

SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen jurídico – Ley 142 de 1994 - Etapa precontractual – Actos precontractuales – No tienen la connotación de actos administrativos – Derecho privado

La especialidad con la que el legislador estableció el régimen de los actos y contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, en línea con el mandato constitucional que ampara dicha singularidad, quedó establecido en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 que impuso la aplicación del derecho privado a su actividad, como regla general.

En relación con los actos precontractuales, esta Corporación en sentencia del 3 de septiembre de 2020 unificó su jurisprudencia para precisar que, derivado de su régimen especial, los prestadores de servicios públicos no están habilitados constitucional ni legalmente para emitir actos administrativos, salvo en los casos que la ley les atribuya tal potestad, y subrayó que la selección de un contratista no hace parte de tales excepciones. De esta forma, las manifestaciones de voluntad expuestas en el ámbito precontractual no tienen la connotación de actos administrativos, sino que corresponden a actuaciones que se gobiernan bajo las reglas del derecho común.

MEDIO DE CONTROL – Sentencia de unificación del año 2020 – Corrección de medio de control – Inexistencia de actos administrativos – Actos contractuales

La demanda que dio curso a la presente causa fue presentada en febrero de 2017, es decir, antes de proferirse la sentencia de unificación señalada. En ella, el actor reflejó la doble perspectiva que para ese momento había sobre la naturaleza de esos actos, planteando como pretensiones principales las relacionadas con el desconocimiento de las reglas que EPM definió para la selección de un contratista y la forma en que el actor aspiraba ser resarcido; de manera subsidiaria, propuso la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho (en similares términos) en caso de que el juez estimara que la aceptación de la oferta era un acto administrativo.

Aun cuando la providencia que es objeto de impugnación data del 26 de junio de 2024, esto es, casi cuatro años después de que esta Colegiatura proferiera la sentencia de unificación referida, sin explicación atendible, el a quo se remitió al EGCAP para solventar la controversia y avanzó en un examen de legalidad frente a la decisión de aceptación de la oferta al entender que se trataba de un acto administrativo. En esa línea, concluyó que no hubo vulneración de las reglas del pliego y, por tanto, no había lugar a analizar la pretensión de nulidad del contrato, pues ésta era consecuencial a la primera declaración.

La Sala debe corregir la ruta de análisis planteada, para señalar que la disputa del actor no está llamada a ser definida como un asunto encaminado a desvirtuar la presunción de legalidad de un acto administrativo, bajo un régimen que no le asiste.

Más allá de que en la alzada no se cuestionó el régimen con que el a quo analizó los actos precontractuales (EGCAP), al ser un asunto de orden público, esta instancia está llamada a efectuar el examen bajo el régimen legal que le corresponde. Precisión que, además, es necesaria para resolver el recurso de apelación en punto a definir si la existencia de las incorrecciones aducidas respecto de la conformación de la tasa AU se erigió en un comportamiento constitutivo de responsabilidad precontractual, no de ilegalidad, que es la base de la indemnización de perjuicios reclamados.

ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL – Escogencia a partir de la fuente generadora del daño – Acto de carácter privado – MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Improcedencia – Causales de nulidad – Artículo 44 – Procede en contratos sometidos al EGCAP

La parte actora promovió el medio de control de controversias contractuales. Como pretensiones principales formuló súplicas orientadas a establecer la responsabilidad precontractual de EPM por considerar que su propuesta debió ser escogida, y como pretensión consecuencial pidió que se declarara la nulidad del contrato CT-2016-001501 suscrito por EPM y Emprester; así como la condena por los perjuicios generados al no haber sido seleccionada.

Teniendo en cuenta que el medio de control se determina por la fuente generadora del daño, y que en el caso concreto los cuestionamientos se dirigen contra un acto de carácter privado, el daño aducido no puede tener origen en un reproche de ilegalidad contra un acto administrativo previo. Tampoco el medio de control de controversias contractuales que promovió el actor resultaba procedente por la sola suscripción del negocio jurídico, en tanto y cuanto los reparos expresados en la demanda anidan exclusivamente en la etapa precontractual. En este punto se precisa que la causal de nulidad del contrato basado en la ilegalidad de los actos previos sólo está disponible para negocios jurídicos sometidos al EGCAP conforme al art. 44.4 de la Ley 80 de 1993, pero no es aplicable a los negocios regidos por el derecho privado.

MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Procedencia – Actuaciones precontractuales de las Empresa de servicios públicos domiciliarios – Controversias – Artículo 140 del CPACA

De este modo, y en línea con la jurisprudencia unificada, las actuaciones en sede precontractual que despliegan las ESP deben ser analizadas bajo el medio de control de reparación directa, dispositivo diseñado para examinar la responsabilidad de la administración con fuente en hechos, omisiones, operaciones administrativas, y “cualquier otra causa” generadora de un daño antijurídico, según se desprende del artículo 140 del CPACA. Así, aunque despunta inadecuada la ruta procesal escogida por el actor, ello no obsta para que la Sala avance en el análisis de fondo del asunto, eso sí, ciñéndose a las premisas decantadas: naturaleza del acto, medio de control, y régimen de derecho privado, como guía de la decisión.

CULPA IN CONTRAHENDO – Deber de diligencia de las partes en la etapa precontractual – Reparación del daño

Al analizar este modelo de responsabilidad, la Sección Tercera de esta Corporación explicó que desde sus orígenes, el régimen de responsabilidad precontractual descansaba en las nociones de dolo y violencia, como delitos, antes de que se erigieran en vicios del consentimiento; posteriormente consideró como un injusto que en la etapa de tratativas preliminares uno de los negociantes decidiera romper injustificadamente con ellas o asumiera un comportamiento desleal o incorrecto causando daño a otro, y diferenció entre la libertad de los negociantes para sustraerse de las negociaciones de forma justificada, respecto de los casos en que lo hacían culposamente causando un daño.

De allí derivó la premisa consistente en que en la etapa precontractual las partes asumen una obligación de "diligentia in contrahendo", esto es, el deber de desplegar un comportamiento correcto y leal, cuya inobservancia es fuente de reparación de daños. Entonces, en los eventos en que alguna de las partes decide apartarse de manera unilateral e intempestiva de las negociaciones o asume una conducta negligente y causa un daño a quien confió en la seriedad de los acercamientos -culpa in contrahendo- es posible activar este instituto.

CULPA IN CONTRAHENDO – Desconocimiento de la buena fe – Alcance – Código de Comercio artículo 863 – Código Civil artículos 871 y 1603 – Revisión del grado de consolidación de tratos

La conducta que da lugar a esta forma de responsabilidad es aquella que contraviene la buena fe, y representa el comportamiento "incorrecto y desleal, culposo, falto de diligencia, cuidado, e incluso omisivo en la etapa de negociaciones o tratativas preliminares (...)"; características que para ser aducidas como fuente de daños imponen precisar previamente las condiciones particulares de cada relación negocial para analizar si la conducta realizada representa una de tales incorrecciones.

En el ordenamiento jurídico nacional la responsabilidad precontractual se fundamenta en el artículo 863 del Código de Comercio, con proyección en los artículos 871 ib. y 1603 del Código Civil que, con redacción similar, y en una lectura integral que incluye el camino de formación del contrato, exige a las partes el deber de obrar conforme a los postulados de la buena fe y el respeto a los derechos y expectativas de los sujetos involucrados tanto en el estadio precontractual, como contractual.

(...)

Si bien los acercamientos negociales aun cuando tienen la característica de no imponer la celebración del contrato ni generar obligaciones en su etapa germinal, "cuando han llegado a tal punto que permita prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (culpa in contrahendo, es decir, culpa en el curso de negociaciones contractuales; responsabilidad precontractual), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño".

La plataforma que determina la estructura de análisis de la responsabilidad in contrahendo, descansa en la demostración de un actuar no conducido bajo el principio de la buena fe exenta de culpa y de una repercusión cierta en el patrimonio del afectado, que corresponde al elemento del daño. En estos términos, el examen de esta clase de responsabilidad impone identificar el tipo de tratos que se están desarrollando entre las partes, para definir el mayor o menor grado de consolidación en el que avanza el pretendido negocio jurídico y sus bases, dentro de una multiplicidad de rutas pre negociales.

DEBERES SEDUNDARIOS – Buena fe – Principios de lealtad y corrección – Deberes de información – Secreto – Protección – Conservación – No abandonar las negociaciones sin justa causa

En estos casos, como el daño se concreta en la ruptura o desconocimiento del deber de actuar de buena fe en los tratos preliminares, la Sala debe referirse a los denominados deberes secundarios que explican aquel postulado. Éstos se fundan en los principios de lealtad y corrección, e imponen a quienes avanzan en el periodo de negociaciones

manifestar las circunstancias personales, objetivas, directas o indirectas que puedan rodear tal etapa e incidir en un futuro negocio jurídico, y se concretan en los deberes de información, secreto, protección y conservación, y de no abandonar las negociaciones sin justa causa, entre otros.

DEBERES SECUNDARIOS – Deber de información – Alcance – Información – relevante y suficiente

En cuanto al deber de información, cuyas raíces devienen del derecho romano, se pregonó la máxima “caveta emptor o bien emptor debet esse curiosus” que explicaba que cada una de las partes que iba a suscribir un contrato tenía que informarse y adquirir los conocimientos necesarios para determinar si el negocio jurídico satisfacía o no sus intereses. De ahí que en la estructuración de la responsabilidad precontractual se entendió que toda persona que emprendiera tratos negociales debía manifestar a su par en la negociación -como deber de conducta- las circunstancias subjetivas y objetivas de significativa importancia que pudieran afectar la concreción del negocio o su desarrollo normal, incluyendo aspectos técnicos de la operación y posibles riesgos a futuro.

(...) El contenido de este deber entraña dos aspectos centrales: que la información sea relevante y que sea suficiente. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “...dentro de los deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprenda tratos negociales, se encuentra el que atañe con las informaciones o declaraciones que está llamado a suministrar, cuando a ellas hay lugar, en relación con el objeto, circunstancias o particularidades del acuerdo en camino de consumación, y cuya importancia, si bien variable, resulta substancial para efectos de desembarazar el consentimiento del destinatario de artificios o vicios que lo afecten”.

Este deber se proyecta en doble perspectiva, pues puede ser punto de quiebre en el actuar de buena fe que regenta la etapa precontractual ante el rompimiento de las negociaciones por omisión o insuficiencia de la información otorgada; pero también puede constituirse en génesis de un vicio del consentimiento ante la concreción del negocio jurídico en esas condiciones; así que goza de reconocimiento en ambos escenarios. Para el caso concreto basta situarse en la primera de tales perspectivas.

Adicionalmente, la doctrina ha establecido que corresponderá al juez evaluar la consideración relativa al conocimiento especializado entre ellas, es decir, “si estamos hablando de un negocio entre dos comerciantes o expertos en el comercio, en este caso será mayor el grado de diligencia exigible para los dos sujetos negociales o si, por el contrario, se da el caso de una relación entre experto del comercio y profanos o consumidores, en este caso se deberá propender por proteger en todo la parte débil de la relación”.

DEBERES SECUNDARIOS – Deber de secreto y confidencialidad

De otra parte, el deber de secreto y confidencialidad consiste en guardar reserva sobre la información personal o con relevancia patrimonial que con ocasión del proceso precontractual se haya conocido de la otra parte.

(...)

El art. 2.16 de los Principios Unidroit consagra que, si una de las partes proporciona información confidencial en el curso de una negociación, la otra no podrá revelarla o

utilizarla de forma injustificada, sin importar que el negocio llegue o no a celebrarse; premisa que sella la trascendencia de los postulados que emanan del principio de buena fe, de forma transversal al derecho, que irradia el período precontractual.

DEBERES SECUNDARIOS – Deber de protección y conservación

Por su parte, el deber de protección y conservación se orienta a la custodia y salvaguarda de los bienes objeto de la negociación, incluyendo las relaciones con personas vinculadas al posible negocio jurídico a celebrar, evitando daños patrimoniales o personales que se puedan generar en el interregno de las tratativas.

DEBERES SECUNDARIOS – Deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa

El deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa reprocha que se generen “falsas expectativas en torno a la celebración de un contrato que nunca se perfeccionará, manifestando por lo menos prudencia a la hora de retirarse del proceso de negociación” La escuela italiana precisa que este comportamiento es doloso cuando una de las partes inicia y continúa las tratativas con la intención de no concretar el negocio; y, culposo, cuando se induce a la otra parte a confiar en la conclusión del mismo sin haber la suficiente determinación.

RESARCIMIENTO DERIVADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA IN CONTRAHENDO – Interés negativo o de confianza – Concepto

De hallarse configurada la transgresión del principio de buena fe en el período precontractual, es decir, en los casos en que se acredite el daño, se pasará a analizar el factor de resarcimiento derivado de la responsabilidad civil por culpa in contrahendo que corresponde, por regla general, al denominado interés negativo o de confianza.

[...]

El Consejo de Estado ha señalado que el interés negativo es aquel que compensa los perjuicios generados ante las negociaciones frustradas y, en la misma línea indicada por la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que incluye el daño emergente (gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones) y el lucro cesante, pero no aquel derivado del “incumplimiento de la propia relación comercial proyectada... sino de la pérdida que significa el... haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado” .

INTERÉS POSITIVO – Expectativa de cumplimiento de las prestaciones en contrato válidamente celebrado

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

Conforme a las anteriores distinciones, en el esquema de responsabilidad por culpa in contrahendo el perjuicio resarcible corresponde al interés negativo o de confianza, situación que difiere de la actuación precontractual que se rige por el EGCAP en la que

se reconoce el interés positivo –en la medida que quien lo aduce reclama para sí el derecho de haber sido adjudicatario y, de ahí, el de haber celebrado el contrato estatal.

CULPA IN CONTRAHENDO – Interés negativo o de confianza – Diferencia con la etapa precontractual regida por el EGACP

Conforme a las anteriores distinciones, en el esquema de responsabilidad por culpa in contrahendo el perjuicio resarcible corresponde al interés negativo o de confianza, situación que difiere de la actuación precontractual que se rige por el EGACP en la que se reconoce el interés positivo –en la medida que quien lo aduce reclama para sí el derecho de haber sido adjudicatario y, de ahí, el de haber celebrado el contrato estatal–.

OFERTA MERCANTIL – Acto unilateral – Código de comercio artículo 845 y siguientes

Conforme al art. 845 y ss. del Código de Comercio, la oferta mercantil es un acto firme, inequívoco, preciso y completo, con una expresión de voluntad decidida a celebrar un contrato, en el que no hay duda de que está plasmado un proyecto de negocio con la incorporación de todos los elementos esenciales del mismo. De manera que la aceptación por parte del interesado ocasiona el nacimiento del contrato, en tanto no requiera un requisito de perfeccionamiento adicional. Al ser un acto unilateral que contiene una manifestación de voluntad indiscutible, trae aparejada una consecuencia definida por la ley, y es su carácter irrevocable (art. 846 del C. Co).

INVITACIÓN PÚBLICA – Diferencia con oferta mercantil

Por su parte, las invitaciones a presentar propuestas distan de la certidumbre que irradia la oferta, pues son manifestaciones dirigidas a una o varias personas a emprender negociaciones de forma que, de acuerdo con unos condicionamientos y en un esquema de selección, se pueda llegar a la escogencia de una de ellas.

DAÑO Y PERJUICIO – Diferencias – Daño – Ruptura de los tratos previos – Perjuicio – Indemnización – Interés negativo

[...] la Sala quiere remarcar la distinción entre el daño y el perjuicio que se puede reclamar bajo el circuito que atañe a la responsabilidad in contrahendo. Tal y como quedó expresado párrafos atrás, en la actividad precontractual regida por el derecho privado, el daño se hace consistir en la ruptura intempestiva e injustificada de los tratos previos en desconocimiento del deber de actuar de buena fe, así que este panorama reclama el examen de tal postulado y de los deberes secundarios que lo informan.

Ante la constatación de tal ruptura, es decir, evidenciado el daño, el perjuicio susceptible de reclamo e indemnización corresponde al interés negativo o de confianza, puesto que aquello que es objeto de reparación es el súbito abandono de quien avanza en un estado negocial y se margina de éste, a costa del daño cierto, relevante y patrimonialmente objetivo que tal conducta genera en el sujeto que confió razonadamente en la concreción de un negocio jurídico.

INTERÉS POSITIVO – No es aplicable en culpa in contrahendo

La Sala es asertiva en precisar que el daño que así se gesta, no se concibe ni se corresponde con el interés positivo o de cumplimiento; es decir, quien aduce esta

responsabilidad en juicio no puede postular a su favor la utilidad que le habría reportado la celebración del negocio jurídico, y ello deriva de la aplicación del artículo 863 del Código de Comercio que reconoce en los acercamientos y tratativas la función jurídica de aproximar las voluntades con la posibilidad de contratar o no, pero con el límite que demarca el deber de actuar de buena fe sin despojarse de los deberes de conducta asociados a éste.



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

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., primero (01) de septiembre de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 05001233300020170031501 (71.699)
Demandante: Ingetrans S.A.
Demandado: EPM ESP y otro
Medio de control: Reparación Directa
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: PROCESOS DE SELECCIÓN DE PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL – No se configura / Su declaratoria se supedita al desconocimiento del principio de buena fe, en los términos del artículo 863 del Código de Comercio / EXAMEN DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA IN CONTRAHENDO - impone analizar el tipo de negociación que se adelantó y los manuales de contratación de las ESP / EL DAÑO se concreta en la ruptura del deber de obrar de buena fe, incluidos los deberes secundarios de conducta que le son inherentes / PERJUICIO INDEMNIZABLE corresponde al interés negativo o de confianza - A diferencia del interés positivo susceptible de reclamo en la etapa precontractual regida por el EGCAP.

Surtido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

La controversia gira en torno a la responsabilidad precontractual que se reclama de EPM E.S.P. al haber aceptado una oferta que no cumplía los requisitos financieros que exigía el proceso de selección.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la proferida el 26 de junio de 2024, en la que el Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones de la demanda, sin condena en costas.
2. La anterior providencia resolvió la demanda cuyas (i) pretensiones, (ii) hechos principales y (iii) fundamentos de derecho, son los siguientes:

Pretensiones

3. El 1 de febrero de 2017¹ la sociedad Ingetrans S.A. (en adelante Ingetrans), presentó demanda contra Empresas Públicas de Medellín E.S.P. (en adelante EPM o la demandada), con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe, incluyendo eventuales errores):

“PRINCIPALES

¹ Fls. 945 a 982, c. principal.

1. Que se declare que la oferta presentada (sic) EMPRESTUR S.A. en el marco del proceso de contratación N° PC-2016-000958, abierto por EE.PP.M. E.S.P. en el mes de mayo de 2016 para la prestación del Servicio de Transporte Terrestre para servidores de las Empresas Públicas de Medellín y/o Personas Autorizadas, introdujo una Tasa Administrativa AU, (i) que no incluía todos los componentes que debían tenerse en cuenta para establecerla según las estipulaciones del Pliego de Condiciones y las normas legales; (ii) incluyó otros componentes doblemente; (iii) que las aclaraciones presentadas sobre la misma contenían información inexacta, contradictoria y confusa y, (iv) las aclaraciones presentadas sobre la misma no respondieron los requerimientos en forma satisfactoria ni consistente.

2. Que se declare que EE.PP.M E.S.P., incumplió los numerales 3.1.2 – Causales de Eliminación -; 3.1.2.4. – Cuando la oferta o sus aclaraciones contengan información inexacta, contradictoria, confusa, indefinida o ambigua; -; 3.1.2.6 – Cuando el porcentaje de administración y utilidades presentado en la oferta no sea justificado en relación con los componentes del AU indicado en el numeral 2.4.1.2. y su estructura de costos, en el evento que EPM solicite dicha justificación -y 3.1.2.10 – cuando el oferente no haya respondido requerimientos de información de EPM, o los responda en forma insatisfactoria o inconsistente, o lo haga modificando la oferta – todos ellos del pliego de condiciones y especificaciones del proceso de contratación N° PC-2016-000958, toda vez que EE.PP.MM E.S.P. no eliminó la oferta presentada por EMPRESTUR S.A., a pesar de que la misma introdujo una Tasa Administrativa AU (i) que no incluía todos los componentes que debían tenerse en cuenta para establecerla según las estipulaciones del Pliego de Condiciones y las normas legales; (ii) incluyó otros componentes doblemente; (iii) que las aclaraciones presentadas sobre la misma contenían información inexacta, contradictoria y confusa y, (iv) las aclaraciones presentadas sobre la misma no respondieron los requerimientos en forma satisfactoria ni consistente.

Subsidiariamente, solicito al Tribunal que se declare que si EE.PP.MM. E.S.P. hubiese evaluado la oferta presentada por EMPRESTUR S.A. teniendo en cuenta todos los componentes que debían incluirse en la Tasa Administrativa AU según las previsiones contempladas al respecto en los Pliegos de Condiciones y en la Ley, el puntaje obtenido por dicha propuesta no hubiese merecido la correspondiente aceptación por parte de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

3. Que se declare que si EE.PP.MM. hubiese cumplido los numerales 3.1.2, 3.1.2.4, 2.4.1.2 y 3.1.2.10 del pliego de condiciones y especificaciones del proceso de contratación N° PC-2016-000958, eliminando la oferta presentada por EMPRESTUR S.A., o evaluándola conforme con la Tasa Administrativa real que contuviese todos los componentes que debía incorporar según las previsiones contenidas en los Pliegos de Condiciones y en la ley, la oferta presentada por la sociedad INGETRANS S.A. habría ocupado el primer puesto en la lista de elegibles, con un puntaje de 95 puntos.

4. Que se declare que EE.PP.MM. E.S.P. incurrió en responsabilidad precontractual frente a la sociedad INGETRANS S.A., toda vez que EE.PP.MM. E.S.P. no celebró el contrato para los Servicios de Transporte Terrestre para Servidores de las Empresas Públicas de Medellín y/o Personas Autorizadas, con la sociedad INGETRANS S.A., a pesar de que la oferta presentada por dicha sociedad tendría que haber ocupado el primer puesto en la lista de elegibles.

5. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a EE.PP.MM. E.S.P. a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad INGETRANS S.A., para lo cual deberá pagar las siguientes sumas de dinero:

5.1. La suma de mil trescientos veinte millones trescientos cincuenta y nueve mil doscientos sesenta pesos M/L (\$1.320.359.260), por concepto de lucro cesante, consistente en las utilidades que la sociedad INGETRANS S.A. dejó de percibir por la no celebración del contrato (...).

5.2. La suma de un millón de pesos M/L (\$1.000.000), por concepto de daño al interés contractual negativo, consistente en el valor de los gastos en que incurrió INGETRANS S.A. por la presentación de la oferta dentro del marco del proceso de contratación N° PC-2016-000958.

6. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare la nulidad absoluta del contrato CT-2016-001501 celebrado entre las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y EMPRESTUR S.A., para los servicios de transporte terrestre (...).

7. Que se ordene que sobre las condenas que se impongan a EE.PP.M. E.S.P. se deberá reconocer el ajuste de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor del DANE.

8. Que a la Sentencia se le dé cumplimiento por parte de EE.PP.MM. E.S.P. en los términos establecidos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las normas que lo complementen, modifiquen o sustituyan.

9. Que se condene en costas procesales y agencias en derecho a EE.PP.MM. E.S.P.

SUBSIDIARIAS

1. En caso que el juez del contrato considere que la aceptación de la oferta a favor de la sociedad EMPRESTUR S.A. en el marco del proceso de contratación N° PC-2016-000958 tramitado en Empresas Públicas de Medellín E.S.P. para la prestación del Servicio de Transporte Terrestre para servidores de las Empresas Públicas de Medellín y/o Personas autorizadas comporta la naturaleza de Acto Administrativo, solicito que se declare la nulidad de la misma, contenida en el documento del Gerente General de dicha entidad denominado “FORMATO PARA DILIGENCIAR LA RECOMENDACIÓN” Y “ACEPTACIÓN DE OFERTAS”, “DECLARATORIA DE DESIERTO”, “COMBINACIÓN DE LAS ANTERIORES O TERMINACIÓN DE UN PROCESO DE CONTRATACIÓN”, del 2 de agosto de 2016.

2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del Acto Administrativo impugnado y a título de Restablecimiento del Derecho a favor de la sociedad INGETRANS S.A., se condene a las Empresas Públicas de Medellín S.A. a cancelar a la demandante la suma de mil trescientos veinte millones trescientos cincuenta y nueve mil doscientos sesenta pesos M/L (\$1.320.359.260), por concepto de lucro cesante, consistente en las utilidades que la sociedad INGETRANS S.A. dejó de percibir por la no celebración del contrato para los Servicios de Transporte Terrestre para Servidores de Empresas Públicas de Medellín y/o Personas Autorizadas, en el marco del proceso de contratación N° PC-2016.000958, y adicionalmente la suma de un millón de pesos M/L (\$1.000.000), por concepto de daño al interés contractual negativo, consistente en el valor de los gastos en que incurrió INGETRANS S.A. por la presentación de la oferta dentro del marco del proceso de contratación N° PC-2016-000958.

3. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare la nulidad absoluta del contrato CT.2016-001501 celebrado entre las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y EMPRESTUR S.A. para los servicios de transporte terrestre (...).

4. Que se ordene que sobre las condenas que se impongan a EE.PP.MM. E.S.P., se deberá reconocer el ajuste de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor del DANE.

5. Que a la sentencia se le dé cumplimiento por parte de EE.PP.MM. E.S.P. en los términos establecidos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las normas que lo complementen, modifiquen o sustituyan.

6. Que se condene en costas procesales y agencias en Derecho a EE.PP.MM. E.S.P.”.

Hechos principales

4. El 17 de mayo de 2016, EPM dio apertura al proceso de selección PC-2016-000958 con el objeto de contratar el “Servicio de transporte terrestre para servidores de las Empresas Públicas en Medellín y/o personas autorizadas”.

5. El pliego de condiciones, en el núm. “2.4.1. Valor – Precios” señaló que el monto total de la tarifa hora que EPM pagaría al contratista, se componía por dos factores:

(i) “Tarifa Hora Propietario”, que incluía todos los costos directos e indirectos de la labor a realizar; su valor era inmodificable y fue fijado por la contratante en el formulario 3 (anexo del pliego) en la suma de \$25.812.

(ii) “Tasa Administrativa (costos administrativos y utilidad) AU”, que debía ser cotizada por cada oferente como un porcentaje de la “Tarifa Hora Propietario”, en razón a los cargos administrativos y la utilidad a recibir por la ejecución del contrato (diferentes a los calculados por EPM). Se enunciaron, entre otros, los siguientes factores: costos y gastos relacionados con actividades de gestión y administración del contrato, salarios del personal vinculado directamente con el contratista que laborara en función del contrato (sin incluir los conductores), seguros y garantías, oficinas, equipos, retención

en la fuente y otros impuestos como el de Industria y Comercio (ICA) y el de Estampilla de la Universidad de Antioquia.

6. Indicó que la calificación se haría bajo dos variables: a) cumplimiento de contratos anteriores, que otorgaba 10 puntos, y b) el valor de la tasa administrativa - AU que asignaba 90 puntos al valor más bajo, y otorgaba puntajes inversamente proporcionales a las demás. La oferta con menos de 60 puntos sería eliminada.

7. Se presentaron tres oferentes, cuyas tasas administrativas fueron: (i) Ingetrans S.A. 2,56%, (ii) Emprestrur S.A. 1.47%, y (iii) Efitrans T.C. S.A.S., 5.82%.

8. Ingetrans cuestionó la tasa administrativa de Emprestrur y pidió a EPM requerirlo para que justificara su cálculo. De la respuesta dada por este proponente, Ingetrans formuló múltiples observaciones, por: i) indebido cálculo del ICA y del impuesto de renta acorde a la flota propia de carros, ii) falta de tasación del CREE, iii) no incluir los costos de todas las garantías que requería la ejecución del contrato, iv) no tener en cuenta el valor real del mantenimiento y reparación mensual de los vehículos de propiedad del oferente, ni del parqueadero y, v) no calcular en debida forma la utilidad esperada. Indicó que tales omisiones llevaron a fijar una tasa AU artificialmente baja.

9. EPM estimó infundadas esas observaciones. Aunque reconoció yerros en el cálculo de los impuestos e hizo corrección de sus valores, consideró que dicha tasa seguía siendo válida, y otorgó a Emprestrur 90 puntos, mientras que calificó a Ingetrans y Efitrans con un total de 56,6 y 32,7 puntos, respectivamente, quedando eliminados.

10. De haberse aplicado las reglas sobre el valor de la oferta, así como las causales de eliminación, habría obtenido 95 puntos de calificación, debiendo ser elegido.

Fundamentos de derecho

11. La parte actora adujo el desconocimiento de los artículos 90 y 209 de la Constitución Política; 31 y 32 de la Ley 142 de 1994; 13 de la Ley 1150 de 2007; 863 y 860 del Código de Comercio; y numerales 2.4.1.2., 3.1.2., 3.1.2.4., 3.1.2.6., 3.1.2.10 y 3.5. del pliego, por la vulneración de los principios de igualdad e imparcialidad. Los cuestionamientos específicos fueron los siguientes:

12. (i) Desconocimiento del principio de igualdad. Indicó que EPM aceptó la oferta de Emprestrur dándole el mismo trato que a la presentada por el actor, cuando debió eliminarla. Lo anterior, pues la *tasa administrativa* se calculó incluyendo conceptos ya contemplados en la tarifa hora propietario (mantenimiento de vehículos y parqueaderos) y debía compararse con los valores reales de los impuestos de industria y comercio, y el de la estampilla de la Universidad de Antioquia².

13. (ii) Vulneración del principio de imparcialidad. Aunque en la etapa de evaluación dio a conocer a EPM las inconsistencias en el cálculo de AU de Emprestrur, la entidad obró a favor de dicho proponente y se negó a eliminar su oferta, aun cuando aceptó

² Indicó que esto habría causado que la tasa de administración de Emprestrur fuera de un 4.57%, muy superior a la del demandante, por lo que, el elegido como contratista sería Ingetrans.

que hubo yerros en la tasación de los impuestos, y no evaluó la propuesta acorde a la tasa de administración real³, constituyendo una desviación de poder.

14. Reiteró que debieron aplicarse las siguientes causales de eliminación:

a) 3.1.2.4: porque la aclaración presentada por Emprestur respecto al valor del AU fue inexacta, confusa y contradictoria, pues la tasa de administración se compone de la suma de gastos de administración y utilidades, pero en la información presentada por Emprestur su valor total fue de \$163.916.525, cifra que es mucho menor que el monto correspondiente sólo a gastos de administración los cuales suman \$301.163.306;

b) 3.1.2.6: en tanto la tasa AU no resultó debidamente justificada, pues estaba prohibido incluir allí valores ya tasados en la *tarifa hora propietario*, y Emprestur así lo hizo. EPM ignoró su propia advertencia, pues en la propuesta de Emprestur se incorporaron rubros contemplados en la tarifa hora propietario, en lo referido a gastos de mantenimiento y parqueaderos de los vehículos; y

c) 3.1.2.10: aduce que en lo relativo al factor AU Emprestur no respondió satisfactoriamente los requerimientos de EPM pues la justificación fue inconsistente, de modo que operaba esta causal de eliminación.

Contestación de la demanda

15. **Emprestur** se opuso integralmente a las pretensiones⁴. Alegó que la información aportada sobre el porcentaje de administración y utilidades fue clara, entendible y coherente con el presupuesto real creado por la empresa para dicho contrato, dando cumplimiento a las exigencias financieras del pliego.

16. Sobre la tasación del impuesto de Industria y Comercio aclaró que su cálculo se hizo acorde a lo dispuesto en el artículo 102-2 del Estatuto Tributario, que distingue si el transporte terrestre se presta con vehículos de propiedad de terceros o propios, de modo que el dueño del vehículo asume la parte que le corresponda en la negociación, y para el transportador será el valor una vez descontado el ingreso del propietario del automotor.

17. Emprestur calculó el ICA tomando como base el ingreso propio, y al aplicarle la partida del 6X1000 proyectó ese valor en la justificación de la AU. Aclaró que el servicio no fue prestado exclusivamente con carros de su propiedad, y en todo caso no liquidaron impuestos de la totalidad del contrato ya que se debe tener en cuenta que el responsable de la retención y pago es EPM.

18. Alegó que los demás gastos administrativos fueron incluidos acorde a estadísticas de la empresa, y señaló que la demanda se basó en una mala interpretación o desconocimiento contable del informe sobre la tasa AU.

³ Reitera su posición al incluir el valor real total del impuesto de industria y comercio y de la estampilla de la Universidad de Antioquia. Fl. 975, c. principal.

⁴ Fls. 997 a 1008, c. principal.

19. **EPM** también se opuso al pedido de la demanda. Formuló como excepciones la inexistencia de elementos para configurar la responsabilidad –nexo causal y daño– legalidad en sus decisiones, y la falta de legitimación por activa y por pasiva⁵. Precisó que según el pliego el factor de mayor puntaje era el de la AU, el cual imponía ofertar en términos porcentuales respecto de la tarifa hora fijada por EPM, sin hacer mayor exigencia, no siendo objeto de calificación la discriminación de los valores internos tenidos en cuenta en el valor ofertado.

20. Alegó que no modificó o corrigió la propuesta de Emprestrur, pues conforme al núm. 3.1.2.6. del pliego, verificó que el porcentaje de AU estuviera justificado frente a los componentes de la cláusula 2.4.1.2., e hizo una operación aritmética basada en los datos señalados por el proponente⁶.

Alegatos en primera instancia

21. Surtido el debate probatorio⁷, al alegar de conclusión, la actora reiteró los argumentos de la demanda. Hizo énfasis en que la prueba pericial permitió constatar que el AU de Emprestrur no fue real según los datos de la oferta, y en todo caso ascendería a 5.32%⁸.

22. Emprestrur⁹ resaltó que: i) hubo incongruencia entre las pretensiones de la demanda y la conciliación extrajudicial, ii) el contrato se ejecutó, terminó, liquidó y pagó al 1.47% calculado, iii) según el testigo Álvaro Ospina, la tabla explicativa de la AU no era un documento de naturaleza contable sino explicativo del análisis individual y estimado realizado al interior de la compañía al construir la oferta, iv) sobre la discusión de si el componente denominado “*otros ingresos*” hacía o no parte de la tasa administrativa, expuso que ello no era así pues en éste se incluyeron dos rubros que no podían

⁵ Fls. 1056 a 1064, c. principal.

⁶ i) sobre la indebida tasación de “gastos legales” señaló que las garantías del contrato no se incluyeron en este rubro porque estaban en el concepto de “seguros”, hizo el análisis y concluyó que Emprestrur, con el valor calculado, lograba satisfacer ese ítem; ii) los conceptos de “mantenimiento y reparaciones” de los 30 carros de propiedad de la empresa escogida y “parqueaderos” no debían incluirse en el AU porque fueron calculados en la “Tarifa Hora Propietario”; iii) entre los criterios de comparación de las ofertas no se definió el precio, entendido como valor total del contrato; iv) Ingetrans se equivoca al hacer cálculos de la estructura de costos de Emprestrur con base en su interpretación de lo que deberían ser sus costos, al suponer datos de su sistema financiero y operacional que están fuera de su conocimiento.

⁷ El *a quo* decretó las siguientes pruebas, del **demandante**: A) Documentales: i) certificado de existencia y representación legal, ii) pliego de condiciones elaborado por EPM y dos adendas, iii) recibo de pago del derecho a participar de Integrans, iv) acta de apertura de ofertas, v) ofertas presentadas por Ingetrans, Efitrans y Emprestrur, vi) oficio del 17 de junio de 2016 pidiendo a EPM que requiriera a Emprestrur para que justificara la AU ofertada, vii) oficio del 20 de junio de 2016 en que Emprestrur hizo las aclaraciones, viii) oficio de 11 de julio de 2016 mediante el cual EPM publicó informe de análisis de las ofertas presentadas, ix) observaciones presentadas por Ingetrans los días 14 y 18 de julio de 2016, x) oficios del 28 de julio de 2016 en los que EPM respondió las observaciones presentadas por el actor y Efitrans, xi) notificación y carta de aceptación de la oferta presentada por Emprestrur del 2 de agosto de 2016, xii) acta de conciliación extrajudicial, entre otras. B) **testimoniales**: John Jaime Pulgarín Alzate, C) **Dictamen pericial**: para probar “3.1. ¿Cuál es el porcentaje de AU real de la propuesta presentada por EMPRESTUR S.A., al tener en cuenta el documento de las aclaraciones por dicho proponente presentadas a instancias de EPM (oficio del 20 de junio de 2016), luego de incluir todas las partidas que de acuerdo con las reglas dispuestas por las EPM en los pliegos de condiciones y en la ley, debían tenerse en cuenta para calcularla? 3.2. El resultado que habría arrojado la evaluación de las ofertas presentadas, teniendo en cuenta las reglas fijadas en los pliegos de condiciones y el porcentaje real de administración de la oferta presentada por EMPRESTUR. 3.3. El resultado que habría arrojado la evaluación de las ofertas si EPM hubiese eliminado la oferta presentada por el EMPRESTUR S.A. 3.4. El valor indexado de la utilidad que INGETRANS S.A. habría percibido si EPM le hubiese aceptado la oferta y celebrado el respectivo contrato para los servicios de transporte requeridos para los servidores de las Empresas Públicas de Medellín y/o personas autorizadas, teniendo en cuenta el porcentaje de utilidad establecido en la oferta presentada por INGRETRANS S.A. y el correspondiente descuento ofrecido en su oferta, al igual que las utilidades de sus vehículos propios inmersa dentro de la tarifa hora propietario y la correspondiente por concepto de cuota de administración mensual de los vehículos afiliados. 3.4.1. El valor indexado de los gastos en que incurrió INGRETRANS S.A. para participar en el proceso de contratación N° PC-2016-000958, gastos que se concretan en el valor del pliego de condiciones y especificaciones”. Pruebas de la **demandada - EPM**: A) Documentales: i) certificado de cumplimiento del contrato CW16867, ii) certificado de cumplimiento del contrato CT-2016-001501, iii) carta de aceptación de oferta y documentos presentados por Efitrans en otro proceso de contratación de EPM de 2019, que denota que en otros procesos de selección la entidad ha escogido propuestas con un AU del 0%, B) Testimoniales: Carlos Mario Tobón Arredondo y Osvaldo Simón Llanos Obando. **Emprestrur**: A) Documentales: acta de inicio del contrato de transporte, B) testimonial: Álvaro Ospina.

⁸ Fls. 1158 a 1178, c. ppal.

⁹ Fls. 1179 a 1189, c. ppal.

calcularse de esa manera: a) pago de administraciones de afiliados¹⁰, y b) ingreso por vehículos propios¹¹.

23. EPM¹² señaló que los testimonios demostraron que la AU de Emprestrur estaba debidamente tasada, así que los cuestionamientos del actor son infundados. Reiteró que la prueba pericial fue objetada en audiencia de contradicción por partir de unas premisas falsas para modificar la AU.

24. El Ministerio Público no se pronunció.

Fundamentos de la providencia recurrida

25. El *a quo* negó las pretensiones de la demanda. Indicó que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública estableció las particularidades de la licitación pública, así como las características del pliego de condiciones como acto administrativo que define las reglas de la selección.

26. Concluyó que al analizar la legalidad de la resolución que aceptó la oferta de Emprestrur, no hubo desconocimiento de las reglas del pliego y según el art. 102-2 del Estatuto Tributario y lo dicho por los testigos Osvaldo Llanos y Álvaro Ospina, el ICA de Emprestrur se liquidó en debida forma.

27. Afirmó que si bien la suma de gastos de administración es superior a lo estimado por la AU de 1.47%, se trataba de dos partidas diferentes, no comparables.

28. Los gastos correspondientes a la administración de vehículos y rentabilidad por flota propia no los tuvo como gastos administrativos en el AU, pues contrario a lo indicado por el actor, éstos eran parte del componente Valor Hora Propietario, el cual ya había sido determinado por EPM.

29. Descartó la prueba pericial, declarando la prosperidad de la objeción por error grave formulada por la demandada, pues además de que la auxiliar de la justicia reconoció no tener experiencia en la revisión de contratos estatales, aunque sí en conceptos de contabilidad, fundó sus conclusiones en que el componente AU debía incluir todo lo relacionado con otros ingresos porque correspondían al “*giro ordinario de los negocios*” e indicó que si bien ello es cierto, la perito pasó por alto que en la estructura del proceso de selección ese ítem se encontraba ya incluido en la “Tarifa Hora Propietario” fijada por EPM (administración de vehículos propios).

II. EL RECURSO INTERPUESTO

30. La demandante pide revocar el fallo de primer grado, por existir contradicciones argumentativas y falencias en la valoración probatoria.

¹⁰ Que surge en virtud del contrato de afiliación que suscribe la empresa con el propietario del vehículo. Indica que estos pagos los asume directamente el dueño del automotor e implica que la empresa puede disminuir o aumentar la capacidad transportadora (cupos de afiliación). Así, el pago de administraciones correspondía a otros ingresos que Emprestrur tuviera por el contrato.

¹¹ Expone que cuando la empresa es dueña de varios automotores percibe recursos adicionales sobre ellos, los que recibe todo propietario por “tarifa hora propietario”, pero estos no son derivados de la labor de intermediación o administración del contrato, sino de un rendimiento de capital que se obtiene por ser propietaria de un bien que explota, así que no era dable incluirlos en la AU, concepto que difiere del rendimiento de capital obtenido cuando sus autos propios prestan servicios para este contrato. FI. 1189, c. ppal.

¹² FIs. 1190 a 1999, c. ppal.

31. Estima que es un yerro concluir que si el contrato se ejecutó y produjo utilidades, se tasó adecuadamente la AU, pues precisa que su argumentación nunca giró en torno a este punto, sino a la indebida valoración de dicha tasa en el porcentaje del 1.47%.

32. Afirma que los *otros ingresos* señalados en el análisis que presentó Emprestur, sí debieron incluirse dentro de la AU. Pero aun si se considera que eran parte de la Tarifa Hora Propietario, en todo caso tenían inconsistencias que contradicen la decisión del *a quo*, pues no se incluyeron todos los componentes indicados en el pliego, gastos de administración y utilidades, ni el valor real del ICA y de la estampilla.

33. Considera que las razones para descartar la prueba pericial son infundadas. Lo anterior, dado que la pericia tuvo en cuenta los propios datos del contratista y allí detectó la inclusión de rubros que hacían parte de la Tarifa Hora Propietario. Señala que si bien los gastos administrativos eran facultativos de cada proponente, debían incluirse todos aquellos que se causaran por la prestación del servicio, y Emprestur no los incluyó todos por la errada interpretación que hizo de los gastos de administración, que fue avalada por el tribunal.

Trámite de segunda instancia

34. En los términos del art. 247.5 del CPACA, modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021, no se corrió traslado para alegar de conclusión.

35. El Ministerio Público no rindió concepto.

III. CONSIDERACIONES

36. Para resolver los cargos de la alzada, la Sala examinará la responsabilidad precontractual debatida bajo la siguiente ruta de análisis: (i) naturaleza del acto precontractual demandado; (ii) medio de control que debía instaurarse para resolver la controversia, y (iii) régimen de la responsabilidad *in contrahendo*.

37. Con este contexto (iv) pasará a determinar si bajo las reglas del proceso de selección *sub examine* y el régimen que le corresponde, el reproche relacionado con la conformación de la tasa AU en el 1.47% configura o no un evento de responsabilidad precontractual.

Naturaleza del acto demandado y régimen aplicable

38. La especialidad con la que el legislador estableció el régimen de los actos y contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, en línea con el mandato constitucional que ampara dicha singularidad, quedó establecido en los artículos 31¹³ y 32¹⁴ de la Ley 142 de 1994 que impuso la aplicación del derecho privado a su actividad, como regla general.

¹³ "ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa (...)"

¹⁴ "ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de

39. En relación con los actos precontractuales, esta Corporación en sentencia del 3 de septiembre de 2020¹⁵ unificó su jurisprudencia para precisar que, derivado de su régimen especial, los prestadores de servicios públicos no están habilitados constitucional ni legalmente para emitir actos administrativos, salvo en los casos que la ley les atribuya tal potestad, y subrayó que la selección de un contratista no hace parte de tales excepciones. De esta forma, las manifestaciones de voluntad expuestas en el ámbito precontractual no tienen la connotación de actos administrativos, sino que corresponden a actuaciones que se gobiernan bajo las reglas del derecho común.

40. La demanda que dio curso a la presente causa fue presentada en febrero de 2017, es decir, antes de proferirse la sentencia de unificación señalada. En ella, el actor reflejó la doble perspectiva que para ese momento había sobre la naturaleza de esos actos, planteando como pretensiones principales las relacionadas con el desconocimiento de las reglas que EPM definió para la selección de un contratista y la forma en que el actor aspiraba ser resarcido; de manera subsidiaria, propuso la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho (en similares términos) en caso de que el juez estimara que la aceptación de la oferta era un acto administrativo.

41. Aun cuando la providencia que es objeto de impugnación data del 26 de junio de 2024, esto es, casi cuatro años después de que esta Colegiatura profiriera la sentencia de unificación referida, sin explicación atendible, el *a quo* se remitió al EGCAP para solventar la controversia y avanzó en un examen de legalidad frente a la decisión de aceptación de la oferta al entender que se trataba de un acto administrativo. En esa línea, concluyó que no hubo vulneración de las reglas del pliego y, por tanto, no había lugar a analizar la pretensión de nulidad del contrato, pues ésta era consecuencial a la primera declaración.

42. La Sala debe corregir la ruta de análisis planteada, para señalar que la disputa del actor no está llamada a ser definida como un asunto encaminado a desvirtuar la presunción de legalidad de un acto administrativo, bajo un régimen que no le asiste.

43. Más allá de que en la alzada no se cuestionó el *régimen* con que el *a quo* analizó los actos precontractuales (EGCAP), al ser un asunto de orden público, esta instancia está llamada a efectuar el examen bajo el régimen legal que le corresponde. Precisión que, además, es necesaria para resolver el recurso de apelación en punto a definir si la existencia de las incorrecciones aducidas respecto de la conformación de la tasa AU se erigió en un comportamiento constitutivo de responsabilidad precontractual, no de ilegalidad, que es la base de la indemnización de perjuicios reclamados.

- Medio de control que debía ejercerse para proponer la presente controversia

44. La parte actora promovió el medio de control de controversias contractuales. Como pretensiones principales formuló súplicas orientadas a establecer la responsabilidad precontractual de EPM por considerar que su propuesta debió ser escogida, y como pretensión consecuencial pidió que se declarara la nulidad del contrato CT-2016-

servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de septiembre de 2020, exp. 42003. M.P. Alberto Montaña Plata.

001501 suscrito por EPM y Emprestur; así como la condena por los perjuicios generados al no haber sido seleccionada.

45. Teniendo en cuenta que el medio de control se determina por la fuente generadora del daño, y que en el caso concreto los cuestionamientos se dirigen contra un acto de carácter privado, el daño aducido no puede tener origen en un reproche de ilegalidad contra un acto administrativo previo. Tampoco el medio de control de controversias contractuales que promovió el actor resultaba procedente por la sola suscripción del negocio jurídico, en tanto y cuanto los reparos expresados en la demanda anidan exclusivamente en la etapa precontractual. En este punto se precisa que la causal de nulidad del contrato basado en la ilegalidad de los actos previos sólo está disponible para negocios jurídicos sometidos al EGCAP conforme al art. 44.4 de la Ley 80 de 1993¹⁶, pero no es aplicable a los negocios regidos por el derecho privado.

46. De este modo, y en línea con la jurisprudencia unificada, las actuaciones en sede precontractual que desplieguen las ESP deben ser analizadas bajo el medio de control de reparación directa, dispositivo diseñado para examinar la responsabilidad de la administración con fuente en hechos, omisiones, operaciones administrativas, y “*cualquier otra causa*” generadora de un daño antijurídico, según se desprende del artículo 140 del CPACA.

47. Así, aunque despunta inadecuada la ruta procesal escogida por el actor, ello no obsta para que la Sala avance en el análisis de fondo del asunto, eso sí, ciñéndose a las premisas decantadas: naturaleza del acto, medio de control, y régimen de derecho privado, como guía de la decisión.

- Responsabilidad por culpa *in contrahendo*¹⁷

48. Al analizar este modelo de responsabilidad, la Sección Tercera¹⁸ de esta Corporación explicó que desde sus orígenes, el régimen de responsabilidad precontractual descansaba en las nociones de dolo y violencia, como delitos, antes de que se erigieran en vicios del consentimiento¹⁹; posteriormente consideró como un injusto que en la etapa de tratativas preliminares²⁰ uno de los negociantes decidiera romper injustificadamente con ellas o asumiera un comportamiento desleal o incorrecto causando daño a otro, y diferenció entre la libertad de los negociantes para sustraerse de las negociaciones de forma justificada, respecto de los casos en que lo hacían culposamente causando un daño.

49. De allí derivó la premisa consistente en que en la etapa precontractual las partes asumen una obligación de “*diligentia in contrahendo*”, esto es, el deber de desplegar un comportamiento correcto y leal, cuya inobservancia es fuente de reparación de daños. Entonces, en los eventos en que alguna de las partes decide apartarse de manera unilateral e intempestiva de las negociaciones o asume una conducta

¹⁶ “ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...)”

40. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten (...).”

¹⁷ Ver este desarrollo en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de octubre de 2024 Rad. 68.643, M.P. José Roberto Sáchica Méndez

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencias del 26 de noviembre de 2015, Exp. 51376; y 1º de abril de 2016 Exp. 41.217 M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁹ HINESTROSA, Fernando. “*Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico*” Volumen I, Ed, Universidad Externado de Colombia, abril de 2015, Pág. 721.

²⁰ Ibidem.

negligente y causa un daño a quien confió en la seriedad de los acercamientos *-culpa in contrahendo-* es posible activar este instituto.

50. La conducta que da lugar a esta forma de responsabilidad es aquella que contraviene la buena fe²¹, y representa el comportamiento *“incorrecto y desleal, culposo, falta de diligencia, cuidado, e incluso omisivo en la etapa de negociaciones o tratativas preliminares (...)”*²²; características que para ser aducidas como fuente de daños imponen precisar previamente las condiciones particulares de cada relación comercial para analizar si la conducta realizada representa una de tales incorrecciones.

51. En el ordenamiento jurídico nacional la responsabilidad precontractual se fundamenta en el artículo 863 del Código de Comercio, con proyección en los artículos 871²³ ib. y 1603²⁴ del Código Civil que, con redacción similar, y en una lectura integral que incluye el camino de formación del contrato, exige a las partes el deber de obrar conforme a los postulados de la buena fe y el respeto a los derechos y expectativas de los sujetos involucrados tanto en el estadio precontractual, como contractual.

52. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 28 de julio de 1998 resaltó el contexto de las tratativas comerciales y las rutas en que estos acercamientos tienen lugar, así como los deberes de conducta asociados al principio de buena fe, al señalar:

“Los diferentes caminos que pueden transitar las partes con miras a ajustar un contrato, son de variada índole y, por supuesto, con alcances de distinto temperamento. De un lado, la relación comercial puede surgir a partir de una oferta que, como ha quedado dicho, es un acto unilateral con relevancia jurídica - en la medida que es irrevocable (artículo 846 del Código de Comercio)- por medio de la cual una persona formula a otra un proyecto de negocio jurídico, propuesta que, de ser aceptada en forma pura y simple, dará lugar al contrato, obviamente si se reúnen los requisitos que le son propios. Si la aceptación de la oferta no coincide totalmente con ésta, porque contiene otras condiciones o reservas, origina una nueva propuesta o contraoferta (artículo 855 ejusdem), que se somete a consideración del oferente originario.

Ahora bien, de no ser aceptada la propuesta, se trunca el nacimiento de la relación contractual, a menos, claro está, que los interesados entablen conversaciones preliminares (“tratativas”), que pueden desembocar, dependiendo de la complejidad de las negociaciones, en la elaboración de documentos “borradores” en los cuales puntualicen el estado de las mismas ... sin que pueda decirse que el contrato se ha perfeccionado, pues están aún a la espera de futuras coincidencias sobre otros aspectos del mismo.

En todo caso, durante toda esta etapa precontractual deben actuar con lealtad y buena fe exenta de culpa “so pena de indemnizar los perjuicios que se causen” (artículo 863 ibidem), como acontece, por ejemplo, cuando alguna de ellas, traicionando la confianza que la otra ha depositado en la seriedad de las conversaciones, las interrumpe injustificada y abruptamente.

Quiérese poner de presente, entonces, que esas negociaciones preliminares no son jurídicamente irrelevantes, toda vez que los interesados se encuentran apremiados a comportarse con lealtad y buena fe, acatando la ética social existente en el entorno dentro

²¹ La Corte Constitucional, en sentencia C-544 de 1994, señaló: “La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe”.

²² Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 5 de julio de 2018, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 59.530.

²³ “ARTÍCULO 871. <PRINCIPIO DE BUENA FE>. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

²⁴ “ARTÍCULO 1603. <EJECUCIÓN DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

del cual actúan, comprometiendo su responsabilidad patrimonial por transgredir esos particulares deberes de conducta"²⁵. (Se resalta)

53. Si bien los acercamientos negociales aun cuando tienen la característica de no imponer la celebración del contrato ni generar obligaciones en su etapa germinal, *“cuando han llegado a tal punto que permita prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (culpa in contrahendo, es decir, culpa en el curso de negociaciones contractuales; responsabilidad precontractual), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño”*²⁶.

54. La plataforma que determina la estructura de análisis de la responsabilidad *in contrahendo*, descansa en la demostración de un actuar no conducido bajo el principio de la *buena fe exenta de culpa* y de una repercusión cierta en el patrimonio del afectado, que corresponde al elemento del daño. En estos términos, el examen de esta clase de responsabilidad impone identificar el tipo de tratos que se están desarrollando entre las partes, para definir el mayor o menor grado de consolidación en el que avanza el pretendido negocio jurídico y sus bases, dentro de una multiplicidad de rutas pre negociales.

55. Este razonamiento, aplicado a la actividad precontractual de los prestadores de servicios públicos impone, primeramente, identificar el tipo de negociación utilizada para lograr el acercamiento de las voluntades, análisis en el que resulta determinante acudir al manual de contratación de la respectiva ESP –pues no será lo mismo estar en presencia, p. ej., de una oferta mercantil, que frente a una invitación o convocatoria a presentar ofertas, entre otras figuras–. En segundo lugar, se habrá de definir los deberes incumplidos conforme a los cuales se formula el reproche de conducta, con el objeto de determinar la existencia o no del daño que se reclama; y, en tercer lugar, la existencia de un perjuicio indemnizable derivado de aquel daño.

56. En estos casos, como el daño se concreta en la ruptura o desconocimiento del deber de actuar de buena fe en los tratos preliminares, la Sala debe referirse a los denominados deberes secundarios que explican aquel postulado. Éstos se fundan en los principios de lealtad y corrección, e imponen a quienes avanzan en el periodo de negociaciones manifestar las circunstancias personales, objetivas, directas o indirectas que puedan rodear tal etapa e incidir en un futuro negocio jurídico, y se concretan en los deberes de información, secreto, protección y conservación, y de no abandonar las negociaciones sin justa causa, entre otros²⁷.

57. En cuanto al deber de información, cuyas raíces devienen del derecho romano, se pregonó la máxima *“caveta emptor o bien emptor debet ese curiosus”* que explicaba que cada una de las partes que iba a suscribir un contrato tenía que informarse y adquirir los conocimientos necesarios para determinar si el negocio jurídico satisfacía o no sus intereses²⁸. De ahí que en la estructuración de la responsabilidad precontractual se entendió que toda persona que emprendiera tratos negociales debía

²⁵ Corte Suprema de Justicia. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Exp. 4810.

²⁶ MESSINEO, Francesco, *“Doctrina general del contrato”*, T. 1, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, pág. 309.

²⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis, *“Fundamentos del derecho civil patrimonial”*, tomo 1, Thomson Civitas, Madrid, 2007, 6ª edición, pág. 311.

²⁸ MONSALVE CABALLERO, Vladimir. *“La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción”*. Revista de Derecho No. 30. On-line version ISSN 2145-9355, Barranquilla, julio a diciembre de 2008. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000200003.

manifestar a su par en la negociación -como deber de conducta- las circunstancias subjetivas y objetivas de significativa importancia que pudieran afectar la concreción del negocio o su desarrollo normal, incluyendo aspectos técnicos de la operación y posibles riesgos a futuro²⁹.

58. El contenido de este deber entraña dos aspectos centrales: que la información sea *relevante* y que sea *suficiente*. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que *“...dentro de los deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprenda tratos negociales, se encuentra el que atañe con las informaciones o declaraciones que está llamado a suministrar, cuando a ellas hay lugar, en relación con el objeto, circunstancias o particularidades del acuerdo en camino de consumación, y cuya importancia, si bien variable, resulta substancial para efectos de desembarazar el consentimiento del destinatario de artificios o vicios que lo afecten”*³⁰.

59. Este deber se proyecta en doble perspectiva, pues puede ser punto de quiebre en el actuar de buena fe que regenta la etapa precontractual ante el rompimiento de las negociaciones por omisión o insuficiencia de la información otorgada; pero también puede constituirse en génesis de un vicio del consentimiento ante la concreción del negocio jurídico en esas condiciones; así que goza de reconocimiento en ambos escenarios. Para el caso concreto basta situarse en la primera de tales perspectivas.

60. Adicionalmente, la doctrina ha establecido que corresponderá al juez evaluar la consideración relativa al conocimiento especializado entre ellas, es decir, *“si estamos hablando de un negocio entre dos comerciantes o expertos en el comercio, en este caso será mayor el grado de diligencia exigible para los dos sujetos negociales o si, por el contrario, se da el caso de una relación entre experto del comercio y profanos o consumidores, en este caso se deberá propender por proteger en todo la parte débil de la relación”*³¹.

61. De otra parte, el deber de secreto y confidencialidad consiste en guardar reserva sobre la información personal o con relevancia patrimonial que con ocasión del proceso precontractual se haya conocido de la otra parte³². Es así como:

*“Al momento de presentación de la oferta, o aun en las tratativas precontractuales, una parte puede manifestar detalles técnicos, de producción, de mercadeo, industriales, etc., para explorar el interés contractual de la otra y conocer los alcances del futuro acuerdo. Surge entonces el deber de la confidencialidad que reside en la obligación de no utilizar esta información fuera del ámbito en el que fue confiada. El no proceder así contraría la buena fe y lealtad negocial, al igual que utilizarla para el propio provecho o en perjuicio de quien la proporcionó, sea que el contrato llegue o no a su conclusión”*³³.

62. El art. 2.16 de los Principios Unidroit consagra que si una de las partes proporciona información confidencial en el curso de una negociación, la otra no podrá revelarla o utilizarla de forma injustificada, sin importar que el negocio llegue o no a celebrarse;

²⁹ HERRERA OSORIO, Fredy y MAHECHA PULIDO, Alejandro, *“Revisión general de los deberes secundarios de conducta de las sociedades fiduciarias en el contrato de fiducia”*. Derecho y Realidad Núm. 18 z II semestre de 2011 Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC ISSN: 1692-3936, pág. 42.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 4 de abril del 2001, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Rad. 5716.

³¹ MONSALVE CABALLERO, Vladimir. Op. Cit.

³² CUADRADO PÉREZ, Carlos, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Studia Albortonia, dirigido por Evelio Verdera y Tulles, LXXXIV, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, pág. 48.

³³ OVIEDO ALBÁN, Jorge. Op. Cit, pág. 98.

premisa que sella la trascendencia de los postulados que emanan del principio de buena fe, de forma transversal al derecho, que irradia el período precontractual³⁴.

63. Por su parte, el deber de protección y conservación se orienta a la custodia y salvaguarda de los bienes objeto de la negociación³⁵, incluyendo las relaciones con personas vinculadas al posible negocio jurídico a celebrar, evitando daños patrimoniales o personales que se puedan generar en el interregno de las tratativas³⁶.

64. El deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa reprocha que se generen *“falsas expectativas en torno a la celebración de un contrato que nunca se perfeccionará, manifestando por lo menos prudencia a la hora de retirarse del proceso de negociación”*³⁷. La escuela italiana precisa que este comportamiento es doloso cuando una de las partes inicia y continúa las tratativas con la intención de no concretar el negocio; y, culposo, cuando se induce a la otra parte a confiar en la conclusión del mismo sin haber la suficiente determinación³⁸.

65. De hallarse configurada la transgresión del principio de buena fe en el periodo precontractual, es decir, en los casos en que se acredite el daño, se pasará a analizar el factor de resarcimiento derivado de la responsabilidad civil por culpa *in contrahendo* que corresponde, por regla general, al denominado *interés negativo o de confianza*; la Corte Suprema de Justicia lo ha explicado en los siguientes términos:

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

(...) la fuente del derecho al resarcimiento del que ella es objeto, no es contractual, sino que emerge, al tenor del ordenamiento positivo nacional (art. 863 del C. de Co.), del principio general de la buena fe (...) y en fin, la comentada indemnización debe ser integral, o sea comprensiva del daño emergente y del lucro cesante (...), es decir reunidos por una relación causal adecuada al hecho definido como generador de responsabilidad, entendiéndose que por el primero de aquellos conceptos –daño emergente– el damnificado podrá demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones, mientras que a título de ganancias frustradas habrá lugar a reclamar beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir en razón de las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de la otra parte, este último teniendo en cuenta, obviamente, que no se trata de lucro cesante por incumplimiento de la propia relación negocial proyectada –pues una utilidad de esa naturaleza integra sin duda el interés positivo o de cumplimiento que, como se advirtió antes, presupone un contrato ab initio válido y perfecto– sino de la pérdida que significa el que, por haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado, se haya abandonado una

³⁴ Colombia es país miembro del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado a partir del 19 de abril de 1940, ratificado mediante la Ley 32 de 1992, a través de la cual se aprueba el *“Estatuto Orgánico del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado”*. De allí que los Principios Unidroit, como desarrollo de esos acuerdos, son principios internacionales que se aplican a los contratos por el derecho privado; a su vez, tienen valor interpretativo bajo el ordenamiento nacional al estar ajustados de manera integral al Código Civil y al Código de Comercio.

³⁵ OVIEDO ALBÁN, Jorge. Op. Cit, pág. 99.

³⁶ Para la doctrina italiana, la obligación de custodia y cuidado opera respecto a aquellos bienes que la otra parte le ha entregado para su examen de cara a la realización del contrato. Así, quien habiendo recibido los bienes en el ejercicio de su experimentación, uso, o simple tenencia, no emplea la diligencia debida y por tanto le causa daños a aquellos bienes entregados, debe responder por ellos. Ver MONSALVE CABALLERO, Vladimir. Op. Cit.

³⁷ OVIEDO ALBÁN, Jorge. Op. Cit, pág. 101.

³⁸ BIANCA, C. Massimo, Diritto civile. 3, Il contratto, Giuffrè editore, Milano, 2000. Citado en OVIEDO ALBÁN, Jorge. Op. Cit, pág. 101.

posición económicamente favorable y existente en realidad al momento del evento dañoso -v. gr. la posibilidad cierta de celebrar otro contrato distinto- que le habría reportado ventaja”³⁹.

66. El Consejo de Estado ha señalado que el interés negativo es aquel que compensa los perjuicios generados ante las negociaciones frustradas y, en la misma línea indicada por la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que incluye el daño emergente (gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones) y el lucro cesante, pero no aquel derivado del *“incumplimiento de la propia relación negocial proyectada ... sino de la pérdida que significa el ... haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado”*⁴⁰.

67. A diferencia del anterior, el interés positivo⁴¹ se materializa en la expectativa de cumplimiento de las prestaciones que surgen del contrato válidamente celebrado y los eventuales beneficios que pueda reportar la cabal ejecución de sus prestaciones; de ahí que este tipo de perjuicios apunta a la defraudación de tal interés o ejecución exacta del contrato, y en la práctica implica ser colocado patrimonialmente como si el contrato hubiera desplegado su efecto principal, el cumplimiento.

68. Conforme a las anteriores distinciones, en el esquema de responsabilidad por culpa *in contrahendo* el perjuicio resarcible corresponde al interés negativo o de confianza, situación que difiere de la actuación precontractual que se rige por el EGCAP en la que se reconoce el interés positivo –en la medida que quien lo aduce reclama para sí el derecho de haber sido adjudicatario y, de ahí, el de haber celebrado el contrato estatal–.

Caso concreto

69. Según los Acuerdos 69 de 1997 y 12 de 1998 proferidos por el Consejo Municipal de Medellín⁴², aportados con la contestación de la demanda, EPM E.S.P. es una empresa industrial y comercial del Estado de propiedad del referido Distrito, cuyo objeto es la prestación de servicios públicos domiciliarios⁴³. De modo que su actividad precontractual y contractual se rige por el derecho privado, como regla general, plano bajo el cual se debe analizar la controversia.

- Tipo de negociación

70. Acorde a lo dispuesto en el manual de contratación de EPM⁴⁴ vigente para la época de los hechos, y al documento denominado pliego de condiciones, en mayo de 2016 se publicó la convocatoria para adelantar un proceso de *“solicitud pública de ofertas”*, con el fin de celebrar un contrato de transporte terrestre para servidores de dicha empresa, por un periodo de 450 días.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de noviembre de 1989, G.J. t. CXCVI, 2° semestre, pág. 123, reiterada en sentencia del 5 de julio de 2011. Rad. 19001-3103-003-2000-00183-01. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 15 de noviembre de 2019, Exp. (38241), M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de mayo de 2000, Exp. 11.725. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴² Mediante los cuales se transformó de establecimiento público a empresa industrial y comercial del Estado.

⁴³ El objeto social de EPM E.S.P. según el art. 3° de sus estatutos –Acuerdo Municipal No. 12 de 1998– es: *“la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, energía, distribución de gas combustible, telefonía fija básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, y demás servicios de telecomunicaciones. Podrá también prestar el servicio público domiciliario de aseo, así como las actividades complementarias propias de todos y cada uno de estos servicios públicos y el tratamiento y aprovechamiento de las basuras (...)”*. Fl. 1075, c. principal.

⁴⁴ Decreto 362 del 2 de septiembre de 2014. *“Por medio del cual se expiden las normas generales de contratación”* de EPM.

71. El art. 6 del citado manual, identificó las modalidades de escogencia, así:

“6. MODALIDADES PARA LA SOLICITUD DE OFERTAS

Modalidades para solicitud de ofertas. La solicitud de ofertas o cotizaciones para la selección de contratistas se hará mediante las siguientes modalidades, y las causales para acudir a ellas estarán descritas en la correspondiente guía de abastecimiento estratégico:

-Solicitud pública de ofertas. Mediante esta modalidad se efectúa una convocatoria pública para que las personas que cumplan con las condiciones fijadas en la respectiva solicitud presenten propuestas, de las cuales será seleccionada la más favorable o conveniente para EPM, con base en las reglas y criterios previamente establecidos.

-Solicitud privada de ofertas (...)

-Solicitud única de oferta. (...)⁴⁵

72. En virtud de lo anterior, se publicaron las condiciones de selección dentro del proceso de contratación PC-2016-000958. Entre los requisitos para participar, EPM estableció el deber de los interesados de informarse sobre las condiciones de la contratación y determinar si tenían la capacidad para cumplir el objeto contractual, en caso de ser elegido (núm. 1.1., 1.6.1.1., 2., y 2.2.).

73. El 17 de mayo de 2016 se dio apertura al proceso de selección y en éste sólo podrían participar quienes hubieran adquirido este derecho⁴⁶. En los numerales 3 y 3.5⁴⁷ se indicó que la escogencia del contratista estaría supeditada a la evaluación de las ofertas debidamente presentadas, para elegir la más favorable en su conjunto.

74. La Sala constata que EPM adelantó una invitación a ofertar o solicitud pública de ofertas, no una oferta mercantil. Conforme al art. 845 y ss. del Código de Comercio, la oferta mercantil es un acto firme, inequívoco, preciso y completo, con una expresión de voluntad decidida a celebrar un contrato, en el que no hay duda de que está plasmado un proyecto de negocio con la incorporación de todos los elementos esenciales del mismo⁴⁸. De manera que la aceptación por parte del interesado ocasiona el nacimiento del contrato, en tanto no requiera un requisito de perfeccionamiento adicional. Al ser un acto unilateral que contiene una manifestación de voluntad indiscutible, trae aparejada una consecuencia definida por la ley, y es su carácter irrevocable (art. 846 del C. Co).

75. Por su parte, las invitaciones a presentar propuestas distan de la certidumbre que irradia la oferta, pues son manifestaciones dirigidas a una o varias personas a emprender negociaciones de forma que, de acuerdo con unos condicionamientos y en un esquema de selección, se pueda llegar a la escogencia de una de ellas⁴⁹.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ El cual tenía un valor de un millón de pesos (\$1.000.000) no reembolsable, conforme a la cláusula 1.5. FI. 37, c. 1.

⁴⁷ FIs. 47 y 48, c. 1.

⁴⁸ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 029-1995 del 8 de marzo de 1995, radicación 4473, precisó sobre la oferta mercantil, que es un acto jurídico *“revestido de tal seriedad que no pueda menos que tenerse la certeza de que podrá perfeccionarse como contrato, con el lleno de todos los requisitos legales, si ella es aceptada por aquel o aquellos a quienes va dirigida (...)”*.

⁴⁹ Sobre los aspectos diferenciadores de ambas figuras, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, en la sentencia del 23 de noviembre de 1989, gaceta judicial 2435, Magistrado Ponente: José Alejandro Bonivento Fernández, precisó: *“El anuncio ... es la pauta del concurso y al propio tiempo contiene tanto la característica del contrato proyectado como las reglas fundamentales a través de la cuales queda vinculado el anunciante, aspecto este último determinable del carácter atribuible a este tipo de actos y del papel que juega en procedimientos de esta naturaleza, habida cuenta que su significación no es fatalmente la misma en todos los supuestos posibles, pues en unos, quizá los más comunes, no habrá verdaderas ofertas sino apenas simples invitaciones a formularlas, mientras en otros, ante una declaración concluyente hecha en tal sentido, por quien tomó la iniciativa de convocar al concurso, forzoso será estimar que éste se abrió para ser celebrado el contrato sin reserva, es decir involucrando una oferta completa y obligatoria de contratar con el concursante que resultare favorecido ... lo corriente es, entonces, que de no presentarse factores que abonen la otra alternativa, una invitación a concursar representa tan sólo la*

76. Para efectos del *sub-lite*, al tratarse de una invitación a presentar ofertas, se está ante unas tratativas previas que hacen parte de un llamamiento abierto a quienes estuvieran interesados en participar en el proceso de escogencia, bajo las exigencias y particularidades definidas en los *pliegos* de tal convocatoria.

- Bases relevantes de la selección

77. Definir las pretensiones de quien reclama ser destinatario de un perjuicio en sede de este especial tipo de responsabilidad, impone ingresar en las exigencias del concurso con el fin de analizar si, como insiste el actor, se presentó un trato desigual entre oferentes ante la misma regla, y si ello es constitutivo de un agravio a los deberes de buena fe, lealtad y corrección que den lugar a la configuración del daño aducido.

78. EPM pidió a los interesados contar con una capacidad transportadora de mínimo 150 vehículos propios o afiliados⁵⁰. Entre los aspectos económicos evaluables, el núm. 2.4. del pliego estableció que el *valor total de la tarifa hora* que EPM pagaría al contratista, estaba compuesto por dos conceptos, a saber:

Tarifa hora total (a +b)	a) Tarifa hora propietario	b) Tasa Administrativa (costos administrativos y utilidades) AU
Definición	Valor definido por EPM en el formulario 3 del pliego de condiciones en \$25.812, que incluía todos los costos directos e indirectos del servicio. Este valor se pagaría por EPM al contratista quien, a su vez, se obligaba a pagar a los propietarios de los vehículos con los que se ejecutara el contrato, en tres escenarios: Primera: Si los vehículos con los que prestaba el servicio eran de propiedad del contratista, éste se obligaba a pagar al conductor los conceptos de salarios, prestaciones sociales y seguridad social y parafiscales, además, los costos de alimentación, hospedaje, lavada de ropa y cualquier otro costo necesario para la prestación del servicio. Segunda: Si los vehículos con los que prestaba el servicio eran afiliados del contratista, éste se obligaba a pagar a los propietarios de los vehículos, la tarifa hora propietario definida por EPM. Los valores correspondientes al conductor (salarios, prestaciones sociales, etc.),	Correspondía a un porcentaje sobre la “tarifa hora propietario” fijada por EPM, en el que el oferente debía incluir y calcular todos los factores que constituyeran la tasa administrativa, como: costos y gastos del contratista relacionados con actividades de gestión y administración del contrato; gastos laborales administrativos; salarios del personal vinculado directamente con el contratista y que labore dentro del contrato (sin incluir personal con funciones de conducción y que prestaría sus servicios en virtud del pacto contractual); seguros del contrato; oficinas; equipos de oficina; pagos de servicios públicos; retención en la fuente y otros impuestos; papelería, gastos legales; transporte y todos los conceptos relacionados con la prestación del servicio que no estuvieran incluidos en la Tarifa Hora Propietario. El porcentaje determinado por cada proponente sería el único factor que ponderar en la Tasa AU. Se estableció expresamente que sería eliminada la propuesta que cotizara la Tasa Administrativa en un porcentaje de cero (0), o no diligenciara el formato 3.

posibilidad de concurrir al certamen formulando las verdaderas ofertas bajo el supuesto de que el anunciante se ha reservado para sí la libertad de adjudicar o no, lo que equivale que el anunciante se ha reservado para sí la libertad de adjudicar o no, lo que equivale a decir que el proyectado contrato no podrá tenerse por perfeccionado sino mediante la adjudicación, caso por cierto diferente a aquel en que la invitación es una auténtica oferta, vale decir una proposición que, en los términos que indican los artículo 845, 846 y 860 del C. de Co., dejará vinculado contractualmente al proponente –anunciante- por el solo hecho de haberse formulado, con acatamiento de las reglas del concurso, la correspondiente aceptación por alguno de los llamados a participar en su realización”

⁵⁰ Cláusula 1.4. del pliego de condiciones, Fl. 35, c.1.

	serían pagados por los dueños de los vehículos, pero en todo caso, el contratista era su garante. Tercera: Si los vehículos con los que prestaba el servicio eran por convenios de colaboración empresarial (con previa autorización de EPM), el contratista se obligaba a pagar a los propietarios de los vehículos, la tarifa. Los valores a favor de los conductores serían pagados por los dueños de los vehículos, y el contratista garantizaba que así fuera.	
Componentes	EPM enlistó los siguientes: -Combustibles -Llantas -Mantenimientos preventivos y lubricaciones -Implementos de aseo y lavada -Peajes -Parqueaderos -Pago por administración a empresas afiliadoras de transporte -SOAT -Póliza de todo riesgo -Seguro todo riesgo del vehículo (RCC, RCE). -Impuestos de rodamiento y semaforización -Revisión técnico mecánica anual -Revisión técnico mecánica bimestral -Depreciación del vehículo -Utilidad del capital -Salario conductor -Subsidio de transporte -Uniformes -Comunicación (Plan celular) -Viáticos, alojamiento (alimentación, hospedaje, lavada de ropa) -Sistema de posicionamiento satelital (GPS) -Rete/fuente del servicio y demás impuestos”.	En la cláusula 2.4.1.2. del pliego, específicamente se mencionó que “de manera enunciativa” se relacionaban ejemplos de costos de administración, pero <i>“cada proponente en la estructuración de su propuesta en la “Tasa Administrativa” deberá incluir todos aquellos conceptos que impliquen la prestación del servicio y que no estén relacionados en la “Tarifa Hora Propietario”, los cuales fueron:</i> <i>“Personal:</i> <i>Gerente, contador, revisor fiscal, secretaria, administrador contrato, auxiliares contrato, mensajero, oficios varios, taquilla de atención a personal que presta los servicios para este contrato.</i> <i>Muebles de oficina:</i> <i>Equipos de cómputo, impresora multifuncional, conmutador, aparatos telefónicos, escritorios, muebles de sala de espera, dotación Sala de reuniones, archivadores, otros muebles.</i> <i>Arrendamiento y papelería:</i> Arrendamiento oficina, Parqueaderos, Papelería, Fotocopias. <i>Otros gastos:</i> Paquete de datos y voz telefonía fija. Paquete de datos y voz telefonía móvil, Servicios Públicos (agua, energía), Gastos de Representación, Envío de Mensajería, Transporte, Publicidad, Aseo y Cafetería. Implementos de seguridad industrial. Transacciones financieras, 4x1000. <i>Pólizas:</i> Seriedad de la oferta, cumplimiento y salarios, Responsabilidad Civil y Extracontractual. <i>Gastos no tangibles:</i> Software, Capacitación empleados y conductores, Administración de nómina (propietarios y conductores), Seguridad Social Integral y Recursos Humanos. <i>Impuestos:</i> Retención en la fuerte, Industria y Comercio -ICA, Estampilla Universidad de Antioquia. <i>Otros costos asociados a la prestación del servicio</i> <i>Utilidades”</i>

79. Como causales de eliminación⁵¹ relacionadas con la tasa AU, se previeron las siguientes (se transcriben sólo las que interesan al *sub lite*):

“3.1.2. Causales de eliminación.

Podrán ser causales de eliminación de las ofertas, cuando no se ajusten a las exigencias del pliego de condiciones o de la ley y las que a continuación se enuncian, a menos que hubiere posibilidad de subsanarse conforme a lo previsto en este pliego:

(...) 3.1.2.4. Cuando la oferta o sus aclaraciones contengan información inexacta, contradictoria, confusa, indefinida o ambigua. (...)

3.1.2.6. Cuando el porcentaje de Administración y Utilidades presentado en la oferta no sea justificado en relación a los componentes del AU indicados en el numeral 2.4.1.2. y su estructura de costos, en el evento que EPM solicite dicha justificación.

*(...) 3.1.2.10. Cuando el oferente no haya respondido requerimientos de información de EPM, o los responda de manera insatisfactoria o inconsistente, o lo haga modificando la oferta. (...)*⁵².

80. Respecto de la procedencia de las anteriores causales, EPM estableció el concepto de “*desviaciones*” que definió como aquellas desconformidades existentes entre las ofertas y las exigencias de los pliegos y las catalogó en dos tipos: i) sustanciales, que se subclasificaban en las que afectan de manera “*esencial*” la forma, alcance, calidad, o funcionamiento de los bienes y servicios especificados, y las que limitan los derechos de EPM o las obligaciones del oferente, emanadas del contrato; y b) las no sustanciales, que podrían ser corregidas por la empresa contratante cuando fuere factible a partir de la información consignada por el oferente, siendo derecho reservado de EPM solicitar aclaraciones, precisiones o correcciones necesarias, sin que ello representara para el proponente la posibilidad de modificar aspectos de su propuesta. Si el interesado no daba respuesta, la ESP podía eliminar la oferta⁵³.

81. Precisó que serían subsanables todos los aspectos formales de los ofrecimientos y, por ende, primaría lo sustancial sobre lo formal; reiteró que EPM se reservaba el derecho de sanear las informalidades y “*de pedir información o aclaraciones adicionales*”⁵⁴ y, frente a errores aritméticos o matemáticos, éstos podían ser corregidos por EPM directamente. En caso de que identificaran inconsistencias, errores, o ausencia de documentos para la acreditación de los requisitos de participación, se pediría la prueba correspondiente.

82. Respecto de la información con la que se asignaba puntaje, el núm. 3.3 del pliego estableció que en caso de que no se hubiese anexado su prueba, EPM podía solicitar que se subsanara la omisión, si la información estaba relacionada en la propuesta, y siempre que versara sobre hechos anteriores a la fecha de cierre de presentación de ofertas.

83. En el núm. 3.5. del pliego, se fijaron dos factores ponderables:

“3.5. Ponderación

⁵¹ El numeral 3.1. del pliego indicó que el rechazo debía entenderse como la determinación de no considerar una oferta “*por la carencia de alguno de los requisitos de participación previstos en este pliego o por incumplimiento de algún requisito legal*”; mientras que la eliminación de propuestas era la decisión de excluir del proceso una oferta cuando “*dentro de su análisis se detectan errores, faltas, incoherencias, o en general información no admisible, o cuando se presente alguna(s) de las causales descritas más adelante*”. Fl. 47, c. 1.

⁵² Fl. 47, c. 1.

⁵³ Cláusula 3.2., fl. 48, c.1.

⁵⁴ Cláusula 3.3., fl. 48, c.1.

(...) La ponderación se hará teniendo en cuenta el valor inicial de la oferta o el valor ajustado, en caso de haber optado por el ajuste económico

Factor	Puntaje
Cumplimiento ⁵⁵	10
Valor Administración y Utilidades -AU-	90
Total	100

84. Sobre la calificación por “Valor Administración y Utilidades”, se determinó que se consideraría como el Valor Total de Comparación (VTC) a la “Tasa Administrativa” que correspondiera al porcentaje de la Tarifa Hora Propietario cotizado por el proponente, o el corregido, si EPM hubiera optado por el trámite de ajuste económico. A la oferta que resultara con el menor VTC –que podría tener hasta dos cifras decimales para establecer las diferencias–, se le asignarían 90 puntos, y a las demás se les otorgarían puntajes inversamente proporcionales, acorde a la siguiente fórmula:

$$\frac{Poi=(VTCo) \times 90}{(VTCi)}$$

Donde:

90: Es el puntaje máximo asignado a la oferta de menor Valor Total de Comparación (VTC)

Poi: Puntaje de la oferta analizada:

(VTCi) = Valor total de comparación de la oferta analizada

(VTCo) = Corresponde, entre las ofertas, a la de menor valor total de Comparación”⁵⁶

85. Evaluadas las ofertas, se sumaban los puntajes para definir una lista que ubicara a cada oferente en orden de mayor a menor calificación (núm. 3.6. y 3.7). La entidad elaboraba el informe de análisis y conclusiones que debía estar a disposición de los oferentes por tres días hábiles para sus observaciones. Agotado este trámite, se daba respuesta a los comentarios y EPM haría “el ajuste económico o la negociación directa, si [había] lugar a ello” (núm. 3.8).

- **Presentación de propuestas**

86. Adquirieron derecho de participación las siguientes empresas:

Empresa	Derecho de participación	Presentó oferta
INGETRANS S.A.	Si	Si
EFITRANS T.C. S.A.S.	Si	Si
EMPRESTUR S.A.	Si	Si
COOPERATIVA DE TRANSPORTE MOVILIZAMOS	Si	No
COSMOTRANS S.A.S.	Si	No
COOPERATIVA SERTRANS	Si	No
COOPERATIVA COOMULTRANSCON	Si	No
TRANSPORTADORES ESPECIALES – AS TRANSPORTES	Si	No

⁵⁵ Respecto al factor “cumplimiento” se determinó que este se calificaría acorde a la información que cada proponente allegara respecto de multas, medidas de apremio provisionales o definitivas, sanciones u otros incumplimientos que se le hubieran aplicado o declarado en contratos celebrados dentro de los 3 años anteriores contados hasta la fecha de cierre para la presentación de ofertas. Así, al proponente que no tuviera relacionada ninguna de estas, se le asignarían 10 puntos, y en caso contrario, podría ser calificado únicamente con 5 puntos. Si el oferente hubiera incurrido en incumplimiento que dio lugar a la terminación de un pacto contractual no obtendría puntaje alguno en este factor. (núm. 3.5.1.1).

⁵⁶ Fl. 60, c.1.

87. Ingetrans indicó en el Formato 3 que calculó un AU inicial del 5%⁵⁷ y que, aplicando un descuento comercial, su valor final era del 2.56%⁵⁸. Emprestrur lo tasó en 1.47%⁵⁹.

88. El 17 de junio de 2016 Ingetrans expresó su inconformidad sobre la forma en que se construyó la tasa AU de Emprestrur, y solicitó a EPM requerirlo a fin de explicar los conceptos tenidos en cuenta⁶⁰. EPM dio curso a tal petición, y el 20 de junio siguiente Emprestrur anexó un cuadro con el análisis del proyecto detallado⁶¹.

89. En el periodo de observaciones⁶², Ingetrans cuestionó de nuevo la información aportada por Emprestrur. En su criterio, la tasa del 1.47% adolecía de inconsistencias que revelaban que no era una tasa real, pues no contenía todos los conceptos que debía incluir. Censuró que en lugar de haber eliminado dicha oferta EPM la hubiera corregido y avalado, ignorando las falencias denunciadas, como adelante será analizado.

(i) Primer argumento de la apelación

90. Ingetrans cuestiona la decisión del *a quo* en cuanto concluyó que si el contrato produjo utilidades fue porque se estimó debidamente la tasa AU; enfatiza que su argumentación jamás ha girado en torno a este punto, sino a su indebida valoración en el 1.47% que ofertó Emprestrur, ante las múltiples falencias en su conformación.

91. Sobre este aspecto se debe precisar, que desde las bases de la demanda la tesis del actor apuntó a que la estructuración de la mencionada tasa fue artificialmente baja, pues las omisiones que impactaron su cálculo impedían que Emprestrur hubiera podido ofertar un porcentaje del 1.47%, así que éste no era real ni posible; en esa línea también afirmó que había un estado de pérdidas en múltiples de sus conceptos, que comprometían la ejecución misma del servicio⁶³. Estos planteamientos, justificaron que el Tribunal entrara a revisar los conceptos de utilidad vs. pérdida pues, además, fue parte del desarrollo probatorio desplegado por el mismo actor⁶⁴.

⁵⁷ Fl. 135, c. 1.

⁵⁸ Fl. 98, c.1.

⁵⁹ Fl. 538, c. 2.

⁶⁰ Fl. 774, c.3.

⁶¹ Fls. 775 y 776, c. 3.

⁶² Fl. 777 a 785, c. 3.

⁶³ En las observaciones formuladas por Ingetrans el 14 de julio de 2016 al documento aportado por Emprestrur sobre la conformación de la tasa AU, refirió que las cifras indicadas no eran correctas, y que respecto de ciertos conceptos se observaba una pérdida al hacer los cálculos:

"(...) RENGLO 37. UTILIDAD ANTES DE IMPUESTOS. Una vez corregidos los rubros a los que hemos hecho referencia, se aprecia que la utilidad justificada por valor de \$8.467.972, se convierte en una pérdida por valor de \$4.046.353, ambas por mes. (...) Adicionalmente en los cálculos de los impuestos se deja de lado el valor del impuesto del CREE. Nosotros creemos que en el negocio de pérdidas, es necesario calcular el CREE.

RENGLO 39. MARGEN DESPUÉS DE IMPUESTOS. La tabla adjunta demuestra que el margen después de impuestos pasa de 0.74% sobre ventas da una pérdida de 1.28%, sobre el mismo parámetro.

RENGLO 48. UTILIDAD POR HORA APROXIMADA. En la tabla puede observarse que este rubro que fue justificado en un valor de \$195 por hora se transforma en una pérdida de \$91.

Consideramos que la tasa administrativa AU de 1.47%, ofertada por EMPRESTUR S.A., constituye una tarifa artificialmente baja, que no permite garantizar la ejecución del contrato sin que se presente detrimento económico del contratista (...)" Fls. 786 y 787, del c. 3.

⁶⁴ El testigo John Jaime Pulgarín, gerente comercial de Ingetrans, (CD 3, fl. 1201, c. principal, min 06:27 a 1:04:00) indicó que la tasa AU de Emprestrur no era real, entre otras cosas, porque no se había sumado el valor de la administración y de la utilidad según los datos entregados por Emprestrur, siendo artificialmente baja, y con la tasa ofertada el contrato daría pérdidas:

"Abogado: ¿si se hubiera sumado la administración y la utilidad propuesta por Emprestrur en esa tabla, hubiera sido superior a lo que ella cotizó como administración y utilidad?

Preguntado: absolutamente superior si señor

Abogado: significa eso que ¿la suma de la administración y la utilidad real fue superior a la suma cotizada por Emprestrur como la acumulación de ambos?

Preguntado: si señor.

Abogado: esa administración cotizada o aclarada ¿la sola administración era superior, inferior o igual a la suma de la AU?

Preguntado: no ya le dije doctor era superior casi en el doble.

92. De manera que la Sala no resta mérito a la conclusión a la que arribó el *a quo* al constatar, entre otros aspectos, que el contrato celebrado fue ejecutado integralmente y sin observaciones, con una tasa de administración del 1.47% –valor que fue el ofertado y pagado sin reclamaciones económicas o de incumplimiento, como quedó acreditado en curso del proceso⁶⁵—. Así que, en este punto, asiste razón al Tribunal al desestimar que se tratara de una tasa artificialmente baja que impidiera la efectiva prestación del servicio, pues la evidencia demostró que dicho porcentaje fue admisible y ejecutable.

93. En la impugnación, el actor afirma que la *“determinación de utilidades era del arbitrio del proponente, con las únicas restricciones previstas en el pliego, referidas a cotizar cero (0) como Tasa Administrativa, o no diligenciar el correspondiente formulario”*, y descarta los argumentos relacionados con el estado de utilidades o pérdidas del proyecto, para lo cual indica que las reglas del pliego no se fundamentan, ni el análisis debe versar, acerca de si el contrato daba o no utilidades. Así que, al alzarse contra la decisión de primer grado, enfiló su reproche en torno a la estructuración de dicha tasa por la empresa escogida, que estima erróneamente avalada por el Tribunal, en tanto el porcentaje propuesto no coincide con los datos registrados por Emprestrur en el cuadro que aportó para tal fin. Esta censura da lugar al examen del segundo cargo, en tanto la línea argumentativa del demandante, en efecto, ha estado afianzada en tales incorrecciones.

(ii) Segundo argumento de la apelación

94. El actor insiste en que la tasa AU de Emprestrur no contenía todos los elementos que indicaba el pliego y, al incluirlos, es evidente que la tasa real era muy superior a la ofertada.

95. En este marco, reprocha que para el Tribunal los *otros ingresos* señalados en el documento de Emprestrur no tuvieran que incluirse en dicha tasa al considerar que hacían parte de la *tarifa hora propietario*. Señala que esa conclusión desconoce que la *tarifa hora propietario* era inmodificable y sus componentes no podían estar comprendidos, a su vez, en la tasa AU, pues ello conducía al doble pago de algunos conceptos. Exalta que ello quedó evidenciado en el dictamen pericial descartado por el *a quo*, el cual debe ser analizado.

96. De las cifras entregadas por Emprestrur, señala que aplicando el 1,47% al costo del transporte, que corresponde a \$11.150'784.000 (derivado de multiplicar la *tarifa hora propietario* por el tiempo base requerido), dicha operación daba como resultado \$163'916.525. De modo que la tasa ofertada no podía ser real, pues sumando sólo los conceptos de administración indicados por Emprestrur en su documento, el resultado era de \$301'163.306; luego, al agregar el valor de la utilidad calculada por ese proponente en la suma de \$83'832.922, daba una AU de \$384.996.228, lo que revela que verdaderamente se trató de una tasa del 3.45%, es decir, 200% superior a la ofertada. Incorrección trascendente que considera fue ignorada por el *a quo*.

Abogado: cómo puede explicarse que la suma de A más B sea inferior a estos dos, tiene alguna explicación técnica, ¿puede haber alguna posibilidad técnica, económica, financiera?

Preguntado: eso lo único que demuestra es que el proyecto va a dar pérdida (...).

⁶⁵ De acuerdo con la certificación de ejecución y liquidación del contrato expedida por EPM el 22 de enero de 2018. Fls. 1117 y 1118 del c. ppal. Esta certificación no fue controvertida o desconocida por las partes.

97. Cuestiona que el Tribunal, aunque reconoció que tal diferencia existía, sostuvo que la tasa AU era resultado de una operación aritmética distinta a la sumatoria de los gastos de la empresa, y que por ello no eran comparables; sin embargo, afirma que no hay ninguna razón que lleve a diferenciarlos, y el documento de Emprestrur fue expreso en señalar que tales cifras eran las que explicaban la tasa AU ofertada, y no otros valores.

98. Plantea que aun si se considerara que esos *otros ingresos* hacían parte de la *tarifa hora propietario*, no se supera el hecho de existir inconsistencias que impedían estimar una tasa del 1.47%, por: i) la errada valoración de los impuestos de industria y comercio y estampilla Universidad de Antioquia –pues EPM reconoció los yerros en que incurrió Emprestrur al calcularlos– situación que modificaba la tasa ofertada del 1.47% al 2.07%, y habría conducido a eliminar esa oferta; y, ii) en el proceso de selección puso en conocimiento errores relacionados con los conceptos de “*mantenimiento y reparaciones*”, “*impuesto de renta*”, y “*margen después de impuestos*”; falencias que imponían la eliminación de la propuesta de Emprestrur.

- Estructura del componente “valor – precio” en el marco de la invitación pública a ofertar

99. Dado que los motivos de disenso del actor se centran en las omisiones e inexactitudes con las que se configuró la tasa AU, y en la discusión acerca de si los *otros ingresos* hacen parte de dicha tasa o de la tarifa hora propietario, la Sala pasa a efectuar el análisis de estos componentes con el fin de establecer su función jurídica y económica y, a partir de allí, definir si el comportamiento de la ESP estuvo apartado del deber de obrar de buena fe en la etapa precontractual. De manera anticipada, la Sala anuncia que no lo considera, amén de que aún frente a falencias como las indicadas, ello no revela una conducta contraria a la buena fe, pues para llegar a tal conclusión se hace necesario otro tipo de probanza, propia de la responsabilidad que se demanda, que no fue arrimada al plenario.

100. Al amparo de los principios constitucionales y legales aplicables a su régimen, relativos a la libertad económica y de empresa (art. 333 y 334 de la C.P y art. 10 de la Ley 142 de 1994), EPM confeccionó las reglas de participación para tal escogencia en un panorama de libre competencia (Ley 142 de 1994 arts. 2.6⁶⁶, 11.2⁶⁷ y 30⁶⁸, entre otros), al que convocó a todos los interesados en presentar propuestas, indicando el modelo de negocio que se proponía celebrar.

101. Al hacerlo, llamó la atención a los eventuales proponentes de informarse de todas y cada una de las reglas señaladas en el pliego de condiciones y sus anexos, pues conforme a éstos debían “*evaluar su capacidad para participar*” (núm. 1.1)⁶⁹. Entre los

⁶⁶ Entre los fines de la intervención del Estado en materia de servicios públicos, establece: “2.6. *Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante*”.

⁶⁷ “ARTÍCULO 11. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD EN LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. Para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios públicos tienen las siguientes obligaciones: (...) 1.2. Abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia”.

⁶⁸ “ARTÍCULO 30. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN. Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

⁶⁹ “1.1. Información General

aspectos centrales de dicha selección precisó que el proponente debía ser *conocedor* del servicio a prestar, incluidos sus riesgos, y el ámbito de competitividad y eficiencia que debía guiar la presentación de ofertas (inc. tercero del núm. 2.4 del pliego)⁷⁰.

102. La condición de convocar a expertos en el sector del transporte fue ratificado en el numeral 2.2 del pliego, referido al *“contenido y documentos de la oferta”*, pues allí EPM precisó que *“los servicios o actividades, se describen en forma concisa y no en detalle; por lo tanto, el interesado, antes de señalar o incluir el valor del AU, deberá consultar en el pliego, en el Anexo Técnico, donde se indica cómo deben ejecutarse y su forma de pago”*. Bajo esta pauta, EPM estipuló la necesidad de contratar unos servicios que satisficieran las condiciones técnicas y de ejecución informadas, y puso de presente que la descripción de tales actividades se hacía de forma sucinta, no detallada, pues quedaba a cargo de los interesados –empresarios del transporte– profundizar en las bases de la invitación para que cada cual analizara el valor de la tasa AU y ofertara según su capacidad, organización y experiencia.

103. El núm. 1.2, relativo al alcance de la oferta, indicó lo siguiente:

“(…) para el inicio de la ejecución del contrato, el Contratista deberá tener una capacidad transportadora disponible de mínimo 150 vehículos propios o afiliados, de los siguientes tipos:
Camioneta y/o campero: 15
Camioneta doble cabina 4X4 con platón: 72
Camioneta doble cabina 4X4 con platón combustible diésel: 47
Camioneta doble cabina con platón: 16

(…) A pesar de que se establecieron las anteriores cantidades mínimas de vehículos, esto no obliga a EPM a tener una ocupación permanente de los mismos, y es posible que EPM pueda requerir más vehículos de los indicados anteriormente, para lo cual, EL CONTRATISTA podrá celebrar, excepcionalmente y previa autorización del interventor de EPM, convenios con empresas habilitadas para prestar los servicios de transporte de personas en los sitios de prestación del servicio, de acuerdo con el artículo 2.2.1.6.3.4. del Decreto 1079 de 2015 (…)”.

104. EPM dio a conocer el modelo de negocio que aspiraba celebrar, especificando el servicio, tipo y número mínimo de vehículos, y las condiciones generales en que se prestaría el transporte solicitado. Entre las reglas establecidas, la ESP indicó que el *“valor total de la tarifa hora”*⁷¹ que EPM pagaría al contratista estaba conformado por dos factores:

$$\begin{array}{c} \textit{Tarifa hora propietario (en adelante THP)} \\ + \\ \textit{Tasa Administrativa (costos administrativos y utilidad) AU (en adelante Tasa AU)} \end{array}$$

El interesado en el proceso de contratación, cuyo contenido y reglas fija el presente pliego de condiciones, deberá evaluar su capacidad para participar teniendo en cuenta lo aquí estipulado, lo previsto en las Condiciones generales para la contratación de bienes y servicio y en los siguientes anexos:

1. Técnico
2. Salud ocupacional – Seguridad y Salud en el Trabajo
3. Normas de transporte de personas y bienes a tener en cuenta por el contratista.
4. Plantilla detalle trabajadores.

Este documento contiene las condiciones básicas para la presentación de la oferta. El interesado debe verificarlas completamente y cerciorarse de que no albergan dudas.

El hecho de que los interesados no se informen y documenten debidamente sobre los detalles y condiciones bajo las cuales se contratará, no se considerará como excusa válida para la eventual formulación de posteriores reclamaciones.

(…)”

⁷⁰ *“(…) El oferente deberá gestionar los riesgos propios de la actividad y/o servicio a prestar, entendiéndose que es conocedor de la misma, cuidando de hacer una oferta que propenda por cuidar la competitividad y la productividad (…)*”.

⁷¹ *“2.4.1. Valor – precios*

El valor total de la tarifa hora que EPM pagará a EL CONTRATISTA, se compone de la sumatoria de los siguientes conceptos: a) y b), así: (…)”.

105. La tarifa hace referencia al concepto económico que remunera el costo de un servicio o de un producto; en estos términos, EPM dispuso que el *valor total de la tarifa hora* estaría conformado, a su vez, por la tarifa y la tasa precitadas.

106. En el pliego de condiciones EPM definió los elementos relevantes para la determinación de cada uno de estos conceptos, y los llenó de contenido. La tarifa hora propietario correspondía a una suma fija de \$25.812 pesos, inmodificable, que *“incluye todos los costos directos e indirectos del servicio”* (núm. 2.4.1.1). Enlistó los componentes que cubría este valor, bajo la premisa de que todos ellos estaban asociados al servicio de transporte, correspondiendo a: combustibles, llantas, mantenimientos preventivos y lubricaciones, implementos de aseo y lavado, parqueaderos, pago por administración a empresas afiliadoras de transporte, depreciación del vehículo, retención en la fuente del servicio, otros impuestos, utilidad del capital, salario de conductor, por mencionar algunos. Sobre dicho valor no existieron inconformidades de los interesados.

107. En cuanto a la *“Tasa Administrativa (costos administrativos y utilidad) AU”*, el pliego estableció que se refería a los costos que cada oferente asumía por la administración del contrato, y en su definición incorporaba la asunción del riesgo por cualquier factor adicional o diverso de aquellos que componían la THP. Así quedó señalado en el núm. 2.4 del pliego, *“Aspectos económicos”*, del que se destaca la siguiente regla:

“El oferente debe incluir en el Formulario correspondiente la tasa administrativa (Administración y Utilidades), la cual incluye los costos inherentes a los recursos necesarios para administrar el contrato, entendiendo por este concepto los requeridos para mantener la disponibilidad de su organización y operación, tales como arrendamientos de bienes inmuebles, pago de nómina, cargas tributarias, servicios públicos, pólizas, desplazamientos, y todos los gastos que puedan afectar el costo directo e indirecto de los mismos.

El oferente deberá gestionar los riesgos propios de la actividad y/o servicio a prestar, entendiéndose que es conocedor de la misma, cuidando de hacer una oferta que propenda por cuidar la competitividad y la productividad. Por lo tanto, cada oferente al estructurar los costos de administración en su oferta, deberá tener en cuenta todos y cada uno de los factores y los riesgos previsibles que influyan o puedan influir en la ejecución de los servicios o las actividades, encomendadas (...)” (negrilla añadida).

108. Se estableció que la tasa administrativa correspondía a un porcentaje sobre el valor asignado a la tarifa hora propietario (núm. 2.4.1.2 ib.):

“El proponente indicará el porcentaje que cotiza por cargos administrativos y utilidad en el contrato -AU- y en dicho porcentaje, incluirá todos los factores que componen la tasa administrativa; costos y gastos del contratista relacionados con las actividades de gestión y administración del contrato, gastos laborales administrativos, salarios del personal vinculado directamente con el contratista y que labore dentro de este contrato (sin incluir personal con funciones de conductor y que prestaría servicios dentro del contrato derivado de este proceso de contratación), seguros del contrato, oficinas del contratista, equipos de oficina, pagos por servicios públicos, retención en la fuente y otros impuestos, papelería, gastos legales, transporte, y todos los conceptos relacionados con la prestación del servicio que no estén señalados en la Tarifa Hora Propietario”.

109. La citada cláusula, a su vez, indicó que *“de manera enunciativa”* se relacionaban *“algunos ejemplos de costos de administración, sin embargo, cada proponente en la estructuración de su propuesta en la “Tasa Administrativa” deberá incluir todos aquellos conceptos que impliquen la prestación del servicio que no estén relacionados en la “Tarifa Hora Propietario”*.

110. Para la Sala, el panorama fue claro en el sentido de que un mismo costo o gasto no cabía en ambos conceptos, tanto así que la lista referida a la tarifa hora propietario hizo explícitos los componentes considerados para establecer el valor fijo que allí fue definido; mientras que la tasa AU se situó en un marco asociado a los gastos por la administración del contrato que, además, incluía todo factor atinente a la prestación del servicio que no estuviera señalado en la tarifa hora propietario, generando, a su turno, una regla de orden residual.

111. De esta forma quedó definida la estructura del valor total del servicio a contratar, y EPM cumplió el deber de dar información clara y suficiente sobre las bases de la selección, en particular, en lo atinente a los componentes asociados a la tarifa. Bajo tales pautas era posible, en cualquier caso, identificar los elementos que quedaban inscritos en uno u otro rubro, pues a partir de la enunciación de los componentes de la tarifa hora propietario se podía colegir de qué factor hacía parte el respectivo componente.

112. Visto lo anterior, el análisis sobre la categoría a la que pertenecen los denominados *“otros ingresos”*, y la discusión acerca de si éstos deben clasificarse como parte de la tasa AU o de la tarifa THP, corresponde a una valoración que debe estar alineada con la estructura del proceso de selección, puntualmente, con las definiciones que el pliego hizo acerca de las condiciones económicas de las ofertas.

113. El 20 de junio de 2016 Emprestrur entregó el documento⁷² denominado *“EMPRESTUR S.A ANÁLISIS PROYECTO EPM – ANÁLISIS PROYECTO EPM MENSUALES Y TOTALES ESTIMADOS”*, como respuesta al requerimiento de la empresa de servicios públicos domiciliarios sobre la justificación de la tasa AU.

114. Dicho documento estableció como costo del transporte la suma de \$11.150'784.000, que correspondía al valor total de la *tarifa hora propietario*, y sobre esta cifra Emprestrur ofreció una tasa AU del 1.47%, equivalente a \$163.916.525 pesos.

115. En los renglones siguientes, el citado cuadro registra el concepto *“Otros Ingresos”*, los cuales hacen referencia a dos factores: *“Administración vehículos”* y *“Rentabilidad Flota propia”*. Sobre éstos, la impugnante censura que el *a quo* los hubiera considerado como parte de la THP cuando, en su criterio, debían clasificarse en los gastos que corresponden a la administración y utilidades. El documento mencionado es el siguiente⁷³:

⁷² Como respuesta a la solicitud que le hizo EPM de que justificara los conceptos con los cuales elaboró la estructura de la Tasa Administrativa AU, lo anterior, con motivo de las inquietudes que había formulado Ingetrans el 17 de junio anterior, al respecto.

⁷³ Visible a FI. 773 del c. 3.

Radicación: 05001233300020170031501 (71.699)
Demandante: Ingetrans S.A.
Demandado: EPM E.S.P. y otro
Asunto: Reparación directa

EMPRESUR S.A ANALISIS PROYECTO EPM					
ANALISIS PROYECTO EPM MENSUALES Y TOTALES ESTIMADOS					
	VEH	HRAS	MESES	VR MES ESTIM	VR CONTRATO ESTIMADO
FACTURACION	150	192	15	754.313.368	11.314.700.525
COSTO TRANSPORTE	150	192	15	743.385.600	11.150.784.000
AU				10.927.768	163.916.525
% AU				1,47%	1,47%
Otros ingresos				28.200.000	423.000.000
Administracion vehiculos		110.000		13.200.000	198.000.000
Rentabilidad Flota propia		500.000		15.000.000	225.000.000
Ingreso total Contrato				39.127.768	586.916.525
Impuestos				10.582.243	158.733.640
Industria y comercio		6 x Mil		65.567	983.499
Estampillas		1%		7.543.134	113.147.005
GMF		4 x Mil		2.973.542	44.603.136
Gastos de admon					
01-Salarios	150	192	15	10.839.168	162.587.520
02-Honorarios				782.208	11.733.120
03-Impuestos				108.112	1.621.685
04-Arriendos				878.727	13.180.903
05-Contrib Y Afiliaciones				111.744	1.676.160
06-Seguros				1.441.218	21.618.274
07-Servicio				926.636	13.899.539
08-Gastos Legales				27.936	419.040
09-Mnto Reparaciones				486.317	7.294.762
10-Gstos de Viaje				43.440	651.607
11-Aseo Y Cafeteria				262.598	3.938.976
12-Utiles y Papeleria				279.360	4.190.400
13-Taxis Y Buses				279.360	4.190.400
14-Coordi Proyecto				2.737.728	41.065.920
15-Casino Restaurante				146.664	2.199.960
16-Parqueaderos				27.936	419.040
17-Recepciones y Fiestas				349.200	5.238.000
18-Nivelacion Tarifas				209.520	3.142.800
99-Otros Gastos				139.680	2.095.200
Total Gastos				20.077.554	301.163.306
Utilidad Antes de Impuestos				8.467.972	127.019.579
Impuesto de Renta		34%		2.879.110	43.186.657
Margen despues de impuestos				5.588.861	83.832.922
Margen Sobre Fcion				0,74%	0,74%
Margen Sobre Csto				0,75%	0,75%
AU Pta+ Otros Ing * Hora				1.359	100%
Resumen					
Impuestos y Estampillas				367	27%
Gtos de Admon				697	51%
Impuesto Renta y Cree				100	7%
Total Impuesto y Gastos				1.165	86%
Utilidad * Hora Aprox				194	14%
Margen Sobre Hora				0,74%	

116. Conforme a las reglas de la invitación atrás precisadas, se observa que del elenco de componentes relativos a la *tarifa hora propietario*, hicieron parte estos dos conceptos, tal como se confirma en el listado previsto en el núm. 2.4.1.1 del pliego, que expresamente incluye los factores de: “Pago por administración a empresas afiliadoras de transporte” y “Utilidad del capital”.

117. En el diseño de las pautas que rigieron el proceso de selección, EPM estableció el valor de la THP y, al hacerlo, desagregó los factores que quedaban cubiertos por este rubro, siendo así que la suma de \$25.812 por hora remuneraba los costos del servicio en los componentes enlistados. De manera que la THP determinó el valor único a pagar por ese concepto y, en tal estructura, tenían cabida las condiciones particulares del empresario que podían generarle “*otros ingresos*”, como aconteció en el caso de Empresur.

118. Se recordará que el contrato podía ejecutarse con vehículos propios, afiliados, o por convenios de colaboración empresarial, y el contratista quedaba obligado a través de la tarifa a “reconocer y pagar al propietario del vehículo por la prestación del servicio” (núm. 2.4 y 1.2 del pliego). Así, en los casos en que la empresa seleccionada contara con vehículos propios, ello le reportaría una rentabilidad directa que corresponde al concepto de *utilidad del capital*. A su vez, si para la ejecución del

contrato afiliaba otros vehículos, el pago mensual que dichos afiliados debían hacerle, también generaría un ingreso adicional del *pago por administración a empresas afiliadoras de transporte*. De modo que, aun como parte del concepto atinente a la tarifa hora propietario, se verificó como plausible la producción de otros ingresos a favor del empresario en tal estructura económica, a través de estos conceptos.

119. Así fue explicado en el testimonio rendido por John Jairo Pulgarín, citado por Ingetrans al presente proceso. Previo a incursionar en su dicho y en el de otros testigos –todos con relación laboral con alguna de las partes del proceso– la Sala precisa que el art. 211 del Código General del Proceso señala que la credibilidad o imparcialidad de un testigo puede verse afectada en razón de su parentesco, dependencia, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales, u otras causas; si bien estas circunstancias no hacen improcedente la recepción de los testimonios y tampoco llevan a descartar de plano su mérito demostrativo, pero el juez debe hacer un análisis más severo sobre su dicho para determinar el grado de credibilidad y la eficacia probatoria que ofrecen al momento de hacer su valoración⁷⁴.

120. El referido testigo, indicó ser gerente comercial en Ingetrans y haber participado en el proceso de selección. Al explicar el entendimiento de los citados conceptos, expuso lo siguiente:

“(…)

Abogado de Ingetrans: por favor nos indica expresamente... si en la tarifa hora propietario se incluía una utilidad para el propietario del vehículo, fuera este el contratista o un afiliado o un vinculado.

Testigo: sí señor, estaba incluida dentro de los conceptos de la tarifa hora propietario, era el concepto de utilidad de capital, si mal no recuerdo.

“(…)

Abogado Ingetrans: ¿en qué consiste esa U del factor AU que usted denomina la parte b?

Testigo: la U es lo que los pliegos de condiciones determinaron como la utilidad que la empresa iba a tener en el proceso.

Abogado Ingetrans: ¿esa Utilidad era determinada libremente por el proponente?

Testigo: sí señor, por supuesto, uno de acuerdo a los gastos que cada empresa contemple según su estructura de costos, definía la utilidad que quería tener en el proyecto

Abogado Ingetrans: por favor nos indica entonces si de acuerdo con lo que usted acaba de expresar ¿la Utilidad se cancelaba tanto al propietario del vehículo dentro de la tarifa hora propietario, como también se le pagaba la utilidad al administrador o al contratista por administrar los vehículos del contrato?

Testigo: a ver si de pronto no me confundo, dentro de la tarifa hora propietario había una utilidad para el propietario que ya estaba definido en la utilidad el capital, pero para la empresa debía haber una utilidad que era la que se definía en la AU.

Abogado Ingetrans: eso significa que si el propietario del vehículo no era el contratista sino un tercero, en la tarifa hora propietario, se le revertía, se le cancelaba la utilidad también por la prestación del servicio.

Testigo: si señor porque esa tarifa ya estaba definida en los pliegos de condiciones y en esa tarifa ya estaba incluida la utilidad del propietario independientemente de que fuera dueño la empresa o un tercero o que fuera un vehículo que se utilizara en convenio de operación empresarial.

Abogado Ingetrans: ¿si el contratista era propietario de algunos de los vehículos entonces recibía utilidad tanto por propietario, como por contratista por administrar el contrato?

Testigo: sí por supuesto porque es que el tener, el hecho de tener el carro ya llevaba implícito una utilidad (...).”⁷⁵

⁷⁴ La jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente al señalar esta regla de valoración. Al respecto ver, entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 14 de julio de 2016, Rad. 41002-23-31-000-1999-00987-01 (36932). M.P. Hernán Andrade Rincón.; Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 7 de febrero de 2022, Rad. 76001-23-33-000-2013-00949-01 (68010), M.P. William Edgardo Barrera Muñoz; Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 10 de abril de 2023, Rad. 05001-23-33-000-2013-00768-02 (69708), M.P. María Adriana Marín.

⁷⁵ Testimonio visible en CD 3, fl. 1201, c. principal, min 06:27 a 1:04:00, audiencia de pruebas.

121. Estas explicaciones razonan en función de los elementos incluidos en la THP que, a su vez, reportaban otros beneficios económicos inherentes a la propia estructura de los referidos componentes. Así que la Sala afianza la línea definitoria que viene dada por el análisis directo de los pliegos en relación con la clasificación de los otros ingresos, cuyo entendimiento, además, se respalda en las declaraciones que de forma espontánea hizo el testigo al ahondar en tales conceptos, así como en la categorización que de ellos hacía el pliego.

122. Respecto a la prueba pericial aportada al proceso, se observa que el *a quo* halló mérito a la objeción por error grave que formuló EPM, y señaló como fundamento de su decisión, los siguientes razonamientos: i) la perito admitió en audiencia no haber hecho experticias similares previamente, y ii) denotó falta de conocimiento de los pliegos que la llevó a incluir en el rubro de “*otros ingresos*” del cuadro de Emprestur, conceptos como la administración por afiliación y la rentabilidad de flota propia, los cuales, según el núm. 2.4.1.1. de las reglas del proceso, eran parte de la tarifa hora propietario, modificando por esa vía y sin justificación alguna la tasa AU inicialmente ofertada⁷⁶. Conclusiones que acompaña esta Sala.

123. En estos términos, considerando que el temperamento de los errores que forjan este tipo de objeciones anida en el criterio de gravedad, su comprensión hace relación a aquellas equivocaciones protuberantes que se oponen a la verdad, al objeto de la pericia, o a la naturaleza de las cosas, al punto que son decisivas respecto de las conclusiones a las que arriba el dictamen, en tanto éstas pueden quedar impregnadas de tales desatinos.

124. Esta Subsección⁷⁷ ha indicado que para que prospere una objeción de este tipo, se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad que tenga la entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas; precisó que el yerro que se contrapone a la verdad tiene lugar cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Lo anterior para distinguir esta falencia de otras a las que no se contrae este dispositivo, pues no constituirán error grave las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos⁷⁸.

125. En el *sub-lite* se configuró un yerro de tal linaje, en tanto el dictamen no consultó las estipulaciones del pliego que definieron los componentes materia de la pericia, a través de los cuales se discriminaron los factores que hacían parte de la THP y las pautas que marcaban su distinción frente a los elementos incluidos en la Tasa AU; ello, aun cuando el objeto de este medio de prueba estaba ligado irremediablemente a las reglas del proceso de selección. Apartado de tales premisas, el dictamen se elaboró sobre bases equivocadas, con innegable incidencia en las conclusiones, pues se avanzó en un ejercicio que modificó los criterios de análisis (bases económicas de

⁷⁶ “-Abogado EPM: usted nos puede aclarar ¿en cuál de esos dos factores (tarifa hora propietario y AU) está inmersa la rentabilidad de flota propia y de ingresos provenientes de administración de vehículos afiliados?

-Perito: en la AU porque precisamente eso fue lo que corregimos, el valor total del contrato incluyendo el rubro otros ingresos que estaban por fuera y no participaban de la AU, los ingresamos, se habló del ingreso total del contrato y se le aplicó la U (...).” Testimonio visible en CD 4, fl. 1201, c. principal.

⁷⁷ Sentencia del 21 de junio de 2018, Rad. 27001233100020080007801 (41520), C.P. María Adriana Marín.

⁷⁸ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en auto del 8 de septiembre de 1993. Exp. 3446, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, señaló que lo que caracteriza este tipo de desaciertos “(...) es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”

la tarifa y la tasa, respecto de la clasificación de los “*otros ingresos*”) y, a partir de allí, se elaboraron los cálculos efectuados en función de la tasa AU de Emprestur.

126. Conviene agregar que en el escrito de apelación nada se dice sobre el hecho de que la perito admitiera en audiencia⁷⁹ no haber dictaminado en asuntos similares y carecer de conocimientos básicos en temas de contratación, luego los reparos sobre su idoneidad en los temas objeto de prueba, señalados por el *a quo*, no fueron discutidos por el impugnante. Esta circunstancia genera un déficit que se proyecta de forma integral respecto del dictamen emitido que, al no haber sido controvertido, conduce a afirmar la presunción de legalidad y acierto que acompaña la decisión judicial de primera instancia en aquello no reprochado. En esta doble perspectiva la Sala confirma las razones que llevaron al Tribunal a declarar fundada la objeción por error grave del dictamen pericial aportado por Ingetrans.

127. Argumenta el apelante que el documento de Emprestur, en todo caso, desconoció las reglas del pliego que establecieron que la *tarifa hora propietario* era inmodificable y sus componentes no podían estar comprendidos en la tasa AU, pues ello conducía a un doble pago por algunos conceptos. La Subsección no encuentra respaldo en esta tesis, en la medida que los trazos con los que se edificó el componente de valoración referido no conducían a tal escenario.

128. La naturaleza de *inmodificable* asignada a la tarifa hora propietario, no se ve diluida por la mención que el documento de Emprestur hizo al registrar factores pertenecientes a esta categoría; justamente la individualización efectuada respecto de la THP y la Tasa AU, dotó a cada cual de una identidad propia que permite separarlas. No podrá entenderse que por el hecho de registrar en aquel cuadro factores asociados a ambos conceptos, ello conllevaría a un doble pago, pues bastaba identificar el contenido de cada uno para conocer su clasificación. Esto, en línea con la premisa de que un mismo concepto no podía estar incluido en los dos segmentos. Fiel al análisis que se ha efectuado, ha de recordarse que todo lo que no estuviera comprendido en la THP, debía estar incluido en la tasa AU, lo que confirma el criterio de exclusión fijado en el pliego.

129. Al examinar el multicitado documento de “ANÁLISIS PROYECTO EPM MENSUALES Y TOTALES ESTIMADOS”, se observa que allí estaba planteado un esquema de costos y gastos que permitía analizar la información contenida y verificar si con ella EPM tenía por justificado el porcentaje de tasa AU. Por tanto, se itera, bastaba que las cifras entregadas permitieran entender si la tasa AU quedaba explicada, para cumplir.

130. Lo anterior, concuerda con el postulado del pliego que únicamente requirió, como regla general, que el ofrecimiento consistiera en la determinación de un porcentaje

⁷⁹ Cd 4 a fl. 1201 del c. principal, desde el minuto 48:55 “Preguntas de la apoderada de Emprestur:

Apoderado: conforme a la hoja de vida... le puede informar al despacho, cuál es su experiencia en la elaboración de dictámenes en proceso de contratación estatal

Preguntado: en procesos de contratación estatal como tal no tengo, pues mi experiencia es en general contable y da lo mismo. (...) me tocaría hacer una especialización o profundizar en esa rama exclusivamente, pero a mí me parece que es lo mismo. (...) La actividad contable o de finanzas no es analizar contratos estatales. Que si a mí me ponen en una pericia a analizar este contrato, no puedo aceptar porque realmente no tengo los elementos

Apoderado: pero entonces usted ha realizado otro tipo de peritajes en ofertas dentro de procesos de contratación pública

Preguntado: No, en contratación pública no, siempre he estado en la privada, en los del circuito ahí está la experiencia que acreditó... ahí están algunos de los procesos... y todos han sido análisis de estados financieros, análisis de empresas, auditorías, indexaciones, reliquidaciones de créditos o algo por el estilo”.

sobre la THP, para definir la referida tasa. Luego, la regla secundaria –que autorizó a EPM a solicitar su detalle– apuntó a que la información entregada fuera clara en procura de efectuar el ejercicio de constatación de la entidad, pero no exigió un formato o cuadro específico para hacerlo, lo que haría primar lo sustancial sobre lo formal, como regla de principio establecida para tal proceso de selección. De ahí que EPM podía constatar de forma sustancial el tipo de costo o gasto indicado, al adelantar la evaluación.

- Función jurídica y económica de la tasa administrativa AU

131. La anterior argumentación se enlaza con el planteamiento formulado en la alzada, en el que se reprocha al fallo de primer grado haber pasado por alto que la Tasa AU ofertada por Emprestur no podía ser real según las cifras señaladas en aquel documento. Indica que sólo los gastos de administración (A) ascendían a \$301'163.306, muy superiores a la tarifa AU del 1.47% equivalente a \$163'916.525. Sostiene que al sumar la utilidad (U) de \$83'832.922, el resultado era una AU de \$384.996.228, que era 200% superior a la ofertada.

132. Un primer aspecto que debe ser precisado, es que el contenido de la “tasa de administración AU”, no se corresponde con una sumatoria de “administración + utilidades”. Justamente EPM describió con suficiencia que se trataba de una *tasa* expresada en un *porcentaje* sobre el valor fijo de la THP y, además, era resultado del análisis relacionado con las ventajas que cada proponente tuviera respecto de su estructura administrativa y las diferentes formas de analizar y absorber costos. Las razones se explican a partir de la función económica y jurídica de la Tasa AU.

133. En este punto, se recuerda que la calificación de las ofertas se edificó en dos variables: 10 puntos por cumplimiento de contratos, y 90 puntos en función del valor de la tasa AU que resultara siendo la de menor valor total comparado (VTC). Fue en el ámbito de configuración de este segundo factor que EPM abrió la competencia entre los proponentes con el fin de seleccionar aquel que mejores eficiencias, ventajas empresariales y capacidad de organización tuviera, lo que se vería representado directamente en un menor porcentaje de tasa AU y, por ende, del valor total ofertado.

134. Tales fueron las bases en que transcurrieron las tratativas de aquella negociación, pues EPM planteó un modelo de negocio respecto del cual informó, bajo premisas de claridad y suficiencia, que escogería a la empresa que no sólo evidenciara cumplimiento en servicios de este tipo, sino cuya estructura fuera sólida en una ecuación en la que se minimizaran costos y maximizaran eficiencias administrativas; ello explica que a este objetivo le asignó la mayor calificación (90), y fue al que apuntó en el marco de tal selección.

135. Esta tasa y su puntuación hacen relación a un factor individual de organización que dependía de la situación particular y de las ventajas y modelaciones empresariales de cada uno de los oferentes. Como es apenas comprensible, la tasa de administración exaltaba la capacidad de organización del transportador, quien debía analizar y proponer en un contexto de competencia el porcentaje con el cual podía administrar el servicio ofrecido.

136. Por ejemplificar, un proponente que cuenta con personal contable y de gerencia, equipos, oficinas, entre otros, al celebrar un nuevo contrato y ejecutarlo en simultáneo con otros negocios jurídicos, puede establecer diversas formas de absorber los costos totales o parciales del mismo, con la posibilidad de discriminar un porcentaje de cada contrato por centro de costos, lo que le permite mejorar el PYG⁸⁰ de un nuevo proyecto, pues la operación de la empresa ya cuenta con servicios y personal de administración, posibilitando que los gastos administrativos se reduzcan. Por ello, cada empresario determinaba, a través de sus valoraciones internas, la tasa AU que podía ofrecer y, consciente de ello, EPM dejó abierta dicha definición con una única limitante, como se pasa a señalar.

137. Entre los eventos que daban lugar al rechazo de las ofertas, el núm. 2.4.1.2 del pliego señaló que cuando se cotizara una tasa administrativa con porcentaje de cero (0), se configuraba una de tales causales. Por ello, en línea con su naturaleza, los interesados podían ofertar, en teoría, una tasa AU del 0.1% en adelante⁸¹, pues desde ese rango resultaba admisible una propuesta según las reglas del proceso de selección, sin queja sobre tal determinación por los proponentes expertos. Por tanto, también se indicó que EPM se reservaba el derecho de solicitar justificaciones en relación con la tasa ofertada de cara a sus componentes cuando lo considerara, todo lo anterior, en los siguientes términos:

“Se eliminará la propuesta en el evento de que cotice una Tasa Administrativa (AU) con porcentaje cero (0) o sin diligenciar (espacio en blanco), o cuando se presente la causal de eliminación indicada en el numeral 3.1.2.6. de este pliego de condiciones”.

138. De manera que el ejercicio empresarial inherente a dicha tasa quedó librado al análisis de cada competidor, y en ese ofrecimiento el proponente asumía los costos y riesgos propios de su definición. Ello es consistente con el hecho de que no se estableciera una regla de verificación puntual de los componentes de la tasa, y explica que el pliego sólo dejó planteada la posibilidad de que EPM solicitara su justificación como una pauta complementaria, para indicar que, en estos casos, el oferente estaba obligado a suministrar la información pedida.

139. Si se tratara de una suma de los gastos de “administración + utilidades” según los datos del cuadro que se analiza, el resultado sería el señalado por el actor. Sin embargo, el porcentaje de la tasa AU no se corresponde con una operación aritmética equivalente a una suma, sino al ejercicio de valoración que, sobre tal cifra, debía realizar el empresario para establecer el porcentaje de estos gastos que serían imputados al contrato. En ese sentido, tiene razón de ser, que fuese posible costear la administración del contrato, incluso a partir del 0.1%.

140. Este parámetro de definición fue el utilizado por la empresa cuya oferta fue aceptada; de modo que cobra relevancia incursionar en la declaración del testigo Álvaro Ospina Marín quien, como especialista en gerencia financiera y con una

⁸⁰ En la etapa de planeación, se trata de un análisis financiero sobre la estimación de pérdidas y ganancias que se estima puede generar un proyecto en su ciclo de ejecución.

⁸¹ En este punto se advierte que el testigo Jorge Alberto Restrepo Betancourt, profesional de EPM, aseveró conocer otros procesos de contratación más recientes de la entidad, en los que se han adjudicado contratos con un AU del 0%. CD 5, fl. 1201, c. principal. Al efecto, aportó: i) Informe de recepción de ofertas en el proceso CRW21245, en las que consta que participaron los oferentes que bajo el *sub-lite* son las empresas de transporte que fungen como demandante y demandado, y la respuesta al requerimiento sobre aclaración del AU por parte de Efitrans, en la que consta que la entidad le ha adjudicado por dos años consecutivos, contratos con una Tasa Administrativa del 0%. (Fls. 1132 a 1139, c. principal).

relación laboral con Emprestur desde el año 2010⁸², se pronunció en los siguientes términos, al preguntarle acerca de la tasa AU ofertada:

“Testigo: bueno la misma demostración de la tarifa matemáticamente demuestra que el proyecto es viable por varias razones, lo decía anteriormente, es que nosotros tenemos un grupo interdisciplinario que lo que hace es un análisis del proyecto y este se hace integral, esta compañía no fue creada para la ejecución de este contrato, somos generosos en cuanto hacemos toda la distribución y decimos vea esto me contribuye a los gastos, pero nosotros no incurrimos en un solo empleo adicional para administrar el contrato. Eso significa que teníamos la capacidad instalada para hacerlo y que lo que estábamos aprovechando es una capacidad ociosa que no estábamos utilizando, solamente contratamos dos funcionarios adicionales que están separados dentro de esos gastos que lo solicitaba el mismo cliente... al hacer ese análisis integral, pues tuvimos en cuenta el AU, la administración de 150 vehículos que nos solicita EPM y 30 vehículos que al momento de la contratación para nosotros eran cesantes y obviamente un vehículo que está parado es costo para la compañía, lo que aprovechamos es simplemente esa capacidad que tenemos de ponerla a funcionar, en ese orden de ideas, haciendo el análisis integral dentro de desglose que hacemos nos da para trabajar, nos da para ejecutar, nos da para hacer⁸³.

(...)

Abogado Ingetrans: usted recuerda si ese porcentaje de administración detallado por ustedes o ese valor de la administración, aunque no se recuerde la cifra, ¿era superior a la suma total de la AU?

Testigo: lo que pasa es que solicita EPM es, bueno, muéstreme la viabilidad del proyecto y lo acabo de decir, nosotros hacemos un análisis integral y así como asignamos cualquier cantidad de administración se pudo haber asignado cero de administración porque es que la compañía estaba totalmente funcionando con todos sus departamentos y nosotros no incurrimos en cero contrataciones para eso, entonces es a nuestra discreción o a discreción de la compañía, cuánto de gastos le asigna para absorberlos, eso es una propuesta como tal (...).

141. El testimonio es acorde a los documentos del proceso de selección y al objetivo que se trazó EPM en la etapa precontractual, pues la tasa AU fue establecida como el factor decisivo que enmarcaba el escenario de la libre competencia entre los oferentes, al depender de la organización empresarial de cada cual; al punto que EPM, en otras invitaciones públicas, obtuvo propuestas y celebró contratos con tasas AU del 0%, en tanto el esquema del proyecto permitiera absorber todos los gastos. Lo anterior, está en sintonía con lo afirmado por el testigo Jorge Alberto Restrepo Betancourt, funcionario de EPM⁸⁴ quien, en relación con este límite, manifestó:

“Testigo: (...) conozco en EPM, en el proceso CW-21245 que también es de transporte especial de personas, un proceso con dos grupos, en uno de los grupos uno de los oferentes ofertó a la empresa una tasa administrativa del 0%, el otro una tasa administrativa del 1.45% ...

(...)

nosotros definimos un valor hora a reconocer al propietario del vehículo, en ese hay unos componentes que enlisté anteriormente (...) y dejamos en libre competencia a las empresas el AU, ellos nos ofertan eso, y ese valor que nos ofertan es un porcentaje de este valor de referencia que nosotros definimos. En este proceso licitatorio tuvimos una empresa que nos ofertó un 0%, es reciente, yo traje la notificación de adjudicación y como uno de los oferentes nos justificó que podía desarrollar el contrato con ese 0% de tasa administrativa... porque él dice que pone vehículos propios al servicio de la operación (...).”⁸⁵

142. En el análisis financiero que realizó EPM para atender las inquietudes formuladas por Ingetrans a la tasa de Emprestur⁸⁶, acorde al testimonio transcrito, la entidad optó

⁸² Manifestó ser contador público, especialista en gerencia financiera, y con contar con “experiencia en toda el área contable financiera de impuestos, de importación y de exportación de aproximadamente unos 15 años”.

⁸³ Testimonio visible del min. 1:04:20 al 1:28:00 del Cd 5, fl. 1021, c principal. Segunda parte de la grabación de la audiencia de contradicción.

⁸⁴ Señaló que era “ingeniero mecánico con especialización en finanzas y mercado de capitales, actualmente soy el Jefe del Departamento de Transporte y Talleres de EPM, tengo como Jefe de ese departamento alrededor de 8 años y medio y estoy en la entidad desde hace 23 años en el tema de mantenimiento de flota, y desde hace 10 años trabajo con temas de transporte para la corporación”.

⁸⁵ Testimonio en min. 06:02 y ss. del Cd 5, fl. 1021, c principal.

⁸⁶ Fls. 785 a 794, c.3. Estudio financiero que fue descrito en su generalidad mediante el testimonio de Carlos Mario Tobón Andrade, min. 1:28:20 a 1:54:44, cd.3. fl. 1021, c principal.

por hacer las modelaciones en los escenarios de mayor estrés financiero, en los que constató, a partir de las cifras del oferente, la viabilidad de la estructura cuestionada.

143. El testigo Carlos Mario Tobón Arredondo⁸⁷, explicó que para atender la solicitud, sumó las partidas de gastos administrativos (+) utilidades (+) impuestos, incluido el de renta, y luego, al producto de esta operación, le restó los ingresos por administración de flota (–) la utilidad de capital por vehículos propios, resultando el valor de 163 millones de pesos, que equivalían a la tasa ofertada. Expuso que, incluso al hacer análisis de sensibilidad en el escenario financiero más ácido, para lo cual aumentó la base de todos los impuestos del proyecto, aun así se generaba una utilidad de 34 millones de pesos, por lo que concluyó que, en cualquier caso, la estructura presentada era viable conforme a las modelaciones efectuadas⁸⁸.

144. Este resultado, efectivamente logró plantear el escenario de mayor impacto en sede de factibilidad de la tasa, lo que, en definitiva, es criterio de razón suficiente que ampara la determinación de EPM en tener por justificada la tasa AU de Emprestrur. Con todo, la Sala no puede dejar de lado, que ese panorama se habría visto beneficiado si, además, se hubiese considerado que Emprestrur ofreció absorber los costos administrativos a través de su capacidad instalada y de funcionamiento, ventaja inherente a la citada tasa AU, en el marco de la competencia prevista en el pliego.

145. Hay que señalar que en ejercicio de la autonomía de la que gozaron los proponentes para seleccionar la metodología en la determinación de los costos y gastos del negocio proyectado, Emprestrur manifestó en la comunicación con la que hizo entrega del cuadro de análisis que se estudia, que la compañía tiene una capacidad administrativa y logística que respalda la propuesta. Puntualizó, lo siguiente:

“(…) Gracias a la vasta experiencia, por ser el core de nuestra compañía, se tienen validados todos los procesos y procedimientos para la elaboración de la viabilidad y posterior ejecución del proyecto, esto brinda para EMPRESTUR ventaja competitiva puesto que cuenta con todas las herramientas lógicas (sic) y físicas para hacer idónea la presente propuesta.

Tenemos a favor, que gracias a nuestra experiencia en transporte y el cumplimiento de los decretos (...) ha facilitado que compañías como la nuestra que cuentan con un amplio parque automotor propio, pueda optimizar sus recursos y costos además de generar ingresos adicionales, asimismo contamos con una infraestructura organizacional ya consolidada. En consecuencia y a manera de cumplimiento al rigor de la norma NO SE HACE NECESARIA para EMPRESTUR S.A la disposición de recursos adicionales para la implementación de las obligaciones del contratista solicitadas en el pliego de condiciones.

En síntesis, anexamos cuadro resumen el cual contiene especificado y detallado un análisis de costos del proyecto con el que se define y explica la viabilidad del mismo

⁸⁷ Quien se acreditó en audiencia como “administrador de negocios, especialista en finanzas, magíster en dirección financiera” y funcionario de EPM por 18 años; fue a quien correspondió emitir el concepto de viabilidad financiera solicitada.

⁸⁸ Al respecto el testigo indicó, lo siguiente: “nosotros para quedarnos tranquilos que la proponente le quedaban utilidades después del contrato, le pusimos el escenario más ácido en el tema impositivo, tanto en ICA como en impuesto de renta. En cuanto a la AU al hacer esa sensibilidad y poner digamos como base esa totalidad de los ingresos la AU de todas formas, del proponente no me cambió. Cuando yo hice la sensibilidad desglosé los costos de Emprestrur, la utilidad que le queda al final de contrato y en la AU. Les explico bien, la utilidad del contrato que presentó el proponente inicialmente, en su propuesta... 83 millones... le sumo los gastos administrativos... le sumo los impuestos... los que el reportó, más el impuesto de renta que el reportó... y le resto los ingresos recibidos por administración de la flota... y los vehículos propios... llego a la AU de 163 millones. Cuando hago la sensibilidad aumentando la base del impuesto de industria y comercio y aumentando la base, la utilidad del contrato se me cae a 34 millones, yo me quedo tranquilo, el contrato sigue dando utilidades. Esos 34 le sumo los gastos de administración, los mismos 301 millones, fuera de eso le sumo ese impuesto que ya obviamente es más alto porque la base es más alta, fuera de eso le sumo el impuesto de renta y le resto los otros ingresos que el oferente reporta ... llego al mismo valor de la AU que reportó el señor (...)”.

*para nuestra compañía. De acuerdo con nuestra estructura de costos ABC, calculamos que el proyecto contemplado absorbería aproximadamente un 25% de los costos/gastos administrativos actuales de nuestra empresa*⁸⁹.

146. En los anteriores términos, Emprestrur justificó el análisis de factibilidad de su oferta, con énfasis en dos aspectos: (i) que su “core” —esto es, el valor de su actividad que le permite tener ventajas competitivas— se sitúa en la experiencia adquirida en el ramo y, por ende, en las herramientas logísticas y físicas consolidadas de la empresa; y, (ii) en la adopción de una *estructura de costos ABC* conforme a la cual podía absorber los gastos/costos del proyecto, utilizando sólo el 25% aproximado de su capacidad total de funcionamiento.

147. Precisamente la estructura de costos ABC —por sus siglas en inglés referidas al concepto de Activity Based Costing⁹⁰— corresponde a una metodología que *“pone de manifiesto la necesidad de gestionar las actividades, en lugar de gestionar los costos (Aljabr, 2020; Duque y Osorio, 2003). Esta es una de las metodologías más utilizadas en la actualidad por su amplia aceptación y mayor credibilidad para el cálculo, la gestión de los costos y su estrecha relación con el direccionamiento estratégico (Rankin, 2020). (...) Las empresas de servicios, en particular, encuentran mucho valor en un sistema ABC, ya que la mayoría de su estructura incluye costos indirectos y el beneficio de los sistemas ABC es su capacidad para asignar costos indirectos ... mediante la identificación de las actividades y los generadores de costos (Wegmann, 2019)*⁹¹”.

148. En este sentido, el esquema de propuesta diseñada por Emprestrur bajo el sistema ABC, le permitía identificar las actividades requeridas frente a los recursos disponibles y absorber los gastos administrativos a través de sus propios costos/gastos generales, de manera que puso a disposición las máximas ventajas competitivas de las que gozaba, a partir de las cuales no requería recursos adicionales. Se colige, en consecuencia, que la tasa del 1.47% era plausible en cualquiera de las vías en que se modelara la oferta presentada por Emprestrur, incluida la segunda empleada por EPM, que fue el escenario más severo entre los que podían realizarse.

149. La Sala precisa que la modelación del ejercicio financiero más ácido efectuado por EPM, incluyó una representación que aumentaba la base impositiva reportada por Emprestrur en el cuadro explicativo, con miras a establecer si las observaciones de Ingetrans relacionadas con la existencia de yerros en la determinación de los montos asignados a cubrir los impuestos de Industria y Comercio - ICA y la estampilla Universidad de Antioquia —y su repercusión en los cálculos del impuesto a la renta— impactaban o no la tasa ofertada. Lo anterior permitiría determinar si dicho porcentaje estaba o no justificado.

⁸⁹ FIs. 775 y 776, c. 3.

⁹⁰ Entendida como una *“metodología de costeo que surge con la finalidad de mejorar la asignación de recursos a cualquier objeto de costo (producto, servicio, cliente, mercado, dependencia, proveedor, etc.) y tiene como objetivo medir el desempeño de las actividades que se ejecutan en una empresa y la adecuada asignación de costos a los productos o servicios a través del consumo de las actividades, lo que permite mayor exactitud en la asignación de los costos y permite la visión de la empresa por actividad (Gosselin, 2007, Wegmann, 2019). Tomado de “Costos Basados en las Actividades (ABC): aplicación de una herramienta para la gestión estratégica en empresas de servicios”. Cuadernos Latinoamericanos de Administración, vol. 17, núm. 32, 2021, Universidad El Bosque. TIEPERMANN RECALDE Josefina y PORPORATO Marcela.*

DOI: <https://doi.org/10.18270/cuaderlam.v17i32.3448>.

Consultado en <https://www.redalyc.org/journal/4096/409668434001/html/>

⁹¹ Ídem.

150. Sobre tales análisis, conviene volver sobre la declaración del testigo Carlos Mario Tobón Arredondo, a quien se encomendó la labor de analizar la viabilidad financiera de la estructura de costos/gastos entregada por Emprestur. Si bien el testigo tiene relación laboral con la entidad demandada, como fue indicado previamente, su dicho es relevante en el aspecto bajo análisis, de cara a la naturaleza y alcance del ejercicio que efectuó EPM sobre el AU seleccionado, pues fue el encargado de dar el concepto final sobre la factibilidad de tal factor y por ello podía explicar el proceso que realmente se surtió. El deponente aclaró que más que una corrección lo que se hizo fue un procedimiento interno de escenario ácido financiero:

“Testigo: (...) se me solicitó que hiciera unas sensibilidades digamos que a la propuesta presentada por Emprestur y lo que hice fue unas sensibilidades, lo que llaman los expertos unos análisis de estrés del flujo de caja en este caso de la estructura ... del contrato de tal forma que miráramos si haciendo esos análisis de estrés que enseguida describo qué es, al proponente aun le quedaba utilidad después de pagar los gastos administrativos y los impuestos ¿Qué se hizo? Se simuló un escenario ácido donde aumentamos la base para calcular el ICA, entonces se tomó la base de la totalidad de los ingresos del contrato y por otro lado, también se aumentó la tasa de impuestos de renta al 42%, de tal forma que, haciendo ese escenario, el escenario más ácido de todos, EPM quedara tranquila que al proponente le iba a seguir quedando una utilidad en el contrato. (...)

Apoderado demandante: de acuerdo con esa respuesta y desde el punto de vista de su criterio técnico objetivo, si las EPM reconocen que el proponente no tuvo en cuenta todos los impuestos ¿ese cálculo del AU debía ser reconsiderado o podía seguir permaneciendo igual?

Testigo: en mi opinión el concepto, como lo dije, no tiene una objeción de ningún tipo financiero, (...) se hicieron (sic) un análisis de sensibilidad, simplemente fue inclusive para disminuir el riesgo en el sentido de aumentar una base para calcular un impuesto y suponer unos impuestos máximos de tal forma que si eso ocurriese el escenario más estresante de todos aun quedara una utilidad para el contrato”⁹².

151. Enfatiza la Sala que, sobre el dicho de este testigo, en términos de lo acontecido, no hay oposición en el proceso; sólo que para el actor la actuación misma de EPM de reconocer falencias en algunos de los valores de la tasa analizada y modelar cálculos sobre bases impositivas diversas, conduce a evidenciar que ésta no fue completa, en tanto no se incluyeron todos los conceptos y valores que debía contener, así que no era real.

152. Para la Subsección, el comportamiento de EPM de analizar en el plano económico la viabilidad de la tasa ofrecida y, para ello, realizar ejercicios de sensibilización financiera en los que se proyectaron escenarios de mayor carga tributaria y evaluaron sus efectos, corresponde a una medida adecuada a las pautas que informan la función económica y jurídica atribuida a la tasa AU en el pliego y al ámbito de competencia que lo justifica, todo lo cual, pone en evidencia un comportamiento ajustado al principio de buena fe en la etapa precontractual.

153. Y es que la referida tasa nunca estuvo dirigida a escrutar, y menos valorar, la estructura de funcionamiento de los proponentes. Ese factor contenía valoraciones asociadas a las ventajas competitivas de cada empresa y, además, abarcaba los riesgos estimados por el oferente al hacer la proposición; de manera que la ESP, en esa figura, demarcó los roles y riesgos que iba a asumir el transportador elegido (un experto), respecto de las decisiones estratégicas con las que podía gestionar su capacidad administrativa.

⁹² CD 4, fl. 1201, c. principal.

154. Allí anida la razón de que el pliego únicamente exigiera indicar una cifra en términos porcentuales como tasa AU, lo que se constata en que para presentar las ofertas no se requería del soporte o desglose de los ejercicios internos de los participantes, criterio que estaba enderezado al reconocimiento de una valoración que expresara las máximas ventajas competitivas ligadas a la organización y administración de cada empresa, y a la libre determinación de las utilidades que el proponente estableciera.

155. Estas reglas, al ser leídas en clave de la naturaleza netamente competitiva del sector de prestación de los servicios públicos domiciliarios⁹³, permiten considerar que hay cierta información tanto de los competidores como de los contratantes que no debe ser puesta en conocimiento de otros sujetos⁹⁴, ni siquiera por cuenta de un proceso de selección. El perfil de la tasa AU es uno de tales escenarios, así que el diseño de las pautas relativas a la suficiencia de señalar un porcentaje en esta materia obedece a una comprensión del propio campo de la actividad empresarial, donde no es razonable, ni se justifica, revelar a sus competidores el detalle de las ventajas que lo benefician. Sería tanto como exigir dar a conocer el *know how* que es, precisamente, una sumatoria de conocimientos, desarrollos y experiencias que aportan valor y posicionamiento a la actividad que desarrolla su titular.

156. La misma perspectiva debe guiar el entendimiento de la pauta bajo la cual EPM se reservó el derecho de solicitar explicaciones o justificaciones relacionadas con el detalle de los componentes de la tarifa AU, pues su interpretación no podrá estar en contra de la naturaleza de la tasa, ni imponer al oferente revelar, por esta vía, el detalle de sus ventajas competitivas (que es la esencia de esta figura). Bajo esta óptica, lo que enseña tal estipulación es que ante la solicitud de EPM en torno a la explicación de la composición de la tasa AU, el proponente debía lograr justificar los detalles necesarios que confirmaran que el porcentaje ofertado por dicha tasa tenía factibilidad para cubrir los gastos y costos asociados a este factor.

157. Lejos de que EPM, en este camino, tuviera que incursionar en el pormenor de cada rubro (en tanto los valores por administración y utilidades podrían estar distribuidos en diferentes centros de costos, ser compensados, o absorbidos total o parcialmente), el porcentaje de la tasa seguía siendo, desde su confección, el marco de análisis como factor global de modelación. En estos términos, Emprestrur explicó que no requeriría recursos adicionales en perspectiva de gastos administrativos y utilidades, y abrió el modelo económico para llegar a tal ofrecimiento, indicando que correspondía al sistema de costos ABC.

158. Por su parte, EPM revisó las cifras señaladas en el cuadro, discriminó las que correspondían a THP y las que se catalogaban como parte de la tasa AU, se pronunció sobre los errores que el actor adujo sobre los conceptos de *“mantenimiento y reparaciones”*, *“impuesto de renta”*, y *“margen después de impuestos”*; y, a partir de

⁹³ Como lo declaró el testigo Jorge Alberto Restrepo, al denotar que EPM, advirtiendo el escenario de libre competencia de la contratación, dejó al arbitrio de cada proponente fijar su AU; como párrafos atrás fue referido, indicó que las Empresas Públicas de Medellín dejaron ***“en libre competencia a las empresas, el AU”***. (Se resalta). Cd 5, Fl. 1201, c. principal.

⁹⁴ La Superintendencia de Servicios Públicos en concepto 135 de 2015 expuso, entre otras cosas, que debe analizarse qué tipo de información se está requiriendo, pues puede haber datos confidenciales *“no solo de la empresa sino de terceros (como, por ejemplo, sus contratistas), a la cual no puede acceder cualquier persona”*.

allí, avanzó en las sensibilidades plasmadas en el escenario de mayor estrés financiero. Este ejercicio dictaminó que, aún bajo la representación de cálculo sobre una tasa del 1.47%, proyectada con un aumento del 42% de la base impositiva, el porcentaje ofertado tenía factibilidad. Conforme a lo anterior, quedarían cubiertos todos los gastos administrativos señalados en el cuadro justificativo, e incluso el negocio dejaba utilidades.

159. De modo que el ejercicio desplegado fue adecuado a los fines de la selección, por lo que la Sala no encuentra un escenario de vulneración de las tratativas negociales, siendo incluso más riguroso de lo que la naturaleza de la tasa imponía; y, a la par, solventó las observaciones de Ingetrans sobre los impuestos cuya composición había cuestionado. Se precisa que no se trataba de ajustar la tasa y sus valores, pues ello era un asunto interno de la empresa, y en efecto la tasa no se modificó; sino de constatar que sus bases respondieran afirmativamente ante la predicción de determinadas variables, en este caso el mayor costo en el ámbito impositivo, y la clasificación de los componentes en su estructura de valoración, sin ingresar en las ventajas competitivas ofertadas.

160. En contra de lo anterior, el actor habría tenido que desacreditar que Emprestrur contaba con esa capacidad de funcionamiento, personal, oficinas, entre otros, reflejadas en la tasa AU, así como demostrar que EPM, bajo las reglas del pliego, tenía la obligación de profundizar hasta ese punto. Y ninguno de estos postulados tienen respaldo probatorio, ni fundamento en las reglas de la invitación.

161. Lo dicho hasta acá, lleva a señalar que no existió una ruptura por parte de EPM de los principios que informan la etapa precontractual, pues la ESP no sorprendió a los interesados en aquella invitación con una postura descaminada que merezca reproche, teniendo en cuenta que las bases de las pautas informadas, y la claridad con que se puso en conocimiento la estructura del *valor - precio* a proponer, dejó establecido el marco de competencia empresarial en el que transitaría la selección, sin que se sostenga reproche alguno que comprometa la responsabilidad de EPM por culpa *in contrahendo*.

162. No está demás mencionar, que el apelante precisó que, con los yerros aducidos respecto de la conformación de los componentes de la tasa AU, *“lo que se pretende demostrar, es que la Tasa Administrativa del 1.47 ofertada por EMPRESTUR y que sirvió de base para la comparación y aceptación de las ofertas, no es real, porque no incluyó todos los valores declarados por el mismo proponente en el documento antes reseñado”*, argumento conforme al cual esta Sala, al no encontrar razones y elementos demostrativos que sustenten la existencia de una tasa AU apartada de la realidad, concluye que carecen de vocación de prosperidad los cargos de la alzada, y confirmará la sentencia de primera instancia.

163. Podría decirse que este aspecto debe tratarse desde el inicio como elemento definitorio, pues sin daño no hay responsabilidad, y sin uno y otro se diluye el escenario en el que pueda hacer presencia un conflicto de este tipo. Pero en este caso, la Subsección ha optado por empezar su análisis en punto al régimen de la responsabilidad, reservando los apartes finales al elemento del daño, en la medida que, sin desconocer su preponderancia, se busca una aproximación metodológica

bajo la cual la ausencia de transgresión a la buena fe en las tratativas precontractuales permita descartar que tal daño antijurídico se haya presentado, lo que impone analizar primero las particularidades de este régimen de responsabilidad.

164. Como corolario del análisis efectuado en esta providencia, la Sala quiere remarcar la distinción entre el daño y el perjuicio que se puede reclamar bajo el circuito que atañe a la responsabilidad *in contrahendo*. Tal y como quedó expresado párrafos atrás, en la actividad precontractual regida por el derecho privado, el daño se hace consistir en la ruptura intempestiva e injustificada de los tratos previos en desconocimiento del deber de actuar de buena fe, así que este panorama reclama el examen de tal postulado y de los deberes secundarios que lo informan.

165. Ante la constatación de tal ruptura, es decir, evidenciado el daño, el perjuicio susceptible de reclamo e indemnización corresponde al interés negativo o de confianza, puesto que aquello que es objeto de reparación es el súbito abandono de quien avanza en un estado negocial y se margina de éste, a costa del daño cierto, relevante y patrimonialmente objetivo que tal conducta genera en el sujeto que confió razonadamente en la concreción de un negocio jurídico.

166. La Sala es asertiva en precisar que el daño que así se gesta, no se concibe ni se corresponde con el interés positivo o de cumplimiento; es decir, quien aduce esta responsabilidad en juicio no puede postular a su favor la utilidad que le habría reportado la celebración del negocio jurídico, y ello deriva de la aplicación del artículo 863 del Código de Comercio que reconoce en los acercamientos y tratativas la función jurídica de aproximar las voluntades con la posibilidad de contratar o no, pero con el límite que demarca el deber de actuar de buena fe sin despojarse de los deberes de conducta asociados a éste.

167. Por manera que no habiendo un derrotero que imponga bajo el derecho común un destino de adjudicación o su equivalente⁹⁵, como sí ocurre, por regla general, frente a los procesos de selección regidos bajo el EGCAP, escapa de esta modalidad de reparación el perjuicio que exceda esta etapa, lo que descarta que su proyección se cimiente en lo que habría sido la suscripción y ejecución cumplida del contrato.

168. Más allá de que esta Sala no halló configurado el daño aducido, lo que basta para negar las pretensiones –aspecto que con lógica impide avanzar en un análisis de perjuicios– la Subsección no se reserva la mención de que el actor reclamó un interés positivo que según el régimen jurídico aplicable al proceso de contratación del que participó, y dentro del cual se profirió la carta de aceptación demandada, no corresponde al que atañe a la etapa precontractual; manifestación que únicamente se hace por resultar ilustrativo en torno a las precisiones inherentes al régimen.

169. En ese orden de ideas, sin lesión de los deberes que se imponen en la fase de negociación en sede de responsabilidad *in contrahendo*, la Sala concluye que no se presentó el daño que se reclama; en este sentido, no sólo porque las pretensiones de responsabilidad no están llamadas a ser declaradas, sino también en tanto el perjuicio que se aduce no corresponde a la lesión susceptible de haberse inferido, la Sala

⁹⁵ Dejando a salvo el tratamiento legal asignado a la oferta mercantil, o según los términos de la invitación respectiva.

verifica la falta de acreditación del daño susceptible de indemnización, requisito ineludible de toda reparación.

170. En los términos referidos, se impone confirmar la sentencia que negó las súplicas de la demanda.

Costas

171. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas en esta instancia, cuya liquidación y ejecución se regirán por el Código General del Proceso. El artículo 365 del citado Estatuto, en su numeral 1, dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

172. Atendiendo a lo ordenado en la citada norma, se condenará en costas a la parte demandante, quien interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y se le resolvió desfavorablemente.

173. Adicionalmente, el artículo 361 ibidem prevé que las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados causados durante el trámite de la controversia. El pleito de la referencia corresponde a una controversia de reparación directa con cuantía que implicó que la parte demandada vencedora (EPM E.S.P. y Emprestrur S.A.) tuviera que designar y sufragar abogados que ejercieran la defensa judicial de sus intereses, expensas que se generan por la sola vigilancia del proceso⁹⁶, motivo por el cual la Sala fijará las agencias en derecho en la suma equivalente a tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes⁹⁷, suma que se dividirá en partes iguales a favor de cada una de las demandadas.

174. Ante esta definición, se impone la liquidación de las costas de manera concentrada por parte del Tribunal de origen, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

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

III. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 26 de junio de 2024, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS por la segunda instancia a la parte demandante, en favor de EPM E.S.P. y Emprestrur S.A. Para el efecto, las agencias en derecho se fijan en la suma de tres (3) salarios mínimos mensuales legales

⁹⁶ Sobre las labores de vigilancia del proceso como criterio suficiente para fijar agencias en derecho, se pueden consultar, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 19 de febrero de 2021, exp. 64.401, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 19 de marzo de 2021, exp. 68.836, C.P. María Adriana Marín; del 17 de junio de 2022, exp. 67.178, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; del 21 de noviembre de 2022, exp. 68.941, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y del 3 de febrero de 2023, exp. 69.319, auto de 9 de abril de 2021, C.P. María Adriana Marín, exp: 64.150 y auto de 19 de marzo de 2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, exp: 65.193.

⁹⁷ Acorde a lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, aplicable al presente asunto dado que la demanda fue presentada el 1 de febrero de 2017.

Radicación: 05001233300020170031501 (71.699)
Demandante: Ingetrans S.A.
Demandado: EPM E.S.P. y otro
Asunto: Reparación directa

vigentes, la cual se dividirá en partes iguales a favor de cada una de las demandadas. Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo*, en los términos señalados en el artículo 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

***Nota:** se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.*

