

CONVENIOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL – Prestación del servicio de transporte – Decreto 1079 de 2015 – Decreto 431 de 2017 – Reporte de convenio a Ministerio de Transporte y Superintendencia de Puertos y transporte

En efecto, el Decreto 1079 de 2015, en su artículo 2.2.1.6.3.4.45 modificado por el artículo 9 del Decreto 431 de 2017, permite la posibilidad de suscribir convenios de colaboración empresarial para la prestación del servicio de transporte terrestre especial y, en dicho contexto, consagra la obligación de reportar este negocio jurídico al Ministerio de Transporte y a la Superintendencia de Puertos y Transporte.

Sin embargo, el referido decreto compilatorio no especificó los elementos que debía contener el negocio jurídico de colaboración; de hecho, la lectura del artículo 2.2.1.6.3.4. del Decreto 1079 de 2015 refleja que el Ministerio de Transporte debía reglamentar el convenio de colaboración empresarial, sin que en el proceso este demostrado que ello hubiere ocurrido para la época en que se dio apertura al proceso de selección que aquí concierne.

Con todo, para la Sala las distintas estipulaciones del pliego, interpretadas en forma sistemática, coherente y acorde con su finalidad, conducen a concluir que era indispensable que en los convenios aportados con la propuesta estuviera indicado cuáles serían los automotores destinados a la prestación del servicio, que hacían parte de los mismos. Sobre el particular, debe resaltarse que el pliego de condiciones **(i)** exigió que los interesados en participar en el proceso de selección contaran con un parque automotor calificado, es decir, con unos vehículos que cumplieran las especificaciones técnicas determinadas en el anexo No. 1 del mismo; y **(ii)** permitió que el parque automotor calificado fuera satisfecho con vehículos vinculados mediante convenios de colaboración empresarial.

PLIEGO DE CONDICIONES – Subasta inversa – Requisitos habilitantes – Lista de vehículos

resulta evidente que los mencionados convenios, en el marco del procedimiento de selección objeto de estudio, tenían una finalidad específica, que no era otra distinta a permitir completar la flota de los oferentes a efectos de cumplir con el parque automotor calificado que el pliego de condiciones exigía. Así entonces, lo cierto es que para acreditar en el proceso de selección los vehículos que por la vía de convenios de colaboración integraban el parque automotor ofertado y, con ello, atender el requisito técnico consistente en que la propuesta incluyera vehículos que reunieran las condiciones especificadas en el anexo 1 del pliego de condiciones, el negocio jurídico de colaboración presentado con la oferta necesariamente debía identificar los vehículos que integraban su objeto contractual, pues solo de esta forma podían cumplir la finalidad para la cual se dio cabida a la posibilidad de acudir a dicha figura negocial, esto es, acreditar el cumplimiento del requisito técnico habilitante.

CONVENIOS DE COLABORACIÓN – Contrato atípico – Asociativo – Finalidad

[...] los convenios de colaboración empresarial, denominados también de asociación, de alianza estratégica, de participación conjunta y similares, en términos generales son negocios jurídicos atípicos de carácter asociativo, mediante los cuales dos o más empresas coordinan esfuerzos para la ejecución de un proyecto o actividad común, sin

constituir una nueva persona jurídica, de manera que conservan su independencia administrativa, técnica, financiera y jurídica. Estos negocios jurídicos son permitidos en materia de transporte para la integración de flotas con las que, en conjunto con vehículos propios, son prestados estos servicios, es decir, sirven al propósito de ampliar el parque automotor de las empresas que prestan el servicio de transporte; de ahí que, en el campo de la contratación de servicios de transporte por parte de entidades estatales, resulte razonable considerar que los convenios de colaboración empresarial son un mecanismo que ha sido admitido para favorecer la participación en procesos de selección.

PLIEGO DE CONDICIONES – Requisito habilitante – Lista de vehículos – Convenio de colaboración empresarial

[...] si el negocio jurídico de colaboración empresarial solamente establece la obligación genérica e inespecífica de la empresa colaboradora de suministrar vehículos o de prestar el servicio de transporte con vehículos, sin indicación siquiera de la cantidad de automotores, y, menos aún, sin individualización alguna de los mismos, la ausencia de esta identificación impide considerar satisfechas las condiciones exigidas en el proceso de selección, dado que aquellos constituyen un elemento esencial para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos habilitantes.

PLIEGO DE CONDICIONES - Interpretación - Artículo 23 de la Ley 80 de 1993- Métodos Hermenéuticos

A propósito de la hermenéutica del pliego de condiciones, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación⁴⁶, acudiendo al artículo 23 de la Ley 80 de 1993 -según el cual las actuaciones contractuales se desarrollan con arreglo a los principios de planeación, transparencia, selección objetiva e igualdad y les son aplicables los criterios hermenéuticos propios de la materia contractual-, ha señalado que la Administración está facultada para interpretar el pliego de condiciones con el fin de llenar los vacíos o lagunas que allí se presenten o de solucionar las antinomias que se puedan desprender de su texto y que eventualmente tornen nugatoria la escogencia de la mejor propuesta; lo anterior, al amparo de los principios generales del derecho, los de la función administrativa, la finalidad del pliego y la protección del interés general . Además, ha precisado que para la interpretación del pliego la Administración puede acudir al sentido gramatical o exegético, al criterio histórico, al semántico, al sistemático, al teleológico y a otros criterios hermenéuticos subsidiarios.

[...] la Sala estima que el ejercicio hermenéutico que imprimió el comité evaluador en el sentido de considerar que el requisito técnico habilitante exigía que los convenios de colaboración empresarial incluyeran la especificación de los vehículos vinculados al servicio, se acompañó con una interpretación lógica, sistemática y teleológica de las distintas disposiciones del pliego de condiciones y obedeció a la finalidad del objeto a contratar, de lo que se colige que constituyó un criterio proporcional, necesario y razonable.

RÉGIMEN DE SUBSANACIÓN DE OFERTAS – Ley 1150 de 2007 artículo 5 – Antes de la modificación de la Ley 1882 de 2018 – Requisito que no incidiera en la comparación de ofertas – Subsancibilidad

De cara al régimen de subsanación aplicable al caso concreto, la Sala destaca que era el contenido en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, antes de la modificación

introducida por la Ley 1882 de 2018, en la medida en que el procedimiento de selección se adelantó en el año 2017. Por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en la norma mencionada, la falta de un requisito que no tuviera incidencia en la comparación de las propuestas no daba lugar a su rechazo, procediendo en tal evento solicitar al oferente subsanar su propuesta en el sentido de satisfacer la deficiencia, con la precisión de que los requisitos subsanables serían aquellos que no afectaran la asignación de puntaje.

SUBSANABILIDAD DE OFERTA – Oportunidad de subsanación

[...] la oportunidad para subsanar no comportaba una nueva posibilidad para cumplir el requisito habilitante. Sobre este particular se impone reiterar que, al amparo del régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas dispuesto en la Ley 1150 de 2007, los proponentes deben cumplir los requisitos habilitantes en el momento en que presentan su ofrecimiento, y que solo pueden subsanar las falencias o inexactitudes que deriven del análisis de la documentación que acompañen con su propuesta para demostrar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, mas no mejorar aspectos con los que no se contaba a la fecha de presentación de las propuestas, porque en tal evento realmente se estaría adicionando la oferta.

PROCESO DE SELECCIÓN – Subasta inversa – Menor precio – Factor ponderable - Vehículos – Condiciones técnicas que no permiten habilitar al oferente

[...] no se pasa por alto que la naturaleza del procedimiento de selección conllevaba que el único factor ponderable fuera el precio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y el apartado 2.4. del pliego de condiciones. Frente a lo anterior, debe precisarse que lo que realmente reprocha la Sala en este específico caso es que la Unión Temporal Satours no hubiere cumplido con el parque automotor requerido, en tanto el texto del convenio de colaboración empresarial que celebró para el efecto no amparó lo manifestado en su propuesta en punto a los vehículos ofrecidos para prestar el servicio, de modo que no dio cumplimiento a las condiciones técnicas exigidas que le permitían estar habilitado para participar en la subasta.

En consecuencia, a pesar de que el precio constituía el único factor de evaluación en el procedimiento de selección, el incumplimiento del requisito técnico habilitante relativo al parque automotor por parte de la Unión Temporal Satours comprometió de manera insalvable su participación en el proceso. La omisión advertida no se tradujo en una simple deficiencia probatoria susceptible de subsanación, sino en la falta de acreditación del requisito en sí mismo, lo cual justificaba el rechazo de su propuesta conforme a los principios de selección objetiva y legalidad que rigen la contratación estatal.

Con todo, aun si se admitiera que por la sola circunstancia de no otorgar puntaje el requisito era subsanable, la Sala observa que en cualquier caso la decisión adoptar habría sido la misma, esto es, el rechazo del ofrecimiento presentado por la Unión Temporal Satours, pues el documento que se aportó en atención a la observación del comité de evaluación no satisfizo en debida forma la deficiencia advertida.



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

CONSEJERA PONENTE: ADRIANA POLIDURA CASTILLO

Bogotá D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 25000-23-36-000-2018-00093-01 (66202)
Demandantes: Tour de las Américas S.A.S. y Saso S.A.
Demandado: Departamento Administrativo para la Prosperidad Social
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

TEMAS: RÉGIMEN DE SUBSANABILIDAD DE LAS PROPUESTAS – el régimen de subsanabilidad aplicable al caso concreto era el contenido en el párrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, antes de la modificación introducida por la Ley 1882 de 2018. SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA – la oferta comprende, de una parte, lo atinente a la capacidad y a ficha técnica, y, de otra, la oferta económica – el precio es el único factor ponderable. CONVENIO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL - negocio jurídico atípico de carácter asociativo, mediante el cual dos o más empresas coordinan esfuerzos para la ejecución de un proyecto o actividad común, sin constituir una nueva persona jurídica, de manera que conservan su independencia administrativa, técnica, financiera y jurídica. REQUISITOS HABILITANTES – los oferentes deben cumplir los requisitos habilitantes exigidos en el pliego de condiciones en el momento en que presenten su propuesta. ALCANCE DE LA SUBSANABILIDAD DE LA OFERTA – al amparo del párrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, son subsanables los requisitos que no otorgan puntaje - lo subsanable no es el requisito habilitante en sí mismo, sino las falencias o inexactitudes que deriven del análisis de la documentación que los proponentes acompañen con su oferta, para demostrar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, PLIEGO DE CONDICIONES – interpretación – aplicación de las pautas de hermenéutica contractuales.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 24 de octubre de 2019, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La controversia versa sobre la legalidad del acto administrativo de adjudicación dictado por la entidad demandada, en el marco de un proceso de selección abreviada por subasta inversa presencial en el que participó la Unión Temporal Satours. Las sociedades demandantes, integrantes de la mencionada unión temporal, afirman que el acto está viciado de nulidad, dado que su propuesta fue rechazada por no cumplir con los requisitos técnicos habilitantes exigidos en el pliego de condiciones, a pesar de que en el curso de la actuación se demostró que satisfacía las exigencias establecidas en el pliego. Adicionalmente, consideran que el requisito que motivó el rechazo de su ofrecimiento era subsanable de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, y que, además, en el tiempo dispuesto para ello subsanaron las irregularidades advertidas en punto al cumplimiento de los requisitos técnicos habilitantes, por lo que su propuesta debió resultar habilitada y, en consecuencia, permitirse su participación en la subasta inversa presencial en cuyo desarrollo se adjudicó el contrato.



II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El 13 de diciembre de 2017¹, las sociedades Tour de las Américas S.A.S. y Saso S.A., quienes integraron la Unión Temporal Satours, mediante apoderado judicial presentaron demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, con las siguientes pretensiones (se transcriben de forma literal, incluso con posibles errores):

“1. Que es nula la resolución número 01587 de fecha 30 de mayo de 2017, expedida por la Secretaría General del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, mediante la cual se inhabilita la propuesta presentada por la Unión Temporal Satours y se adjudica el contrato que resultó del proceso de selección abreviada por subasta inversa presencial No. 02 de 2017.

*2. Que, a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, la reparación económica por los daños causados, como consecuencia de la pérdida de la oportunidad de participar en la subasta inversa, esto es la suma de **CUATRO MIL CUARENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS (\$4.045.439.136,00)**, o lo que se pruebe dentro del proceso, discriminados de la siguiente forma:*

A. Daño Emergente:

A.1. Gastos de asesoría y acompañamiento de abogado a las audiencias: VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$20.000.000).

A.2. Valor de la póliza de seriedad de la oferta: SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$787.982).

Total, daño emergente: VEINTE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (\$20.787.982)

B. Lucro cesante:

B.1. Por Servicios fijos:

Para la vigencia 2017: MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS DOS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$1.681.302.885).

Para la vigencia 2018: MIL SETECIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS DIECISEIS PESOS M/CTE (\$1.731.742.316).

B.2. Por servicios por demanda:

Para las vigencias 2017 y 2018, teniendo en cuenta el promedio de consumo de servicios adicionales en el último año de ejecución del contrato inmediatamente superior (280 de 2015), se tiene que la utilidad que se esperaba percibir asciende a

¹ FI 1 a 15, C.1.



la suma de SEISCIENTOS ONCE MILLONES SEISCIENTOS CINCO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$611.605.953).

Total, lucro cesante: CUATRO MIL VEINTICUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CIENTO CINCUENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$4.024.651.154)”.

1.2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora narró, en síntesis, los siguientes **hechos**:

1.2.1. Por medio de la Resolución No. 01243 del 4 de mayo de 2017, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social ordenó la apertura del proceso de selección abreviada por subasta inversa presencial No. 02 de 2017, que tenía por objeto contratar la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor especial, para la movilización del recurso humano de la entidad dentro del territorio nacional.

1.2.2. El 5 de mayo de 2017 la entidad publicó el pliego de condiciones definitivo, que, en su aparte 2.3.3., exigió relacionar el parque automotor requerido para la prestación del servicio de transporte, el cual debía cumplir con las características mínimas establecidas en el anexo No. 1. Para facilitar la participación en el proceso de selección, el pliego de condiciones permitió que, en caso de que fuera necesario, los interesados complementaran su parque automotor mediante convenios de colaboración empresarial, frente a lo cual el pliego agregó que los respectivos convenios debían ser reportados ante el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte, antes de la fecha del cierre del procedimiento de selección.

1.2.3. El 16 de mayo de 2017, una vez efectuado el cierre del procedimiento de selección, la entidad demandada verificó que dieciséis oferentes presentaron propuestas dentro del periodo establecido para el efecto. Entre los proponentes figuraba la Unión Temporal Satours, que estaba integrada por las sociedades Tour de las Américas S.A.S. y Saso S.A.

1.2.4. El 19 de mayo de 2017, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social publicó el informe de evaluación de los requisitos habilitantes exigidos en el pliego de condiciones. En este informe el comité evaluador consideró que la propuesta de la Unión Temporal Satours no cumplía con los requisitos técnicos habilitantes porque: **(i)** el convenio de colaboración empresarial suscrito por Saso S.A. para complementar el parque automotor de la Unión temporal Satours, no permitía determinar cuáles eran los vehículos que hacían parte del mismo, y **(ii)** los oficios radicados ante el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte para reportar la celebración del convenio de colaboración empresarial, tampoco permitían identificar los vehículos que hacían parte del convenio.

1.2.5. En tal sentido, el comité evaluador de la entidad demandada requirió a la Unión Temporal Satours para que subsanara su propuesta, a lo cual, según lo narrado en la demanda, dio cumplimiento el 22 de mayo de 2017, estando dentro de la oportunidad otorgada para el efecto. Al respecto, refirió que presentó unos oficios por medio de los cuales dio alcance al convenio de colaboración empresarial reportado ante las autoridades de transporte antes de la fecha del cierre del



procedimiento de selección, en el sentido de identificar los vehículos que hacían parte del negocio jurídico de colaboración.

1.2.6. El 26 de mayo de 2017, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social publicó el segundo informe de evaluación de las propuestas, en el que dispuso el rechazo de la oferta presentada por la Unión Temporal Satours porque no cumplió con los requisitos técnicos habilitantes exigidos en el pliego de condiciones. Aunque el comité evaluador reconoció que la oferente presentó documentos para subsanar su propuesta, consideró que éstos no eran de recibo en tanto evidenciaban que el convenio de colaboración empresarial solo fue presentado en debida forma ante las autoridades de transporte, con posterioridad a la fecha del cierre del procedimiento de selección.

1.2.7. El mismo 26 de mayo de 2017 se dio inicio a la audiencia de subasta inversa, sin la presencia del ordenador del gasto de la entidad demandada. Durante el desarrollo de esta audiencia, la Unión Temporal Satours presentó observaciones en el sentido de explicar que su propuesta sí cumplía con lo exigido en el componente técnico, porque:

- (i) En el anexo No. 3 de su ofrecimiento relacionó el parque automotor ofrecido para dar cumplimiento al objeto contractual, identificando los vehículos que iban a ser proporcionados en virtud de la celebración del convenio de colaboración empresarial.
- (ii) El convenio de colaboración empresarial suscrito por Saso S.A., fue reportado al Ministerio de Transporte y a la Superintendencia de Puertos y Transporte antes de la fecha de cierre del procedimiento de selección.
- (iii) La ley no exigía que el convenio de colaboración empresarial identificara el parque automotor que iba a ser objeto del mismo. En todo caso, para dar cumplimiento a lo exigido por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, la Unión Temporal Satours presentó un alcance a los oficios radicados ante las autoridades competentes relacionando los vehículos que iban a ser objeto del convenio. De ahí que su propuesta debiera entenderse subsanada de conformidad con lo prescrito en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que permitía cumplir requisitos, inclusive, hasta el momento de la adjudicación.

1.2.8. La audiencia de subasta inversa fue suspendida para que el comité evaluador estudiara las observaciones presentadas contra el segundo informe de evaluación de las propuestas. Esta audiencia fue reanudada el 30 de mayo de 2017, reiterándose por parte del comité evaluador que la Unión Temporal Satours no estaba habilitada en el componente técnico, por cuanto: (i) el pliego de condiciones era claro en exigir que el convenio de colaboración empresarial debía especificar los vehículos que iban a ser objeto del mismo; (ii) la Unión Temporal Satours solo especificó los vehículos que eran parte del convenio luego de la fecha del cierre del procedimiento de selección, con lo cual complementó y mejoró su ofrecimiento; y (iii) el convenio suscrito por Saso S.A. evidenciaba una contravención a lo establecido en el artículo 2.2.1.6.3.4. del Decreto 1079 de 2015, según el cual “[n]inguna de las empresas de transporte que participan en convenios de colaboración empresarial podrá ofrecer o recibir en convenios para la operación una



flota superior al 30% de su parque automotor vinculado y con tarjeta de operación vigente. [...]”.

1.2.9. Superada la etapa de respuesta a las observaciones, la entidad dio inicio al trámite de la audiencia de subasta inversa con los proponentes que resultaron habilitados, en cuyo desarrollo la sociedad Transportes Calderón S.A. presentó el lance más bajo. En consecuencia, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social le adjudicó el contrato mediante la Resolución 01587 del 30 de mayo de 2017.

1.3. Como **fundamento jurídico**, la parte accionante afirmó que el acto administrativo de adjudicación estaba viciado de nulidad, en tanto desconoció el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el párrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y la Circular Externa 012 de 2014 expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente –.

1.3.1. Para fundamentar esta afirmación, señaló que ni la ley ni el pliego de condiciones establecían los requisitos mínimos que debían reunir los convenios de colaboración empresarial, ni mucho menos exigían que dicho negocio especificara los vehículos que iban a ser parte del mismo. En criterio de la parte accionante, el pliego de condiciones solo exigía identificar los vehículos ofrecidos para la ejecución del objeto contractual y precisar la razón legal que permitía vincularlos al servicio, en el anexo No. 3 que debía acompañar todas las propuestas. De ahí que la Unión Temporal Satours, en plena observancia de lo exigido por la entidad demandada, identificara el parque automotor que destinaria al cumplimiento del objeto contractual en el anexo No. 3 de su propuesta, especificando los vehículos propios y aquellos de terceros que se destinarían a la ejecución del contrato por virtud de la celebración de un convenio de colaboración empresarial.

1.3.2. La Unión Temporal Satours presentó con su propuesta el convenio de colaboración empresarial que celebró Saso S.A., el cual fue radicado en el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte antes de la fecha de cierre del procedimiento de selección, como lo requería el pliego de condiciones. Este convenio no identificó los vehículos que hacían parte del mismo porque el pliego de condiciones no exigía lo anterior, por lo que, posteriormente, para dar cumplimiento a lo requerido por el comité evaluador en el primer informe de evaluación de las propuestas, la Unión Temporal Satours radicó ante las autoridades de transporte un alcance en el que identificó los vehículos que hacían parte del mismo, sin que ello pueda entenderse como una adición o mejora de su ofrecimiento, puesto que los vehículos ofertados siempre fueron los mismos.

1.3.3. En concepto de la parte accionante, el Departamento Administrativo de Prosperidad Social tenía la carga de confeccionar preceptos claros y, en dicho contexto, debía exigir con precisión que el convenio de colaboración empresarial especificara los vehículos que suministraría la empresa colaboradora y que, por tanto, se vincularían a la prestación del servicio. En este punto agregó que la falta de claridad del pliego de condiciones no podía ser aprovechada en detrimento de los oferentes, y que en este caso específico no podía perjudicarse a la Unión Temporal Satours, que “[...] *con toda la pericia adquirida por la experiencia de sus miembros, confeccionó una propuesta ajustada a los requerimientos claros y expresos del pliego de condiciones*”.



1.3.4. Además de lo señalado, agregó que no era cierto que el convenio de colaboración empresarial hubiere desconocido lo establecido en el parágrafo tercero del artículo 2.2.1.6.3.4. del Decreto 1071 de 2015, según el cual las empresas de transporte que participan en convenios de colaboración empresarial no podían *“ofrecer o recibir en convenios para la operación una flota superior al 30% de su parque automotor vinculado y con tarjeta de operación vigente. [...]”*. Según la parte actora, el negocio de cooperación que se celebró no superó el treinta por ciento (30%) de la flota de las empresas involucradas, lo que estaba suficientemente demostrado con los documentos presentados en el procedimiento de selección para demostrar el cumplimiento de los requisitos habilitantes.

1.3.5. Al margen de lo expuesto, aun en el hipotético escenario en que se admitiera que la Unión Temporal Satours incumplió los requisitos técnicos habilitantes exigidos en el pliego de condiciones, lo cierto era que tenía derecho a subsanar su ofrecimiento de acuerdo con lo establecido en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, según el cual podían subsanarse las propuestas, inclusive, a partir de circunstancias acaecidas con posterioridad al cierre del procedimiento de selección.

1.3.6. Vistas así las cosas, estando demostrado que la propuesta de la Unión Temporal Satours no debió ser rechazada, la accionante concluyó que se le cercenó la oportunidad seria, real y concreta de acceder a la celebración de un negocio jurídico que ya conocía, en tanto *“[...] fue el contratista anterior de los mismos servicios, concretándose lo denominado por la jurisprudencia contencioso administrativa como pérdida de oportunidad en materia contractual”*. Al respecto, la accionante añadió que *“[...] es cierto que no se puede tener certeza que la oferta presentada fuese la mejor en esta modalidad de selección, sencillamente porque no se conoce cual hubiera sido el resultado de la subasta de haberse permitido la participación, pero tampoco es posible, que siendo tan utilizada esta modalidad de selección en la actualidad, se permita que las Entidades públicas descalifiquen a proponentes en esta modalidad de selección por subasta inversa, sin ningún tipo de consecuencia, ante la falta de certeza del resultado de la subasta”*.

2. Contestación de la demanda

2.1. El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social² se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

2.1.1. En este caso el pliego de condiciones exigió un parque automotor calificado para la prestación del servicio de transporte, permitiendo para la satisfacción de este requisito que los oferentes ofrecieran vehículos propios, así como también vehículos de terceros vinculados mediante convenios de colaboración empresarial. En este punto el pliego estableció que los oferentes debían relacionar el parque automotor en el anexo No. 3 de su propuesta, precisando que, en caso de que parte de los vehículos ofrecidos provinieran de la celebración de convenios de colaboración empresarial, se debían allegar los negocios de colaboración celebrados y prueba de su radicación ante el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte, como lo exigía el artículo 2.2.1.6.3.4. del Decreto 1079 de 2015, modificado por el artículo 9 del Decreto 431 de 2017.

² FI 69 a 112, C.1.



2.1.2. El artículo 2.2.1.6.3.4. del Decreto 1079 de 2015, que debía ser leído en concordancia con la Circular Externa No. 064 del 2 de septiembre de 2016, establecía que el convenio de colaboración empresarial que se reportara ante las autoridades de transporte debía precisar cuáles eran los vehículos objeto del acuerdo colaborativo. En concepto de la demandada, solo a partir de la identificación de los vehículos era posible verificar que el negocio jurídico de colaboración no contraviniera lo indicado en el párrafo tercero del citado artículo 2.2.1.6.3.4. del Decreto 1071 de 2015, según el cual *“[n]inguna de las empresas de transporte que participan en convenios de colaboración empresarial podrá ofrecer o recibir en convenios para la operación una flota superior al 30% de su parque automotor vinculado y con tarjeta de operación vigente. [...]”*.

2.1.3. Adicionalmente, el proponente tenía la carga de demostrar que los vehículos ofrecidos bajo la modalidad de convenio de colaboración, guardaban identidad con aquellos que hacían parte del objeto del negocio de colaboración que se reportara ante las autoridades de transporte. De ahí que, en este específico caso, ante la inobservancia de lo exigido en punto al componente técnico por parte de la Unión Temporal Satours, el comité evaluador no pudiera verificar que el parque automotor que ofreció bajo la figura del convenio de colaboración empresarial se encontrara amparado por el negocio jurídico de colaboración reportado ante el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte.

2.1.4. De esta manera, el comité evaluador requirió al oferente para que subsanara su propuesta en el componente técnico, lo que no ocurrió. En efecto, si bien reconoció que el oferente allegó documentos por medio de los cuales dio alcance al convenio reportado ante las autoridades competentes en el sentido de identificar los vehículos que hacían parte del mismo, consideró que éstos no permitían tener por subsanada la propuesta presentada por la Unión Temporal Satours. Para la entidad demandada, los documentos presentados al efecto reflejaban que el convenio no fue presentado en debida forma porque (i) fue reportado ante las autoridades de transporte de manera extemporánea, esto es, con posterioridad a la fecha de cierre del procedimiento de selección; y (ii) el alcance al convenio solo contaba con la firma de Saso S.A., es decir, no reflejaba la manifestación inequívoca de la voluntad de los intervinientes que participaron en la celebración del negocio jurídico de colaboración.

2.1.5. De otra parte, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social llamó la atención sobre el hecho de que la parte demandante alegara como daño sufrido la pérdida de la oportunidad de participar en la subasta inversa y que, al tiempo, solicitara la indemnización de perjuicios que, como el daño emergente y el lucro cesante, parten de un daño cierto. Sobre este particular, la demandada explicó que *“[...] una es la pérdida de una probabilidad y otra es la imposibilidad definitiva de obtener un beneficio [...] en el primer caso la indemnización está dirigida a resarcir la oportunidad en sí misma, mientras en el segundo caso, el objeto de la indemnización es ciertamente lo dejado de percibir, tornándose imposible que dentro del valor solicitado por concepto de pérdida de oportunidad se incluya lucro cesante y daño emergente”*.

2.1.6. En todo caso, señaló que los demandantes no demostraron que hubieren estado en condiciones de mejorar el lance más bajo presentado en el marco de la audiencia de subasta inversa, de manera que no podría considerarse que la Unión Temporal Satours hubiere perdido una oportunidad seria y fundada de obtener un



resultado específico. Además, tampoco demostraron los perjuicios cuyo reconocimiento persiguen en el libelo introductorio, por lo que, en cualquier caso, habrían de negarse las pretensiones de la demanda.

2.1.7. Con fundamento en los argumentos expuestos, la entidad demandada propuso como excepciones de mérito las siguientes: **(i)** legalidad de la Resolución No. 01587 del 30 de mayo de 2017; **(ii)** conocimiento y obligatoriedad del numeral 2.3.3. del pliego de condiciones; **(iii)** respeto del debido proceso – oportunidad para subsanar propuesta y no cumplimiento del demandante, y **(iv)** inexistencia de pérdida de oportunidad.

2.2. Transportes Calderón S.A.³, que fue vinculada al proceso por resultar adjudicataria dentro del proceso de selección, también se opuso a las pretensiones de la demanda con base en los mismos argumentos expuestos por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

3. Alegatos de conclusión en primera instancia

3.1. La parte accionante⁴ afirmó que la decisión de rechazar su ofrecimiento fue ilegal, en tanto se basó en la exigencia de un requisito que no estaba contemplado en la ley o en el pliego de condiciones. Reiteró que la Unión Temporal Satours relacionó con su propuesta el parque automotor que iba a destinar a la ejecución del objeto contractual, así como también reportó oportunamente ante las autoridades de transporte el convenio de colaboración empresarial celebrado para complementar el parque automotor de su propiedad. De esta manera, era evidente que cumplió con el requisito técnico habilitante exigido para la prestación del servicio de transporte especial.

3.1.1. La entidad demandada exigió en forma inexplicable que el convenio de colaboración empresarial especificara los vehículos que hacían parte del mismo, pese a que ello no se exigió en el pliego de condiciones, así como tampoco en el Decreto 1079 de 2015. Por lo anterior, era claro que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social “[...] *recreo una causal de rechazo por el supuesto incumplimiento de un requisito que es insustancial, por un aparente defecto u omisión, que en nada permitía determinar la no favorabilidad de la propuesta, por tanto, su actuar fue ilegal e injustificado, en detrimento de quien tenía derecho a participar en la audiencia de subasta y tenía la potencialidad de ser adjudicatario del contrato [...]*”

3.1.2. Al margen de lo anterior, lo cierto es que la Unión Temporal Satours dio alcance al convenio de colaboración en el sentido de especificar el parque automotor que hacía parte del mismo, el cual, por demás, coincidía con lo relacionado en el anexo No. 3 de su propuesta. De ahí que no pudiera afirmarse que complementó o mejoró su ofrecimiento, por lo que lo procedente en este caso era que la entidad demandada, en aplicación del principio de subsanabilidad de las propuestas, habilitara la oferta presentada por la Unión Temporal Satours y, en consecuencia, le permitiera participar en el trámite de la subasta inversa.

³ FI 153 a 166, C. 1.

⁴ FI 248 a 258, C.1.



3.1.3. El ofrecimiento presentado por la Unión Temporal Satours no podía ser rechazado con sustento en el aparte 2.3.3. del pliego de condiciones, según el cual los convenios de colaboración debían ser radicados ante las autoridades de transporte antes de la fecha del cierre del procedimiento de selección, toda vez que, en criterio de la parte accionante, este precepto era ineficaz de pleno derecho porque era caprichoso e insustancial, en tanto no contribuía en nada a la determinación de la propuesta más favorable para la entidad.

3.1.4. La propuesta de la Unión Temporal Satours tampoco podía ser rechazada bajo el argumento de que solo Saso S.A. firmó el alcance que presentó al convenio de colaboración empresarial, pues los intervinientes en la celebración del convenio ya habían manifestado su voluntad en el sentido de perfeccionar el negocio de colaboración y lo agregado solo fue un alcance que en nada afectaba el acuerdo de voluntades inicial.

3.1.5. Finalmente, afirmó que en el momento en que se adelantó el procedimiento de selección prestaba el servicio de transporte a la entidad demandada, lo que demostraba el “*altísimo grado de potencialidad*” que tenía de resultar adjudicatario del contrato, en tanto contaba con el conocimiento del negocio y la infraestructura técnica y administrativa necesaria para la prestación del servicio de transporte. Además, refirió que el perjuicio cuyo reconocimiento perseguía –utilidad dejada de percibir– no fue objetado por la entidad demandada, por lo que debía ser indemnizado en los términos solicitados en el libelo introductorio.

3.2. El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social⁵ reiteró los argumentos propuestos en la contestación de la demanda y agregó que no había lugar a acceder a las pretensiones, en tanto la Unión Temporal Satours ni si quiera participó en el trámite de la subasta inversa al no resultar habilitada en el componente técnico exigido en el pliego de condiciones. Para la demandada, el hecho de que la Unión Temporal Satours hubiere sido excluida del procedimiento de selección no comportó que se le hubiere privado de la adjudicación del contrato, ni mucho menos que se le hubiere cercenado una oportunidad, máxime cuando la propia actora reconoció que la propuesta presentada por la Unión Temporal Satours no fue la mejor.

3.2.1. Sumado a todo lo anterior, reprochó que la parte accionante hubiere solicitado el reconocimiento de los gastos en los que incurrió para participar en el proceso de selección y, en particular, los gastos para la contratación de una asesoría legal, puesto que la participación en el proceso de selección era voluntaria y, además, no exigía la asistencia obligatoria de un abogado. También cuestionó la solicitud del valor de la prima pagada por la garantía de seriedad de la oferta, en tanto insistió en que la participación en el proceso de selección era voluntaria, sumado al hecho de que esta garantía era necesaria para proteger a la entidad de la ocurrencia del riesgo de no suscripción del contrato estatal.

3.3. Transportes Calderón S.A.⁶ reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda.

3.4. El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad procesal.

⁵ Fl 238 a 241, C.1.

⁶ Fl. 243 – 247, C. 1.



4. Sentencia de primera instancia

4.1. Mediante sentencia del 24 de octubre de 2019⁷, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

4.1.1. Al contrario de lo planteado en la demanda, el aparte 2.3.3. del pliego de condiciones –cuya inobservancia motivó el rechazo de la propuesta de la Unión Temporal Satours– era claro al exigir, como requisito técnico habilitante, contar con un parque automotor calificado para la prestación del servicio de transporte, el cual podía ser vinculado al servicio por virtud de la celebración de convenios de colaboración empresarial, que debían cumplir con lo establecido en el Decreto 1079 de 2015 y en el Decreto 431 de 2017.

4.1.2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.6.3.4. del Decreto 1079 de 2015, modificado por el artículo 9 del Decreto 431 de 2017, el Tribunal explicó que el convenio de colaboración empresarial es una modalidad de negocio de carácter asociativo que se suscribía para facilitar la prestación del servicio de transporte terrestre especial con determinados vehículos, por lo que su celebración exigía la habilitación para prestar el servicio, y, además, la identificación precisa de los vehículos vinculados al mismo.

4.1.3. Sobre el particular, el *a quo* agregó que todo convenio de colaboración empresarial debía ser reportado ante el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte, a efectos de demostrar que los intervinientes en dicho negocio estaban habilitados para prestar el servicio con determinados vehículos. De ahí que esta exigencia no se cumpliera “[...] *con la simple entrega de la copia del convenio a los organismos competentes, sino que además, era necesario demostrar, que los vehículos ofertados relacionados en el Anexo 3, estaban habilitados para prestar el servicio de transporte* [...]”

4.1.4. Para el Tribunal, la Unión Temporal Satours incumplió con lo exigido en el aparte 2.3.3. del pliego de condiciones, como requisito técnico habilitante requerido para la prestación del servicio de transporte. Aunque reconoció que el oferente relacionó el parque automotor que iba a destinar a la ejecución del objeto contractual, el Tribunal reprochó que el convenio de colaboración empresarial radicado ante el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte no identificara los vehículos que hacían parte del mismo y, por lo mismo, que incumpliera lo exigido en el artículo 2.2.1.6.3.4. del Decreto 1079 de 2015, modificado por el artículo 9 del Decreto 431 de 2017.

4.1.5. Si bien consideró que este requisito era habilitante y, por ello, subsanable en los términos del parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, tal posibilidad no implicaba que pudiera ser satisfecho con posterioridad a la fecha de cierre del procedimiento de selección, como argumentaba la Unión Temporal Satours. En este punto, el Tribunal explicó, con sustento en jurisprudencia del Consejo de Estado, que el requisito habilitante debía cumplirse al momento de radicar la propuesta, y que lo subsanable solo eran las inexactitudes, dudas o ambigüedades que surgieran

⁷ Fl. 260 a 270, C. Ppal.



alrededor del análisis de los documentos presentados por los oferentes para acreditar el cumplimiento del requisito habilitante.

4.1.6. De este modo, el Tribunal concluyó que el acto administrativo de adjudicación no estaba viciado de nulidad, por lo que se imponía negar las pretensiones de la demanda.

5. El recurso de apelación

5.1. En su apelación la parte demandante⁸ solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia para que, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. En sustento, expuso los siguientes argumentos:

5.1.1. Frente a la aplicación del Decreto 2474 de 2008, con base en el cual el Tribunal estudió la legalidad del acto administrativo demandado -al considerar que era el decreto vigente en el momento en que se tramitó el procedimiento de selección-, afirmó que el marco jurídico aplicable al caso era en realidad la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, en la medida en que ésta era la normatividad que sí estaba vigente en el momento en que se adelantó el procedimiento de selección. De esta forma, en su criterio el *a quo* edificó su decisión sobre la base de un marco jurídico y jurisprudencial que no era aplicable al caso concreto, por lo que la decisión de primera instancia debía ser revaluada.

5.1.2. En concepto de la parte accionante, la definición del marco jurídico aplicable al caso concreto cobraba especial importancia para abordar el estudio de legalidad del acto administrativo demandado, en tanto la regulación en materia de subsanabilidad de las propuestas había variado sustancialmente para la época de los hechos. En efecto, los Decretos 066 de 2008, 2474 de 2008 y 734 de 2012 prohibían expresamente la posibilidad de subsanar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso de selección, al paso que el Decreto 1082 de 2015, leído en concordancia con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, lo permitían. De esta manera, es evidente que en este caso estaba habitada la posibilidad de corregir errores contenidos en la propuesta, aun cuando la corrección fuere efectuada con posterioridad al cierre del procedimiento de selección.

5.1.3. En este caso, el componente técnico exigido en el pliego de condiciones requería la identificación del parque automotor que se destinaría al cumplimiento del objeto contractual y la suscripción de un convenio de colaboración empresarial para complementar los vehículos de propiedad del oferente. Así, según el apelante, el requisito cuya inobservancia provocó el rechazo del ofrecimiento de la Unión Temporal Satours –radicar en debida forma el convenio de colaboración ante las autoridades de transporte– era de carácter meramente formal, en tanto no tenía incidencia en los aspectos sustanciales del negocio jurídico que se pretendía celebrar, sumado al hecho de que solo buscaba comunicar –ante las autoridades de transporte– la celebración de un negocio de colaboración para la prestación del servicio de transporte. De ahí que, al haber sido subsanado con posterioridad al cierre del procedimiento de selección, la propuesta de la Unión Temporal Satours debió resultar habilitada para participar en la audiencia de subasta inversa.

⁸ Fl. 278 a 284, C. Ppal.



5.1.4. Por último, añadió que de ninguna manera podía llegar a considerarse que la Unión Temporal mejoró o complementó su propuesta al subsanar su ofrecimiento - mediante la presentación ante las autoridades de transporte de un alcance al convenio en el que identificó los vehículos incluidos en este-, porque el parque automotor ofertado siempre fue el mismo. Sumado a lo anterior, debía tenerse en cuenta la naturaleza del proceso de selección abreviada por subasta inversa presencial, el cual contempla como único factor ponderable el precio de los lances efectuados en la audiencia; de ahí que resultaba imposible hablar de un mejoramiento de la propuesta antes de la audiencia de subasta inversa.

6. Trámite en segunda instancia

6.1. El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue admitido mediante auto del 7 de abril de 2021⁹, y en el trámite de la segunda instancia se corrió traslado para alegar de conclusión mediante providencia del 15 de julio de 2021¹⁰.

6.1.1. La parte accionante¹¹ reiteró lo expuesto en el recurso de apelación.

6.1.2. El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social¹² insistió en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el escrito de alegatos de conclusión que presentó en el trámite de la primera instancia.

6.1.3. Transportes Calderón S.A.¹³, adjudicataria del contrato, refirió que no era cierto que el Tribunal hubiere fundamentado su decisión con base en un marco jurídico inaplicable al caso concreto. Por el contrario, resaltó que la sentencia impugnada tuvo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1079 de 2015 y en el Decreto 431 de 2017, normatividad aplicable a la celebración de convenios de colaboración empresarial en el momento en que se adelantó el procedimiento de selección. También destacó que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social sí otorgó la oportunidad para que la Unión Satours subsanara su ofrecimiento, sin embargo, no lo hizo; por lo que el rechazo de su ofrecimiento fue una decisión acertada.

6.1.4. El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) presupuestos procesales, (2) objeto del recurso y problema jurídico a resolver; (3) hechos probados; (4) caso concreto; y (5) costas.

1. Presupuestos procesales

⁹ Fl. 294, C. Ppal.

¹⁰ SAMAI, índice No. 9.

¹¹ SAMAI, índice No. 13.

¹² SAMAI, índice No. 18.

¹³ SAMAI, índice No. 19.



1.1. Con fundamento en lo previsto en el artículo 104¹⁴ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde conocer del presente asunto¹⁵, porque el objeto del litigio gira en torno a la legalidad de un acto administrativo proferido por entidad pública del orden nacional, como lo es el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social¹⁶. Igualmente, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante contra la sentencia del 24 de octubre de 2019, de conformidad con lo previsto en los artículos 150¹⁷ y 152¹⁸ del CPACA, vigentes a la fecha de radicación de la demanda, dada la vocación de doble instancia del proceso, y en razón de que la pretensión económica formulada en la demanda excedió los 300 SMLMV que corresponden al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho¹⁹.

1.2. De acuerdo con lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 141 del CPACA, en concordancia con el artículo 138 del mismo estatuto²⁰, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es el instrumento idóneo para demandar la anulación de los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato. Por lo tanto, en este caso resulta procedente dado que las sociedades Tours de las Américas S.A.S. y Saso S.A., quienes integraron la Unión Temporal

¹⁴ “Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...]”.

¹⁵ Al presente asunto le son aplicables la Ley 1437 de 2011 -CPACA- y la Ley 1564 de 2012 -CGP-, en virtud de lo previsto en el artículo 306 del primer estatuto mencionado.

¹⁶ “Artículo 1° del Decreto 2094 de 2016. Denominación. El Departamento Administrativo denominado Prosperidad Social es un organismo principal de la Administración Pública, del Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación.”

¹⁷ “Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. [modificado por el artículo 615 del CGP]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos [...]”.

¹⁸ Artículo 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.[...]”.

¹⁹ En el *sub examine* se formularon pretensiones económicas por \$4.045.439.136,00, monto que, para el año de radicación de la demanda (2017), excedía los 300 SMLMV que corresponden al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (\$221'315.100).

²⁰ “ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.[...]”.

“ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior”.



Satours que resultó inhabilitada dentro del proceso de selección abreviada por subasta inversa presencial No. 02 de 2017, cuestionan la legalidad del acto administrativo de adjudicación proferido por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, así como también pretenden el restablecimiento del derecho afectado por cuenta de la expedición del acto administrativo demandado.

1.3. La demanda fue presentada dentro del término prescrito en el literal c) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA²¹. Ciertamente, se tiene que **(i)** el acta²² de la audiencia pública de subasta inversa evidencia el acto administrativo de adjudicación fue notificado en estrados el 30 de mayo de 2017, por lo que la demanda, en principio, debía ser radicada a más tardar el 1 de octubre del mismo año, esto es, dentro de los cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de su notificación; **(ii)** la parte accionante presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 28 de septiembre de 2017, esto es, faltando tres días para que operara el fenómeno de caducidad; **(iii)** el término de caducidad estuvo suspendido hasta el 12 de diciembre de 2017, día en que fue proferida la constancia²³ que refleja la ausencia de ánimo conciliatorio y; **(iv)** en consecuencia, el término máximo para la presentación de la demanda vencía el 15 de diciembre de 2017, de modo que la demanda radicada el 13 de diciembre de 2017 fue presentada dentro del término legal.

1.4. Las sociedades Tours de las Américas S.A.S. y Saso S.A., integrantes de la Unión Temporal Satours, están legitimadas en la causa por activa para solicitar la declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación y el restablecimiento del derecho, porque participaron en el procedimiento de selección abreviada por subasta inversa presencial No. 02 de 2017 y resultaron afectadas con el rechazo de su ofrecimiento por no cumplir con los requisitos habilitantes. Por su parte, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social está legitimado en la causa por pasiva porque fue la entidad pública del orden nacional que adelantó el procedimiento de selección y, en dicho orden, adoptó la decisión cuya legalidad cuestiona la parte accionante.

2. Objeto del recurso de apelación y problema jurídico a resolver

2.1. El recurso de apelación se dirigió a cuestionar la sentencia recurrida, por cuanto, a diferencia de lo concluido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el extremo activo afirma que su ofrecimiento satisfizo los requisitos técnicos habilitantes exigidos en el pliego de condiciones, en tanto identificó los vehículos

²¹ “ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada: [...] 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...] c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso; [...]”

²² FI 455 a 461, C. 2.

²³ FI 19 C.2.

Al respecto, se recuerda que el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, dispone: “Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”.



provenientes del convenio de colaboración empresarial que formaban parte del parque automotor ofertado, así como también aportó el citado convenio que, por demás, fue comunicado a las autoridades de transporte antes de la fecha del cierre del procedimiento de selección, por lo que no debió resultar inhabilitada por un requisito que, en cualquier caso, era subsanable.

De acuerdo con los cargos de la apelación formulados por la parte accionante –apelante único-, los cuales constituyen el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia conforme lo dispuesto por los artículos 320²⁴ y 328²⁵ del Código General del Proceso (en lo sucesivo CGP), corresponde a la Sala determinar si se configura la nulidad de la Resolución 01587 del 30 de mayo de 2017 –acto administrativo de adjudicación– como consecuencia del presunto rechazo injustificado de la oferta presentada por la Unión Temporal Satours. En caso afirmativo, deberá la Sala establecer si, como consecuencia de la nulidad del acto administrativo objeto de censura, procede acceder al reconocimiento de los perjuicios reclamados en el libelo introductorio.

3. Hechos probados

De conformidad con los medios probatorios arrimados al proceso²⁶, se encuentran probados los siguientes hechos relevantes para la decisión del presente asunto:

3.1. Está demostrado que, mediante Resolución No. 01243 del 4 de mayo de 2017²⁷, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social ordenó la apertura del proceso de selección abreviada por subasta inversa presencial No. 02 de 2017, el cual tenía por objeto contratar la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor especial dentro del territorio nacional, bajo las modalidades de vehículos fijos y vehículos por demanda.

3.2. En el expediente obra el pliego de condiciones²⁸ del procedimiento de selección, que estableció los requisitos habilitantes que debían cumplir los interesados en participar en el procedimiento administrativo. En su aparte 2.3., referente a los requisitos técnicos habilitantes, el pliego de condiciones exigió que los proponentes debían **(i)** estar habilitados para la prestación del servicio de transporte terrestre automotor en la modalidad de pasajeros del servicio especial, **(ii)** acreditar una experiencia que evidenciara la ejecución previa de cinco contratos de prestación del servicio de transporte de pasajeros, y **(iii)** proporcionar un parque automotor que

²⁴ “Artículo 320. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión [...]”.

²⁵ “Artículo 328. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley [...]. El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella [...]”.

²⁶ En cuanto a la prueba documental, la Sala otorga valor a las copias simples en virtud de lo dispuesto en el artículo 246 del CGP, a saber: “Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...] Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.

²⁷ FI 56 a 58, C.2.

²⁸ FI 59 a 89, C.2.



cumpliera las características técnicas establecidas en el anexo No. 1, documento que precisó las condiciones bajo las cuales debía prestarse el servicio de transporte y, en dicho contexto, definió las especificaciones técnicas que debían reunir los vehículos fijos requeridos para la prestación del servicio dentro del territorio nacional, así como también las características de los vehículos que, por demanda, fueran solicitados por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social durante la ejecución del contrato.

3.3. En lo que respecta al requisito técnico habilitante exigido en punto al parque automotor, el aparte 2.3.3. del pliego de condiciones precisó que los oferentes debían relacionar los vehículos que destinarían a la prestación del servicio en el anexo No. 3 de las propuestas, que era un documento en el que se debía reportar información relativa a los vehículos ofrecidos tales como su placa, marca, color y cilindraje. Sumado a lo anterior, el mismo aparte 2.3.3. del pliego de condiciones permitió ofrecer vehículos propios, afiliados o vinculados al servicio bajo la figura de convenios de colaboración empresarial, punto en el cual dispuso que, en caso de que se ofrecieran vehículos que provinieran de la celebración de un acuerdo de colaboración, se debía cumplir con lo dispuesto en el Decreto 1079 de 2015 y en el Decreto 431 de 2017, en lo relativo a la obligación de reportar la celebración del negocio de colaboración al Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte. El citado aparte del pliego de condiciones dispone textualmente lo siguiente:

[...] 2.3.3. PARQUE AUTOMOTOR

a. Relación del parque automotor

El proponente deberá adjuntar con la propuesta la relación del parque automotor de propiedad de la empresa y/o afiliados, o de los convenios de colaboración empresarial, de los vehículos para el servicio fijo, establecidos en el numeral 1.1. del Anexo No. 1 Anexo Técnico “Especificaciones del Servicio”, Para esto deberá diligenciar el Anexo No. 3 RELACIÓN INFORMACIÓN DEL PARQUE AUTOMOTOR.

En caso de contar con vehículos que se encuentren bajo la figura de convenio de Colaboración Empresarial, deben cumplir con lo establecido en el Decreto 1079 de 2015 y en el Decreto 431 de 2017, esto es allegar copia del convenio de colaboración radicado ante el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte, el cual debe haber sido radicado ante estas autoridades con anterioridad al cierre del presente proceso de selección.”

3.4. Está probado que el 16 de febrero de 2017 se llevó a cabo la diligencia de cierre y recepción de ofertas, cuya acta²⁹ demuestra que, dentro del periodo dispuesto para la radicación de propuestas en el proceso de selección abreviada por subasta inversa presencial, se presentaron dieciséis (16) ofrecimientos para la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor especial. Esta prueba documental igualmente evidencia que, entre las propuestas recibidas, figuraba la presentada por la Unión Temporal Satours, que estaba integrada por las sociedades Tour de las Américas S.A.S. y Saso S.A.

3.5. En el expediente obra la propuesta presentada por la Unión Temporal Satours³⁰, quien se comprometió a prestar el servicio de transporte público terrestre automotor

²⁹ FI 289 a 291, C. 2.

³⁰ FI 93 a 272, C. 2.



especial, en su modalidad por vehículos fijos, con treinta y nueve camionetas que cumplieran las especificaciones técnicas exigidas en el anexo No. 1 del pliego de condiciones. Entre los vehículos ofrecidos, se advierte que once de ellos eran de propiedad de las sociedades integrantes de la unión temporal, mientras que los veintiocho vehículos restantes fueron vinculados a la propuesta por virtud de la suscripción de un convenio de colaboración empresarial entre Saso S.A. y Transportes Especiales FSG S.A.S.

3.6. Al proceso fue allegado el convenio de colaboración empresarial³¹ celebrado el 11 de mayo de 2017 entre Saso S.A. –integrante de la Unión Temporal Satours– y Transportes Especiales FSG S.A.S., cuyo objeto se estipuló así:

“PRIMERA: OBJETO. *“Prestar el servicio de Transporte Público Terrestre Automotor Especial Con Conductor, Para Transportar en el Territorio Nacional el Recurso Humano del DPS al Durante la Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS) (sic). Itinerario Operación Nacional. Durante la firma de suscripción y ejecución del contrato con vehículos afiliados a la empresa colaboradora”.*

A su vez, en punto a los vehículos que Transportes Especiales FSG S.A.S. se comprometió a destinar a la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor especial para el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, en la cláusula segunda y séptima del convenio se pactó lo siguiente:

“SEGUNDA: LOS VEHICULOS. *La empresa colaboradora se obliga a suministrar a la empresa CONTRATISTA los vehículos anteriormente mencionados, 'legalmente vinculados al servicio público de transporte Empresarial, con todos los seguros que exige el Decreto 348 25/02/15 y el Código Nacional de Tránsito, como son: Soat, Seguros de Responsabilidad civil contractual y extracontractual en cuantía mínima de 100 salarios mínimos legales vigentes.*

[...]

“SEPTIMA: MANTENIMIENTO. *El suscrito Representante Legal y/o Gerente de la empresa colaboradora certifica que el parque automotor propio y/o afiliado cumple con las disposiciones establecidas por el Ministerio de Transporte en el Código Nacional de Tránsito Terrestre y el decreto 0348 del 25/02/15, específicamente lo relacionado con las revisiones tecno mecánica realizadas anualmente la revisión preventiva cada dos meses y la vigencia de los documentos que exige la ley.”*

Las restantes cláusulas del acuerdo asociativo regularon, en su orden, la responsabilidad frente al contratante, el precio y forma de pago, la expedición de extractos de contrato y la vigencia del convenio.

3.7. Al proceso igualmente fueron allegados los oficios del 12 de mayo de 2017³², por medio de los cuales Saso S.A. –integrante de la Unión Temporal Satours– presentó ante el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte el convenio de colaboración empresarial que celebró con Transportes Especiales FSG S.A.S., en cumplimiento de lo ordenado en el Decreto 1079 de 2015 y en el Decreto 431 de 2017.

³¹ FI 272, C. 2.

³² FI 271, C. 2.



3.8. Está probado que, el 18 de mayo de 2017, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social publicó el informe³³ preliminar de evaluación de los requisitos habilitantes exigidos en el pliego de condiciones. En lo que respecta a los requisitos técnicos, el comité evaluador consideró que la Unión Temporal Satours no los cumplió, en tanto “[...] *el convenio empresarial no permite determinar las camionetas que hacen parte integral del mismo. En las cartas radicadas ante el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos, no hay relación que determine qué camionetas hacen parte del convenio.*” Por lo anterior, requirió a la Unión Temporal Satours para que subsanara su ofrecimiento en el componente técnico.

3.9. En el expediente está demostrado que, mediante oficio radicado el 22 de mayo de 2017³⁴, la Unión Temporal Satours comunicó al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social que había dado cumplimiento al requerimiento efectuado por el comité evaluador. En tal sentido, la oferente allegó prueba de un alcance a los oficios del 12 de mayo de 2017 que radicó ante el Ministerio de Transporte³⁵ y la Superintendencia de Puertos y Transporte³⁶, con el propósito de identificar los vehículos que hacían parte del convenio de colaboración empresarial celebrado para complementar su parque automotor.

3.10. En el proceso quedó acreditado que el comité evaluador analizó los documentos presentados por la Unión Temporal Satours con el propósito de subsanar su ofrecimiento y, tanto en el documento de respuesta a las subsanaciones presentadas³⁷, como en la actualización al informe³⁸ de evaluación técnica, consideró que “[...] *el oferente no logró demostrar la vinculación legal del parque automotor, objeto del convenio de colaboración empresarial debidamente acreditado ante las autoridades competentes como lo son el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte, por esta razón, en cumplimiento del numeral 1, artículo 25, de la Ley 80, los documentos de subsanabilidad se recibieron no obstante se evidencia en los documentos allegados que la fecha de radicación ante las autoridades competentes es posterior a la fecha de cierre del proceso, en consecuencia en aras de proteger el derecho a la igualdad de todos los oferentes se rechaza la oferta presentada por la firma U.T. SATOURS*”³⁹.

3.11. El 26 de mayo de 2017, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social dio inicio a la audiencia⁴⁰ de subasta inversa. En el curso de esta audiencia la Unión Temporal Satours presentó observaciones a la actualización del informe de evaluación técnica, en el sentido de indicar que:

- (i) En el anexo No. 3 de su ofrecimiento relacionó el parque automotor ofrecido para dar cumplimiento al objeto contractual, identificando los vehículos que iban a ser suministrados en virtud de la celebración del convenio de colaboración empresarial.

³³ FI 292 a 318, C. 2.

³⁴ FI 280, C. 2.

³⁵ FI 273 a 278, C. 2.

³⁶ FI 278 a 279, C. 2.

³⁷ FI 319 a 338, C. 2.

³⁸ FI 359 a 363, C. 2.

³⁹ FI 319 a 338, C. 2.

⁴⁰ FI 455 a 461, C. 2.



- (ii) El convenio de colaboración empresarial suscrito por Saso S.A. y Transportes Especiales FSG S.A.S., fue reportado al Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte antes de la fecha de cierre del procedimiento de selección.
- (iii) La ley no exigía que el convenio de colaboración empresarial identificara el parque automotor que iba a ser objeto del mismo. En todo caso, para dar cumplimiento a lo exigido por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, la Unión Temporal Satours presentó un alcance a los oficios radicados ante las autoridades competentes, a efectos de identificar los vehículos objeto del convenio. De ahí que su propuesta debiera entenderse subsanada de conformidad con lo prescrito en el párrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que permitía cumplir requisitos, inclusive, hasta el momento de la adjudicación.

3.12. Está probado que la audiencia de subasta inversa fue suspendida, entre otros motivos, con el propósito de que el comité evaluador diera respuesta de fondo a las observaciones formuladas contra el informe de evaluación técnica actualizado. Esta audiencia fue reanudada el 30 de mayo de 2017⁴¹, y en su desarrollo el comité evaluador ratificó la decisión de inhabilitar a la Unión Temporal Satours, teniendo en cuenta que:

- (i) El pliego era claro en permitir que los interesados en participar en el procedimiento de selección complementaran su parque automotor a través de un convenio de colaboración empresarial, para efectos de satisfacer los vehículos requeridos para la prestación del servicio de transporte.
- (ii) El pliego igualmente era diáfano al exigir que el convenio especificara los vehículos que harían parte del mismo, con el fin de verificar que guardaran identidad con el parque automotor relacionado en el anexo No. 3. Prueba de lo anterior era que “[...]15 de las 16 propuestas participantes entendieron que siendo propio del objeto el transporte público terrestre automotor especial, lo mínimo era que el convenio debería determinarlos”.
- (iii) La Unión Temporal Satours presentó con su propuesta un convenio de colaboración empresarial radicado ante las autoridades de transporte, que no identificó los vehículos incluidos en el mismo. “[...] La empresa UT SATOURS al requerirse porque el convenio no permitía determinar las camionetas que hacen parte integral del mismo, allegó con fecha posterior al cierre un alcance al convenio; es decir, complementó y mejoró la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Admitirla implicaría inobservar los principios de igualdad, de transparencia y del deber de selección objetiva que, inspiran la actividad contractual del Estado”.
- (iv) Sumado a lo anterior, el convenio establecía que la empresa colaboradora –Transportes Especiales FSG S.A.S.– pondría a disposición de la Unión

⁴¹ FI 455 a 461, C. 2.



Temporal Satours los vehículos legalmente vinculados a su parque automotor, lo cual contrariaba lo establecido en el artículo 2.2.1.6.3.4. del Decreto 1079 de 2015, según el cual “[n]inguna de las empresas de transporte que participan en convenios de colaboración empresarial podrá ofrecer o recibir en convenios para la operación una flota superior al 30% de su parque automotor vinculado y con tarjeta de operación vigente. [...]”.

3.13. En el anterior sentido, el informe de evaluación técnica definitivo⁴², que fue leído en el curso de la audiencia, concluyó que la Unión Temporal Satours no estaba habilitada porque “[...] el convenio empresarial no permite determinar las camionetas que hacen parte integral del mismo. En el mismo se realiza el ofrecimiento de la totalidad del parque automotor lo cual contradice lo dispuesto parágrafo 3 del artículo 2.2.1.3.4. Decreto 431 de 2017 (sic), en el cual se establece que las empresas no podrán ofrecer o recibir en convenios para la operación una flota superior al 30% de su parque automotor vinculado y con tarjeta de operación vigente. Mediante comunicación de fecha 22 de mayo, la firma [se refiere a la Unión Temporal Satours] aporta documentos de subsanabilidad; no obstante se evidencia en los documentos allegados que la fecha de radicación ante las autoridades competentes (Ministerio de Transporte y Superintendencia de Puertos y Transporte) es posterior a la fecha de cierre del proceso.”

3.14. De esta forma, resulta diáfano que la decisión de inhabilitar a la Unión Temporal Satours no estuvo fundada en el simple incumplimiento del deber de radicar en debida forma el convenio de colaboración empresarial ante las autoridades de transporte, como lo aseveró la parte accionante en el recurso de apelación. En realidad esta decisión obedeció a que la mencionada unión temporal no probó que el parque automotor ofrecido tuviera respaldo en el convenio de colaboración empresarial suscrito entre Saso S.A. y Transportes Especiales FSG S.A.S., al paso que el convenio contrariaba lo establecido en el artículo 2.2.1.6.3.4. del Decreto 1079 de 2015. Si bien la indebida radicación del convenio ante las autoridades de transporte tuvo influencia en la decisión, lo cierto es que la razón principal que motivó la decisión adversa a los intereses de la unión temporal –se insiste– consistió en que no demostró la vinculación legal del parque automotor ofrecido con su propuesta.

3.15. Por último, en el proceso quedó demostrado que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, luego de brindar respuesta a las observaciones presentadas al informe actualizado de evaluación técnica, dio inicio a la subasta inversa con los proponentes que resultaron habilitados, en cuyo trámite Transportes Calderón S.A. presentó el lance más bajo. En consecuencia, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social le adjudicó el contrato mediante Resolución No. 01587 del 30 de mayo de 2017⁴³

4. Caso concreto

4.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda en tanto consideró que: (i) el convenio de colaboración empresarial debía identificar los vehículos que hacían parte del mismo, así como también debía ser

⁴² FI 384 a 389, C. 2.

⁴³ FI 20 a 22, C. 2.



reportado en debida forma ante el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte, lo que no se cumplía con la simple entrega del mismo ante las autoridades de transporte; (ii) la Unión Temporal Satours incumplió con el requisito técnico habilitante, por cuanto el convenio de colaboración empresarial que presentó ante las autoridades de transporte no identificó los vehículos que hacían parte del mismo; y (iii) si bien reconoció que este era un requisito habilitante y, por tanto, subsanable, advirtió que tal posibilidad no implicaba que el requisito pudiera ser satisfecho con posterioridad a la fecha de cierre del procedimiento de selección.

A su turno, en su recurso de apelación la parte demandante arguyó que, en punto a la subsanabilidad de la propuesta, el Tribunal dio aplicación a un marco normativo que no era el que regía el proceso de selección objeto de la litis. Sumado a lo anterior, insistió en que la Unión Temporal cumplió con el requisito técnico exigido en el pliego de condiciones con la identificación del parque automotor realizada en el anexo 3 de la propuesta, junto con el convenio de colaboración empresarial celebrado con Transportes Especiales FSG S.A.S., que fue radicado ante las autoridades respectivas antes de la fecha del cierre del procedimiento de selección.

A lo anterior agregó que el requisito cuya inobservancia provocó el rechazo del ofrecimiento era meramente formal, dado que no tenía incidencia en los aspectos sustanciales del contrato que se pretendía celebrar y solo buscaba comunicar a las autoridades de transporte la celebración de un negocio de colaboración para la prestación del servicio de transporte. De ahí que, la circunstancia de haber sido subsanado con posterioridad al cierre del procedimiento de selección, no era óbice para que la propuesta de la Unión Temporal Satours resultara habilitada para participar en la subasta inversa.

4.2. Bajo este contexto, la Sala anticipa que confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda y, por tanto, se mantendrá incólume el acto de adjudicación, toda vez que la decisión adoptada por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, en el sentido inhabilitar a la Unión Temporal Satours, se ajustó a las reglas contenidas en el pliego de condiciones y las normas aplicables.

Lo anterior, por cuanto, como pasa a detallarse, en el proceso quedó demostrado que la unión temporal no cumplió con el ofrecimiento del parque automotor exigido en el pliego de condiciones como requisito técnico habilitante, en tanto el convenio de colaboración empresarial allegado con su propuesta no identificó de manera precisa los vehículos que lo integraban. Aunque la Unión Temporal Satours individualizó los vehículos ofrecidos en el anexo No. 3 de su propuesta, enlistando allí aquellos destinados al servicio en virtud del convenio de colaboración empresarial, lo cierto es que la insuficiencia del contenido del negocio jurídico de colaboración impide tener por acreditado el cumplimiento del requisito. Por esta razón, resultaba procedente el rechazo del ofrecimiento presentado por la unión temporal integrada por las sociedades demandantes, sin que fuera admisible invocar las reglas de la subsanación de las ofertas, toda vez que el incumplimiento recayó sobre el requisito habilitante propiamente dicho y no sobre su acreditación, aunado a que, en todo caso, el documento que presentó con el fin de subsanar el defecto indicado por el comité evaluador no satisfizo lo requerido.



Para mayor organización y claridad, a efectos del examen de validez del acto acusado de cara a los cargos del recurso de apelación, la Sala expondrá su análisis abordando separadamente los siguientes aspectos, en su orden, a saber:

- (i) El alcance del requisito técnico habilitante exigido en el pliego de condiciones, cuya inobservancia motivó el rechazo del ofrecimiento presentado por la Unión Temporal Satours; con lo cual se determinará los parámetros a partir de los cuales podía considerarse que el oferente cumplió con lo exigido en el pliego de condiciones en punto a los requisitos técnicos habilitantes.
- (ii) El incumplimiento del requisito técnico habilitante por parte de la Unión Temporal Satours, a propósito de lo cual se analizará si, de acuerdo con las normas llamadas a gobernar el proceso de selección y de cara a los hechos probados en el proceso, se reunían las exigencias para la habilitación técnica del proponente. De esta forma, se resolverán aquí los reproches formulados en punto al cumplimiento del componente técnico.
- (iii) El marco jurídico aplicable al caso concreto en materia de subsanación de ofertas, punto en el cual se resolverá el reparo concreto formulado con el objeto de reprochar que el Tribunal aplicara un marco normativo equivocado y, con ello, impidiera que su propuesta se tuviera como subsanada.

4.2.1. El alcance del requisito técnico habilitante exigido en el pliego de condiciones relacionado con el parque automotor vinculado por medio de convenios de colaboración empresarial.

Sobre el ofrecimiento del parque automotor requerido a efectos de la habilitación técnica necesaria para participar en la subasta, el aparte 2.3. del pliego de condiciones exigió a los oferentes contar con un parque automotor calificado, es decir, con unos vehículos que cumplieran las especificaciones técnicas determinadas en el anexo No. 1 del pliego de condiciones.

A su vez, el aparte 2.3.3. del pliego de condiciones estableció que el parque automotor debía ser relacionado en el anexo No. 3 que debía acompañar toda propuesta, así como también que el mismo podía estar integrado por vehículos propios, afiliados o vinculados al servicio por virtud de la celebración de convenios de colaboración empresarial. Para este último evento, el pliego fue claro en determinar que “[...] *En caso de contar con vehículos que se encuentren bajo la figura de convenio de Colaboración Empresarial, deben cumplir con lo establecido en el Decreto 1079 de 2015 y en el Decreto 431 de 2017, esto es allegar copia del convenio de colaboración radicado ante el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte, el cual debe haber sido radicado ante estas autoridades con anterioridad al cierre del presente proceso de selección.*”

De esta forma, tal y como lo consideró el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, resulta diáfano que los interesados en participar en el procedimiento de selección podían complementar el parque automotor de su propiedad con vehículos vinculados a la prestación del servicio por virtud de la suscripción de convenios de colaboración empresarial, con el propósito de satisfacer el parque automotor exigido por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.



Para este efecto, los proponentes debían celebrar el convenio de colaboración empresarial de acuerdo con los parámetros establecidos para este tipo de negocio jurídico, así como también allegarlo con su propuesta junto con las pruebas que evidenciaran que había sido reportado de manera oportuna al Ministerio de Transporte y a la Superintendencia de Puertos y Transporte. Solo ante el cumplimiento de los anteriores supuestos, podía concluirse que los proponentes que se hubieran valido de la figura asociativa antes indicada, satisfacían el requisito técnico habilitante exigido para participar en el procedimiento de selección.

Ahora bien, la parte demandante alega que ni el pliego de condiciones ni la ley exigían que el convenio de colaboración empresarial especificara los vehículos que hacían parte del mismo, motivo por el cual debía estimarse que cumplió el requisito técnico habilitante con el anexo No. 3 de su propuesta –en el que identificó los vehículos ofrecidos– y con el negocio jurídico de colaboración empresarial que suscribió uno de sus integrantes para complementar su parque automotor.

En este punto de la controversia, se observa que, tal y como lo señaló la parte accionante, de cara a la posibilidad de complementar el parque automotor por la vía de la celebración de convenios de colaboración empresarial, el pliego de condiciones no estableció de manera expresa los elementos mínimos que debían reunir dichos negocios, más allá de exigir el cumplimiento de lo establecido en los Decretos 1079 de 2015 y 431 de 2017, normas que tampoco especifican que tales acuerdos deben incluir la individualización de los vehículos.

En efecto, el Decreto 1079 de 2015⁴⁴, en su artículo 2.2.1.6.3.4.⁴⁵ modificado por el artículo 9 del Decreto 431 de 2017, permite la posibilidad de suscribir convenios de colaboración empresarial para la prestación del servicio de transporte terrestre especial y, en dicho contexto, consagra la obligación de reportar este negocio jurídico al Ministerio de Transporte y a la Superintendencia de Puertos y Transporte. Sin embargo, el referido decreto compilatorio no especificó los elementos que debía contener el negocio jurídico de colaboración; de hecho, la lectura del artículo 2.2.1.6.3.4. del Decreto 1079 de 2015 refleja que el Ministerio de Transporte debía reglamentar el convenio de colaboración empresarial, sin que en el proceso este

⁴⁴ En su capítulo sexto regula lo atinente el servicio público de transporte terrestre automotor especial.

⁴⁵ “**Artículo 2.2.1.6.3.4. Convenios de colaboración empresarial.** Con el objeto de posibilitar una eficiente racionalización en el uso del equipo automotor y la mejor prestación del servicio, las empresas de esta modalidad podrán realizar convenios de colaboración empresarial, según la reglamentación que establezca el Ministerio de Transporte, y previo consentimiento de quien solicita y contrata el servicio.

[...]

Parágrafo 2°. Los convenios de colaboración empresarial deberán ser reportados por el transportador contractual a la Superintendencia de Puertos y Transporte y al Sistema de Información que para el efecto establezca el Ministerio de Transporte.

Hasta tanto se implemente el Sistema de Información de que trata el presente parágrafo, deberá entregarse al Ministerio de Transporte y a la Superintendencia de Puertos y Transporte copia de dicho convenio.

Parágrafo 3°. El transportador contractual podrá recibir en convenio para la operación una flota máxima del 40% de su parque automotor vinculado con tarjeta de operación vigente; así mismo, el transportador de hecho podrá ofrecer una flota máximo del 40% de su parque automotor vinculado con tarjeta de operación vigente. Este porcentaje corresponde al máximo de flota que puede ofrecer o recibir la empresa para uno o para la totalidad de los convenios suscritos.”



demostrado que ello hubiere ocurrido para la época en que se dio apertura al proceso de selección que aquí concierne.

Con todo, para la Sala las distintas estipulaciones del pliego, interpretadas en forma sistemática, coherente y acorde con su finalidad, conducen a concluir que era indispensable que en los convenios aportados con la propuesta estuviera indicado cuáles serían los automotores destinados a la prestación del servicio, que hacían parte de los mismos. Sobre el particular, debe resaltarse que el pliego de condiciones **(i)** exigió que los interesados en participar en el proceso de selección contaran con un parque automotor calificado, es decir, con unos vehículos que cumplieran las especificaciones técnicas determinadas en el anexo No. 1 del mismo; y **(ii)** permitió que el parque automotor calificado fuera satisfecho con vehículos vinculados mediante convenios de colaboración empresarial.

De esta forma, resulta evidente que los mencionados convenios, en el marco del procedimiento de selección objeto de estudio, tenían una finalidad específica, que no era otra distinta a permitir completar la flota de los oferentes a efectos de cumplir con el parque automotor calificado que el pliego de condiciones exigía. Así entonces, lo cierto es que para acreditar en el proceso de selección los vehículos que por la vía de convenios de colaboración integraban el parque automotor ofertado y, con ello, atender el requisito técnico consistente en que la propuesta incluyera vehículos que reunieran las condiciones especificadas en el anexo 1 del pliego de condiciones, el negocio jurídico de colaboración presentado con la oferta necesariamente debía identificar los vehículos que integraban su objeto contractual, pues solo de esta forma podían cumplir la finalidad para la cual se dio cabida a la posibilidad de acudir a dicha figura negocial, esto es, acreditar el cumplimiento del requisito técnico habilitante.

De otra parte, no pueden dejarse de lado las notas características del acuerdo de colaboración empresarial que se celebra para la ejecución de un contrato estatal, como es el caso que aquí concierne, en el que el convenio asociativo se suscribió en función de la presentación de la propuesta de la unión temporal en el proceso de selección abierto por la entidad demandada y, justamente, con la finalidad de servir de medio para cumplir con la flota de vehículos calificados que los pliegos exigían como requisito técnico habilitante, al incorporar los automotores objeto del acuerdo de colaboración dentro del parque automotor ofertado.

En línea con lo anterior, viene bien anotar que los convenios de colaboración empresarial, denominados también de asociación, de alianza estratégica, de participación conjunta y similares, en términos generales son negocios jurídicos atípicos de carácter asociativo, mediante los cuales dos o más empresas coordinan esfuerzos para la ejecución de un proyecto o actividad común, sin constituir una nueva persona jurídica, de manera que conservan su independencia administrativa, técnica, financiera y jurídica. Estos negocios jurídicos son permitidos en materia de transporte para la integración de flotas con las que, en conjunto con vehículos propios, son prestados estos servicios, es decir, sirven al propósito de ampliar el parque automotor de las empresas que prestan el servicio de transporte; de ahí que, en el campo de la contratación de servicios de transporte por parte de entidades estatales, resulte razonable considerar que los convenios de colaboración empresarial son un mecanismo que ha sido admitido para favorecer la participación en procesos de selección.



Tal es el caso del procedimiento de selección objeto de estudio, en cuyo trámite se permitió complementar el parque automotor calificado requerido para la prestación del servicio a través de la suscripción de un convenio de colaboración empresarial que, como ha quedado precisado, debía identificar de manera clara y precisa los recursos que cada parte se obligó a aportar o a suministrar, especialmente los vehículos destinados al servicio, pues, ciertamente, en casos como el presente, la indeterminación de los vehículos que las partes del convenio de colaboración empresarial vinculan al servicio de transporte que va a contratarse, impide establecer cuál será el parque automotor que provendrá del acuerdo colaborativo, en adición al propio del oferente, y por lo mismo cuál habrá de ser la flota total con la que se prestará el servicio. En otras palabras, si el negocio jurídico de colaboración empresarial solamente establece la obligación genérica e inespecífica de la empresa colaboradora de suministrar vehículos o de prestar el servicio de transporte con vehículos, sin indicación siquiera de la cantidad de automotores, y, menos aún, sin individualización alguna de los mismos, la ausencia de esta identificación impide considerar satisfechas las condiciones exigidas en el proceso de selección, dado que aquellos constituyen un elemento esencial para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos habilitantes.

Vistas así las cosas, la Sala considera que no le asiste razón a la parte accionante al aseverar que no se requería que el convenio identificara los vehículos que hacían parte de su objeto, pues si bien en este caso el pliego de condiciones y el Decreto 1079 de 2015 no determinaban de manera expresa los elementos que debía reunir el negocio de colaboración empresarial, los preceptos contenidos en el pliego de condiciones en punto a los requisitos técnicos habilitantes, así como también la finalidad y naturaleza misma de este tipo de acuerdo de voluntades en el marco de la prestación de servicios de transporte, determinaban que las partes del negocio jurídico de colaboración estipularan, como mínimo, cuáles en concreto eran los vehículos objeto del mismo.

Así se desprende de la interpretación lógica, sistemática y teleológica del pliego de condiciones objeto de estudio, el cual ha de leerse en forma integral y buscando el sentido que mejor se ajuste a sus reglas, apreciadas en conjunto, así como a la finalidad perseguida por la entidad contratante.

A propósito de la hermenéutica del pliego de condiciones, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación⁴⁶, acudiendo al artículo 23 de la Ley 80 de 1993 -según el cual las actuaciones contractuales se desarrollan con arreglo a los principios de planeación, transparencia, selección objetiva e igualdad y les son aplicables los criterios hermenéuticos propios de la materia contractual-, ha señalado que la Administración está facultada para interpretar el pliego de condiciones con el fin de llenar los vacíos o lagunas que allí se presenten o de solucionar las antinomias que se puedan desprender de su texto y que eventualmente tornen nugatoria la escogencia de la mejor propuesta; lo anterior, al amparo de los principios generales del derecho, los de la función administrativa, la finalidad del pliego y la protección del interés general⁴⁷. Además, ha precisado que

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias del 24 de julio de 2013, Rad.: 25642, 2 de julio de 2021, Rad.: 51910 y del 28 de febrero de 2022, Rad.: 65134.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013, Rad.: 25642. Sobre el particular, en esta providencia se expone: “[...] es imposible que la administración pública prevea todas las circunstancias que se pueden presentar a lo largo del procedimiento de selección, aunado al hecho de que como todo acto jurídico es posible que el pliego contenga ciertos



para la interpretación del pliego la Administración puede acudir al sentido gramatical o exegético, al criterio histórico, al semántico, al sistemático, al teleológico y a otros criterios hermenéuticos subsidiarios⁴⁸.

En suma, la Sala no acoge el discernimiento de la parte accionante, de acuerdo con el cual no era menester que el convenio asociativo especificara los vehículos que la empresa colaboradora se obligaba a suministrar para la prestación del servicio público de transporte especial, pues resulta contrario a la finalidad para la cual fue contemplada la posibilidad de celebrar convenios de colaboración empresarial en este específico procedimiento de selección, que no era otra que establecer los vehículos calificados propuestos para el transporte; de ahí que, contrario a lo afirmado por el apelante, en el análisis del cumplimiento del requisito técnico habilitante ha de partirse de que los convenios tantas veces mencionados debían vincular unos determinados automotores, claramente especificados, y no simplemente contemplar el compromiso, general y abstracto, de suministrar vehículos para el cumplimiento del contrato a celebrar con la entidad demandada.

Así entonces, la Sala estima que el ejercicio hermenéutico que imprimió el comité evaluador en el sentido de considerar que el requisito técnico habilitante exigía que los convenios de colaboración empresarial incluyeran la especificación de los vehículos vinculados al servicio, se acompasó con una interpretación lógica, sistemática y teleológica de las distintas disposiciones del pliego de condiciones y obedeció a la finalidad del objeto a contratar, de lo que se colige que constituyó un criterio proporcional, necesario y razonable⁴⁹.

Por lo anterior, como el cabal entendimiento de los pliegos de condiciones conduce a concluir que para el cumplimiento del requisito técnico habilitante era obligación identificar los vehículos que formaban parte de los convenios de colaboración, no prospera el cargo del recurso de apelación según el cual, en el proceso de selección sobre el que versa el presente asunto, no existía dicha obligación por no estar contemplada en los pliegos ni tampoco en la ley, por lo que el requisito debía tenerse por satisfecho con la identificación del parque automotor que se destinaría al cumplimiento del objeto contractual y la suscripción de un convenio de colaboración empresarial para complementar los vehículos de propiedad del oferente

4.2.2. El incumplimiento del requisito técnico habilitante por parte de la Unión

vacíos o lagunas –con independencia de que se trate de un acto extremadamente reglado– razón por la que es factible que se presenten problemas hermenéuticos típicos de cualquier norma o precepto, razón por la que es preciso que el operador acuda a los postulados fijados por el legislador para brindar herramientas interpretativas; en el caso contractual administrativo, el estatuto de contratación de la administración pública remite a los principios de la función administrativa, a los generales del derecho, a los propios del derecho privado –civil y/o comercial–, y a los particulares del derecho administrativo.

[...]

Por lo tanto, la principal herramienta exegética que existe para definir las posibles antinomias que se desprendan del pliego de condiciones es desentrañar la finalidad del mismo, para lo cual es preciso analizar en conjunto los objetivos perseguidos por la entidad en el proceso contractual, los cuales deberán estar en consonancia con el interés general.

A modo de colofón, la administración pública puede interpretar el pliego de condiciones siempre que exista un vacío, una laguna, o una contradicción que pueda ser subsanada a partir de la “lectura o interpretación conforme” a los principios aplicables a la contratación estatal” (se subraya)

⁴⁸ Ibidem

⁴⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de febrero de 2022, Rad.;65134.



Temporal Satours que motivó el rechazo de su propuesta

Está demostrado que la Unión Temporal Satours presentó propuesta para prestar el servicio de transporte requerido por la entidad demandada, con vehículos propios y con vehículos vinculados por virtud del convenio de colaboración empresarial que Saso S.A., integrante de la unión temporal, suscribió con Transportes Especiales FSG S.A.S. De igual modo, a la vista de su clausulado, se tiene que dicho negocio de colaboración no identificó los vehículos que Transportes Especiales FSG S.A.S. se comprometió a poner a disposición de Saso S.A. para el transporte terrestre especial, y así fue reportado ante el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transportes.

En este punto, resulta pertinente traer a colación el clausulado del convenio celebrado con Transportes Especiales FSG S.A.S., el cual refleja que la voluntad de los extremos negociales no consistió en vincular unos determinados vehículos a la prestación de los servicios, sino en consignar el compromiso para prestar el servicio de transporte al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social "con vehículos afiliados a la empresa colaboradora", a cambio de un precio que por lo demás tampoco se determinó, junto con algunas otras estipulaciones relativas al negocio. El tenor literal del convenio es el siguiente:

"PRIMERA: OBJETO. "Prestar el servicio de Transporte Público Terrestre Automotor Especial Con Conductor, Para Transportar en el Territorio Nacional el Recurso Humano del DPS al Durante la Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS) (sic). Itinerario Operación Nacional. Durante la firma de suscripción y ejecución del contrato con vehículos afiliados a la empresa colaboradora **SEGUNDA: LOS VEHICULOS.** La empresa colaboradora se obliga a suministrar a la empresa CONTRATISTA los vehículos anteriormente mencionados, 'legalmente vinculados al servicio público de transporte Empresarial, con todos los seguros que exige el Decreto 348 25/02/15 y el Código Nacional de Tránsito, como son: Soat, Seguros de Responsabilidad civil contractual y extracontractual en cuantía mínima de 100 salarios mínimos legales vigentes. **TERCERA: LA RESPONSABILIDAD FRENTE AL CONTRATANTE.** Toda la responsabilidad del contrato frente a las empresas, será única y exclusiva de la empresa **CONTRATANTE.** **CUARTA: DEL PRECIO Y FORMA DE PAGO.** Pagará mes caído, al propietario las sumas acordadas, correspondiente al pago de los servicios prestados. **QUINTA: DE LA EXPEDICIÓN DE EXTRACTOS DE CONTRATO.** De conformidad a los (sic) preceptuado en la resolución 3068 de octubre de 2014, la Empresa encargada de expedir el EXTRACTO DE CONTRATO para los vehículos afiliados a la Empresa COLABORADORA será el CONTRATISTA; única y exclusivamente para el servicio de Las empresas beneficiarias de este convenio, el cual llevará la leyenda de "**POR CONVENIO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL**" y portará copia del presente convenio. **SEXTA: LA EMPRESA CONTRATISTA.** No expedirá el extracto de contrato FUEC sin antes solicitar **EL PAZ Y SALVO** emitido por la empresa colaboradora del vehículo relacionado en el presente convenio con una vigencia NO mayor a 30 días, de lo contrario se dará por terminado el convenio de colaboración empresarial. **SEPTIMA: MANTENIMIENTO.** El suscrito Representante Legal y/o Gerente de la empresa colaboradora certifica que el parque automotor propio y/o afiliado cumple con las disposiciones establecidas por el Ministerio de Transporte en el Código Nacional de Tránsito Terrestre y el decreto 0348 del 25/02/15, específicamente lo relacionado con las revisiones tecno mecánica realizadas anualmente la revisión preventiva cada dos meses y la vigencia de los documentos que exige la ley. **OCTAVA: VIGENCIA.** Cualquiera de las partes del presente



convenio podrá dar por terminado en convenio unilateralmente, con previo aviso de veinte (20) días de calendario.”

Como se aprecia, contrario a lo afirmado por el apelante, con la sola relación del parque automotor insertada en el anexo 3 de la propuesta junto con el convenio de colaboración empresarial celebrado con Transportes Especiales FSG S.A.S., la unión temporal no satisfizo los requisitos técnicos habilitantes para participar en el procedimiento de selección, en tanto no cumplió el parque automotor calificado exigido en el pliego de condiciones. La identificación precisa de los vehículos comprometidos no solo resultaba esencial para verificar la capacidad operativa de los proponentes, sino que constituía un requisito indispensable para garantizar la igualdad y transparencia en el proceso de contratación. Por ello, la omisión en la individualización de los automotores en el convenio compromete de manera sustancial la habilitación de la oferente y justifica su rechazo en sede administrativa.

En este punto se impone destacar que en el anexo No. 3 de su propuesta la Unión Temporal Satours relacionó el parque automotor ofrecido para la prestación del servicio, e identificó los vehículos que utilizaría por virtud de la celebración del convenio de colaboración empresarial suscrito entre Saso S.A. y Transportes Especiales FSG S.A.S. No obstante, la Sala estima que esta particular circunstancia no permitía tener por cumplido el requisito técnico habilitante exigido en punto al parque automotor. En efecto, sobre este particular basta aclarar que el convenio de colaboración empresarial –y no el anexo No. 3– era el mecanismo o figura jurídica permitida a los interesados para complementar el parque automotor exigido en el pliego de condiciones; de ahí que la identificación del parque automotor debiera efectuarse con rigor al momento de confeccionar el negocio jurídico que tenía los efectos jurídicos vinculantes que permitían satisfacer lo requerido en el componente técnico.

Al respecto, vale la pena agregar que la información consignada en el anexo No. 3 de las propuestas debía contar con respaldo probatorio, lo que significa que el ofrecimiento de vehículos efectuado en el referido anexo debía estar amparado en los documentos legales que demostraran el derecho de propiedad que el proponente tenía sobre los vehículos ofrecidos, el derecho a usarlos por virtud de la celebración de un contrato de afiliación, o el derecho a vincularlos al servicio por virtud de la suscripción de un convenio de colaboración empresarial. En ese sentido, no bastaba que en el anexo No. 3 de su propuesta la parte demandante relacionara los vehículos que vincularía al servicio por virtud de la celebración de un convenio de colaboración empresarial, puesto que todo lo que allí se afirmara debía contar con el correspondiente respaldo documental, siendo el convenio de colaboración empresarial allegado por la Unión Temporal Satours –se insiste– insuficiente para respaldar lo ofrecido en el anexo No. 3 de la propuesta.

4.2.3. El marco jurídico aplicable al caso concreto en materia de subsanación de ofertas

De cara al régimen de subsanación aplicable al caso concreto, la Sala destaca que era el contenido en el párrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007⁵⁰, antes de la

⁵⁰ “ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. [...] PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de



modificación introducida por la Ley 1882 de 2018, en la medida en que el procedimiento de selección se adelantó en el año 2017⁵¹. Por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en la norma mencionada, la falta de un requisito que no tuviera incidencia en la comparación de las propuestas no daba lugar a su rechazo, procediendo en tal evento solicitar al oferente subsanar su propuesta en el sentido de satisfacer la deficiencia, con la precisión de que los requisitos subsanables serían aquellos que no afectarían la asignación de puntaje.

Sobre esta disposición, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha distinguido entre los elementos formales de la oferta, los cuales pueden ser enmendados en cualquier momento y no son motivo de rechazo, y los elementos sustanciales, entendidos como aquellos necesarios para comparar las propuestas, es decir, para evaluar los ofrecimientos con un tratamiento diferenciado.

De igual modo, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha considerado que “[...] *lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe. De modo que lo “subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 [...]*”⁵²

En concepto de la parte accionante, el párrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 permitía subsanar las propuestas a partir de circunstancias ocurridas con posterioridad a la fecha de cierre del procedimiento de selección, en tanto no existía disposición normativa o reglamentaria alguna que lo prohibiera de manera expresa. Por este motivo, alegó que su ofrecimiento debió entenderse como subsanado, a partir del alcance al convenio que presentó ante las autoridades de transporte para identificar los vehículos que hacían parte del mismo.

Al respecto, la Sala no puede compartir lo alegado por la parte accionante, pues, tal y como lo consideró el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la oportunidad para subsanar no comportaba una nueva posibilidad para cumplir el requisito habilitante. Sobre este particular se impone reiterar que, al amparo del régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas dispuesto en la Ley 1150 de 2007, los proponentes deben cumplir los requisitos habilitantes en el momento en que presentan su ofrecimiento, y que solo pueden subsanar las falencias o inexactitudes que deriven del análisis de la documentación que acompañen con su propuesta para demostrar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones,

puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.”

⁵¹ En este punto la Sala precisa que, pese a que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca manifestó que el Decreto 2474 estaba vigente en el momento en que inició el procedimiento de selección, lo cierto es que es evidente que ello obedeció a un error de digitación que en nada compromete la decisión adoptada en sede de primera instancia. Sobre el particular es importante destacar que el Tribunal consideró que el marco normativo aplicable al caso concreto era el párrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1510 de 2013 que fue compilado en el Decreto 1082 de 2015; marco jurídico conforme con el cual fue abordado el caso sometido a estudio.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de agosto de 2021. Rad. 56.960.



mas no mejorar aspectos con los que no se contaba a la fecha de presentación de las propuestas, porque en tal evento realmente se estaría adicionando la oferta.

La Sala resalta que este es el entendimiento que la Sección Tercera de esta Corporación ha otorgado al parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, antes de la modificación introducida por la Ley 1882 de 2018. Así, en sentencia del 15 de julio de 2022 la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación, al analizar el régimen de subsanabilidad en el marco de un procedimiento de selección adelantado entre 2016 y 2017, consideró lo siguiente:

“En el presente asunto se observa que el procedimiento licitatorio 010 de 2016 fue adelantado antes de que se prohiriera la Ley 1882 de 2018, por lo que el régimen jurídico en relación con la subsanabilidad de la oferta es el contenido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. [...]

En ese orden, la Sala observa que ITS cumplió el requisito de presentación de los folletos u hojas de especificaciones técnicas, pues tal información fue allegada junto con la oferta; sin embargo, incumplió los requisitos habilitantes técnicos de indicación de la marca y el modelo del hardware y de presentación del análisis de viabilidad y factibilidad para la implementación del software. Ello porque los aspectos insatisfechos eran requisitos habilitantes que no podían ser subsanados y no fueron presentados dentro del plazo para presentar las ofertas.

En desarrollo de lo anterior, aunque los elementos habilitantes en comento no eran pasibles de ser puntuados, no eran subsanables, en virtud del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2011, pues, como se indicó previamente, tales aspectos no son enmendables per se, so pena de adicionar la propuesta en desmedro de la selección objetiva y la libertad de competencia. En virtud de lo expuesto, lo único que se puede corregir son los documentos que demuestren el cumplimiento de los requisitos habilitantes antes de la fecha límite para la presentación de las propuestas, en cuyo caso lo que se subsana no es el requisito habilitante en sí mismo, sino la prueba de su acreditación antes de ese plazo.”⁵³

Ahora bien, no se pasa por alto que la naturaleza del procedimiento de selección conllevaba que el único factor ponderable fuera el precio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y el apartado 2.4. del pliego de condiciones⁵⁴. Frente a lo anterior, debe precisarse que lo que realmente reprocha la Sala en este específico caso es que la Unión Temporal Satours no hubiere cumplido con el parque automotor requerido, en tanto el texto del convenio de colaboración empresarial que celebró para el efecto no amparó lo manifestado en su propuesta en punto a los vehículos ofrecidos para prestar el servicio, de modo que no dio cumplimiento a las condiciones técnicas exigidas que le permitían estar habilitado para participar en la subasta.

En consecuencia, a pesar de que el precio constituía el único factor de evaluación en el procedimiento de selección, el incumplimiento del requisito técnico habilitante

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de julio de 2022, exp. 67937.

⁵⁴ **“2.4 FACTORES DE EVALUACIÓN.**

*Teniendo en cuenta que los servicios que se pretenden adquirir son servicios de características técnicas uniformes, para la obtención de la oferta más favorable (de las presentadas por los proponentes habilitados), el proponente seleccionado será el que cumpla con los requisitos habilitantes como la capacidad jurídica, financiera, la experiencia mínima y el cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas, y oferte **el precio más bajo** en subasta”.* (negrilla dentro del texto)



relativo al parque automotor por parte de la Unión Temporal Satours comprometió de manera insalvable su participación en el proceso. La omisión advertida no se tradujo en una simple deficiencia probatoria susceptible de subsanación, sino en la falta de acreditación del requisito en sí mismo, lo cual justificaba el rechazo de su propuesta conforme a los principios de selección objetiva y legalidad que rigen la contratación estatal.

Con todo, aun si se admitiera que por la sola circunstancia de no otorgar puntaje el requisito era subsanable, la Sala observa que en cualquier caso la decisión a adoptar habría sido la misma, esto es, el rechazo del ofrecimiento presentado por la Unión Temporal Satours, pues el documento que se aportó en atención a la observación del comité de evaluación no satisfizo en debida forma la deficiencia advertida.

En el expediente está demostrado que, con ocasión del requerimiento efectuado por el comité evaluador en la etapa de evaluación de las propuestas, la Unión Temporal Satours presentó un alcance al convenio radicado ante el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte, con el objeto de identificar el parque automotor vinculado al servicio por virtud de la celebración del negocio jurídico de colaboración empresarial.

Una vez verificado el contenido de estos documentos, se advierte que, para brindar el alcance al convenio, el representante legal de la sociedad Saso S.A. –integrante de la Unión Temporal Satours– allegó a las autoridades de transporte una relación de los vehículos que hacían parte del negocio jurídico –siendo identificados cada uno de ellos–, así como también los documentos que demostraban que Transportes Especiales FSG S.A.S. era la propietaria de algunos de ellos.

Con todo, en criterio de la Sala, tal y como lo advirtió la entidad demandada en la contestación de la demanda, los documentos presentados no permiten superar las irregularidades que fueron advertidas para el componente técnico. Para justificar lo anterior, basta poner de presente que los documentos presentados para subsanar el ofrecimiento de la unión temporal solo fueron firmados por la sociedad Saso S.A. –integrante de la Unión Temporal Satours–, lo que no evidencia que Transportes Especiales FSG S.A.S. se hubiere comprometido a suministrar los vehículos que fueron ofrecidos en el anexo No. 3 de la propuesta. En línea con lo anterior, debe afirmarse que si la deficiencia advertida para el componente técnico consistió en la insuficiencia del texto del negocio jurídico de colaboración –en tanto no especificó los vehículos que integrarían su objeto–, lo mínimo que debía observarse al momento de subsanar era que el documento presentado –dando alcance al convenio– acreditara la manifestación de la voluntad de la empresa colaboradora en el sentido de comprometerse a proporcionar los vehículos ofrecidos para la prestación del servicio, pues solo así podía considerarse que estos hacían parte del convenio de colaboración empresarial y, por tanto, conformaban el parque automotor ofertado, cosa que no ocurrió.

En suma, no prosperan los cargos analizados, por cuanto la parte accionante no demostró que los vehículos ofrecidos bajo la figura del convenio de colaboración empresarial estuvieran incluidos en el negocio jurídico de colaboración. Además, quedó establecido que el acto administrativo demandado no vulneró el marco normativo aplicable al caso en materia de subsanación de propuestas y, en cualquier caso, lo cierto es que los documentos aportados con el objeto de subsanar



no lograron superar las deficiencias advertidas en el componente técnico de su oferta, toda vez que no acreditaron el compromiso expreso de la empresa colaboradora de suministrar los vehículos ofrecidos para la prestación del servicio.

5. Costas

El artículo 361 del CGP prevé 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”*. A su turno, los artículos 365⁵⁵ y 366⁵⁶ *ejusdem*, aplicables a los procesos contenciosos administrativos por remisión del artículo 188 del CPACA⁵⁷, establecen que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de alzada, siempre que se demuestre en el expediente su causación; y su liquidación se realizará, de manera concentrada, por la secretaría del *a quo*, correspondiéndole a este juzgador la fijación de las agencias en derecho de segunda instancia, de acuerdo con las tarifas fijadas por el Consejo Superior de la Judicatura.

Bajo este entendido, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, dado que se resolvió su recuso de manera desfavorable. Para tal efecto, el Tribunal de origen efectuará la liquidación y tasación de costas, debiendo considerar que, en esta instancia y con fundamento en las tarifas fijadas en el acuerdo PSAA16-10554 expedido el 5 de agosto de 2016 por el Consejo Superior de la Judicatura⁵⁸, se fijan agencias en derecho en un (1) SMMLV.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 24 de octubre de 2019, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

⁵⁵ *“Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto [...]. // 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación [...].”*

⁵⁶ *“Artículo 366. 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: [...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litige sin apoderado. [...] 6. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda excederse el máximo de dichas tarifas.”*

⁵⁷ *“Artículo 188. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CPC”.*

⁵⁸ ACUERDO PSAA16-10554, expedido el 5 de agosto de 2016. El artículo 5 numeral 1 establece que, para los procesos declarativos en general, la tarifa en segunda instancia será *“entre 1 y 6 S.M.M.L.V.”*



Radicado: 25000-23-36-000-2018-00093-01 (66202)
Demandantes: Tour de las Américas S.A.S. y Saso S.A.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a las sociedades Tour de las Américas S.A.S. y Saso S.A., las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el *a quo*, debiendo considerar que en esta instancia se fijaron agencias en derecho en un (1) SMMLV.

TERCERO: En firme esta providencia, **ENVIAR** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Magistrada

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

GE2