para lo cual adujo que, al dejar sin efectos la decisión de hacer uso de la cláusula de reserva y terminar anticipadamente el proceso de solicitud pública de ofertas, devolviéndolo a la etapa inmediatamente anterior, lo que se imponía era dar cumplimiento al informe final, en el que la oferta presentada por el consorcio ocupaba el primer puesto de elegibilidad.

Con base en los anteriores supuestos, el *a quo* concluyó que eran de recibo los argumentos expuestos por GENSA para adjudicar el contrato al Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, toda vez que el hecho de que en la respuesta al derecho de petición de INCER hubiera reconocido que existió un error en la evaluación técnica, por la presunta falta del certificado de vigencia de la matrícula profesional del ingeniero electricista, no quería decir que el informe definitivo de evaluación debiera haber sido modificado, porque el término para presentar las observaciones ya había pasado.

En este sentido, manifestó que GENSA S.A. tenía la obligación de dar cumplimiento al fallo de tutela y, para eso, debía retrotraer las actuaciones al estado inmediatamente anterior a la declaratoria de terminación anticipada del proceso de contratación, esto es, al informe de evaluación del 19 de octubre de 2012, en el que se determinó que el primer lugar de elegibilidad era del Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, con un puntaje de 600 puntos.

Sin perjuicio de lo expuesto, sostuvo que, a raíz del fallo de tutela, INCER S.A. quedaba habilitada nuevamente en el proceso licitatorio con el puntaje que ya tenía asignado, es decir, 600 puntos, lo mismo que obtuvo el Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, luego de solicitar su recalificación.

Así las cosas, y con observancia de lo estipulado en el pliego, la oferta del Consorcio I.A. & Tamayo La Paz tenía un menor valor que la de INCER S.A.³; por lo mismo,

³ Si bien el puntaje de ambos fue igual (600 puntos), se le adjudicó el proceso al consorcio, porque este presentó una oferta más económica, lo cual inclinaba el criterio de desempate a su favor.



Radicación número: 20001-23-33-003-2014-00127-01 (58.809)

Actor: Ingenierías y Servicios INCER S.A.

Demandado: Gestión Energética GENSA S.A. E.S.P.

Referencia: Apelación sentencia – controversias contractuales

estaba totalmente justificada la adjudicación del contrato al primero, lo que desvirtuaba que la oferta de la demandante hubiera sido la mejor.

De otra parte, en relación con la falta de capacidad del Consorcio I.A. & Tamayo La Paz para presentar la propuesta, señaló que el representante de uno de sus integrantes requería la autorización de la asamblea de accionistas para constituir una sociedad filial o subsidiaria, mas no para la conformación de un consorcio (fls. 1444 a 1455 c. ppal).

6. El recurso de apelación:

Inconforme con la anterior determinación, la parte demandante interpuso recurso de apelación, y como sustento manifestó que, según lo ordenado en la sentencia de tutela, a GENSA solo le correspondía dejar sin efectos la comunicación mediante la cual terminó la solicitud pública de ofertas y, por tanto, debía continuarla en el estado en que se encontraba, sin que debiera retrotraerla, en consideración a que la entidad ya había expresado que realizaría una nueva evaluación, toda vez que aceptó el error en que incurrió al descalificar a INCER S.A.

De otro lado, cuestionó la decisión de primera instancia porque no se presentó un empate, pues el documento denominado adjudicación del contrato se refirió al informe preliminar de evaluación, en el que claramente se leía que el primer orden de elegibilidad lo tenía la propuesta presentada por INCER S.A.

Finalmente, insistió en que el Consorcio I.A. & Tamayo La Paz no tenía capacidad para contratar, porque para su constitución era necesaria la autorización de la “*junta de asociados*” de uno de sus integrantes, según se estipuló en sus propios estatutos (cd. 40’ a 49’25” c. ppal).

7. El trámite en segunda instancia:

El recurso fue concedido el 9 de febrero de 2017 y admitido el 20 de abril siguiente. Posteriormente, el 13 de julio del mismo año, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fls. 1444 a 1455; 1462; 1465 c. ppal).

En su intervención, la parte demandante señaló que las pruebas demostraban que no existió un empate técnico, porque GENSA S.A. manifestó que, al emplear la evaluación de ofertas por la fórmula de la medida geométrica máxima, INCER S.A.



era la mejor propuesta con 600 puntos, mientras que al Consorcio I.A. & Tamayo La Paz lo calificaron con 580 puntos (fls. 1479 a 1487 c. ppal).

GENSA solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia, y aseveró que la parte demandante hizo una lectura y una interpretación erróneas del certificado de existencia y representación legal de la sociedad IA S.A. Ingenieros Asociados, toda vez que su representante sí tenía capacidad legal para conformar el consorcio y contraer obligaciones (fls. 1474 a 1476 c. ppal).

El Consorcio I.A. & Tamayo La Paz adujo que existía una falta de oportunidad para solicitar la nulidad, porque el medio de control de controversias contractuales solo podía impetrarse frente a contratos que se encontraran vigentes, lo cual no acontecía en el presente caso, pues según el acta de liquidación No. 26 de 2013, el contrato se terminó y se dio el recibo final, por lo cual las partes quedaron a paz y salvo con sus obligaciones.

Refirió que el contratista estaba exonerado de responsabilidad y de reintegrar los dineros por haber actuado de buena fe, máxime cuando ya se ejecutó la obra; por tanto, una orden en tal sentido constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la administración (fls. 1497 a 1500 c. ppal).

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal (fl. 1501 c. ppal).

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado:

Le asiste competencia a la Sala para conocer del presente proceso en segunda instancia, en vista de que el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), aplicable a este proceso, establece que el Consejo de Estado “(...) 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 (...)”⁴.

⁴ El artículo 104 del CPACA dispone que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, entre otros temas, de la responsabilidad extracontractual y contractual de las entidades públicas. El párrafo de dicho artículo prevé que, para los solos efectos de la Ley 1437 de 2011, se entenderá por entidad pública a toda sociedad o empresa que tenga una participación estatal igual o superior al 50%. GENSA S.A. es una empresa de servicios públicos mixta, las cuales, en virtud del numeral 14.6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, son aquellas cuyo aporte público es igual o superior al 50%. Como se observa, GENSA es una entidad estatal en los términos del



Radicación número: 20001-23-33-003-2014-00127-01 (58.809)

Actor: Ingenierías y Servicios INCER S.A.

Demandado: Gestión Energética GENSA S.A. E.S.P.

Referencia: Apelación sentencia – controversias contractuales

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 mayor ascendió a \$351'032.567, por concepto de la administración dejada de percibir por INCER S.A., mientras que el monto exigido para que un proceso adelantado en ejercicio del medio de control de reparación directa⁵ tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación era de \$308'000.000⁶.

2. Procedencia y oportunidad del medio de control:

De una lectura integral de la demanda, se deduce que la parte actora, realmente, acumuló los medios de control de controversias contractuales y de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuyo marco pretendió, en primer lugar, la nulidad del acto de adjudicación de la solicitud pública de ofertas SPO-0015-GENSA-12, que entendió era un acto administrativo; con fundamento en ello, pretendió también la nulidad absoluta del contrato que, a la postre, fue suscrito entre GENSA y el Consorcio I.A. & Tamayo La Paz.

Gestión Energética GENSA S.A. E.S.P. es una empresa de servicios públicos mixta constituida como una sociedad anónima⁷. Según los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, el régimen de los actos y de los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado. 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 formación⁸.

CPACA (dado que su participación estatal es igual o superior al 50%), por lo que la presente controversia es de conocimiento de esta jurisdicción.

⁵ Sobre el medio de control precedente y su adecuación se hará referencia en el acápite posterior.

⁶ 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes en 2014, año en el que se presentó la demanda.

⁷ En la página oficial de GENSA existe un documento en el que se lee: “GENSA S.A. ESP es una empresa de servicios públicos mixta porque posee además de aportes de particulares, aportes de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas superiores al 50 %. (Artículo 14.6 Ley 142/94). Sus aportes públicos en cabeza de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, corresponden a un porcentaje del 93. 19 % del capital social. // GENSA S.A. ESP. está constituida como una sociedad por acciones, bajo la forma de una sociedad anónima a la cual le son aplicables además de las normas previstas en el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, las del Código de Comercio en materia de sociedades anónimas”. Tomado de: <https://gensa.com.co/wp-content/uploads/2023/05/SECRETARIA-GENERAL-INFORMACION-PARA-PLANEACION-2.pdf>.

⁸ 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. En este proveído se dijo: “Como en los regímenes exceptuados toda la actividad contractual -en sentido amplio- se rige por el derecho privado, no se puede limitar a la de ejecución del contrato, sino que abarca todas sus fases, es decir, desde la formación del negocio jurídico hasta la etapa postcontractual. Por ello, en la fase precontractual la regla predominante será, también, la autonomía privada (arts. 1602 del CC y 870 del C. Co) y las normas supletivas, como se verá a continuación, serán las correspondientes a la regulación de la oferta y la demanda en la ley mercantil. // (...) La aplicación del derecho privado,



En el pliego de condiciones⁹, en el capítulo de evaluación de las ofertas y adjudicación, se estableció una cláusula de reserva, en los siguientes términos:

En virtud de que GENSA S.A. ESP. es una empresa de servicios públicos mixta y de que por expresa disposición del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, los actos y contratos que celebren las empresas de servicios públicos, se rigen por las normas del derecho privado, GENSA S.A. ESP en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, se reserva el derecho de aceptar o no, alguna oferta, o de aceptarla total o parcialmente; así mismo y en cualquier momento, podrá suspender o terminar el presente proceso de solicitud de ofertas, sin que por ello se genere ningún tipo de responsabilidad o indemnización a favor de los oferentes (fls. 7 a 141 c. 1).

Sobre la naturaleza jurídica de los actos precontractuales proferidos por las entidades sometidas al derecho privado¹⁰, 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 (o medio de control) procedente para controvertirlos es la de reparación directa¹¹, 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.

En ese sentido, y de acuerdo con las reglas establecidas en la sentencia de unificación, esta Sala procede a realizar la adecuación de la pretensión de nulidad

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, corresponde 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 [num 10]".

Aunque en esta sentencia no se analizó el régimen de una ESP, sus consideraciones son transversales a toda entidad sometida al derecho privado.

⁹ Esta fue la denominación que le dio la entidad a este documento de la etapa precontractual.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.



y restablecimiento del derecho por la de reparación directa, dado que el acto previo 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 literal i) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, es de dos (2) años, que se cuentan desde el día siguiente a la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o desde que el demandante lo conoció o debió tener conocimiento, si fue en fecha posterior, y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

La parte demandante alegó la responsabilidad de GENSA S.A. 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 tuvo conocimiento de que no resultó seleccionada, circunstancia que ocurrió el 13 de marzo de 2013¹², cuando la entidad demandada publicó en su página web una comunicación mediante la cual adjudicó el contrato al Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, el cual, según la demanda, no ocupaba el primer orden de elegibilidad, ni tenía la capacidad para ofertar.

Así, el término de caducidad corrió del 14 de marzo de 2013 al 14 de marzo de 2015 y, como la solicitud de conciliación prejudicial se formuló el 21 de agosto de 2013 y la demanda se radicó el 2 de mayo de 2014, puede concluirse que el medio de control de reparación directa fue presentado en tiempo (incluso, sin entrar a valorar la suspensión del término por el aludido trámite de la conciliación extrajudicial).

En lo relativo a la reforma de la demanda, se tiene en cuenta lo siguiente: la mencionada reforma se radicó el 8 de septiembre de 2015, siendo admitida a través de proveído del 15 de octubre de ese año. Aunque la jurisprudencia unificada de la Sección Tercera asegura que para adicionar pretensiones o demandados es necesario que no haya operado el fenómeno de la caducidad, dicha regla no aplica cuando se están modificando pretensiones que fueron elevadas desde un comienzo. La Corporación ha dicho: “(...) resulta preciso reiterar que la verificación

¹² El actor aseguró que la fecha de publicación del acto de adjudicación fue el 13 de marzo de 2013, asunto que no ha sido objeto de controversia en esta instancia. En la contestación de la demanda, GENSA afirmó que la carta de aceptación de la oferta fue radicada el 14 de marzo de ese año. A pesar de la existencia de esta disparidad, se tendrá en cuenta la primera fecha mencionada, porque es en la que el demandante reconoce la presunta causación del daño. De todos modos, en cualquiera de los dos escenarios, la demanda fue presentada en tiempo.



de la caducidad de la acción únicamente se debe efectuar en relación con las nuevas pretensiones para cuya manifestación se debe emplear el derecho de acceso a la administración de justicia, y no respecto de aquéllas que se hubiesen elevado y que luego se pretenda su modificación en el tiempo para reformar la demanda, en tanto como dichas peticiones ya se habrían formulado, para su alteración no es necesario utilizar el derecho de acción, sino que basta con acudir a las normas que regulan el instituto de enmendación de la demanda”¹³.

Entonces, como en la reforma de la demanda la parte accionante solo modificó unas pretensiones que fueron elevadas desde un inicio, al tiempo que excluyó otras (es decir, no se formuló una nueva solicitud), no es necesario constatar la caducidad en relación con este documento, debido a que solo se requería verificar el cumplimiento de los lineamientos fijados en el artículo 173 del CPACA.

Ahora bien, cabe precisar que la Sala no se pronunciará sobre la nulidad del contrato suscrito entre GENSA y el Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, porque aquella pretensión perdió su fundamento al estar sustentada principalmente en la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación, el cual, como se dijo, no corresponde a un acto administrativo, sino a un acto precontractual que se rige por el derecho privado.

Al respecto, en la multicitada sentencia de unificación, esta Sección señaló que, al ser la decisión de aceptación de la oferta un acto privado, no se podía adelantar un juicio de nulidad de un acto administrativo y la consecuente nulidad absoluta del contrato. En este sentido, se expresó lo siguiente:

Ello, obviamente, teniendo en cuenta que la decisión de “Aceptación de oferta” es un acto privado, entendimiento que imposibilita adelantar un juicio de nulidad de un acto administrativo y la consecuente nulidad absoluta del contrato. La Sala, entonces, se limitará a examinar la conformidad del acto de aceptación

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Auto de Unificación del 25 de mayo de 2016. Radicado No. 66001-23-31-000-2009-00056-01 (40.077), C.P.: Danilo Rojas Betancourth. En esta providencia también se lee: “(...) el hecho de que para el momento de adicionar o corregir la demanda sea indispensable verificar la oportunidad de las pretensiones que se pretenda agregar, no se constituye en una carga desproporcionada para hacer uso de esa prerrogativa o en otras palabras, no hace inane esa posibilidad, toda vez que (i) la misma puede ser enmendada sin necesidad de revisar la configuración de la caducidad de la acción cuando se pretenda realizar un[a] simple alteración de las peticiones elevadas desde un comienzo -dado que estas ya fueron puestas a consideración de la jurisdicción y por ende, no se emplea ese mismo derecho para su alteración-, o meros cambios relacionados con los hechos o las pruebas que se hubiesen expresado, y (ii) es posible adicionar una nueva petición siempre y cuando se haga dentro del tiempo en que se pueda utilizar el derecho de acción, carga que es conocida por quien quiera accionar desde el momento en que surge su interés particular para demandar, por lo que el deber de actuar conforme a ello y elevar las distintas peticiones dentro del interregno pertinente evidentemente no resulta excesivo”.



de la oferta con el derecho privado y los principios de la función administrativa¹⁴, para luego determinar si tal decisión, efectivamente, causó un daño a la Unión Temporal, el cual deba ser indemnizado¹⁵.

De este modo, como la petición de nulidad de los actos previos es improcedente, por cuanto estos, cuando los expide una ESP, no tienen el carácter de actos administrativos, no hay lugar a tramitar la pretensión contractual de nulidad del negocio jurídico, cuyo fundamento estuvo referido a la supuesta ilegalidad de aquellos, con proyección en la celebración del contrato; de manera que el examen judicial de los actos precontractuales demandados, se sitúa en el escenario de la responsabilidad *in contrahendo*, conforme al régimen de derecho privado que así lo prescribe.

Para la Sala es claro que, a diferencia de los procesos en los que se estudian contratos sometidos a la Ley 80 de 1993, en los cuales es válido que el proponente que no resultó favorecido solicite la nulidad del contrato con fundamento en la nulidad de los actos previos, en los contratos de derecho privado esta causal de nulidad (numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80) no es procedente, porque en el régimen del derecho común la misma no se encuentra prevista (recordando que no aplica el Estatuto General de Contratación Pública), lo cual vacía de contenido cualquier pretensión del actor orientada a lograr la nulidad del acuerdo negocial.

3. Legitimación en la causa:

En el presente caso, la sociedad INCER S.A. está legitimada en la causa por activa, toda vez que le imputa responsabilidad a GENSA por no haberle adjudicado la solicitud pública de ofertas No. SPO-0015-GENSA-12, a pesar de que cumplió con todos los requisitos contemplados en el denominado pliego de condiciones.

Por su parte, la empresa Gestión Energética S.A. E.S.P. se encuentra legitimada por pasiva, en razón a que, según la demanda, en la solicitud pública de ofertas No. SPO-0015-GENSA-12 aceptó la propuesta de un participante que no ocupaba el primer puesto en el orden de elegibilidad, ni tenía la capacidad para ofertar. Igualmente, el Consorcio I.A. & Tamayo La Paz está legitimado, porque fue quien resultó beneficiado con la escogencia de la oferta en el proceso controvertido.

¹⁴ Nota del texto original: “Para el caso objeto de estudio, es claro que debe analizarse la conducta del prestador de los servicios públicos domiciliarios en estricto cumplimiento de los principios que orientan la función administrativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007”.

¹⁵ 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.



4. Hechos probados y material probatorio relevante:

GENSA S.A. abrió la solicitud pública de ofertas SPO-0015-GENSA-12, cuyo objeto consistía en contratar todas las actividades tendientes a realizar la construcción de la línea 34.5kV La Paz-Manaure y la construcción de la subestación 3 MVA Manaure.

En esta participaron cinco proponentes: i) El Campín S.A.; ii) Raúl Elías Ramírez Devia; iii) INCER S.A.; iv) el Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, y v) el Consorcio IJ (fls. 61 a 63 c. 1).

En el informe de evaluación técnico económico del 14 de septiembre de 2012, la entidad consideró que la propuesta de la sociedad INCER S.A., con un puntaje de 600 puntos, quedaba en el primer lugar de elegibilidad (fls. 69 a 72 c. 1).

Concedido el término establecido en el pliego de condiciones para que los oferentes presentaran las observaciones (fl. 73 c. 1), el 10 de octubre de 2012, el Consorcio I.A. & Tamayo La Paz señaló que el ingeniero electricista de INCER S.A. no presentó la vigencia de la matrícula profesional (fls. 78 a 82 c. 1).

El 19 de octubre de 2012, GENSA elaboró un nuevo informe de evaluación técnico económico, en el cual descartó las ofertas presentadas por Promotora El Campín S.A. e INCER S.A., por no adjuntar el certificado de vigencia de la matrícula profesional del ingeniero electricista, que era un requisito insubsanable, y determinó que el primer lugar de elegibilidad era del Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, con un puntaje de 600 puntos, el cual cumplió con todos y cada uno de los requisitos contemplados en el pliego de condiciones (fls. 89 a 91 c. 1).

El 9 de noviembre de 2012, GENSA presentó a los proponentes el anterior informe de evaluación final, aclarando que, para proceder con el siguiente paso, esto es, la aceptación de la oferta y la celebración del contrato, era necesaria la suscripción de un otrosí que contuviera la prórroga del convenio interadministrativo FAER No. 038, suscrito con el Ministerio de Minas y Energía, porque este permitía cubrir el plazo que requería el proyecto, pues de lo contrario se debía terminar el proceso. Para no proceder a ello, los interesados en continuar con el mismo debían ampliar la vigencia de la póliza de seriedad de la oferta (fl. 98 c. 1).

El 20 de noviembre de 2012, la sociedad INCER presentó ante GENSA un derecho de petición, mediante el cual solicitó que se corrigiera el informe de evaluación final,



en lo relativo al documento de vigencia de la matrícula profesional del ingeniero electricista, porque este había sido aportado en la visita obligatoria al sitio de la obra. Por esa razón, pidió que se le adjudicara el respectivo contrato (fls. 99 a 103 c. 1).

El 10 de diciembre de 2012, en respuesta al anterior derecho de petición, GENSA S.A. le informó a INCER que efectivamente los documentos faltantes se encontraban en su poder y, por ello, procedería a realizar un nuevo informe de evaluación de las ofertas (fl. 104 c. 1).

El 19 de diciembre de 2012, GENSA. S.A., en uso de la cláusula de reserva consagrada en el numeral 3.10 del pliego de condiciones, declaró la terminación anticipada del proceso de contratación SPO-0015-GENSA-12 (fls. 107 a 108 c. 1)¹⁶.

En virtud de lo anterior, el 22 de enero de 2013, el representante del Consorcio I.A. & Tamayo La Paz presentó una tutela, en la cual solicitó que se continuara el trámite del proceso de convocatoria pública en el punto en que se encontraba y se procediera con la adjudicación de la solicitud pública de ofertas No. SPO-0015-GENSA-12, en los términos de los pliegos de condiciones (fls. 122 a 123 c. 1).

El 6 de febrero de 2013, el Juzgado Sexto Administrativo de Montería amparó los derechos fundamentales al debido proceso, buena fe y confianza legítima del Consorcio I.A. & Tamayo La Paz y, como consecuencia, ordenó a GENSA. S.A. que dejara sin efectos el oficio mediante el cual dio por terminada la solicitud pública de ofertas SPO-0015-GENSA-12. La anterior decisión se fundamentó en el siguiente raciocinio:

Los tutelantes participaron en las precitadas solicitudes de ofertas a través de los consorcios IA & Tamayo La Paz e IA & Tamayo, superando todas las etapas de dichos procesos de selección, hasta llegar a la etapa de la clasificación en ambos procesos de selección, calificando en ambos procesos con el mayor puntaje a los consorcios conformados por los tutelantes; sin embargo, una vez adoptados dichos puntajes GENSA S.A. ESP procedió a emitir un informe final señalando que debía esperarse la suscripción de la prórroga del convenio interadministrativo FAER 038 de 2011, lo cual sólo se dio hasta el 13 de diciembre del año 2012, y luego por conducto del oficio sin número de fecha 19 de diciembre de 2012, declaró terminado el proceso en virtud de la cláusula de reserva contemplada en el numeral 3.10 de los pliegos de condiciones de los procesos de selección SPO-0015-GENSA-12 y SPO-0016-GENSA-12, alegando la accionada que advirtió un yerro al haber descalificado la propuesta de INCER S.A., por la ausencia del certificado de vigencia de la tarjeta profesional del ingeniero electricista de dicha empresa, siendo que dicho documento reposaba en las dependencias de GENSA S.A. ESP.

¹⁶ GENSA. S.A. también dio por terminada la solicitud pública de ofertas SPO-0016-GENSA-12; sin embargo, esta no es objeto de controversia en el presente proceso.



Ahora bien, aunque hay prueba de que en realidad existió un error al descalificar a la empresa INCER S.A., no existe evidencia de que esa haya sido la causa por la cual GENSA S.A. ESP determinó la terminación del proceso, en efecto sólo obra prueba de los oficios DVSD-300 y DVSD-301, mediante los cuales el Líder de la División de Sistemas de Distribución de Energía señala que de acuerdo con la reunión realizada el 17 de diciembre de 2012, celebrada entre la Presidencia, la Gerencia de Proyectos Especiales y la Secretaría General de GENSA S.A. ESP, se recomendó el uso de la cláusula de reserva en los procesos SPO-0015-GENSA-12 y SPO-0016-GENSA-12, sin indicar cuál fue la causa o motivo por la cual se adoptó tal decisión, ni se arribó copia del acta elevada con ocasión de tal reunión, a efecto de que el despacho advirtiera las justas causas que fundamentaron el uso de la cláusula de reserva, en tal sentido encontramos que aunque el principio de la autonomía de las partes permite a los particulares desplegar todos los acuerdos o negocios que no estén prohibidos por el legislador, lo cierto es que estas convenciones no tienen la virtud de desatender la normativa constitucional y legal, en tal sentido observamos que el artículo 857 del Código de Comercio, regla que para el caso desarrolla y enmarca el postulado del debido proceso, sólo permite la revocatoria de la oferta pública cuando medie una justa causa para ello y esta norma también prevé que dicha revocatoria nunca surtirá efectos frente a aquellas personas que ya hubieran cumplido las condiciones reseñadas en la oferta de contratación emitida por el oferente que para este caso es GENSA S.A. ESP, lo cual ocurrió en el sub examine pues la accionada determinó que los tutelantes cumplieron todas las condiciones y requisitos para suscribir el contrato, por lo tanto no tiene asidero el argumento según el cual las partes tácitamente aceptaron la cláusula de reserva al presentar su propuesta. Adicional a ello un yerro en la clasificación de los proponentes no es una justa causa para dar por terminado en forma intempestiva la propuesta que GENSA S.A. ESP ofreció a los accionantes, lo cual de contera también afecta la buena fe y la confianza legítima de los actores (fls. 122 a 141 c. 1).

El 11 de febrero de 2013, GENSA suscribió la adenda No. 5, en la cual realizó la cronología de la solicitud pública de ofertas; enunció las acciones legales interpuestas frente a la decisión adoptada por aquella, el cumplimiento del fallo de tutela, y amplió el término para realizar los estudios jurídicos, financieros, ambientales, técnicos y económicos. Finalmente, se sometió a consideración de los oferentes el informe del 9 de noviembre de 2012, que solicitó la ampliación de la vigencia de la póliza de seriedad, para que presentaran sus observaciones (fls. 524 a 526 c. 2).

El 6 de marzo de 2013, el Juzgado Sexto Administrativo de Montería ajustó la orden impartida en la anterior providencia, en el sentido de precisar que GENSA S.A. debía reanudar la solicitud de ofertas SPO-0015-GENSA-12 en la etapa en que se encontraba al momento de decretar su terminación:

Mediante el proveído de fecha 6 de febrero de 2013 se amparan los derechos al debido proceso, buena fe y confianza legítima de los tutelantes, pues, la aplicación de la cláusula de reserva por parte de GENSA S.A. ESP resultaba abiertamente contraria a los postulados del derecho al debido proceso ya que la entidad desatendió las reglas de la oferta, omitiendo además informar a los



accionantes las causas por las que dio por terminadas las solicitudes públicas de ofertas SPO-0015-GENSA-12 y SPO-0016-GENSA-12, por lo cual los actores no pudieron conocer las razones de tal decisión y así ejercitar efectivamente su derecho de defensa; ahora bien, posteriormente GENSA S.A. ESP reanudó las precitadas solicitudes públicas de ofertas, empero el 11 de febrero hogañó expidió las adendas No. 5 en ambas solicitudes públicas de oferta, modificando el pliego de condiciones a efectos de variar el cronograma de las ofertas en dos aspectos a saber: i) ampliando el término para realizar los estudios jurídicos, ambientales, financieros, técnicos y económicos necesarios para la evaluación de las ofertas, hasta el 28 de febrero de 2013, y ii) adicionando una etapa por medio de la cual se somete a consideración de los oferentes el informe final de fecha 9 de noviembre de 2012 por un período de cinco días hábiles, en tal sentido se denota que GENSA S.A. ESP con este nuevo acto desconoció el derecho al debido proceso al alterar las reglas preestablecidas por ella misma (...) en los pliegos de condiciones. (...)

En este orden de ideas, se advierte que existe una transgresión del mismo derecho amparado mediante el fallo de fecha 6 de febrero de 2013, esto es el debido proceso, por lo cual la orden impartida inicialmente resulta ineficaz para salvaguardar el derecho iusfundamental protegido, por lo cual habrá de ajustarse la decisión primigenia la cual quedará así “amparar el derecho al debido proceso (...), en consecuencia se ordenará a los accionados, que [en] el término de un día contado a partir de la notificación de este proveído, dejen sin efectos los oficios (...) por medio de los cuales se dieron por terminadas las solicitudes públicas de ofertas SPO-0015-GENSA-12 y SPO-0016-GENSA-12, por lo cual deberán reanudarse estas solicitudes públicas de ofertas en la etapa que se encontraban al momento de decretar su terminación” (fls. 116 a 121 c. 1).

Posteriormente, el 13 de marzo de 2013, GENSA adjudicó el contrato derivado de la solicitud pública SPO-0015-GENSA-12 al Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, para lo cual explicó que el juez de tutela ordenó que se dejara sin efectos la decisión de usar la cláusula de reserva y terminar anticipadamente el proceso de solicitud pública de ofertas; por tanto, se debía volver a la etapa inmediatamente anterior, lo que imponía dar cumplimiento al informe final, en el que el referido consorcio ocupaba el primer puesto en orden de elegibilidad:

El informe preliminar de evaluación se publicó en la página web de GENSA S.A. E.S.P. y de conformidad con lo consignado en el pliego de condiciones, dicho informe fue puesto a consideración de los oferentes el día 5 de octubre de 2012, por el término de tres días hábiles. // En dicho informe, claramente la oferta que ocupaba el primer puesto en el orden de elegibilidad, era la presentada por la firma INCER S.A. (...)

Con ocasión de las observaciones recibidas, GENSA S.A. E.S.P. revisó nuevamente las propuestas y en coherencia con las mismas, modificó el informe preliminar y publicó un nuevo informe el 9 de noviembre de 2012.

*Con posterioridad a la publicación del informe mencionado en el numeral anterior, GENSA S.A. E.S.P. encontró que había incurrido en un error que derivó en que la propuesta presentada por la sociedad INCER S.A. que en el informe preliminar ostentaba el primer puesto en el orden de elegibilidad, se considerara **inhábil** debido a que no se consideró un documento que ya reposaba en la carpeta del proceso, pero no en la oferta como tal, lo que*



conllevó a que por el mismo error la propuesta presentada por el Consorcio IA & Tamayo La Paz ocupara el primer puesto en el orden de elegibilidad.

Por lo expuesto, GENSA S.A. E.S.P. realizó una evaluación ponderando las consecuencias de las acciones a adelantar, concluyendo, que la mejor alternativa era permitirle a todos los interesados en los procesos, volver a participar en los mismos, y en tal virtud hizo uso de la posibilidad legal que su régimen de contratación le permite, esto es, aplicó la cláusula de reserva consagrada en el numeral 3.10 del pliego de condiciones, y por lo tanto, terminó anticipadamente el proceso de contratación. (...)

Y que para la protección del citado derecho el juez de tutela dispuso dejar sin efectos el escrito calendado el 19 de diciembre de 2012, mediante el cual GENSA S.A. ESP hizo uso de la cláusula de reserva y en consecuencia terminó anticipadamente la solicitud pública de ofertas No. SPO-0015-GENSA-12, asumió que el proceso se encontraba vigente.

Por lo tanto, para garantizar el derecho al debido proceso en los términos expuestos en el fallo de tutela y bajo la consideración de que este lleva implícito el derecho de contradicción; modificó el cronograma de la solicitud pública de ofertas y dispuso que el informe calendado el 9 de noviembre de 2012, publicado ese mismo día en su página web, fuera objeto de revisión, análisis y contradicción por parte de los oferentes interesados, para lo cual les corrió traslado por un término de cinco días hábiles. // Para el efecto, publicó el 11 de febrero de 2013, la Adenda No. 05. (...)

Dentro del término de cinco días hábiles concedido a los oferentes mediante la adenda No. 5 publicada el 11 de febrero de 2013, para presentar observaciones al informe publicado el 9 de noviembre de 2012, se recibieron de la Sociedad INCER S.A. dos escritos calendados el 14 y el 18 de febrero, contentivos ambos de observaciones al informe de evaluación que se sometió a su consideración, en este punto nos referiremos a la que apunta a señalar que el representante legal de la Sociedad I.A. S.A. (Ingenieros Asociados) integrante del Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, cuando conformó el consorcio, actuó sin capacidad legal, toda vez que a la luz de los estatutos sociales, para ello requería autorización de la asamblea de accionistas. (...)

Como se aprecia del texto transcrito, los estatutos sociales de la Sociedad I.A. S.A. (Ingenieros Asociados) previeron que la asamblea de accionistas de la misma, tuviera que autorizar a su representante legal, para la conformación de sociedades, es decir de personas jurídicas, en calidad de filiales o subsidiarias (...), pero nunca para conformar consorcios o uniones temporales, figuras de asociación que en el derecho colombiano no dan origen a una persona jurídica. (...)

Con ocasión de la interpretación dada por GENSA S.A. E.S.P. al fallo de tutela, del 6 de febrero pasado, los accionantes iniciaron un incidente de desacato en contra de la sociedad, el cual luego de presentados por las partes los argumentos respectivos, fue resuelto mediante providencia calendada el 6 de marzo de 2013, en la que concretamente el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Montería ajustó la orden impartida en el fallo de 6 de febrero de 2013. (...)

Con fundamento en lo dispuesto en la providencia aludida en el numeral anterior, el Líder de la División de Sistemas de Distribución de Energía de GENSA S.A. E.S.P. mediante memorando (...) del 8 de marzo de 2013, remite a la presidencia de la sociedad, basado en lo dispuesto en la providencia del 6 de marzo del año en curso, emanada del Juzgado Sexto Administrativo de Montería, el informe final de evaluación técnico económica, memorando del 19



Radicación número: 20001-23-33-003-2014-00127-01 (58.809)

Actor: Ingenierías y Servicios INCER S.A.

Demandado: Gestión Energética GENSA S.A. E.S.P.

Referencia: Apelación sentencia – controversias contractuales

de octubre de 2012, donde se estableció el orden de elegibilidad del proceso para contratar todas las actividades tendientes a realizar la construcción de la línea 34,5kV La Paz – Manaure y la construcción de la subestación 3 MVA Manaure.

Con fundamento en lo indicado anteriormente, atendiendo lo dispuesto por el Juzgado Sexto Administrativo de Montería, en su providencia del 6 de marzo de 2013, se adjudica el contrato para realizar las obras citadas, al Consorcio I.A. & Tamayo La Paz (fls. 168 a 172 c. 1).

El 3 de abril de 2013, GENSA informó a INCER S.A. que en la carta de adjudicación del contrato se realizó un resumen de los hechos y una evaluación ponderada de las consecuencias de las acciones a adelantar por las decisiones del Juzgado Sexto Administrativo de Montería, situación que claramente llevó a concluir que el contrato objeto de la solicitud pública de ofertas debía ser adjudicado al Consorcio I.A. & Tamayo La Paz; además, le aclaró que para la conformación del consorcio no se requería autorización de la asamblea de accionistas, de modo que no contaba con argumentos legales para declarar inhábil la oferta presentada por el referido consorcio, lo cual realizaba en cumplimiento de su obligación de acatar la orden judicial y de adjudicar el contrato (fls. 173 a 175 c. 1).

El 9 de abril de 2013, se suscribió el contrato de obra No. 026-2013, entre GENSA S.A. y el Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, cuyo objeto consistía en contratar todas las actividades tendientes a realizar la construcción de la línea 34.5kV La Paz- Manaure y la construcción de la subestación 3 MVA Manaure (fls. 417 a 424 c. 2).

5. Problema jurídico y solución del caso concreto:

Le corresponde a la Sala determinar si, con ocasión del procedimiento de selección de ofertas adelantado por GENSA S.A., se configuró su responsabilidad por culpa *in contrahendo*, por no haber escogido la propuesta de INCER S.A., a pesar de que cumplió con todos los requisitos contemplados en el denominado pliego de condiciones. Adicionalmente, se reprocha que la entidad aceptara la oferta del Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, aun cuando no ocupaba el primer puesto en el orden de elegibilidad, ni tenía capacidad para participar de la convocatoria.

Para estos efectos, se debe tener presente que 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



Corporación¹⁷, 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 de contratación.

5.1 Las observaciones presentadas por INCER fueron extemporáneas y, en todo caso, su oferta no debió ser escogida por GENSA:

En el presente caso, se tiene que la sentencia del tribunal de primer grado fundó su decisión, esencialmente, en dos razones, las cuales son -hasta cierto punto- contradictorias: (i) GENSA no debía modificar el informe de evaluación a raíz del error cometido con la propuesta de INCER, porque las observaciones que esta presentó fueron extemporáneas¹⁸, y (ii) antes del fallo de tutela, la entidad demandada reconoció los yerros en la evaluación de la oferta del accionante, lo cual significa que esta quedó habilitada nuevamente, con el mismo puntaje del consorcio; por tanto, como el criterio de desempate se inclinaba a favor de este último, no era cierto que el actor presentó la mejor propuesta.

¹⁷ 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.

¹⁸ En la contestación de la demanda, GENSA puso de presente que el informe definitivo de evaluación, publicado el 9 de noviembre de 2012, no fue objeto de observaciones por parte de alguno de los interesados en la solicitud pública de ofertas. Aunado a esto, comentó: *“Efectivamente, cuando GENSA S.A. ESP. conoció el fallo que puso fin al incidente de desacato interpuesto por los tutelantes dentro del trámite de la acción de tutela, retrotrajo sus actuaciones, es decir dejó sin efecto la decisión de hacer uso de la cláusula de reserva y en consecuencia terminar anticipadamente el proceso de Solicitud Pública de Ofertas SPO-015-GENSA-12 y al hacer lo que el operador jurídico le ordenó, quedó vivo y vigente en el proceso respectivo, el informe final de evaluación en el que el CONSORCIO IA & TAMAYO LA PAZ ostentaba el primer puesto en el orden de elegibilidad, pues es menester dejar claro que cuando GENSA S.A. ESP. respondió el derecho de petición interpuesto por INCER S.A. extemporáneamente y por fuera de los términos y etapas regladas del proceso contractual de solicitud pública de ofertas, calendado como se ha repetido el 20 de noviembre de 2012, no corrigió el informe final de evaluación, sino que aceptando que había incurrido en un error hizo uso de la cláusula de reserva y terminó el proceso de contratación”* (fl. 470 c. 1).

Por su parte, en la sentencia objeto de apelación, el Tribunal Administrativo del Cesar afirmó: *“Para la Sala, son de recibo los argumentos expuestos por GENSA S.A., para adjudicar el contrato al Consorcio IA & TAMAYO LA PAZ, toda vez que tal como lo advierte la entidad demandada, el hecho de que en respuesta al derecho de petición presentado por la empresa INCER S.A., haya reconocido que existió un error en la evaluación técnica, por la presunta falta de certificación de la vigencia de la matrícula profesional del ingeniero electricista, no quiere decir que el informe definitivo de evaluación hubiera sido modificado, pues el término para las observaciones frente a éste ya había pasado. // Así entonces, le asistía la obligación a GENSA S.A., de dar cumplimiento al fallo de tutela, para ello debía retrotraer las actuaciones al estado inmediatamente anterior a la declaratoria de terminación anticipada del proceso de contratación, esto es al informe de evaluación de fecha 19 de octubre de 2012, en el que descartó la oferta de (...) INCER S.A., y se determinó que el primer lugar de elegibilidad es de la firma Consorcio IA & TAMAYO LA PAZ, con un puntaje de 600 puntos (...)”* (fl. 1452 c. ppal).



Por su parte, en el recurso de apelación se sostuvo que, según lo ordenado por el juez de tutela, a GENSA solo le correspondía dejar sin efectos la comunicación mediante la cual terminó la solicitud pública de ofertas y, por ello, debía continuarla en el estado en que se encontraba, sin que debiera retrotraerla, pues la entidad ya había expresado que realizaría una nueva evaluación, porque aceptó el error en que incurrió al descalificar a INCER S.A.

Si se revisa la providencia del 6 de marzo de 2013, mediante la cual el Juzgado Sexto Administrativo de Montería ajustó la orden impartida en el fallo de tutela, se puede colegir que GENSA estaba en la obligación de reanudar la solicitud pública de ofertas SPO-0015-GENSA-12 en la etapa en que se encontraba al momento de decretar su terminación.

Igualmente, como antes de la terminación de la solicitud pública de ofertas, GENSA había reconocido el yerro en la evaluación de la propuesta presentada por INCER S.A., es cierto que, en principio, le correspondía elaborar un nuevo informe, en el que debía considerar que la oferta de esta sociedad quedaba nuevamente habilitada. Por supuesto, ello no significaba que el actor debiera ocupar el primer lugar en el orden de elegibilidad, debido a que el certificado de vigencia de la matrícula profesional del ingeniero electricista se estableció como un requisito habilitante, mas no como un criterio de evaluación o de asignación de puntaje.

Al margen de lo expuesto, la Sala observa que el apelante no cuestionó uno de los argumentos estructurales de la decisión del *a quo*, esto es, que GENSA no debía modificar el informe de evaluación del 19 de octubre de 2012, porque las observaciones mediante las cuales se buscó generar tal efecto fueron presentadas de manera extemporánea¹⁹. Por lo mismo, como este aspecto del fallo no fue objeto de reproche, no puede ser alterado en esta instancia.

En este punto, se resalta que esta Subsección, en un caso con identidad fáctica al de la referencia, en el cual INCER demandó a GENSA por no haberle adjudicado la

¹⁹ El informe mediante el cual se descartó la oferta del actor fue del 19 de octubre de 2012 (presentado a los oferentes el 9 de noviembre siguiente). Conforme al numeral 3.5 del pliego de condiciones, el plazo para presentar observaciones era de 3 días. No obstante, la petición mediante la cual INCER solicitó que se corrigiera el informe de evaluación final, en lo relativo al documento de vigencia de la matrícula profesional del ingeniero electricista, fue del 20 de noviembre de 2012, es decir, por fuera de los 3 días mencionados.



solicitud pública de ofertas SPO-0016-GENSA-12, y que también fue objeto de los pronunciamientos de tutela expuestos, aseveró que:

Ciertamente, de la lectura de la orden proferida el 6 de marzo de 2014 (sic) por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Montería, en el incidente de desacato, se desprende que el imperativo se dirigió a “reajustar” la decisión de tutela en el sentido de disponer que, además, de dejar sin efectos las comunicaciones por las cuales Gensa S.A. E.S.P. informó la terminación anticipada de la convocatoria instrumentada en oficios 19 de diciembre de 2012, debía retrotraer la actuación hasta la última etapa surtida hasta antes de ese momento. Así se ordenó textualmente en la citada providencia: “por lo cual deberán reanudarse estas solitudes (sic) públicas de ofertas en la etapa que se encontraban al momento de su terminación”.

La etapa inmediatamente anterior a la decisión de terminar anticipadamente la convocatoria, tal como lo sostiene la demandante, no correspondía al momento en que Gensa S.A. E.S.P. expidió el informe de evaluación del 19 de octubre de 2012, en el que se rechazó la propuesta de Incer S.A. y se dispuso a adjudicar el contrato al consorcio I.A. & Tamayo.

Existió una etapa posterior a ese momento que al tiempo precedió a la decisión de terminar la convocatoria y se concretó en el oficio 10 de diciembre de 2012, por el cual Gensa S.A. E.S.P. dio respuesta a la[s] observaciones presentadas por Incer S.A. al anterior informe de evaluación, escrito en el que la entidad manifestó que le asistía la razón en cuanto su propuesta debía ser habilitada por reposar en la entidad el documento faltante, por lo que se procedería a realizar un nuevo informe de evaluación.

Se sigue de lo anterior que, en principio, la orden de tutela realmente ordenó efectuar un nuevo informe de evaluación en el que se considerara como habilitada la propuesta de Incer S.A., por ser esa la fase en la que se hallaba el procedimiento de selección antes de su culminación y no como lo sostuvo el Tribunal en el sentido de que la orden del desacato estuvo dirigida a que adjudicara el contrato a I.A. & Tamayo.

Sin embargo, como se anticipó, se presenta una particularidad que hace que tal yerro no tenga la relevancia para apartarse de la decisión del a quo y que lleva a que su decisión, en todo caso, resulte acertada al estimar que Gensa S.A. E.S.P. debía adjudicar el contrato al consorcio I.A. & Tamayo.

Sobre este aspecto, se recuerda que el a quo fue enfático en señalar que las observaciones presentadas por Inter (sic) S.A. al informe de evaluación y en cuyo mérito resultó nuevamente habilitada, no podían ser consideradas por la empresa de servicios públicos, dado el carácter extemporáneo de su presentación, en contravía con lo previsto en la cláusula 3.5 del pliego de condiciones. Esto conducía a que, ante la inviabilidad jurídica de considerar esas observaciones, el informe de evaluación en el que se ubicaba al consorcio I.A. & Tamayo en el primer lugar en el orden de elegibilidad debiera mantenerse, dando como resultado que fuera su oferta la llamada a resultar favorecida con la adjudicación.

Con todo, en el recurso de apelación ningún cargo se elevó frente a esta consideración medular, en la que el a quo sentó su posición de que Gensa S.A. E.S.P. no incurrió en una conducta culpable al adjudicar el contrato al mencionado consorcio.

La parte actora, más allá de advertir de manera genérica y sin mayor desarrollo argumentativo que la entidad incurrió en culpa, actuó con desconocimiento de



la buena fe contractual y la confianza legítima, centró su oposición de manera exclusiva en alegar que la orden de tutela no estaba encaminada a que la adjudicación se realizara en cabeza del consorcio, sino a reconsiderar el informe de evaluación con inclusión de su oferta, sin que en apoyo de su reparo la apelante se percatase de que el tribunal expresó con claridad las razones por las cuales no resultaba viable realizar una nueva calificación con observancia de las respuestas a unas observaciones presentadas en contravía del principio de preclusión, lo que hacía que el informe del 19 de octubre de 2012, con base en el cual se dispuso la adjudicación, fuera inmodificable.

Así pues, lo que se observa frente a este punto es una inexistencia de disenso en la apelación sobre el aspecto en que se edificó la sentencia de primera instancia, pues no obstante haber tenido la razón parcialmente en su argumento, ello no era eficaz para derribar la motivación principal sobre la que el a quo estructuró su decisión en relación con la ausencia de responsabilidad de Gensa S.A. E.S.P. al adjudicar el contrato al consorcio I.A. (subraya fuera de texto)²⁰.

De esta forma, aun cuando le asiste razón al apelante en que la orden de tutela obligaba a GENSA a realizar un nuevo informe de evaluación, no se presentaron razones que permitan controvertir si, como lo consideró el a quo, la extemporaneidad de las observaciones hacía inmodificable el informe que ubicó al consorcio en el primer lugar de elegibilidad.

En cualquier caso, la Sala no puede dejar de lado que el tribunal de primera instancia, aunque estimó que las observaciones no se radicaron oportunamente, procedió a analizar si INCER había presentado la mejor oferta, por cuanto la entidad había reconocido que incurrió en un yerro, lo cual implicaba que aquella quedara habilitada nuevamente. En otras palabras, el tribunal, luego de asegurar que el informe del 19 de octubre de 2012 era inmutable, hizo el ejercicio de evaluar las ofertas, valorando el puntaje que originalmente se le había asignado al demandante.

Como este aspecto, que también ayudó a estructurar la decisión de primera instancia, sí fue objeto de reproche, en tanto el apelante arguyó que su oferta fue la mejor, es necesario definir si GENSA estaba en el deber de escoger esta propuesta, en lugar de la del consorcio. Al respecto, se tiene que:

Si bien el documento denominado adjudicación del contrato se refirió al informe preliminar de evaluación, en el que se indicaba que el primer orden de elegibilidad lo tenía la oferta presentada por INCER S.A., con 600 puntos, en el mismo documento también se expresó que se revisaron nuevamente las propuestas, se

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 21 de octubre de 2022. Radicado No. 44001-23-40-000-2014-00083-01 (68.781), C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.



modificó el informe preliminar y se publicó un nuevo informe -el del 19 de octubre de 2012-, en el que GENSA S.A. determinó que el primer lugar de elegibilidad le correspondía al Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, con un puntaje de 600 puntos. De este modo, para el momento en que se decretó la terminación del procedimiento de selección, los dos proponentes debían tener el mismo puntaje -sin que en el plenario se evidencien motivos que conlleven a colegir que alguno de ellos debió enmendarse²¹-; por consiguiente, se debía acudir al criterio de desempate prescrito en el pliego de condiciones, que en el numeral 3.4. determinó lo siguiente:

Si al hacer las ponderaciones resultaren dos o más ofertas con igual puntaje total ganador, se tendrá en cuenta, para efectos de elegir alguna, a aquella que arroje un menor valor total de la oferta.

La oferta del Consorcio I.A. & Tamayo La Paz tenía un valor inferior -\$3.024'165.256- al presentado por INCER S.A. -\$3.031'897.779-, ambas con un puntaje de 600 puntos; por ello, la demandante no podía haber sido la beneficiaria del proceso de selección, ya que su propuesta no resultaba ser la más favorable para la entidad y, bajo esos términos, no sufrió una afectación al derecho a ser adjudicataria del contrato.

5.2 El consorcio sí tenía capacidad para presentar su oferta:

El otro argumento del apelante, consiste en que el Consorcio I.A. & Tamayo La Paz no tenía capacidad para presentar su oferta. En efecto, diferente a lo plasmado en el recurso, para la formación del aludido consorcio no era necesaria la autorización de la asamblea de accionistas, porque esta solo se requería para constituir una sociedad filial o subsidiaria²².

²¹ En los alegatos de conclusión de la segunda instancia, la parte actora manifestó que los 600 puntos otorgados al consorcio constituían un equívoco, puesto que la recalificación por la que se los asignaron se hizo sin tener en cuenta la propuesta de INCER. Entonces, al esta haber sido habilitada nuevamente -por reconocerse los errores en los que incurrió GENSA-, volvía a tener el mayor puntaje (siempre fue calificada en el primer lugar, por lo que no existió un empate técnico). Empero, dicho argumento no hizo parte del recurso de apelación -no fue desarrollado en esos términos-, que es el que limita la competencia de la Sala, además de que no se probó por qué el puntaje del consorcio debía ser inferior a los 600 puntos que finalmente se le confirieron. Así, se debe concluir que, al momento de continuar la solicitud pública de ofertas, los dos oferentes debían tener la misma calificación (el apelante no explicó, por ejemplo, cómo se vería afectada la fórmula al valorar otra vez su propuesta, sin que referirse, en general, al primer informe preliminar sea un argumento suficiente).

²² Pese a que en la demanda el actor también formuló este cargo como argumento destinado a justificar la nulidad del contrato, como se dijo líneas más arriba, en este caso la pretensión anulatória del negocio carece de fundamento.

De cualquier manera, la falta de autorización de uno de los integrantes del consorcio, de probarse, se erige como una falta de capacidad relativa (que genera la nulidad relativa), la cual solo puede ser invocada por "aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes" (artículo 1743 del Código Civil) y que, en todo caso, puede ser objeto de ratificación (artículo 844 del Código de Comercio). Por lo mismo, resulta improcedente cualquier pretensión elevada por el actor en ese sentido, pues la ley



Según el certificado de existencia y representación legal de la sociedad IA S.A. Ingenieros Asociados, allegado con la oferta, el cual fue expedido el 3 de agosto de 2012 por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, la asamblea de accionistas tenía la función de *“Autorizar la constitución de sociedades filiales o subsidiarias para el desarrollo de actividades o negocios comprendidos dentro del objeto social, conforme a los estatutos”* (fls. 1029 a 1032 c. 3).

En tales condiciones, en los estatutos de IA S.A. Ingenieros Asociados se previó que la asamblea de accionistas tenía que autorizar a su representante legal para la conformación de sociedades, es decir, personas jurídicas, en calidad de filiales o de subsidiarias, pero nunca para integrar consorcios -que es una figura asociativa o colaborativa mediante la cual se aúnan esfuerzos para participar de un proceso contractual, sin que, en ningún momento, se configure una nueva persona jurídica-.

5.3 Conclusiones:

Con fundamento en lo anterior, es posible concluir que: (i) el tribunal argumentó que INCER presentó sus observaciones de manera extemporánea, lo cual hacía que no debiera modificarse el informe del 19 de octubre de 2012; este asunto no fue controvertido por el apelante, lo cual significaba que tal aspecto de la decisión de primer grado debía quedar incólume.

(ii) A pesar de esto, el *a quo* también señaló que la oferta del actor debió habilitarse, pero que, pese a ello, su propuesta no debió ser escogida. Como el apelante consideró que el deber de GENSA, a partir de la orden de tutela, se orientaba a realizar una nueva evaluación, se procedió a determinar si su oferta, en los términos del pliego, era mejor que la del consorcio. Sin embargo, fue posible colegir que GENSA eligió la propuesta de I.A & Tamayo La Paz de manera justificada²³.

no lo habilita para impugnar la validez del contrato con fundamento en esta causal de nulidad. Igualmente, se aclara que esta supuesta causal de nulidad del contrato no estuvo debidamente desarrollada en la demanda, dado que, de una lectura integral de la misma, se tiene que siempre se presentó como un motivo para reprochar que no se hubiese escogido la propuesta de INCER.

²³ No sobra aclarar que, de haberse demostrado que el actor presentó la mejor oferta, este no probó que, con motivo de la elaboración y presentación de la misma, se le causó algún daño que debiera ser indemnizado por la entidad.

En la demanda se advirtió que debían reconocerse los gastos de elaboración de la propuesta, constituidos por costos de papelería, costos de impresión, personal para su realización y gastos de acompañamiento jurídico. Para efectos de demostrar lo anterior, INCER S.A. allegó con la demanda varias certificaciones expedidas por la misma empresa, en las que se indicó que *“debe”* unas sumas de dinero a favor de los prestadores de esos servicios; empero, no fueron aportados los documentos que acreditan el pago efectivo. Por lo mismo, solo se trata de cuentas por cancelar que reflejan la existencia de un crédito, pero no que la sociedad demandante hubiera realizado tales erogaciones.



(iii) El consorcio sí tenía capacidad para presentar su oferta, porque los estatutos de uno de sus integrantes establecían que su representante legal requería de una autorización para constituir sociedades, mas no para conformar consorcios, en tanto con esta figura no se crea una nueva persona jurídica.

Así, como la sociedad demandante no demostró los argumentos expuestos en su recurso, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

6. Costas:

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por el procedimiento civil. Como la condena en costas obedece a un factor objetivo, no se tiene en cuenta la conducta de las partes, sino los supuestos decantados por la norma.

Además, algunos gastos se hacen con el fin de poder participar en la oferta e, incluso, algunos son devueltos a los proponentes no favorecidos, como sucedió en el presente caso, en el que GENSA S.A., mediante oficio del 27 de diciembre de 2012, procedió a devolver el depósito de la garantía de seriedad de la oferta (fls. 109 a 110 c. 1).

Para efectos de una mayor precisión conceptual, la Sala recuerda que, en este tipo de casos, la jurisprudencia mayoritaria (aunque no es un asunto absolutamente pacífico) ha aceptado que solo puede indemnizarse el denominado interés negativo o de confianza: *“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 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 (art. 863 del C. de Co.), del principio general de la buena fe que, como tantas veces se ha reiterado, no impera solamente en las relaciones jurídicas ya establecidas; y en fin, la comentada indemnización debe ser integral, o sea comprensiva del daño emergente y del lucro cesante 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”.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de noviembre de 1989, Gaceta Judicial No. 2435, pág. 123. M.P.: José Alejandro Bonivento Fernández. Reiterada en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 27 de octubre de 2023. Radicado No. 05001-23-31-000-1996-02602-02 (56.445), C.P.: María Adriana Marín.



Radicación número: 20001-23-33-003-2014-00127-01 (58.809)

Actor: Ingenierías y Servicios INCER S.A.

Demandado: Gestión Energética GENSA S.A. E.S.P.

Referencia: Apelación sentencia – controversias contractuales

Así, el artículo 365 del CGP señala que hay lugar a condenar en costas a la parte vencida en un proceso; no obstante, el artículo 361 *ibidem* indica que las costas “*están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho*”. Estas últimas, vale aclarar, serán determinadas por las tarifas que, para el efecto, establezca el Consejo Superior de la Judicatura, según el numeral 4 del artículo 366 de esa misma norma.

De tal manera, se condenará en costas a la parte demandante, es decir, a quien interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, debido a que no prosperó. La liquidación de las costas la hará de manera concentrada el tribunal *a quo*, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso²⁴.

En relación con las agencias en derecho correspondientes a esta instancia, en virtud del numeral 4 del artículo 366 del CGP, se tiene en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales -si las hubiere-. En ese sentido, se observa que:

Se trata de un proceso de reparación directa, cuyas pretensiones ascienden a la suma de \$818'305.359, asunto en el que la parte demandante resultó vencida en segunda instancia, porque no se accedió a lo pedido en el recurso de apelación.

Teniendo en cuenta lo anterior, para efectos de la fijación de las agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, acerca de la duración y la complejidad de la gestión procesal, se observa que, además del seguimiento propio que amerita un caso como el presente, GENSA S.A. y el consorcio presentaron oportunamente los alegatos de conclusión.

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el acuerdo vigente para la fecha en que se presentó la demanda, en materia de tarifas de agencias en derecho se tiene en cuenta lo siguiente:

ACUERDO No. 1887 DE 2003

(Junio 26)

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

(...) ARTÍCULO SEGUNDO.- Concepto. Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte

²⁴ A cuyo tenor: “*Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas (...)*”.



victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos especiales previstos en los códigos de procedimiento.

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

ARTÍCULO CUARTO.- Fijación de tarifas. Las tarifas máximas de agencias en derecho se establecen en salarios mínimos mensuales legales vigentes, o en porcentajes relativos al valor de las pretensiones de la demanda reconocidas o negadas en la sentencia. (...)

ARTÍCULO SEXTO. Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho: (...)

III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. (...)

3.1.3. Segunda instancia.

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

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

Así las cosas, se fijan las agencias en derecho de la segunda instancia en el 1% de \$818'305.359, es decir, la suma de \$8'183.053, en favor de la parte demandada, conformada por la empresa Gestión Energética GENSA S.A. E.S.P. y por el Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, la cual se dividirá en proporciones iguales. La anterior condena deberá incluirse en el auto de liquidación de costas a cargo de la parte vencida, en este caso, la demandante.

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 9 de febrero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.



Radicación número: 20001-23-33-003-2014-00127-01 (58.809)

Actor: Ingenierías y Servicios INCER S.A.

Demandado: Gestión Energética GENSA S.A. E.S.P.

Referencia: Apelación sentencia – controversias contractuales

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandante a pagar las costas del proceso. Como consecuencia, el tribunal de origen deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 366 del Código General del Proceso. Como agencias en derecho en esta instancia, se fija la suma equivalente a ocho millones ciento ochenta y tres mil cincuenta y tres pesos (\$8'183.053), a favor de la parte demandada, conformada por la empresa Gestión Energética GENSA S.A. E.S.P. y por el Consorcio I.A. & Tamayo La Paz, dividida en proporciones iguales.

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 autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador.aspx>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente

NICOLÁS YEPES CORRALES (E)

Aclaración de voto

VF