

ACTOS PRECONTRACTUALES – Régimen jurídico – Derecho privado

En la medida en que el régimen jurídico de los actos precontractuales de la EAAB es el derecho privado –como lo precisó la entidad en las condiciones y los términos de la invitación pública a presentar ofertas No. ICSM-1270-2017-, 20-21 para la Sala es claro que al proceso de selección adelantado no resultaban aplicables el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante, el “EGCAP”), ni los precedentes judiciales sobre la subsanabilidad del certificado del Registro Único de Proponentes (en adelante, el “RUP”) invocados por Presoam S.A.S. durante el trámite de la invitación pública y en la demanda que dio origen a esta controversia, máxime si se tiene en cuenta que en las reglas de la invitación establecidas por la EAAB se disciplinaron los aspectos relativos al RUP.

RUP – Características – Exigencia – Entidades no sometidos al EGCAP – Exigencia de RUP – Verificación de los requisitos habilitantes

En relación con este punto, resulta pertinente apuntar que, si bien de conformidad con el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 – “[p]or medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos” –, el RUP es un registro público en el que consta “la información relacionada con la experiencia, [y la] capacidad jurídica, financiera y de organización (...) y su clasificación” de “las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia” que, por regla general, deben inscribirse en él cuando “aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales” sometidas al EGCAP, nada obsta para que, como ocurrió en este caso, en ejercicio de su autonomía privada y de la libertad contractual, las entidades no sometidas al EGCAP verifiquen los requisitos de experiencia y capacidad exigidos en sus procesos de selección y su clasificación a partir de la información registrada por los oferentes en el RUP.

ETAPA PRECONTRACTUAL – Buena fe exenta de culpa – Contradicción de las condiciones y términos del proceso de selección

El anterior recuento fáctico evidencia que, con fundamento en documentos aportados extemporáneamente por uno de los participantes en la invitación pública No. ICSM-1270-2017, y en contravía de lo establecido por ella misma en las condiciones y los términos del proceso de selección, la EAAB habilitó al oferente en cuestión, proceder que, a la postre, condujo a que la entidad aceptara la oferta de aquel. Así, no le asiste razón a la EAAB cuando afirma, en las excepciones de mérito que propuso al contestar la demanda, que su conducta en el marco de la invitación pública No. ICSM-1270-2017 “no puede ser objeto de reproche [al]guno”, y que las decisiones que adoptó “se emitieron siguiendo los lineamientos establecidos en el Manual de Contratación y con base en el análisis de las propuestas conforme [a] lo establecido en los términos y [las] condiciones de la invitación”.

A juicio de la Sala, la conducta de la EAAB configura una trasgresión a la "buena f[e] exenta de culpa" que debe gobernar la etapa precontractual por mandato del artículo 863 del Código de Comercio, y así se declarará en la parte resolutiva de esta providencia. En efecto, quien –como en este caso la EAAB– realiza una invitación a presentar ofertas con el propósito de que terceros participen en un proceso de selección de un contratista a ser adelantado con base en unas reglas previamente determinadas por quien formula la invitación –como en este caso las condiciones y los términos de la invitación pública No. ICSM-1270-2017– genera, en cabeza de cada uno de los sujetos que efectivamente participen en la invitación, la confianza –más propiamente, la expectativa legítima– de que el proceso de selección se desarrollará con apego a las reglas previamente establecidas, interés jurídicamente relevante cuya lesión amerita una reacción de tutela por parte del ordenamiento jurídico.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – Reconocimiento – Contravención de la buena fe en la etapa precontractual

Según el artículo 863 del Código de Comercio, obrar por fuera de la buena fe durante la etapa de formación de un negocio jurídico da lugar a "*indemnizar los perjuicios que se causen*" –o mejor, a responsabilidad patrimonial–. Sin embargo, comoquiera que en el presente caso Presoam S.A.S. es quien pretende obtener la declaratoria de responsabilidad precontractual de la EAAB, y esta sociedad participó en la invitación pública a presentar ofertas No. ICSM-1270-2017 sin siquiera haber aportado un certificado de inscripción en el RUP que permitiera verificar los requisitos habilitantes exigidos por la empresa en el proceso de selección –en la forma establecida en las condiciones y los términos de la invitación–, la Sala concluye que no hay lugar al reconocimiento de perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante en su favor.

En otras palabras: el reconocimiento de perjuicios a favor de Presoam S.A.S. no se niega por el solo hecho de no haber presentado una oferta que pudiera ser considerada como la mejor según las condiciones y los términos de la invitación pública No. ICSM-1270-2017, sino porque la sociedad demandante participó en una invitación a presentar ofertas con una propuesta que de manera indiscutible no reunía los requisitos mínimos para ser valorada por la EAAB, lo que constituye una conducta suya que impide acceder a reconocerle la indemnización a la cual tendría derecho.



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

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 19 de agosto de 2025

Radicación: 25000-23-36-000-2018-00600-01 (69.446)
Demandante: Asesores y Consultores Presoam S.A.S. (Presoam S.A.S.)
Demandada: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. (EAAB)
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Temas: *NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO* – actividad precontractual – naturaleza y régimen jurídico de los actos precontractuales de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios – responsabilidad precontractual de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios – buena fe en el periodo precontractual.

Síntesis del caso: la parte demandante solicita, entre otras pretensiones, que se declare la nulidad de unos “actos administrativos” emitidos por la entidad pública prestadora de servicios públicos domiciliarios demandada en el marco de un proceso de invitación pública adelantado por la entidad con el propósito de seleccionar a un contratista.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia proferida el 25 de junio de 2020 por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.¹

Contenido: 1. Antecedentes – 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante – 1.2. Posición de la parte demandada – 1.3. Trámite relevante en primera instancia – 1.4. Sentencia de primera instancia – 1.5. Recurso de apelación

1.1. Posición de la parte demandante

1. El 19 de junio de 2018, Asesores y Consultores Presoam S.A.S. (en adelante, “Presoam S.A.S.”) presentó una **demand**,² en ejercicio del **medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho**, en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. (en adelante, la “EAAB”), en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se trascibe):

“DECLARATIVAS

3.1. Que se declare la nulidad del Acta de Recomendación de Adjudicación de fecha 30 de diciembre de 2017, suscrita por el Comité Evaluador y el Director de Contratación y Compras del Acueducto de Bogotá, y el Acta de

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

² Folios 3-35 del cuaderno principal.

Radicación:	25000-23-36-000-2018-00600-01 (69.446)
Demandante:	Presoam S.A.S.
Demandada:	EAAB
Referencia:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión:	Revocar y adicionar la sentencia de primera instancia

Aceptación de la recomendación de Adjudicación de radicado 25200-2017-30, por medio del cual se adjudicó la Invitación Pública ICSM-1270-2017 (...)

3.2. Que en consecuencia de las anteriores declaraciones y como restablecimiento del derecho, se declare que la propuesta presentada en la Licitación Pública ICSM-1270-2017 por (...) PRESOAM SAS era la más beneficiosa para entidad y, por lo tanto, le correspondía la adjudicación del contrato.

CONDENATORIAS

3.3. Que se le reconozca por DAÑO EMERGENTE los gastos que incurrió con ocasión de la presentación de la oferta, correspondientes a la suma de \$ 9.260.000 representados en gastos en el pago de la póliza de seriedad de la oferta y gastos administrativos para la presentación de la propuesta.

LUCRO CESANTE

Que a raíz de las anteriores declaraciones se restablezca el derecho a reconocer el monto que en derecho le hubiese correspondido si se le hubiese adjudicado como debía el contrato, el cual se concreta en el valor de \$1.163.909.250 por concepto de utilidades dejadas de percibir, la cual se calcula en el 30% de lo ofertado para la ejecución del contrato, descontándole el valor del IVA.

3.4. Que la entidad pública demandada, queda obligada a dar cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado por el art. 192 del CPC., y reconocerá los intereses de que trata el art. 195 ibidem, a partir del momento de la ejecutoria del fallo.

3.5. Que se indexen las pretensiones condenatorias contenidas en los numerales 3.4. y de conformidad a lo establecido por el inciso final del Artículo 284 y numeral 4 del artículo 446 del Código General del Proceso.

3.6. Que se condene en costas a la parte demandada de conformidad al Artículo 188 del CPACA."

2. En el escrito de **demandado**, la parte demandante narró, en síntesis, los siguientes **hechos**:

3. 1) El 31 de octubre de 2017, la EAAB ordenó la apertura del proceso de invitación pública No. ICSM-1270-2017, con el propósito de seleccionar al contratista que se encargaría de "adelantar los procesos de adquisición de [los] predios que [fueran] requeridos para la conservación y [la] recuperación de las áreas de importancia estratégica para la preservación de [los] recursos hídricos que surten de agua al acueducto de Bogotá D.C., en cumplimiento del artículo 111 de la Ley 99 de 1993."

4. 2) El 11 de diciembre de 2017, al cierre de la invitación pública No. ICSM-1270-2017, la EAAB había recibido tres ofertas: la de Presoam S.A.S., la de Arce Rojas Consultores & Compañía S.A.S. y la de Avales Ingeniería Inmobiliaria S.A.S. (en adelante, "Avales").

5. 3) "Al momento de presentación de la propuesta de PRESOAM el Registro Único de Proponentes estaba vigente, pero se encontraba en actualización de una experiencia, trámite que se había iniciado antes del cierre de conformidad al precedente de subsanabilidad del RUP establecido por el Consejo de Estado."³

³ Presoam S.A.S. aludió específicamente a las siguientes sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: Subsección A, Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 29.855; y Subsección C, Sentencia de 1 de abril de 2016, exp. 47.145.

6. 4) El 15 de diciembre de 2017, la EAAB publicó (se trascibe): “el primer informe de evaluación a todos los proponentes y (...) le permit[ió] subsanar a los otros dos proponentes, SIN QUE EN NINGÚN MOMENTO (...) LE DIERA A PRESOAM LA MISMA OPORTUNIDAD LEGAL (...).” Según se desprende de la demanda, en el primer informe de evaluación la oferta de Presoam S.A.S. fue rechazada “por no tener el RUP en firme”.

7. 5) “El 20 de diciembre de 2017 qued[ó] en firme el RUP de Presoam”. Según se extrae de la demanda, este certificado fue aportado por Presoam S.A.S. a la EAAB en la misma fecha, como un anexo del escrito de observaciones al primer informe de evaluación.

8. 6) “[E]l 20 de diciembre de 2017 se le d[io] UNA NUEVA OPORTUNIDAD LEGAL al proponente (...) AVALES (...) para que subsan[ara] lo relacionado con la experiencia.”

9. 7) Según se infiere de la demanda, el 22 de diciembre de 2017, en respuesta a las observaciones formuladas por Presoam S.A.S. al informe de evaluación de 15 de diciembre de 2017, la EAAB señaló que el oferente no cumplía ninguno de los requisitos habilitantes de la invitación pública No. ICSM-1270-2017, por no haber presentado “el RUP en firme a la fecha de cierre”.

10. 8) El 23 de diciembre de 2017, Presoam S.A.S. realizó observaciones a la anterior respuesta, las cuales fueron contestadas por la EAAB en la misma fecha, “limitándose a manifestar sin motivación que los términos de referencia eran claros, [y] omit[iendo] pronunciarse sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado.”

11. 9) El 27 de diciembre de 2017, la EAAB publicó el informe final de evaluación (se trascibe): “en el que la entidad no solo reiter[ó] las oportunidades dadas a AVALES para subsanar, sino que ella misma le subsan[ó] para adjudicarle.”⁴

12. 10) El 27 de diciembre de 2017, Presoam S.A.S. formuló observaciones al informe final de evaluación de la misma fecha, observaciones a las cuales la EAAB dio respuesta al día siguiente, “reconociendo que a Avales (...) se le permitió subsanar en diversas ocasiones.”

13. 11) Luego de la “apertura de[] sobre económico, (...) [m]ediante memorial bajo radicado 11900-2017-3098 del 30 de diciembre de 201[7], el Comité Evaluador recom[endó] la adjudicación a Avales (...)”.

⁴ Según se explicó en la demanda, la EAAB (se trascibe): “manif[estó] que el Comité Evaluador ingresó a la página del metro de Medellín para validar el contrato de AVALES (...), y afirm[ó] que sí cumplí[ía], sin embargo, no ha[bía] evidencia o prueba documental que dem[ostraría] que se cumplí[ía] con la actividad de censo social y evaluación socioeconómica; aunado al hecho [de] que dentro de [los] deberes y [las] obligaciones de una entidad pública no está la de subsanarle a un proponente cuando este omite hacerlo.”

Radicación:	25000-23-36-000-2018-00600-01 (69.446)
Demandante:	Presoam S.A.S.
Demandada:	EAAB
Referencia:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión:	Revocar y adicionar la sentencia de primera instancia

14. 12) “Mediante Aceptación de la recomendación de adjudicación, radicado 25200-2017-30 del 30 de diciembre de 2017, se adjudic[ó] el proceso de Invitación Pública ICSM-1270-2017 (...) al proponente AVALES (...).”

15. Según Presoam S.A.S. (se trascibe): “el Acta de Recomendación y la de Aceptación de recomendación de fecha 30 de diciembre de 2017, se profirieron en abierta contradicción de los principios de la contratación pública contenidos en la ley 80 de 1993 y el precedente del Consejo de Estado que les ha dado alcance.” Concretamente, se refirió a:

16. 1) “[L]a violación al principio de selección objetiva y [al] debido proceso”, con fundamento en que (se trascibe): “dentro del alcance que se le atribuye a [los] principio[s] de transparencia, selección objetiva y debido proceso, se establece la subsanabilidad del RUP siempre y cuando el trámite de actualización sea previo a la presentación de la propuesta.”

17. 2) “[L]a violación al principio de igualdad e imparcialidad”, con fundamento en que (se trascibe): “al adjudicatario [en] relación [con] los otros dos proponentes se le dieron ventajas y prerrogativas (...).”

1.2. Posición de la parte demandada

18. El 8 de octubre de 2018, la EAAB **contestó la demanda**.⁵ Propuso las excepciones de mérito⁶ que denominó “inexistencia de presupuestos para la prosperidad de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho frente a los actos de recomendación de adjudicación (...) y (...) de aceptación de la recomendación de adjudicación (...) – certeza del daño en los eventos de pérdida de oportunidad de la adjudicación de un contrato” y “legalidad de los actos de recomendación de adjudicación (...) y (...) de aceptación de la recomendación de adjudicación (...).” En desarrollo de las excepciones propuestas, la EAAB argumentó que “los daños cuya indemnización se demanda no tienen relación de causalidad con la conducta de [la EAAB], conducta que (...) no puede ser objeto de reproche [al]guno”, y que “los actos administrativos (...) no se encuentran viciados de nulidad, ya que se emitieron siguiendo los lineamientos establecidos en el Manual de Contratación y con base en el análisis de las propuestas conforme [a] lo establecido en los términos y condiciones de la invitación pública ICSM-1270-2017.”

⁵ Folios 1-36 del cuaderno 3.

⁶ La EAAB también formuló la “excepción previa” de “inepta demanda por no ser susceptible[s] de control judicial [los] acto[s] administrativo[s] demandado[s]”, la cual fue declarada probada por el despacho sustanciador del Tribunal en la audiencia inicial de 23 de julio de 2019 –folios 142-153 del cuaderno principal–, “única y exclusivamente en cuanto se refiere a la pretensión de nulidad del acta de recomendación de adjudicación”.

1.3. Trámite relevante en primera instancia

19. Al **admitir la demanda**, mediante Auto de 11 de julio de 2018,⁷ el despacho sustanciador del Tribunal ordenó **integrar el contradictorio** mediante la vinculación de Avales en condición de **litisconsorte necesaria** de la EAAB.

20. El 4 de marzo de 2019, Avales **contestó la demanda**.⁸ Formuló, entre otras,⁹ la excepción de mérito¹⁰ que tituló “*inex[is]tencia del derecho*”, con fundamento en que (se trascibe): “*las normas citadas para permitir el subsane no le son aplicables al régimen especial de Contratación de la [EAAB]. Además de lo anterior no demuestra bajo qué criterios tasa un porcentaje del 30% como utilidad dejada de percibir.*”

1.4. Sentencia de primera instancia

21. El 25 de junio de 2020, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió **sentencia de primera instancia**.¹¹

22. Luego de efectuar unas consideraciones generales acerca del régimen prevalentemente de derecho privado de los actos y contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, entre otros temas,¹² y de hacer referencia a las condiciones y los términos de la invitación pública No. ICSM-1270-2017,¹³ el Tribunal negó las pretensiones de la demanda con fundamento en que (se trascibe):

“(...) el demandante allegó el día 11 de diciembre de 2017, un RUP que tal y como el manifiestó en el escrito de la demanda no estaba en firme y después de estar en firme fue que la inscripción del RUP cobró firmeza el día 20 de diciembre de 2017.

Quiere significar lo anterior que de acuerdo con las reglas fijadas por la demandada al haberse presentado un RUP que no estaba en firme y el cual adquirió firmeza después de la fecha de cierre del proceso de selección (...), evidentemente no habilitaba la propuesta del actor para que pudiera ser evaluada y es por ello que las evaluaciones jurídica, financiera y técnica se calificó su propuesta como NO CUMPLE (...)

(...) de las pruebas allegadas no se observa si el actor presentó un certificado anterior a la solicitud de la renovación del RUP y que este haya sido proferido con una antelación no mayor a 30 días calendario al cierre del proceso y, (...) en las observaciones formuladas por el demandante tampoco se tiene que se haga alusión a este certificado, lo que permite inferir que no lo presentó (...)

⁷ Folios 39-44 del cuaderno principal.

⁸ Folios 94-99 del cuaderno principal.

⁹ Avales también propuso las excepciones de mérito que denominó “*inexistencia de mejor puntaje sobre el adjudicatario*”, “*no solicitud de nulidad del contrato*” e “*inexistencia de prueba de perjuicios por concepto de lucro cesante y daño emergente*”. Sin embargo, la Sala se abstendrá de relacionar los argumentos expuestos en desarrollo de ellas, en la medida en que no resulta relevante para la decisión que aquí se adoptará.

¹⁰ Avales también propuso la excepción mixta de “*caducidad de la acción*”, la cual fue declarada no probada en la audiencia inicial de 23 de julio de 2019.

¹¹ Folios 197-213 del cuaderno principal.

¹² El Tribunal también se pronunció de manera general sobre el Registro Único de Proponentes, los “[p]resupuestos para la configuración del pliego de condiciones” y la “[n]aturaleza de los pliegos de condiciones”.

¹³ Concretamente, al capítulo V –“requisitos habilitantes”–.

Radicación:	25000-23-36-000-2018-00600-01 (69.446)
Demandante:	Presoam S.A.S.
Demandada:	EAAB
Referencia:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión:	Revocar y adicionar la sentencia de primera instancia

Finalmente, ha de mencionarse que si bien es cierto el Consejo de Estado ha dicho que el RUP es un requisito subsanable, (...) el demandante tuvo la oportunidad de subsanar la falencia del RUP, pero no lo hizo dentro del término pre establecido."

23. En la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia se dispuso lo siguiente (se trascibe):

"PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda (...)

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora por lo cual deberán pagar a favor de la demandada, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO: Por secretaría de la Sección notifíquese a las partes la presente providencia en los términos del artículo 203 del CPACA, con la advertencia de que los términos los términos de ejecutoria solo empezarán a correr una vez el Consejo Superior de la Judicatura decrete el levantamiento de la suspensión de términos.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación, en los términos dispuestos en el artículo 243 y 247 del CPACA."

1.5. Recurso de apelación

24. El 13 de agosto de 2020,¹⁴ Presoam S.A.S. interpuso **recurso de apelación** en contra de la Sentencia de 25 de junio de 2020. Lo anterior, con base en los siguientes reparos concretos frente a la decisión del Tribunal:

25. 1) "Falta de motivación respecto al problema jurídico planteado", con fundamento en que (se trascibe):

"La sentencia que se recurre está viciada por falsa motivación en cuanto el Despacho no comprendió el problema jurídico que se le proponía, este no era otro que ¿Puede una entidad pública de régimen de contratación privada ignorar el precedente judicial del Consejo de Estado en sus actuaciones administrativas?

Como se puede evidenciar en el fallo de la primera instancia (...), el Despacho se centró en analizar las piezas documentales del proceso de selección dándole plena validez, sin motivación alguna, a las reglas fijadas por la entidad.

Es así como no se efectuó una debida contradicción respecto al juicio de prevalencias, proporcionalidad, y lógica de dos normas jurídicas que se enfrentaban: Las reglas del proceso, la naturaleza de los recursos y la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la subsanabilidad del RUP."

26. 2) "Violación a los principios de la función pública", con fundamento en que (se trascibe):

"Este argumento ni siquiera fue analizado, cuando estaba claro que nos aplicaron una causal de rechazo inexistente sobre una cláusula ineficaz y por el contrario al contratista ganador, que a la fecha no ejecutó el contrato, no solo se le dieron diversas oportunidades de subsanar, sino que fue la misma entidad la que subsanó por el mismo, verificando, de creerle en sus palabras, en internet lo que ya reiteradamente había solicitado al adjudicatario."

27. 3) Finalmente, Presoam S.A.S. agregó que (se trascibe):

¹⁴ Folios 220-226 del cuaderno principal.

Radicación:	25000-23-36-000-2018-00600-01 (69.446)
Demandante:	Presoam S.A.S.
Demandada:	EAAB
Referencia:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión:	Revocar y adicionar la sentencia de primera instancia

"de no ser por el rechazo injustificado, la propuesta (...) cumplía con todos los requisitos exigidos por la entidad y tenía el mejor precio; aunado el hecho debe precisarse para que sirva como indicio que el contrato adjudicado nunca se ejecutó y que en cambio actualmente las partes se encuentran inmersas en diversas controversias por incumplimiento contractual, el cual lo que se demuestra fue la parcialidad y la falta de transparencia y de selección objetiva por parte de la entidad estatal."

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Análisis sustantivo – 2.2. Sobre la condena en costas

2.1. Análisis sustantivo¹⁵

28. La Sala **revocará** la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarará que la EAAB trasgredió la buena fe en el marco de la invitación pública No. ICSM-1270-2017, y negará las pretensiones condenatorias de la demanda. Asimismo, se **adicionará** la decisión apelada en el sentido de declarar parcialmente probada la excepción de "inexistencia del derecho", y no probadas las excepciones denominadas "inexistencia de presupuestos para la prosperidad de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho frente a los actos de recomendación de adjudicación (...) y (...) de aceptación de la recomendación de adjudicación (...) – certeza del daño en los eventos de pérdida de oportunidad de la adjudicación de un contrato" y "legalidad de los actos de recomendación de adjudicación (...) y (...) de aceptación de la recomendación de adjudicación (...)", propuestas por la EAAB al contestar la demanda,¹⁶ por las razones que pasan a exponerse a continuación:

29. 1) Mediante Sentencia de unificación de 3 de septiembre de 2020,¹⁷ la Sala Plena de esta Sección estableció lo siguiente acerca de la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de las controversias de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, la naturaleza y el régimen jurídico de sus actos precontractuales y la acción o el medio de control procedentes para demandar su responsabilidad precontractual (se trascibe):

"- Cuando no exista norma expresa legal sobre la jurisdicción que debe conocer de controversias en las que haga parte un prestador de servicios públicos domiciliarios, deberá acudirse a la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 82 del CCA, hoy 104 del CPACA) para resolver el vacío normativo; si, con base en ello, no se desprende el conocimiento de esta jurisdicción, corresponderá a la jurisdicción ordinaria.

¹⁵ La demanda presentada por Presoam S.A.S. lo fue oportunamente, dentro de los dos (2) años siguientes a la época en la que se adelantó la invitación pública No. ICSM-1270-2017, de conformidad con el literal i) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA. Al respecto, conviene tener presente que, mediante Sentencia de unificación de 3 de septiembre de 2020, exp. 42.003, esta Sección precisó que las controversias precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción deben ventilarse por el medio de control de reparación directa.

¹⁶ De conformidad con el inciso segundo del artículo 187 del CPACA (se trascibe): "En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada[.] El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la[s] excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus (...)".

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 3 de septiembre de 2020, exp. 42.003.

Radicación:	25000-23-36-000-2018-00600-01 (69.446)
Demandante:	Presoam S.A.S.
Demandada:	EAAB
Referencia:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión:	Revocar y adicionar la sentencia de primera instancia

- Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa.

- Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa.

- Como garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, el juzgador de conocimiento de este tipo de controversias, en relación con las demandas presentadas antes de la notificación de esta providencia, resolverá la controversia de fondo, aunque no se haya empleado la acción (medio de control) que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos".

30. Con fundamento en esta posición unificada, y no obstante haberse ejercido un medio de control inadecuado, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por Presoam en contra de los que –erradamente– calificó como actos administrativos precontractuales expedidos por la EAAB,¹⁸ será estudiada desde la óptica del régimen jurídico de derecho privado aplicable a la formación de los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios; esto es, a partir de los principios de la autonomía privada y la libertad contractual, y de las categorías del derecho privado relativas a aspectos de la etapa anterior al perfeccionamiento de los contratos (como las tratativas o los tratos preliminares, la invitación a presentar ofertas, la oferta y su aceptación, la buena fe en el periodo precontractual, entre otros).¹⁹

31. 2) En la medida en que el régimen jurídico de los actos precontractuales de la EAAB es el derecho privado –como lo precisó la entidad en las condiciones y los términos de la invitación pública a presentar ofertas No. ICSM-1270-2017–²⁰⁻²¹ para la Sala es claro que al proceso de selección adelantado no resultaban aplicables el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante, el "EGCAP"), ni los precedentes judiciales sobre la subsanabilidad del certificado del Registro Único de Proponentes (en adelante, el "RUP") invocados por Presoam S.A.S. durante el trámite de la invitación pública y en la demanda que dio origen a esta controversia, máxime si se tiene en cuenta que en las reglas de la invitación establecidas por la EAAB se disciplinaron los aspectos relativos al RUP.

32. En relación con este punto, resulta pertinente apuntar que, si bien de conformidad con el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 –“[p]or medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley

¹⁸ Equivocación de la cual tampoco escapó la EAAB al contestar la demanda.

¹⁹ Sin pasar por alto, de ser aplicables para la solución del caso concreto, los principios de la función administrativa, como se indica en la Sentencia de unificación de 3 de septiembre de 2020.

²⁰ Archivo PDF “ICSM-1270-2017 PRESTACION DE SERVICIOS” de la carpeta comprimida “SiiDocumentosServlet” de la carpeta “Condiciones y Términos de Referencia” de la carpeta “ANEXOS CD” del CD a folio 36 del cuaderno principal.

²¹ “I. INTRODUCCIÓN Y REGIMEN APLICABLE (...) el régimen de los actos y contratos aplicable es el derecho privado y, en consecuencia, en la negociación y contratación de bienes y servicios el ACUEDUCTO DE BOGOTÁ se regirá por lo previsto en las siguientes Condiciones y Términos de la Invitación, el Manual de Contratación de la Empresa y en las normas complementarias y reglamentarias que sean expedidas por el Gerente General, en concordancia con las Políticas Empresariales (...).”

80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”-, el RUP es un registro público en el que consta “la información relacionada con la experiencia, [y la] capacidad jurídica, financiera y de organización (...) y su clasificación” de “las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia” que, por regla general, deben inscribirse en él cuando “aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales” sometidas al EGCAP, nada obstante para que, como ocurrió en este caso, en ejercicio de su autonomía privada y de la libertad contractual, las entidades no sujetas al EGCAP verifiquen los requisitos de experiencia y capacidad exigidos en sus procesos de selección y su clasificación a partir de la información registrada por los oferentes en el RUP.

33. Como lo anotó Avales en la primera parte de la excepción de “inexistencia del derecho”²² que será declarada parcialmente probada, los dos antecedentes jurisprudenciales traídos a colación por Presoam S.A.S. corresponden a sentencias que resolvieron demandas promovidas en contra de entidades –la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR)²³ y el Ministerio de la Protección Social²⁴ regidas por el EGCAP, sistema normativo en el cual está previsto, de tiempo atrás,²⁵ que “[l]a ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.”

34. 3) Así, se estima que el Tribunal acertó al abordar el problema sometido a su consideración relacionado con el RUP exclusivamente a partir de lo establecido en las condiciones y los términos de la invitación pública a presentar ofertas No. ICSM-1270-2017, condiciones y términos de los cuales la Sala destaca los siguientes puntos (se trascibe):

“V. REQUISITOS HABILITANTES

Para efectos de la verificación de cumplimiento de los requisitos habilitantes, que hayan sido objeto de revisión por parte de las Cámaras de Comercio y se requieran para el presente proceso de selección, la EAB ESP tomará la información correspondiente del Certificado en el que conste la Inscripción y Clasificación en el Registro Único de Proponentes, el cual deberá estar en firme al momento de presentación de la Oferta o a más tardar a la fecha de cierre. En el evento en que el oferente inscrito se encuentre en proceso de renovación del RUP y el mismo no se encuentre en firme de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.2.1.1.5.1. del decreto 1082 de 2015 y 221 del decreto 19 de 2012, podrá presentar el certificado anterior a la solicitud de renovación, siempre y cuando éste haya sido emitido con una antelación no mayor a 30 días calendario al cierre del proceso (...)

²² “[L]as normas citadas para permitir el subsane no le son aplicables al régimen especial de Contratación de la [EAAB] (...).”

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 29.855.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 1 de abril de 2016, exp. 47.145.

²⁵ Inicialmente en el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y actualmente en el párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 –antes y después de la modificación introducida por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018–.

Radicación:	25000-23-36-000-2018-00600-01 (69.446)
Demandante:	Presoam S.A.S.
Demandada:	EAAAB
Referencia:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión:	Revocar y adicionar la sentencia de primera instancia

A. Capacidad Jurídica (...)

A.6. Certificado de registro único de proponentes.

Teniendo en cuenta que la EAB ESP se encuentra implementando su registro interno de proveedores, hasta tanto no se encuentre éste debidamente implementado, de manera transitoria la EAB ESP utilizará en todos sus procesos de selección el RUP como fuente de suministro de información de todos los oferentes.

Las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia deberán presentar el Registro Único de Proponentes (RUP) el cual deberá estar en firme a la fecha del cierre de la presente invitación.

El Oferente persona natural o jurídica, o extranjera domiciliada en Colombia o con sucursal en Colombia, o cada uno de los integrantes del Proponente Plural deberán acreditar que se encuentran inscritos, calificados y clasificados al momento de presentar oferta en el certificado de inscripción en el registro único de proponentes – RUP (...)

B. Experiencia del Oferente

Experiencia General:

La experiencia solicitada debe estar inscrita y en firme en el RUP así: (...)

Experiencia Específica:

La experiencia específica solicitada debe estar inscrita y en firme en el RUP (...)

B.1. Registro Único de Proponentes y documentos de acreditación de la experiencia general y específica

El Oferente debe acreditar su experiencia con el RUP, salvo lo previsto para Oferentes extranjeros que se indica más adelante (...)

C. Capacidad Financiera

Para efectos de la evaluación financiera el oferente deberá presentar en su oferta el siguiente documento:

* Registro único de proponentes - RUP (...)

D. Capacidad Organizacional

El Oferente debe cumplir los siguientes indicadores con base en la información contenida en el RUP (...)

F. Evaluación de las Ofertas (...)

Los Oferentes que hayan acreditado los requisitos habilitantes de que trata la sección V serán evaluadas, de acuerdo con lo establecido en la sección VI (...).

35. De lo anterior se sigue, como lo concluyó el Tribunal en la sentencia de primera instancia, que la información del RUP acompañado por Presoam S.A.S. a su oferta²⁶ –la cual no se encontraba en firme el 11 de diciembre de 2017,²⁷ fecha de cierre de la invitación pública No. ICSM-1270-2017–,²⁸ así como aquella del RUP aportado con posterioridad²⁹ –con fecha de expedición de 22 de diciembre de 2017–, respecto de cuya idoneidad insistió tozudamente en el proceso de selección, “no habilitaba[n] la propuesta (...) para que pudiera ser evaluada”.

36. 4) Le asiste razón a Presoam S.A.S. cuando afirma que el Tribunal no se pronunció sobre un aspecto planteado en la demanda; a saber, la alegada “violación al principio de igualdad e imparcialidad”, que se fundamentó en que (se trascibe): “al adjudicatario [en] relación [con] los otros dos

²⁶ Folios 322-325 del cuaderno 3.

²⁷ En el certificado, expedido el 5 de diciembre de 2017, se lee lo siguiente (se trascibe): “*****ESTA INFORMACION SE ENCUENTRA EN PROCESO DE ADQUIRIR FIRMEZA***** (...) EL DIA 05 DEL MES DE DICIEMBRE DE 2017 EL PROONENTE INSCRIBIO EL REGISTRO UNICO DE PROONENTES (...), (...) ESTA INSCRIPCION SE PUBLICO EN EL REGISTRO UNICO EMPRESARIAL Y SOCIAL (RUES) EL DIA 05 DEL MES DE DICIEMBRE DE 2017 (...”).

²⁸ De conformidad con la modificación No. 3 a las condiciones y los términos de la invitación pública No. ICSM-1270-2017 (archivo PDF “ICSM-1270-2017_MODIFICACION_No_3_1” de la carpeta “Modificación a las Condiciones y Terminos de Referencia” de la carpeta “ANEXOS CD” del CD a folio 36 del cuaderno principal).

²⁹ Folios 447-454 del cuaderno 3.

Radicación:	25000-23-36-000-2018-00600-01 (69.446)
Demandante:	Presoam S.A.S.
Demandada:	EAAB
Referencia:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión:	Revocar y adicionar la sentencia de primera instancia

proponentes se le dieron ventajas y prerrogativas (...)"'. Para resolver este punto, la Sala se ceñirá a las condiciones y los términos de la invitación pública a presentar ofertas No. ICSM-1270-2017, y a lo acontecido durante el proceso de selección:

37. Como punto de partida, conviene poner de presente que uno de los contratos que Avales relacionó en el formulario No. 2B de su oferta³⁰ con el propósito de acreditar el requisito habilitante de experiencia específica³¹ fue el No. CN-2010-0204 celebrado con la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda. (en adelante, la "ETMVA"). Igualmente, Avales acompañó a su oferta una certificación emitida por la ETMVA y el acta de liquidación bilateral del contrato,³² de conformidad con las condiciones y los términos de la invitación pública No. ICSM-1270-2017.³³

38. El 14 de diciembre de 2017,³⁴ en respuesta a la solicitud de aclaración de su oferta realizada por la EAAB³⁵ de conformidad con las condiciones y los términos de la invitación pública No. ICSM-1270-2017,³⁶ Avales aportó la minuta del contrato No. CN-2010-0204 celebrado con la ETMVA y un acta de recibo suscrita entre las partes del negocio jurídico,³⁷ y efectuó la siguiente precisión (se trascibe):

"En el contrato CN-2010-0204 suscrito con la empresa TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRA LTDA, el mencionado contrato tenía por objeto la adquisición de los inmuebles y las fajas de terreno necesarias para la ejecución de las obras civiles y adecuación urbanística del proyecto Corredor Tranviario Avenida Ayacucho y sus Cables de El Pinal y las Estancias (...) Así mismo, (...) en requerimientos generales, se encuentran los insumos como planos de fajas, estudios de títulos, resolución de oferta de compra, minuta de compra venta, escritura, folio de matrícula inmobiliaria, resolución de

³⁰ Página 2 del archivo PDF "Carpeta 4 parte 1 contrato 1306-2017" de la carpeta "1306-2017" del CD a folio 157 del cuaderno principal.

³¹ Respecto del requisito habilitante de experiencia específica, las condiciones y los términos de la invitación pública No. ICSM-1270-2017 establecían –según la modificación No. 2 (archivo PDF "ICSM-1270-2017_MODIFICACION_No_2_1" de la carpeta "Modificación a las Condiciones y Términos de Referencia" de la carpeta "ANEXOS CD" del CD a folio 36 del cuaderno principal)– lo siguiente (se trascibe): "V. REQUISITOS HABILITANTES (...) B. Experiencia del Oferente (...) Experiencia Específica: (...) Los contratos aportados para acreditar la experiencia específica deben contener o expresar todas las actividades desarrolladas en proceso de adquisición predial, esto es: 1) Haber ejecutado contratos en Adquisición de predios para proyectos definidos como de utilidad pública e interés social, que incluya elaboración de insumos como estudio de títulos, registros topográficos, fichas prediales, censo social y estudio socioeconómico (...)".

³² Páginas 15-19 del archivo PDF "Carpeta 4 parte 1 contrato 1306-2017" de la carpeta "1306-2017" del CD a folio 157 del cuaderno principal.

³³ "V. REQUISITOS HABILITANTES (...) B. Experiencia del Oferente (...) Experiencia Específica: (...) La experiencia específica se debe diligenciar en el Formulario No. 2B 'Experiencia Específica del Oferente' y se debe acreditar mediante los documentos mencionados en el literal B.3 (...) B.3. Formulario No. 2A 'Experiencia General del Oferente' y Formulario No. 2B 'Experiencia Específica del Oferente' (...) La experiencia específica se verificará mediante certificaciones que cumplan las siguientes reglas: a) Serán válidas las certificaciones, actas de recibo final, acta de terminación, actas de liquidación; las cuales deberán contener la totalidad de los datos exigidos para el presente proceso y de los documentos adicionales que acrediten que la Prestación de Servicios fue ejecutada (...)".

³⁴ Folios 235-237 del cuaderno 3.

³⁵ Archivo PDF "SilDocumentosServlet" de la carpeta "Solicitudes de Aclaración" de la carpeta "ANEXOS CD" del CD a folio 36 del cuaderno principal (se trascibe): "De acuerdo a la documentación allegada para validar experiencia específica del contrato de No. CN 2012-0204, se solicita (...) subrayar en que parte de la propuesta están los insumos como, registros topográficos, fichas prediales, censo social y estudio socioeconómico (...)".

³⁶ "I. Aclaración a los documentos de la Invitación (...) La EAB-ESP podrá solicitar a los Oferentes aclarar, subsanar o presentar documentación que soporte la información allegada con la Oferta (...) Una vez vencido el plazo (preclusivo y perentorio) otorgado por la EAB-ESP para allegar la documentación o información solicitada, no se recibirá la misma dentro del proceso de selección y por esta razón no será tenida en cuenta dentro del proceso de evaluación y selección (...)".

³⁷ Folios 241-242 y 256-264 del cuaderno 3.

Radicación:	25000-23-36-000-2018-00600-01 (69.446)
Demandante:	Presoam S.A.S.
Demandada:	EAAB
Referencia:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión:	Revocar y adicionar la sentencia de primera instancia

expropiación, sentencia judicial y todos aquellos documentos inherentes a la adquisición (...)".

39. Alcanzado este punto, es importante tener en cuenta la forma en la que, según las condiciones y los términos de la invitación pública a presentar ofertas No. ICSM-1270-2017, debían surtirse las etapas de habilitación y evaluación de las ofertas en el proceso de selección (se trascibe):

"VII. EVALUACIÓN Y ASIGNACIÓN DE PUNTAJE ECONÓMICO

Los interesados podrán consultar el informe de evaluación Jurídica, Técnica y Financiera en la página web la EAB ESP o en la Dirección de Contratación y Compras, para que en un término improrrogable de tres (3) días hábiles siguientes a la comunicación de disponibilidad por parte de la EAB ESP, presenten las observaciones que consideren pertinentes.

En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán modificar o mejorar sus ofertas.

Cualquier observación al informe de evaluación, o cualquier documento referido al proceso de selección, que sea presentado por fuera del término antes descrito, no serán tenidas en cuenta por el comité evaluador.

Si las respuestas a las observaciones presentadas al informe de evaluación modifican los conceptos de la evaluación jurídica, financiera y técnica, la EAB ESP procederá a publicar el informe de evaluación definitivo y se dará traslado por el término de un (1) día hábil para la presentación de observaciones que los interesados consideren pertinentes (...)

VIII. OFERTA (...)

F. Evaluación de las Ofertas (...)

Los Oferentes que hayan acreditado los requisitos habilitantes de que trata la sección V serán evaluadas, de acuerdo con lo establecido en la sección VI (...)

G. Audiencia de apertura de sobre económico

Una vez publicado el informe de evaluación jurídica, técnico y financiero definitivo, se convocará a la audiencia pública de Apertura de Sobre Económico. Durante esta audiencia no se aceptarán observaciones ni documentos que no hayan sido entregados en los términos establecidos (...)".

40. El 15 de diciembre de 2017, la EAAB publicó el informe preliminar de evaluación jurídica, técnica y financiera de la invitación pública No. ICSM-1270-2017.³⁸ Allí se determinó que la oferta de Avales cumplía todos los requisitos habilitantes exigidos en las condiciones y los términos de la invitación.

41. El 22 de diciembre de 2017,³⁹ en respuesta a dos observaciones formuladas por Konfirma S.A.S.⁴⁰ y Presoam S.A.S.⁴¹ frente a la oferta de Avales, el Comité Evaluador de la EAAB coincidió en que el contrato No. CN-2010-0204 celebrado por Avales con la ETMVA no acreditaba la ejecución de censos sociales y estudios socioeconómicos.⁴² La anterior respuesta dio lugar, de conformidad con las condiciones y los términos de la invitación pública No. ICSM-1270-2017, a la publicación de un nuevo informe de

³⁸ Archivo PDF "ICSM-1270-2017_INFORME_EVALUACION_1" de la carpeta "Informe de Evaluación Técnica Jurídica y Financiera" de la carpeta "ANEXOS CD" del CD a folio 36 del cuaderno principal.

³⁹ Archivo PDF "ICSM-1270-2017_RESPUESTAS_OBSERVACIONES_INFORME_EVALUACION_1" de la carpeta "Respuesta a las Observaciones de Evaluación" de la carpeta "ANEXOS CD" del CD a folio 36 del cuaderno principal.

⁴⁰ Páginas 2-8 del archivo PDF "SilDocumentosServlet (1)" de la carpeta "Solicitudes de Aclaración" de la carpeta "ANEXOS CD" del CD a folio 36 del cuaderno principal.

⁴¹ Páginas 9-17 del archivo PDF "SilDocumentosServlet (1)" de la carpeta "Solicitudes de Aclaración" de la carpeta "ANEXOS CD" del CD a folio 36 del cuaderno principal.

⁴² "... su observación es procedente y se procede anular para el contrato CN 2010-0204 22/10/2010 el aporte en los ísumos de Censo Social y Estudios Socio Económicos (...)".

Radicación:	25000-23-36-000-2018-00600-01 (69.446)
Demandante:	Presoam S.A.S.
Demandada:	EAAB
Referencia:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión:	Revocar y adicionar la sentencia de primera instancia

evaluación jurídica, técnica y financiera,⁴³ en el cual se determinó que la oferta de Avales no cumplía el requisito habilitante de experiencia específica.

42. Según lo establecido en las condiciones y los términos de la invitación pública No. ICSM-1270-2017 y en la Resolución No. 897 de 15 de diciembre de 2017 expedida por la Gerente General de la EAAB⁴⁴ –anexa al informe de evaluación jurídica, técnica y financiera de 22 de diciembre de 2017–,⁴⁵ las observaciones al segundo informe de evaluación debían presentarse el día 23 de los mismos mes y año.

43. El 26 de diciembre de 2017,⁴⁶ Avales formuló una observación, en virtud de la cual se opuso a la decisión del Comité Evaluador, consistente en no haber tenido por acreditado, mediante el contrato No. CN-2010-0204 celebrado con la ETMVA, el requisito habilitante de experiencia específica exigido en las condiciones y los términos de la invitación pública No. ICSM-1270-2017. Igualmente, aportó dos anexos técnicos del proceso de contratación que dio lugar a la celebración del contrato No. CN-2010-0204.⁴⁷

44. No obstante la extemporaneidad de la observación realizada por Avales, el Comité Evaluador de la EAAB decidió acogerla con base en el siguiente razonamiento (se trascibe):⁴⁸

"De acuerdo con los argumentos y documentos con los cuales el observante defiende su habilitación, y dejando en claro que los mismos se refieren a un documento (contrato CN 2010-0204 de 2010) aportado oportunamente con la propuesta y no se trata de un documento distinto, el comité evaluador procedió a revisar el anexo 1 y el documento de especificación técnica del mencionado contrato; y teniendo en cuenta lo descrito en el mismo contrato aportado en aclaraciones en el folio 26 la cláusula DECIMO SEPTIMA se describe 'Documentos: Para todos los efectos legales se entienden incorporados al presente contrato los siguientes documentos: a) las condiciones para ofertar, sus anexos y demás documentos publicados en la página Web de la Empresa.'

De acuerdo a lo anterior el comité procedió a revisar la validez de la documentación en la página (...), del cual se concluyó que la documentación aportada es verídica puesto que se encuentra publicada en el proceso contractual aportado por el oferente.

En dichos documentos se encuentran las siguientes actividades de responsabilidad del contratista: (...)

⁴³ Archivo PDF "ICSM-1270-2017_INFORME_EVALUACION_2" de la carpeta "Informe de Evaluación Técnica Jurídica y Financiera" de la carpeta "ANEXOS CD" del CD a folio 36 del cuaderno principal.

⁴⁴ "ARTÍCULO PRIMERO.- Habilitar como hábiles los días 16, 23 y 30 de diciembre de 2017, en lo referente a la gestión de los procesos de contratación que se encuentran abiertos en la EAB ESP, bajo la coordinación de la Dirección de Contratación y Compras, que incluye el conteo de días hábiles para la presentación de: propuestas, evaluación de ofertas, radicación de observaciones a dichas evaluaciones; así como los actos de adjudicación y la suscripción de contratos, entre otras actividades propias de los citados procesos contractuales (...)".

⁴⁵ "... el ACUEDUCTO DE BOGOTÁ informa que el documento de evaluación Técnica, Jurídica, y Financiera de las ofertas presentadas dentro de la invitación citada, se encuentra disponible para consulta, por el término de Un (01) día hábil improrrogable siguiente a la publicación de esta comunicación en la página Web, término durante el cual se podrán presentar las observaciones que consideren pertinentes (Se tiene como día hábil el 23 de Diciembre de 2017, de conformidad con la Resolución 0897 de 15 de Diciembre de 2017, la cual se anexa al presente documento) (...)".

⁴⁶ Folios 458-462 del cuaderno 3.

⁴⁷ Folios 463-481 del cuaderno 3.

⁴⁸ Archivo PDF "SilDocumentosServlet" de la carpeta "Respuesta a las Observaciones de Evaluación" de la carpeta "ANEXOS CD" del CD a folio 36 del cuaderno principal.

Radicación:	25000-23-36-000-2018-00600-01 (69.446)
Demandante:	Presoam S.A.S.
Demandada:	EAAB
Referencia:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión:	Revocar y adicionar la sentencia de primera instancia

Se procedió a consultar al área técnica del Acueducto de Bogotá, si en dichas actividades tenían implícito los insumos de Estudios Socio Económicos, la cual se pronunció al respecto: (...)

Por lo anterior se acepta que el contrato aportado CN 2010-0204 de 2010 tiene los insumos de Censo Sociales y Estudios socioeconómicos

Por ende se acoge la observación y en ese sentido se modifica el informe de evaluación publicado el 22-12-2017."

45. El 27 de diciembre de 2017, la EAAB publicó un tercer informe de evaluación jurídica, técnica y financiera,⁴⁹ en el cual determinó nuevamente que la oferta de Avales cumplía todos los requisitos habilitantes exigidos en las condiciones y los términos de la invitación pública No. ICSM-1270-2017. En el recuadro de observaciones del formato de evaluación de la experiencia específica de Avales acreditada mediante el contrato No. CN-2010-0204 celebrado con la ETMVA se consignó lo siguiente (se trascibe): "En observaciones extemporáneas hechas al informe de evaluación que se publicó el 20-12-2017, el oferente allega documentación de soporte que justifica las actividades de Censo Social y Estudios Socioeconomics."

46. Finalmente, luego de la recomendación de adjudicación que le fue realizada por el Comité Evaluador, el 29 de diciembre de 2017, mediante comunicación No. 25200-2017-930 de la misma fecha, el Gerente Corporativo del Sistema Maestro de la EAAB aceptó la oferta de Avales.⁵⁰

47. El anterior recuento fáctico evidencia que, con fundamento en documentos aportados extemporáneamente por uno de los participantes en la invitación pública No. ICSM-1270-2017, y en contravía de lo establecido por ella misma en las condiciones y los términos del proceso de selección, la EAAB habilitó al oferente en cuestión, proceder que, a la postre, condujo a que la entidad aceptara la oferta de aquel. Así, no le asiste razón a la EAAB cuando afirma, en las excepciones de mérito que propuso al contestar la demanda, que su conducta en el marco de la invitación pública No. ICSM-1270-2017 "no puede ser objeto de reproche [al]guno", y que las decisiones que adoptó "se emitieron siguiendo los lineamientos establecidos en el Manual de Contratación y con base en el análisis de las propuestas conforme [a] lo establecido en los términos y [las] condiciones de la invitación".

48. A juicio de la Sala, la conducta de la EAAB configura una trasgresión a la "buena f[e] exenta de culpa" que debe gobernar la etapa precontractual por mandato del artículo 863⁵¹ del Código de Comercio, y así se declarará en la parte resolutiva de esta providencia. En efecto, quien –como en este caso la EAAB– realiza una invitación a presentar ofertas con

⁴⁹ Archivo PDF "ICSM-1270-2017_INFORME_EVALUACION_No_3" de la carpeta "Informe de Evaluación Técnica Jurídica y Financiera" de la carpeta "ANEXOS CD" del CD a folio 36 del cuaderno principal.

⁵⁰ Archivos PDF "SílDocumentosServlet" de las carpetas "Documento de Recomendación de Aceptación o no Aceptación de la Oferta Según el Caso", e "ICSM-1270-2017_ACEPTACION_RECOMENDACION_ADJUDICACION" de la carpeta "Documento de Aceptación o no Aceptación de la Oferta", ambas de la carpeta "ANEXOS CD" del CD a folio 36 del cuaderno principal.

⁵¹ Artículo 863 (se trascibe): "Las partes deberán proceder de buena f[e] exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen."

el propósito de que terceros participen en un proceso de selección de un contratista a ser adelantado con base en unas reglas previamente determinadas por quien formula la invitación –como en este caso las condiciones y los términos de la invitación pública No. ICSM-1270-2017– genera, en cabeza de cada uno de los sujetos que efectivamente participen en la invitación, la confianza –más propiamente, la expectativa legítima– de que el proceso de selección se desarrollará con apego a las reglas previamente establecidas, interés jurídicamente relevante cuya lesión amerita una reacción de tutela por parte del ordenamiento jurídico.

49. 5) Según el artículo 863 del Código de Comercio, obrar por fuera de la buena fe durante la etapa de formación de un negocio jurídico da lugar a “*indemnizar los perjuicios que se causen*” –o mejor, a responsabilidad patrimonial–. Sin embargo, comoquiera que en el presente caso Presoam S.A.S. es quien pretende obtener la declaratoria de responsabilidad precontractual de la EAAB, y esta sociedad participó en la invitación pública a presentar ofertas No. ICSM-1270-2017 sin siquiera haber aportado un certificado de inscripción en el RUP que permitiera verificar los requisitos habilitantes exigidos por la empresa en el proceso de selección –en la forma establecida en las condiciones y los términos de la invitación–, la Sala concluye que no hay lugar al reconocimiento de perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante en su favor.

50. En otras palabras: el reconocimiento de perjuicios a favor de Presoam S.A.S. no se niega por el solo hecho de no haber presentado una oferta que pudiera ser considerada como la mejor según las condiciones y los términos de la invitación pública No. ICSM-1270-2017, sino porque la sociedad demandante participó en una invitación a presentar ofertas con una propuesta que de manera indiscutible no reunía los requisitos mínimos para ser valorada por la EAAB, lo que constituye una conducta suya que impide acceder a reconocerle la indemnización a la cual tendría derecho.

51. Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala revocará y adicionará la Sentencia de 25 de junio de 2020, que negó las pretensiones de la demanda promovida por Presoam S.A.S. en contra de la EAAB.

2.2. Sobre la condena en costas

52. De conformidad con el inciso primero del artículo 188 del CPACA⁵² y el numeral 1 del artículo 365⁵³ del CGP, no habrá lugar a condena en costas en segunda instancia, pues el recurso de apelación interpuesto prosperó parcialmente.

⁵² Artículo 188 (se trasccribe): “*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil (...)*”.

⁵³ Artículo 365: (se trasccribe) “*En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código (...)*”.

Radicación: 25000-23-36-000-2018-00600-01 (69.446)
Demandante: Presoam S.A.S.
Demandada: EAAB
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión: Revocar y adicionar la sentencia de primera instancia

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR Y ADICIONAR la Sentencia de 25 de junio de 2020, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual quedará así:

"PRIMERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de mérito de 'inexistencia del derecho' propuesta por Avales Ingeniería Inmobiliaria S.A.S.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito formuladas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.

TERCERO: DECLARAR que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. trasgredió la buena fe en el marco de la invitación pública No. ICSM-1270-2017.

CUARTO: NEGAR las pretensiones condenatorias de la demanda (...)".

SEGUNDO: sin condena en costas en esta instancia.

Por Secretaría, una vez ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Magistrado

Firmado electrónicamente

FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Magistrado

Aclaración de voto