

APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL – Ley 80 de 1993 artículo 21 – Bienes y servicios de origen nacional – Prevalencia

El art. 21 de la Ley 80 de 1993 determinó que era deber de las entidades estatales garantizar la participación y prevalencia de oferentes de bienes y servicios de origen nacional en cualquier procedimiento de selección; por lo que, en "igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional". A su vez, respecto de oferentes extranjeros que estuvieran en igualdad de condiciones indicó que se "preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica".

BIENES Y SERVICIOS DE ORIGEN NACIONAL - Decreto 679 de 1994 artículos 10 y 11- Concepto

Bienes de origen nacional: aquellos producidos en el país para los cuales el valor CIF de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados, empleados para la elaboración de los bienes objeto de la contratación fueron igual o inferior al 60% del valor en fábrica de los bienes terminados ofrecidos [...] Servicios de origen nacional: son los prestados por empresas constituidas según la ley nacional, por personas naturales colombianas o por residentes en Colombia.

INDUSTRIA NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Puntaje

Ley 816 de 2003, [...] estableció la obligación para las entidades públicas de adoptar criterios objetivos que permitieran apoyar la industria nacional –excluyendo a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios-. Para ello, precisó el puntaje que debía asignarse a este componente: a) para proponentes que ofertaran bienes y servicios nacionales y aquellos que tuvieran trato nacional por acuerdo comercial entre Colombia y otros Estados, se asignaría un puntaje entre el 10% y 20%; y b) para proponentes extranjeros sin trato nacional, pero que ofrecían incorporar bienes o servicios colombianos en la ejecución del contrato, se debía asignar un puntaje entre el 5% y 10%. Esta norma aclaró que si la oferta del proponente extranjero estaba en igualdad de condiciones con la de uno nacional, se adjudicaría a este último.

DECRETO 1082 DE 2015 – Bienes y servicios nacionales – Artículo 2.2.1.1.3.1.

Estas definiciones, a su turno, se incluyeron en el art. 3 del Decreto 1510 de 2013, compilado posteriormente en el art. 2.2.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, norma que reiteró que los servicios nacionales se identificaban por el origen y constitución de la persona natural o jurídica que los prestara, sin elementos adicionales que modificaran tal identificación.

Bajo estas premisas, las empresas extranjeras que constituyeran personas jurídicas bajo la ley Colombiana lograban obtener el puntaje más alto por apoyo a la industria nacional, sin que necesariamente utilizaran bienes y servicios del país para ejecutar los respectivos contratos.

DECRETO 680 DE 2021 – Modificación concepto servicio nacional - Parámetros para identificar bienes nacionales

El art. 1º de este reglamento modificó la definición del art. 2.2.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, y determinó que un servicio es considerado nacional si, además del componente subjetivo de quien lo presta, usa los bienes nacionales relevantes definidos por la entidad estatal contratante para el desarrollo de la actividad objeto del proceso de selección y/o contratación, o vinculen el porcentaje mínimo de personal colombiano según corresponda.

Entre otras disposiciones, el Decreto 680 de 2021 (art. 2) incluyó los parámetros que deben tener en cuenta los entes públicos al adelantar procesos de selección para identificar los bienes nacionales relevantes para la ejecución del contrato: (i) el sector económico, los oferentes y toda la información adicional con la que cuente la entidad en la fase de planeación; (ii) el porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto; y, (iii) la existencia de los bienes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, en los términos del Decreto 2680 de 2009.

RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE – Apoyo a la industria nacional – Decreto 1082 de 2015 artículo 2.2.1.1.3.1 – Pliego de condiciones no generó confusión

La normatividad aplicable al sub-lite, respecto al componente de apoyo a la industria nacional, corresponde al artículo 2.2.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015³⁹ antes de la reforma que introdujo el Decreto 680 de 2021, en la medida que el proceso de selección objeto de análisis se desarrolló de enero a marzo de 2019; de manera que es aplicable la definición de servicios nacionales allí contenida. Ésta, a su vez, quedó incorporada en el capítulo V del pliego de condiciones que consagró que los servicios de origen nacional correspondían a aquellos prestados, entre otros, por personas jurídicas constituidas bajo la legislación colombiana, situación que sería acreditada con el certificado de existencia y representación legal respectivo, sin agregar datos adicionales –más allá del anexo 15 que debía registrar la información correspondiente–.

[...] el actor cometió un error al diligenciar el anexo 15, puesto que en el primer segmento indicó que la oferta era de origen nacional; y luego, como si se tratara de un proponente extranjero, marcó la casilla que debían completar únicamente los oferentes sin trato nacional o netamente foráneos. De modo que no asiste razón alapelante al señalar que los términos del citado formato se prestaban a confusiones, pues de una lectura integral de los pliegos, que abarca las reglas de participación y sus anexos, se llega a esta comprensión sin ambigüedades; evidencia que descarta el argumento asociado a una vaguedad o ambivalencia proveniente del pliego y del anexo referido, y por lo mismo no tiene cabida la crítica del censor relacionada con la aplicación de los criterios legales de interpretación a su favor.

PERSONAS JURÍDICAS NACIONALES – Análisis de la exigencia en el pliego de condiciones

[...] este examen no puede pasar por alto que las personas jurídicas que conformaban el Consorcio Gisc – Fundasol eran de origen nacional, calidad que sin mayor esfuerzo es apreciable en los certificados de existencia y representación aportados con la propuesta. Así que en los términos del art. 2.2.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, los servicios que ofertó debían catalogarse como nacionales.

La Sala no desconoce la importancia de esa clase de documentos de cara al proceso de evaluación y, por ello, no desdice de la obligatoriedad de que los anexos sean debidamente diligenciados. Lo que resalta es que esta exigencia no puede llevarse al extremo de sobreponer un yerro meramente formal por encima de la realidad sustancial, sobre todo si, como en este caso, la incorrección en el diligenciamiento del formulario era francamente apreciable –pues una casilla demarcaba el origen nacional de los servicios versus la que registraba la “incorporación de nacionales en la prestación del servicio extranjero”, lo que las hacía excluyentes–; y era fácilmente superable, comoquiera que bastaba constatar tal información en los certificados de existencia y representación de los integrantes del Consorcio, documento indicado en el pliego y establecido en la ley para su acreditación.

PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL FORMAL – Posición del Consejo de Estado – Deber de la entidad estatal en constatar lo acreditado por el proponente

La prevalencia de lo sustancial sobre lo formal ha sido un tema ampliamente tratado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisando que es deber de la administración interpretar las reglas de los procesos de selección, justificar debidamente el análisis de dichas cláusulas, siempre teniendo en consideración que dicha prerrogativa no es discrecional y sin que se pueda atentar o contravenir los actos propios.

[...] La función de dicho formato era consolidar y organizar la información de los participantes para facilitar la evaluación y, puntualmente, fijar el compromiso de los oferentes extranjeros respecto a la utilización de personal nacional; pero en ningún caso podía sustituir preceptos legales ni reglas del pliego relacionadas con la acreditación del origen nacional de los servicios.

No podrá decirse que por ser un factor de evaluación, tal incorrección no era susceptible de constatación por la entidad, ya que en este caso el factor de apoyo a la industria nacional estaba libre de interpretaciones o incertidumbres conforme al Decreto 1082 de 2015, pues dicha normativa estableció que se debía demostrar si la persona era (i) nacional o no, (ii) residente o no, y (iii) para las personas jurídicas, si estaban constituidas o no bajo las leyes colombianas; de modo que se conferían los puntos según esta calidad, sin atravesar por un dilema subjetivo.

Al quedar demostrado que el demandante ofreció servicios nacionales conforme a la normatividad que le era aplicable, se concluye que la SED evaluó indebidamente la oferta del actor al no asignarle los 10 puntos por el factor de apoyo a la industria nacional, a los que tenía derecho.

MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Pérdida de oportunidad – Responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*

[...] aun cuando el demandante formuló sus reclamos por la vía de pedir la nulidad y restablecimiento, y de forma consecuencial la nulidad del contrato celebrado, lo cierto es que el propio enunciado de las pretensiones hace evidencia de que el interés del actor anida en la responsabilidad por pérdida de oportunidad en el ámbito precontractual. Como se pasa a explicar, habrá casos en que las irregularidades presentadas en el proceso de selección no desemboquen en la nulidad del acto de adjudicación como ocurre en el sub- lite, lo que hace errado el cauce procesal promovido por el actor, siendo

procedente el 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 art. 140 del CPACA.

[...] La incorrección de la ruta procesal y de la petición de perjuicios no hace nugitorio que la Sala constate si efectivamente se infringió un daño; de ahí que se imponga hacer precisiones relacionadas con la responsabilidad en el ámbito precontractual o de la culpa in contrahendo y analizar la pérdida de oportunidad en este escenario, de acuerdo con los elementos fácticos reseñados en el libelo.

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL – Alcance – Código de Comercio y Código Civil

[...] en la actualidad se ha considerado como un recurso lingüístico que está referido, en cualquier caso, a los daños generados en la fase que precede al negocio jurídico – también conocida como responsabilidad por los tratos previos–.

[...]

El ordenamiento jurídico colombiano también prevé la responsabilidad precontractual en las relaciones sometidas al derecho privado, fundamentada en el art. 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 aplicada al 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.

FASE PRECONTRACTUAL – Etapas – Planeación - Exteriorización de la voluntad de la entidad a través del acto de apertura – Participación de oferentes en la etapa precontractual -

[...] la etapa que antecede al contrato está conformada por una faceta interna o de planeación a cargo de la entidad pública, en la que se despliegan todas las actividades exigidas para la adecuada identificación de las necesidades que se pretende satisfacer con el futuro contrato, los recursos públicos disponibles, y los demás análisis que lo respaldan. Todos ellos quedan registrados en los estudios y documentos previos que son “el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato”, de modo que se constituyen de la base que autoriza la puesta en marcha de este procedimiento.

Una vez la Administración exterioriza su voluntad mediante el acto de apertura, se marca el nacimiento de la etapa precontractual respecto de los negocios jurídicos sometidos al EGCAP. Ello en el entendido que corresponde al escenario en el que se desenvuelven las tratativas para la celebración del contrato a través de los mecanismos de selección fijados por la ley; y es definitivo que ello acontece en ese momento pues, en adelante, la intervención de los proponentes hace clara expresión de tal relacionamiento bajo este régimen.

Ratifica lo anterior, que la estructura normativa que disciplina la actividad precontractual prevé una dinámica colaborativa en la construcción de las reglas de escogencia, así como las del negocio jurídico que se aspira celebrar. Más allá de que la entidad pública formule dichas pautas, lo cierto es que la ley dispone múltiples oportunidades para que el experto

interesado manifieste yerros, imprecisiones, aclaraciones, o en general, insuficiencias en las bases del mecanismo, por lo que en aplicación del principio de la buena fe se le impone el deber de informarlas a la administración para ser resueltas. En caso de hallarlas justificadas y razonables, la entidad modificará la regla pertinente en orden a atender de mejor manera el interés general, lo que incluye tal variación. A través de esta regulación y la dinámica del procedimiento, el EGCAP concibe los tratos previos.

De esta manera, siempre que el avance de tales tratativas revista la seriedad necesaria para que su ruptura genere un daño, podrá tener lugar un evento desencadenante de responsabilidad precontractual, panorama en el que los principios de legalidad y buena fe constituyen su fundamento.

TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO DE SELECCIÓN – Eventos – Pérdida de oportunidad

Si bien el objetivo de estos mecanismos es llegar a la adjudicación y a la celebración del contrato, en este itinerario se pueden presentar circunstancias que no permitan arribar a ese estadio, v. gr. porque la interacción con los proponentes expertos dé lugar a reconsiderar aspectos relevantes en función de la selección, o que la entidad los advierta, o porque no hay oferentes elegibles, de modo que tales situaciones pueden llevar a declinar el procedimiento, o a declararlo desierto, ante la prevalencia del interés público que vincula a todos los intervenientes, cualquiera sea la posición que asuman en la actuación.

También puede ocurrir que la administración adopte determinaciones en curso de la escogencia que generen un daño antijurídico, según el estado de avance en que se encuentre el trámite, asunto que la jurisprudencia de esta corporación ha abordado desde diversos vértices identificando, principalmente, dos tipos de escenarios: el de la ilegalidad del acto de adjudicación, y el que estudia el daño generado por irregularidades en el proceso de selección. A su turno, este examen se ha abordado bajo la óptica de la "pérdida de oportunidad" que en algunas épocas sólo se concibió frente al último de tales eventos, y que, en posiciones más recientes, ha servido para concretar el factor de resarcimiento en la responsabilidad precontractual, en cualquiera de estos escenarios.

PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD – Parámetro indemnizatorio - Ilegalidad de la adjudicación o irregularidad en el trámite de escogencia – Alcance de la pérdida de oportunidad dependerá del avance del proceso de selección

[...] el instituto de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad precontractual de la Administración, emerge como parámetro indemnizatorio por los daños causados, ya sea por una ilegal adjudicación o por una irregularidad con relevancia jurídica en el trámite de escogencia, pues se constituye en la medida que lleva a cuantificar el valor del perjuicio a reparar en ambos eventos, según el caso. Lo anterior, impone precisar que el alcance y aplicación de la pérdida de oportunidad dependerá del estado de avance del proceso de selección y, por ende, del grado de consolidación del estatus jurídico subjetivo de quien aduce las consecuencias del daño.

[...] La pérdida de oportunidad se ha entendido como el menoscabo que se produce en los casos en que, por acción u omisión, se trunca la expectativa cierta y actual del afectado respecto de un beneficio que podría alcanzar, o la posibilidad real de conjurar

una desventaja, que se origina en el hecho dañoso, sin que esta lesión se pueda asimilar al perjuicio que deriva del daño final padecido.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL – Pérdida de oportunidad – Corrientes – Causalidad probabilística – Daño independiente que tiene fundamento en expectativa legítima

Esta Corporación al analizar la responsabilidad extracontractual se decantó por explicar esta institución a través de dos corrientes centrales. Una, con fundamento en la causalidad probabilística, conforme a la cual la responsabilidad es proporcional a la probabilidad de la causa entre el hecho dañoso y el daño final, lo que implica imputar una fracción o porcentaje del perjuicio final en virtud de la posibilidad de que el actuar dañoso haya incidido en el resultado negativo (teoría relacionada con la imputación). La otra posición, considera que la pérdida de oportunidad representa un daño independiente cuya reparación tiene fundamento en el quiebre de una expectativa legítima, y por ello difiere de otros daños –v. gr. la muerte o afectación a la integridad física–.

La Sección Tercera se ha inclinado por la segunda postura y, a su vez, ha descartado que la pérdida de oportunidad pueda ser considerada como un criterio auxiliar de imputación de responsabilidad, lo que significa que dicho instituto no aplica en casos de incertidumbre causal entre la intervención del sujeto y el beneficio perdido, o el detrimento no evitado. En suma, esta figura puede definirse en este contexto como un daño indemnizable en aquellos eventos en que un sujeto está en una posición apta para obtener un provecho o impedir una pérdida, pero con ocasión de un acto u omisión de un sujeto, ve frustrada la consolidación de dicha posibilidad de manera definitiva.

ETAPA PRECONTRACTUAL EN EL EGCAP – Se fundamenta en el componente de orden público – Principio de legalidad y principio de buena fe – Quebrantamiento de las normas es el fundamento del daño en la etapa prenegocial

Respecto de la etapa precontractual regida por el EGCAP, el marco de referencia no se contrae a una imputación cimentada en la culpa, esto es, aquella basada en una falta de diligencia in contrahendo, sino que está atada al componente de orden público que impone la sujeción al principio de legalidad en materia de procedimientos de selección, como ha sido reconocido por esta judicatura, acompañado por el principio de la buena fe, de raigambre constitucional y legal, conforme al cual las partes han de exhibir un comportamiento coherente en una relación negocial que suscita en el otro sujeto la confianza de no ser defraudada.

Por ende, a diferencia de lo que sucede en el escenario estrictamente extracontractual, en que la pérdida de oportunidad tiene que ver en sí mismo con la categoría del daño – al punto de catalogarse como un daño autónomo– en el plano prenegocial el quiebre de las normas que regulan los procesos de selección en la anotada esfera es la que configura el daño, de modo que la pérdida de oportunidad en este ámbito despunta como criterio de indemnización.

PARÁMETRO INDEMNIZATORIO – Utilidad por haber perdido la oportunidad de celebrar y ejecutar el contrato - Factor de resarcimiento – Evento de ilegal adjudicación – Utilidad esperada - Irregularidad en proceso de selección – Análisis de la existencia del daño cierto,

personal, directo y antijurídico producto de la frustración de una expectativa legítima

[...] el parámetro indemnizatorio relativo a la utilidad por haber perdido la oportunidad de celebrar el contrato, ejecutarlo, y hacerse a la experiencia y beneficios económicos de aquel, se consolidó en la jurisprudencia como factor de resarcimiento, y así se mantiene en la actualidad. No obstante, cuando ésta no ha sido determinada en la propuesta, ni probada en juicio, subsisten posturas disímiles sobre la manera de determinar el monto de la utilidad esperada. La Sala no ahondará en estos criterios, en tanto el sub-lite no se inscribe en dicho evento.

Es de señalar que en tal evolución, la pérdida de esa oportunidad alusiva al evento de una ilegal adjudicación, quedó alineada con el referente objetivo asociado a la utilidad esperada –sin detenerse en, si las condiciones del proponente, su esfuerzo organizacional y la incidencia de factores externos, realmente le habrían permitido lograr la máxima eficiencia para alcanzar dicha utilidad de forma completa–. Con este mecanismo se superó esta incertidumbre.

El segundo escenario, de irregularidades en el proceso de selección, tiene lugar en eventos en que, p. ej., se reclama y demuestra que el proponente fue inhabilitado o su oferta rechazada sin justificación, sin que la irregularidad alcance a viciar el acto de adjudicación. O como en el caso que se analiza, cuando no se asignó el puntaje correcto en la evaluación y esta circunstancia le impidió al actor participar del sorteo de desempate perdiendo la posibilidad de ser adjudicatario del contrato. En estos casos a través de la teoría de la pérdida de oportunidad se debe analizar el daño cierto, personal, directo y antijurídico producto de la frustración de una expectativa legítima, construida en el marco de desarrollo de la fase precontractual de la Administración.

ELEMENTOS DE ANÁLISIS EN EVENTOS DE IRREGULARIDADES EN PROCESO DE SELECCIÓN – Existencia cierta y seria de una posibilidad real de obtener una ganancia o impedir una pérdida – Incertidumbre causal

De ahí que su análisis imponga constatar los dos elementos centrales de este instituto: i) la existencia cierta y seria de una posibilidad real de obtener una ganancia o de impedir una pérdida¹²⁰ y ii) la incertidumbre causal derivada del desconocimiento sobre lo que hubiera ocurrido con esa posibilidad en caso de que no se hubiera malogrado definitivamente la trayectoria normal de los eventos.

Con mayor detalle, esta Corporación ha señalado que para el reconocimiento de los perjuicios que genera el daño por pérdida de oportunidad, es necesario que se compruebe, con grado de certeza, la existencia de una real oportunidad frustrada por un acto imputable a la Administración.

De esta forma, se requiere que quien reclame la pérdida de oportunidad establezca que antes de la ocurrencia del hecho generador del daño, estaba en una posición potencialmente apta para producir un resultado beneficioso a su favor.

EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS – Fundamento de la indemnización por pérdida de oportunidad – Bases objetivas y objetivas sobre la determinación futura de un derecho

En este punto cobra especial relevancia el concepto de expectativas legítimas, en tanto corresponde al fundamento de la indemnización por pérdida de oportunidad en este tipo de casos, dado el grado de formación que alcanza la situación jurídica del individuo dentro del proceso de selección. Se trata de aspiraciones sentadas en bases objetivas y razonables sobre la determinación futura de un derecho, pues "son aquellas que 'aunque no estén consolidadas ni hayan generado derechos adquiridos, sí han determinado cierta expectativa válida, respecto de la permanencia de la regulación'. Son "una suerte de expectativas que goza de cierta protección, por cuanto existían razones que justificaban la confianza del administrado en que la regulación que lo amparaba lo seguiría manteniendo" (...) J.P. MÜLLER¹²⁷ ha señalado que las expectativas que son objeto de protección del principio de confianza legítima se caracterizan porque emanan de un sujeto de derecho, en razón de un determinado comportamiento en relación con otro o ante la comunidad jurídica en su conjunto, tienen la capacidad de producir efectos jurídicos e imponen a las autoridades públicas la obligación de respetar los actos propios previos y actuar en forma armónica y coherente con ellos.

OPORTUNIDAD PERDIDA Y DERECHOS ADQUIRIDOS – Diferencias – Test de elementos de la pérdida de chance

[...] el concepto central de este instituto alude expresamente a la "oportunidad" perdida, y ello es así para distinguirlo de la noción de los "derechos adquiridos", en tanto estos últimos están concebidos como "aquellas 'situaciones jurídicas individuales que han quedado establecidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que en tal virtud se entienden incorporadas válida y definitivamente al patrimonio de una persona.

[...] Aplicando la teoría descrita al caso concreto, es evidente que el yerro de la SED ocasionó que la parte demandante perdiera la oportunidad de obtener el puntaje que la ubicaba en el primer orden de elegibilidad junto con el proponente que resultó adjudicatario. De allí que, con razón, el demandante reclame una posición jurídica relevante que lo sitúa en el escenario del desempate por balota, y le confería la expectativa legítima de que, sorteado el mecanismo, iguales posibilidades de resultar adjudicatario habría tenido el consorcio demandante, como C&M que resultó seleccionado.

Respalda lo anterior el test que constata los elementos de la pérdida de chance, pues: (i) hay certeza de que el actor tenía derecho a participar en el desempate por balota; (ii) a la fecha, hay una imposibilidad definitiva de sortear el contrato, el que, además, ya fue liquidado como consta en el SECOP; y (iii) el Consorcio Gisc – Fundasol vio frustrada injustamente la expectativa legítima de ser adjudicatario, pues sólo habría bastado activar el mecanismo final de desempate, ubicándolo en una situación potencialmente apta para ser seleccionado y suscribir el pacto contractual.

NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN – No procede porque no se reputa ilegal la decisión de adjudicar pero fue incorrecta la evaluación

Las particularidades del caso concreto revelan que en la actualidad no hay forma de descartar que C&M hubiese podido resultar seleccionado, o que Gisc – Fundasol lo hubiera conseguido. Ante esta realidad la decisión de adjudicar a C&M Consultores no se reputa ilegal en sí misma, como sí lo es la incorrecta evaluación efectuada a GF. Puestas así las cosas, dado que los dos sujetos eran igualmente elegibles, ello impide a la Sala declarar la nulidad del acto de adjudicación por cuenta de la referida irregularidad, y

confirma que el análisis del sub lite se ubica un paso antes del acto de adjudicación que, en este caso, no alcanza a configurar su invalidez. Lo anterior, se itera, pues no hay manera de negar que C&M también hubiera podido resultar beneficiado con la balota.

[...] Anular la adjudicación, y con ella el respectivo contrato, implicaría que C&M no debió haber sido seleccionado, cuando sí podía serlo de acuerdo con la evaluación y los criterios de desempate; y conduciría a que este último también reclamara la posición jurídica de ser elegido, pues ambos podían serlo. Dado que la nulidad conduce a retrotraer las cosas a su estado anterior, como si el acto o contrato nunca hubieran existido, su declaratoria eliminaría de plano la probabilidad que a su vez asistía a C&M de acceder al contrato, por lo que esta sanción no se ajusta a los acontecimientos que se examinan. Este escenario pone de relieve que el juez al administrar justicia debe acometer el examen con tal detalle que responda a las reales circunstancias puestas en su conocimiento, ya que solo su comprensión permite adoptar la decisión que en derecho corresponde.

INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD – Inexistencia de normatividad para su reparación – Aplicación del criterio auxiliar de equidad

Estando acreditado que en el presente caso se concretó la pérdida de oportunidad incoada por el actor, es importante pasar a decantar algunos criterios para determinar el monto por concepto de indemnización de este daño. Al respecto, la Sala indica que, dado que no existe una disposición que regule la forma en la que se debe indemnizar la pérdida de oportunidad, se aplicarán los criterios auxiliares de la equidad, así como la jurisprudencia que versa sobre este instituto para su determinación (art. 230 de la C.P.). A partir de estas disposiciones, para definir la forma en que se debe valorar la cuantía del resarcimiento, habrá de acudirse al art. 16 de la Ley 446 de 1998.

Lo anterior, surge ante la dificultad de indemnizar con base en datos estadísticos o exactos el perjuicio sufrido y, a la par, se enfila en evitar el proferimiento de condenas en abstracto, en cuanto ello sea posible.

PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN ETAPA PRECONTRACTUAL – Elementos de conmutatividad y onerosidad – Proceso de selección tiene efectos presupuestales

En criterio de la Sala, el estándar que dimana del instituto de las expectativas legítimas, que es fundamento de la pérdida de oportunidad en el escenario precontractual, afirma un grado mayor de certidumbre en relación con la chance que se aduce perdida, hipótesis que dista de la posición que se analiza en los eventos de responsabilidad extracontractual en los que no es posible establecer con alto grado de probabilidad la incidencia causal que la acción u omisión, generadora de la pérdida de la oportunidad, tuvo en el desenlace fatal.

En cambio, los criterios de conmutatividad y onerosidad imperantes en la contratación del Estado y los particulares, y el grado de avance del proceso de escogencia, ciertamente ofrecen un escenario diverso para la definición de un criterio indemnizatorio, pues desde sus bases, la selección tiene anclado el referente presupuestal junto a las condiciones económicas ofrecidas, que sí vislumbran un destino cercano en punto de la adjudicación. Esta situación, como queda visto, no se corresponde con el escenario de la responsabilidad extracontractual, en la que por la naturaleza de los eventos que

recoge, la probabilidad de detonar en el daño final por la intervención del tercero, retrocede dos pasos atrás respecto aquella.

CUANTIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD – Criterios

(i) El primer criterio establece que la cuantía de la indemnización en ningún caso podrá ser igual o mayor al valor del daño final, es decir, no puede corresponder al valor de la utilidad esperada de haberse adjudicado y ejecutado el contrato. Lo anterior impone diferenciarlo del perjuicio que en esos términos puede reclamar quien sí fue privado del derecho a ser adjudicatario.

(ii) Se utilizará el valor de la utilidad esperada con la adjudicación y ejecución contractual únicamente como referente económico. A este valor se aplicará el umbral que será igual o superior al 1% y menos al 20%, con base en el criterio auxiliar de la equidad con el que se pretende indemnizar más que el interés negativo, pero, en cualquier caso, menos que el positivo o de cumplimiento. Para determinar este porcentaje se hará una ponderación inversa entre los límites mínimo y máximo de tal concepto así, a mayor valor menor porcentaje, y a menor valor mayor porcentaje; sin superar el 20% de la utilidad esperada.

(iii) De existir pretensiones por otros daños, se analizarán según su comprobación y petitorio respectivo.

(iv) Es improcedente una indemnización por el porcentaje probabilístico que resulte de la acreditación del vínculo causal frente a la configuración del daño final.

(v) El porcentaje de la pérdida deberá establecerse a partir de la perspectiva cuantitativa indicada, sin exceder en ningún caso los anteriores límites pecuniarios.



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., siete (07) de noviembre de dos mil veinticinco (2025)

Expediente: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc – Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá y otro
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD – criterio de indemnización de la responsabilidad precontractual / CARACTERIZACIÓN EN SEDE PRECONTRACTUAL – sus criterios difieren de algunas pautas fijadas por la jurisprudencia en materia de responsabilidad extracontractual / CRITERIOS PARA INDEMNIZAR LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.

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 la parte actora contra la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

El actor reclama el reconocimiento y pago de perjuicios por pérdida de oportunidad en la etapa precontractual; pide la nulidad del acto de adjudicación por falsa motivación y del contrato celebrado.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la proferida el 29 de septiembre de 2023, en la que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, negó las pretensiones de la demanda y condenó al pago de las costas procesales¹:
2. El anterior proveído resolvió la demanda cuyas pretensiones, hechos relevantes y fundamentos de derecho, son los siguientes:

Pretensiones

3. El 23 de julio de 2019² el Consorcio Gisc - Fundasol³ (en adelante el “Consorcio”, “Gisc-Fundasol” o simplemente “GF”), presentó demanda contra la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Bogotá (en adelante “SED” o la “Secretaría”) y

¹ “PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. CONDENAR en costas a la parte demandante. Se fija por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandada, la suma equivalente al 3% de las pretensiones de la demanda, que corresponden a la suma de \$46.025.868. (...).

² Fls. 1 a 37 del cuaderno 1, índice 2 de aplicativo SAMAI

³ Conformado por las sociedades Grupo IS Colombia S.A.S. y Fundación Acción Solidaria (Fundasol), la primera con el 60% de participación y la segunda con el 10%. Fls. 24 y 25, c. principal.



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

contra C&M Consultores S.A. –hoy S.A.S–, (en adelante “C&M”), con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe de forma literal, incluyendo sus propios énfasis y eventuales errores):

“PRIMERA: Que se decrete la Nulidad de la **Resolución No. 044 de 05 de marzo de 2019** por medio de la cual, la Secretaría de Educación del Distrito adjudicó el **Proceso SED-CM-A-DBE-001-2019** al proponente **C&M CONSULTORES S.A.**, por pérdida de oportunidad, culpa incontrahendo y por haberse vulnerado los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, lo cual conlleva la violación de las normas de rango supra legal, así como las disposiciones jurídicas que integran el Estatuto de Contratación Estatal.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad absoluta del **Contrato CO1.PCCNTR.877858** (Número del portal transaccional Secop 2 suscrito entre la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO** y **C&M CONSULTORES S.A.**, por haberse omitido el cumplimiento de los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad en el proceso **SED-CM-A-DBE-001-2019**, lo cual conlleva la violación de las normas de rango supra legal, así como las disposiciones jurídicas que integran el Estatuto de la Contratación Estatal.

TERCERA: Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se restablezcan los perjuicios económicos ocasionados a la sociedad aquí demandante por concepto de pérdida de oportunidad la suma de **MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTITRES PESOS M/CTE** (\$1.534.195.623.oo), Equivalente al 10% del valor del contrato, sin IVA, del **Proceso SED-CM-A-DBE-001-2019**, de conformidad con la oferta económica presentada que contemplaba el AU.

CUARTA: Que el valor total del anterior acápite se actualice desde la fecha de la presentación de la propuesta y sobre el monto histórico actualizado de acuerdo a los índices de precios al consumidor (IPC) certificados por el DANE y la jurisprudencia que al respecto ha sentado el H. Consejo de Estado y hasta la fecha de terminación del proceso; se liquiden los intereses a la tasa del 1% mensual que equivale al doble del interés legal civil, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4, numeral 8, inciso 2 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto Reglamentario 679 de 28 de marzo de 1994.

QUINTA: Que se reconozca a favor del aquí demandante, la experiencia acreditada por la correcta ejecución del contrato, con el fin de ser incluida en el registro único de proponentes RUP, tal como en efecto habría ocurrido de haberse adjudicado el contrato si se hubiesen respetado los conductos legales.

SEXTA: Las sumas a las que resulte condenada la entidad demandada, devengarán intereses moratorios desde la fecha de ejecutoria de la sentencia, conforme se señala en el inciso tercero del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMA: Se condene a la parte demandada en costas y agencias en derecho⁴.

Hechos relevantes

4. El 4 de enero de 2019⁵, la SED publicó el aviso de convocatoria del concurso de méritos SED-CM-A-DBE-001-2019 con el objeto de contratar la realización de la “interventoría técnica, financiera, administrativa y jurídica a los contratos y convenios celebrados para la ejecución del Programa de Alimentación Escolar del Distrito Capital”.

⁴ Fl. 10, c. principal.

⁵ Archivo en carpeta “documentos proceso de selección inter pae”, que reposa en USB a fl. 1, c. principal.



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

5. De acuerdo con los numerales 5.2. y 5.2.4. del pliego de condiciones definitivo, el componente de apoyo a la industria nacional sería evaluado según el anexo 15, otorgando 10 puntos a los servicios de origen nacional.
6. En desarrollo de la evaluación⁶, la SED acogió la observación formulada contra Gisc-Fundasol por indebido diligenciamiento del anexo 15, indicando que el Consorcio llenó la casilla que lo identificaba como proponente de origen nacional, pero también marcó “x” en el compromiso de incorporar personal nacional, como si se tratara de un oferente extranjero. Así que en el informe final no se le otorgó puntaje por este componente.
7. Afirmó que el yerro al calificar su propuesta lo ubicó en el segundo lugar del orden de elegibilidad, al obtener 90 de los 100 puntos que le correspondían.
8. El 5 de marzo de 2019, se profirió la Resolución 044, mediante la cual se adjudicó el concurso de méritos a C&M Consultores, y el 29 de marzo siguiente se suscribió el contrato CO1.PCCNTR.877858. Actuaciones con las cuales “se le impidió participar en el sorteo, favoreciendo de forma inadecuada al adjudicatario del proceso y restándole la oportunidad al Consorcio, lo que implica un daño antijurídico que debe ser indemnizado por culpa in contrahendo”⁷.

Fundamentos de derecho

9. El Consorcio adujo el desconocimiento de los principios de la contratación estatal y de los arts. 1, 2, 6, 13, 29, 83, 84, 90, 209 y 367 de la Constitución Política; 1, 2 y 3 de la Ley 816 de 2003; 3, 23, 24 num. 5 y 8, 25 num. 15, 17; 26 num. 6; 28, 29, 30 num. 7 y 8 de la Ley 80 de 1993; 1618 al 1624 del Código Civil; y 2.2.1.2.4.2.1. del Decreto 1082 de 2015. Planteó los siguientes argumentos:
10. (i) Indebida apreciación de la oferta respecto al ítem de apoyo a la industria nacional, pues la entidad se limitó a aspectos meramente formales y desechó que el ofrecimiento era de servicios nacionales de conformidad con la Ley 816 de 2013, el Decreto 1082 de 2015 y el num. 5.2.4 del pliego de condiciones definitivo; indicó que tal condición se acreditaba únicamente por el origen del oferente, y cualquier confusión fue generada por el formato que elaboró la entidad, por tanto, se debieron aplicar las pautas de interpretación a favor de quien no dispuso su contenido.
11. (ii) Falsa motivación en el acto de adjudicación, al limitarse a evaluar un aspecto netamente formal de la propuesta y haberse negado a otorgarle los 10 puntos por apoyo a la industria nacional, solo por haber marcado la casilla que acreditaba la incorporación de recurso humano nacional en un 100% en el anexo 15, aun cuando, para la época, el origen de la oferta se probaba con el certificado de existencia y representación legal del proponente que acreditaba su nacionalidad. Al estar probado el empate con el oferente que ocupó el primer lugar en la evaluación y su persistencia, el contrato se debió adjudicar por balota.

⁶ En la evaluación preliminar el Consorcio fue declarado jurídicamente “No habilitado”, y posteriormente subsanó, como adelante será reseñado.

⁷ Hecho décimo séptimo de la demanda, ídem.



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

12. Adujo que el yerro en un formato no era razón para negar el puntaje por el factor de apoyo a la industria nacional. Cuestionó que no se hubiesen aplicado los arts. 28 de la Ley 80 de 1993 y 1624 del Código Civil, pues si el formulario era confuso debía interpretarse a su favor; añadió que la jurisprudencia del Consejo de Estado respalda la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal en la evaluación de las ofertas ⁸.

13. Sostuvo que la entidad incurrió en *culpa in contrahendo* porque le imposibilitó acceder al sorteo para poder ser adjudicatario del contrato, lo que le ocasionó un daño cierto por pérdida de oportunidad, que debe ser indemnizado.

14. De haberse evaluado correctamente habría obtenido la misma calificación del adjudicatario (100 puntos), y el empate debía resolverse bajo los criterios indicados en el art. 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 y en el pliego de condiciones. Ante la persistencia del empate, la elección debió hacerse por sorteo a través de balota.

Contestación de la demanda⁹

15. La **SED** se opuso a lo pretendido. Como excepciones planteó la “*Ausencia de los presupuestos necesarios para la prosperidad de la acción*”, y la genérica. Señaló que el num. 5.2.4. del pliego fue claro en que las personas jurídicas colombianas acreditarían su nacionalidad mediante el certificado de existencia y representación legal, debiendo presentar el anexo 15 debidamente diligenciado. Así que el oferente nacional debía marcar sólo la casilla respectiva, no como lo hizo el actor. Pidió tener en cuenta que las reglas del pliego fueron publicadas en debida forma, sin que se pueda alegar una ambigüedad no expresada en oportunidad.

16. **C&M** también se opuso al *petitum*. Esgrimió que no fue desvirtuada la legalidad del concurso ni la escogencia de la mejor oferta, pues el actor no cuestionó que aquella propuesta hubiese obtenido 100 puntos. Además, según el pliego, un mismo servicio no podía aplicar a los dos puntajes, es decir, al que se otorgaría a las ofertas de origen nacional, y también a las extranjeras que contaran con la incorporación de personal colombiano, por lo que el error no fue netamente formal¹⁰. Propuso la excepción genérica.

17. Afirmó que, ante datos confusos en las ofertas el Consejo de Estado autoriza a no otorgar puntuación, tal como lo hizo la entidad.

Alegatos en primera instancia

⁸ Al efecto citó: Consejo de Estado, Sección Tercera: i) Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2017, Rad. 250002326000-20050244901 (35459), M.P. Danilo Rojas Betancourth, ii) Subsección B, sentencia del 8 de febrero de 2012, Rad. 170012331-00019970803401 (20688), M.P. Ruth Stella Correa Palacio, iii) sentencia del 4 de febrero de 2010, Rad. 2500023260001994-0982701 (16540), M.P. Mauricio Fajardo Gómez, iv) sentencia del 19 de febrero de 1987, Rad. 4694, M.P., Julio César Uribe Acosta, reiterada en fallo del 19 de junio de 1998, Rad. 10.217, M.P. Ricardo Hoyos Duque, y v) sentencia del 12 de noviembre de 2014, Rad. 25000232600019961280901 (27986), M.P. Enrique Gil Botero.

⁹ La demanda fue admitida mediante auto del 24 de septiembre de 2020 (índice 4, SAMAI de primera instancia). El auto admisorio fue notificado personalmente a la demandada y al litigante C&M Consultores S.A.S. mediante correo electrónico del 3/02/2021 (índice 11, SAMAI de primera instancia)

¹⁰ Señala que ofertó para obtener tanto los 10 puntos por servicios de origen nacional, como para obtener los 5 puntos cuando el 100% de recurso humano es nacional en la prestación del servicio de origen extranjero.



18. Surtido el debate probatorio¹¹, al alegar de conclusión, el actor¹² reiteró los argumentos de la demanda. C&M Consultores¹³ subrayó que hay varios hechos no probados que impiden la prosperidad de las pretensiones, entre ellos que: (i) el Consorcio no expuso confusiones sobre el anexo 15 en el proceso de selección; (ii) no se probó que el análisis del comité evaluador fuera errado o desconociera el debido proceso (iii) no se demostró el empate, pues lo acreditado es que el GF optó por dos puntajes excluyentes, lo que impedía obtener calificación por apoyo a la industria nacional; (iv) no se probaron perjuicios dada la inasistencia de la demandante y del perito a la audiencia de pruebas, lo que dejó sin valor la pericia aportada para ello¹⁴.

19. La SED guardó silencio y el Ministerio Público no se pronunció.

Fundamentos de la providencia recurrida

20. El *a quo* negó las pretensiones de la demanda. Indicó que el Consorcio actuó contra los deberes de diligencia y cuidado al presentar el anexo 15, pues: (i) ante posibles confusiones sobre cómo llenar el formato, debió elevar observaciones en curso del proceso de selección, y (ii) el num. 5.2.4. del pliego fijó las reglas para diligenciar tal anexo, y el oferente las obvió incurriendo en yerros.

21. Aclaró que otro de los oferentes cometió el mismo error y tampoco se le otorgó puntaje por ese requisito; sumado a que la SED no debía analizar el conjunto de la oferta e interpretar si era de origen nacional, pues esa claridad la daba el anexo 15; agregó que tampoco le correspondía hacer interpretaciones adicionales sobre los aspectos de la evaluación en desconocimiento del pliego de condiciones.

II. EL RECURSO INTERPUESTO

22. El demandante pide revocar el fallo de primer grado y que se acceda a las pretensiones. Aduce que existen falencias en la valoración probatoria¹⁵ y contradicciones argumentativas. Al respecto indica:

¹¹ En audiencia inicial del 21 de junio de 2022, el *a quo* decretó las siguientes pruebas: 1) del **demandante**: A) Documentales: a) propuesta económica de GF, b) documento de constitución del consorcio y de sus integrantes, c) Resolución 044 del 5 de marzo de 2019, por medio de la cual se adjudicó el concurso de méritos, d) solicitud y constancia de conciliación extrajudicial, e) documentos del procedimiento de selección, f) copia de las ofertas: del actor, C&M, Consorcio Empresarial PAE y Unión Temporal Alimentación Escolar, que podrían consultarse en el SECOP II. B) Pericial: para la tasación de perjuicios económicos causados al Consorcio GF por la no adjudicación del contrato. C) Oficios: a la SED para que allegara la oferta presentada por el demandante y por C&M Consultores, 2) de la **SED**: expediente administrativo del concurso de méritos SED-CM-A-DBE-001-2019; 3) de **C&M Consultores**: Poder y certificado de existencia y representación legal de la sociedad.

¹² Índice 34 del aplicativo SAMAI de primera instancia.

¹³ Índice 35 del aplicativo SAMAI de primera instancia.

¹⁴ Fls. 1878 a 1888, 1915 a 1930 y 1931 a 1938, cuaderno 7, índice 2 del aplicativo SAMAI.

¹⁵ El actor señala que el *a quo* no advirtió la redacción confusa el pliego de condiciones, específicamente en el numeral 5.2.4., según el cual se indica que el puntaje de apoyo a la industria nacional se otorgaría a quien probara ser oferente de origen nacional a través del certificado de existencia y representación legal, pero luego, menciona que este factor solo se calificaría teniendo en cuenta el anexo 15. Acorde con los documentos allegados con la oferta de GF, se podía evidenciar que sus integrantes, Grupo IS y Fundasol, eran de origen nacional, acorde a sus certificados de existencia y representación legal, y el Tribunal obvió que acorde a la normatividad aplicable para el momento en que se surtió el proceso de selección, este documento bastaba para haberle asignado el puntaje por este factor.



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

(i) El Tribunal pasó por alto que acorde a la definición de “*servicios nacionales*” del Decreto 1082 de 2015 y la Ley 816 de 2003, para su acreditación bastaba que se tratara de personas jurídicas constituidas bajo la legislación colombiana.

(ii) Con todo, como la redacción del numeral 5.2.4. del pliego resultaba confusa, el *a quo* debió determinar qué es un bien y servicio nacional, y de allí definir el puntaje de las ofertas. Al no hacerlo, se castigó a un proponente por errores de la entidad, y se privilegió lo formal sobre lo sustancial¹⁶.

(iii) Difiere de la afirmación del *a quo* de que los factores de evaluación no podían ser interpretados por la entidad, pues era un yerro que se gestó en el mismo pliego ocasionando la confusión del actor en el ofrecimiento de la industria nacional.

Trámite de segunda instancia

23. Conforme al art. 247.5 del CPACA, modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021, no se corrió traslado para alegar de conclusión. El Ministerio Público no rindió concepto.

III. CONSIDERACIONES

Objeto de la apelación

24. El problema jurídico que concentra la atención de la Sala se contrae a determinar si en el proceso de selección *sub-lit*e hubo una indebida calificación de la propuesta del actor respecto del factor de apoyo a la industria nacional, y sus efectos frente a la escogencia realizada como fundamento del daño aducido.

Criterio de calificación de apoyo a la industria nacional - definición de bienes y servicios nacionales - evolución legal

25. El art. 21 de la Ley 80 de 1993 determinó que era deber de las entidades estatales garantizar la participación y prevalencia de oferentes de bienes y servicios de origen nacional en cualquier procedimiento de selección; por lo que, en “*igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional*”. A su vez, respecto de oferentes extranjeros que estuvieran en igualdad de condiciones indicó que se “*preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica*”.

26. El parágrafo primero del citado artículo, designó al gobierno nacional para definir qué debía entenderse por bienes y servicios de origen nacional y extranjero, junto con el diseño de mecanismos que facilitaran el conocimiento oportuno tanto de su oferta como de su demanda. En los arts. 10 y 11 del Decreto 679 de 1994¹⁷ se establecieron las siguientes definiciones:

¹⁶ FI. 12, índice 41 del aplicativo SAMAI de primera instancia.

¹⁷ “*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993*”.



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

(i) Bienes de origen nacional: aquellos producidos en el país para los cuales el valor CIF de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados, empleados para la elaboración de los bienes objeto de la contratación fueren igual o inferior al 60% del valor en fábrica de los bienes terminados ofrecidos.

(ii) Servicios de origen nacional: son los prestados por empresas constituidas según la ley nacional, por personas naturales colombianas o por residentes en Colombia.

27. Estas definiciones tuvieron especial relevancia luego de la entrada en vigencia de la Ley 816 de 2003¹⁸, que estableció la obligación para las entidades públicas de adoptar criterios objetivos que permitieran apoyar la industria nacional –excluyendo a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios–. Para ello, precisó el puntaje que debía asignarse a este componente: a) para proponentes que ofertaran bienes y servicios nacionales y aquellos que tuvieran trato nacional por acuerdo comercial entre Colombia y otros Estados, se asignaría un puntaje entre el 10% y 20%; y b) para proponentes extranjeros sin trato nacional, pero que ofrecían incorporar bienes o servicios colombianos en la ejecución del contrato, se debía asignar un puntaje entre el 5% y 10%. Esta norma aclaró que si la oferta del proponente extranjero estaba en igualdad de condiciones con la de uno nacional, se adjudicaría a este último.

28. La asignación de puntajes fue reglamentada mediante el Decreto 2473 de 2010, el cual remitió a la noción de bienes y servicios nacionales fijada en el Decreto 679 de 1994, manteniendo vigentes tales conceptos.

29. Estas definiciones, a su turno, se incluyeron en el art. 3 del Decreto 1510 de 2013¹⁹, compilado posteriormente en el art. 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, norma que reiteró que los servicios nacionales se identificaban por el origen y constitución de la persona natural o jurídica que los prestara, sin elementos adicionales que modificaran tal identificación.

30. Bajo estas premisas, las empresas extranjeras que constituyeran personas jurídicas bajo la ley Colombiana lograban obtener el puntaje más alto por apoyo a la industria nacional, sin que necesariamente utilizaran bienes y servicios del país para ejecutar los respectivos contratos.

31. En atención a esta problemática, y para dar cumplimiento a una de las acciones de mejora definida en el *“Pacto por el Crecimiento y la Generación de Empleo del Sector de Industrias de la Construcción”* (2019), se debía analizar la posibilidad de incluir el uso de bienes colombianos y/o un mínimo de mano de obra local en la definición de servicios nacionales en el Sistema de Compra Pública²⁰ con el fin de promover encadenamientos productivos de bienes nacionales, generar empleo, sustituir importaciones, promover la formalización empresarial y acercar de forma eficiente el mercado de compras públicas a las distintas empresas colombianas de manera directa o indirecta. Con estos objetivos se profirió el Decreto 680 de 2021²¹.

¹⁸ “Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública”.

¹⁹ “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”.

²⁰ En línea con el documento CONPES 3866 del 8 de agosto de 2016.

²¹ En las consideraciones del citado Decreto se precisaron, entre otras, las siguientes:



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

32. El art. 1º de este reglamento modificó la definición del art. 2.2.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, y determinó que un servicio es considerado nacional²² si, además del componente subjetivo de quien lo presta, usa los bienes nacionales relevantes definidos por la entidad estatal contratante para el desarrollo de la actividad objeto del proceso de selección y/o contratación, o vinculen el porcentaje mínimo de personal colombiano según corresponda²³.

33. Entre otras disposiciones, el Decreto 680 de 2021 (art. 2) incluyó los parámetros que deben tener en cuenta los entes públicos al adelantar procesos de selección para identificar los bienes nacionales relevantes para la ejecución del contrato: (i) el sector económico, los oferentes y toda la información adicional con la que cuente la entidad en la fase de planeación; (ii) el porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto; y, (iii) la existencia de los bienes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, en los términos del Decreto 2680 de 2009²⁴

El pliego de condiciones y el proceso de selección

34. De acuerdo con el material probatorio, el 21 de enero de 2019 se publicó el pliego definitivo de condiciones del concurso de méritos SED-CM-A-DBE-001-2019; en su capítulo V se consagró lo referente a la ponderación de las propuestas y el puntaje por apoyo a la industria nacional.

35. Para este componente se daría aplicación a lo dispuesto en la Ley 816 de 2003, otorgando 10 puntos a las ofertas nacionales, y 5 a oferentes extranjeros que incorporasen bienes y servicios nacionales. La calificación por este factor otorgaba máximo 10 puntos.

ASPECTOS PUNTUABLES: Las ofertas serán evaluadas sobre una asignación máxima total de cien (100) puntos.

FACTOR DE EVALUACIÓN	SUBFACTORES		PUNTOS
Calidad de la propuesta	Experiencia adicional del proponente	25	89
	Experiencia adicional del equipo mínimo de trabajo	64	
Puntaje por discapacidad	Puntaje por trabajadores con discapacidad	1	1
Apoyo a la Industria Nacional	Bienes y/o servicios nacionales	10	10
	Las Ofertas de bienes y servicios extranjeros que incorporen bienes o servicios nacionales	5	
			TOTAL 100

"Que el artículo 2.2.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015 definió como servicios nacionales aquellos 'prestados por personas naturales colombianas o residentes en Colombia o por personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación colombiana'.

Que no todos los Acuerdos Comerciales incluyen dentro de su cobertura a las Entidades Estatales y a las entidades descentralizadas del nivel departamental y municipal, que tienen una participación relevante en el total de Procesos de Contratación.

Que algunos proponentes obtienen el puntaje relacionado con el estímulo a la industria nacional de que trata el inciso primero del artículo 2 de la Ley 816 de 2003, sin que el mismo se vea reflejado en el uso de bienes o servicios colombianos durante la ejecución del respectivo contrato. (...)

Que dichos emparejamientos y encadenamientos productivos además de fomentar la formalización empresarial y apalancar los objetivos de la Política de Desarrollo Productivo, buscan acercar el mercado de compras públicas a las distintas empresas colombianas de manera directa o indirecta.

²² "Servicios Nacionales. En los contratos que deban cumplirse en Colombia, un servicio es colombiano si además de ser prestado por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o por un proponente plural conformado por estos o por estos y un extranjero con trato nacional, usa los bienes nacionales relevantes definidos por la Entidad Estatal para la prestación del servicio que será objeto del Proceso de Contratación o vinculen el porcentaje mínimo de personal colombiano según corresponda".

²³ Dicha normatividad también estableció los parámetros bajo los cuales un servicio es colombiano tratándose de contratos que deban ser ejecutados en el extranjero; también se refirió al respeto por los acuerdos comerciales vigentes, de cara a ofertas de extranjeros con derecho a trato nacional.

²⁴ Señala, además, que en los casos que, acorde al objeto contractual, no existan bienes nacionales relevantes o no haya oferta en el país, el puntaje de apoyo a la industria nacional se asignaría a proponentes que vincularan el porcentaje mínimo fijado por la entidad pública de empleados o contratistas colombianos, que no podría ser inferior al 40% del total del personal requerido para su cumplimiento.



36. El numeral 5.2.4. del pliego de condiciones, especificó el tipo de ofertas consideradas de origen nacional y la forma en que éstas debían ser acreditadas²⁵:

OFERTAS DE ORIGEN NACIONAL (10 PUNTOS)			
Personas Naturales Colombianas	Personas Naturales extranjeras con residencia en Colombia	Personas Jurídicas Colombianas	Personas Naturales o Jurídicas Extranjeras con derecho a trato nacional
“Acreditarán su nacionalidad a través de la cédula de ciudadanía correspondiente, la cual se deberá aportar con la oferta en copia simple”	“Podrán acreditar la residencia, mediante la visa correspondiente que le permita ejecutar el objeto contractual de conformidad con la Ley, la cual se deberá aportar con la oferta en copia simple”.	“Acreditarán su nacionalidad mediante el certificado de existencia y representación legal” (se resalta).	“De acuerdo al artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015, las personas jurídicas extranjeras recibirán trato nacional cuando se cumpla alguna de las siguientes tres condiciones ...: 1) que la persona jurídica extranjera provenga de un país con el cual exista algún Acuerdo Comercial ...; 2) que exista certificado de Trato Nacional por Recíprocidad ...; o 3) que la persona jurídica extranjera provenga de un país miembro de la Comunidad Andina (...)”

37. Precisó que para consorcios y/o uniones temporales, los 10 puntos se otorgarían si todos sus miembros acreditaban el origen nacional de la oferta; en caso de que esas figuras plurales se conformaran por integrantes colombianos y extranjeros, el puntaje se asignaría en proporción a la participación del miembro nacional.

38. El mismo numeral, en el subtítulo “*Incentivo a la Incorporación de componente nacional*”, determinó que cuando se presentaran proponentes extranjeros sin derecho a trato nacional que ofrecieran servicios profesionales de origen colombiano, se les otorgaría puntaje de conformidad con la siguiente tabla:

ITEM	CRITERIO DE EVALUACIÓN	PUNTAJE
1	100% (Que la totalidad del recurso humano requerido para la prestación del servicio sea de origen nacional)	5 puntos
2	100% (cuando el recurso humano requerido para la prestación del servicio incluye personal extranjero)	0 puntos

39. Conforme al Anexo 15 –APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL–, los oferentes debían señalar el origen del personal ofrecido. En la nota 1 de la cláusula 5.2.4 se hizo énfasis en que el ofrecimiento de incorporación de recurso humano nacional en el citado formato, no asignaría puntaje al oferente en proporción al porcentaje de participación del integrante nacional, pues un mismo servicio no podía aplicar a ambos puntajes. En cualquier caso, era deber de todos los participantes diligenciar el citado anexo.

²⁵ Fl. 55 dentro del archivo pdf “SED-CM-A-DBE-001-2019 PLIEGO DE CONDICIONES”, dentro de la carpeta “ANEXOS, DOCUMENTOS Y ANTECEDENTES CONTRACTUALES”, subcarpeta “DOCUMENTOS PROCESO DE SELECCIÓN INTER PAE”, en usb a fl. 1, c. principal.



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

40. Respecto al pliego de condiciones no se presentaron observaciones referentes al anexo 15 y a las reglas de puntaje por apoyo a la industria nacional²⁶.

41. La Sala precisa que si bien no reposan en el expediente las observaciones al pliego de condiciones y al anexo 15, ni las respuestas de la entidad contratante, al consultar esos documentos en el SECOP II²⁷ se verificó que no hubo observaciones sobre la cláusula de apoyo a la industria nacional ni al contenido del anexo 15. El examen de dicha plataforma virtual es procedente, porque es el mecanismo de publicidad de la contratación estatal en Colombia²⁸, entre otras características, y de acuerdo con su reglamentación la demandada debía publicar allí los documentos y actos administrativos de la etapa precontractual, así como los relativos al desarrollo y finalización del negocio jurídico, como en efecto aparece registrado.

42. Esta Subsección, en recientes oportunidades²⁹, ha señalado que en casos como el *sub examine* la carga de la prueba se matiza en virtud del deber de las entidades demandadas de “*allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder*” establecido en el parágrafo primero del art. 175 del CPACA; además, como en el presente asunto el *a quo* ofició en curso de la audiencia inicial a la SED, para que allegara los antecedentes administrativos y los documentos contentivos del proceso de selección SED-CM-A-DBE-001-2019, sin que la entidad atendiera el mandato de remitir la información relativa al concurso de méritos³⁰, la Sala está habilitada para acudir a los medios electrónicos de divulgación de la información de los procesos contractuales de las entidades públicas, particularmente al SECOP que posee las piezas del expediente administrativo necesarias para fallar.

43. El 21 de enero de 2019 se expidió la Resolución 010, mediante la cual se ordenó la apertura y trámite del Concurso de Méritos³¹. Al proceso se presentaron 4 oferentes: i) C&M Consultores³², ii) Consorcio Gisc – Fundasol, iii) Consorcio Empresarial PAE, y iv) Unión Temporal Alimentación Escolar.

44. En el informe de evaluación preliminar publicado el 14 de febrero de 2019, se determinó que la propuesta del actor no estaba habilitada por omitir requisitos

²⁶ El actor no formuló pregunta u observación respecto al anexo 15 o al apoyo a la industria nacional. Ver: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=esCO&Page=login&Country=CO&SkinName=CCE>

²⁷ Consultado en: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/PublicMessageDisplay/Index?id=520299&contractNoticeUniqueIdentifier=&prevCtxUrl=%2fPublic%2fTendering%2fOpportunityDetail%2fIndex%3fPerspective%3dDefault&showDownloadDocument=False&asPopupView=true> y <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/PublicMessageDisplay/Index?id=524360&contractNoticeUniqueIdentifier=&prevCtxUrl=%2fPublic%2fTendering%2fOpportunityDetail%2fIndex%3fPerspective%3dDefault&showDownloadDocument=False&asPopupView=true>

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de junio de 2024, radicación 08001-23-33-000-2019-00567-01 (70198), C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Como se constata al verificar los documentos visibles en los índices 25 a 30, SAMAI, Gestión en otras corporaciones, TA de Cundinamarca –Sección Tercera – Subsección B.

³¹ Archivo pdf: “SED-CM-A-DBE-001-2019 RESOLUCIÓN DE APERTURA”, dentro de la carpeta “ANEXOS, DOCUMENTOS Y ANTECEDENTES CONTRACTUALES”, subcarpeta “DOCUMENTOS PROCESO DE ELECCIÓN INTER PAE”, en USB a fl. 1, c. principal.

³² Se precisa que al momento de presentar propuesta C&M Consultores era sociedad anónima, posteriormente, mediante Acta No. 56-20 del 2 de marzo de 2020, se transformó en S.A.S. Índice 14 SAMAI, T.A.



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

jurídicos de su integrante Fundasol (certificaciones de pago de aportes al sistema de seguridad social integral e inscripción y antecedentes disciplinarios legibles del revisor fiscal que suscribió tal certificación)³³. El 26 de febrero siguiente se publicó el informe final de evaluación que señaló que el demandante subsanó la oferta, y ocupó el segundo orden de elegibilidad, pues en el primer lugar se ubicó C&M Consultores.

45. Como documento anexo a tal evaluación, la SED adjuntó el oficio de respuesta a las observaciones, del que se destaca la formulada por C&M frente al Consorcio Gisc – Fundasol, relativo al diligenciamiento del Anexo 15³⁴:

Observación contra el Consorcio Gisc - Fundasol	
OBSERVACIÓN 18: <i>El formato de industria nacional aportado en la propuesta conlleva a una indebida acumulación de factores de puntuación.</i> <i>Conforme se encuentra establecido en el numeral 5.2.4. del pliego de condiciones, las ofertas serán objeto de puntaje por dos circunstancias particulares respecto de industria nacional: la primera cuando el proponente sea de origen nacional (10 puntos) y la segunda cuando, al tratarse de proponente extranjero, suscribe el compromiso de incorporación de servicios nacionales en la prestación de servicios extranjeros (5 puntos). En evidente contradicción de lo anteriormente establecido, el Consorcio GISC – FUNDASOL suscribe el Anexo 15 de Industria nacional como nacional y a la vez con compromiso de incorporación, aportando por tanto un formato erróneamente diligenciado.</i> <i>Por lo anterior, y considerando que el Anexo 15 es el documento mediante el cual se acredita este factor de puntuación, se solicita a la entidad no otorgar puntaje alguno por este concepto a la propuesta del Consorcio GISC – FUNDASOL.</i>	
RESPUESTA 18: <i>Una vez revisado el documento referido por el observante, el comité evaluador procedió a verificar la información allegada por el Consorcio GISC – FUNDASOL, en el anexo Formato de apoyo a la Industria Nacional, donde se encontró que efectivamente el documento aportado por el oferente establece confusiones sobre la selección realizada (...) Así las cosas y de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones numeral 5.2.4., <u>el oferente no es acreedor al puntaje previsto y se procederá a realizar el ajuste correspondiente.</u></i>	

46. En el anexo 15 presentado por el actor³⁵ –a diferencia del diligenciado por C&M como adjudicatario– se seleccionó la casilla que indicaba que la oferta era de origen nacional, e igualmente se marcó la opción de incorporación de personal nacional en un 100% –espacio dispuesto sólo para oferentes de origen extranjero–.

Los formatos presentados por el GF y por el adjudicatario, fueron los siguientes:

³³ Archivo pdf: “SED-CM-A-DBE-001-2019 – EVALUACION FINAL”, dentro de la carpeta “INFORME DE EVALUACIÓN”, en USB a fl. 1, c. principal.

³⁴ Fls. 43, 44 y 50, ídem.

³⁵ Archivo Pdf: “Anexo 15. Formato Apoyo a la Industria Nacional”, dentro de la carpeta “PROPUESTAS”, subcarpeta “consorcio gisc-fundasol”, en USB a fl. 1, c. principal.



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho



**CONSORCIO
GISC - FUNDASOL**



**CONCURSO DE MÉRITOS
SED-CM-A-DBE-001-2018**

Anexo No. 15 - FORMATO APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL

Para efectos de la evaluación del factor referido a los servicios en apoyo a la industria nacional, me permito indicar el origen de los servicios ofrecidos, así:

ORIGEN DEL SERVICIO	SELECCIONAR (X)
NACIONAL	X
EXTRANJERO	

PUNTAJE POR INCOPORACIÓN DE NACIONALES EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EXTRANJERO

CRITERIO DE EVALUACION	SELECCIONAR (X)
100% (Que la totalidad del recurso humano requerido para la prestación del servicio sea de origen nacional)	X
100% (cuando el recurso humano requerido para la prestación del servicio incluye personal extranjero) -	

En todo caso nos obligamos a cumplir y mantener el ofrecimiento realizado en este documento en la ejecución del contrato, en caso de resultar adjudicatarios del proceso **SED-CM-A-DBE-001-2019**, so pena de hacerme acreedor a las sanciones de ley contempladas en el contrato.

NOTA: En caso de incluir dentro de mi oferta servicios con incorporación de componente nacional, garantizo que no disminuiré el porcentaje de incorporación en la ejecución del contrato.

Atentamente,

Nombre o Razón Social del Proponente: **CONSORCIO GISC – FUNDASOL**

NIT: **NO APLICA**

Nombre del Representante Legal: **ELENA AMPARO GÓMEZ MORENO**

C.C. No. **51.597.470** de **BOGOTÁ**



000364

CONCURSO DE MÉRITOS SED-CM-A-DBE-001-2019

Anexo No. 15 - FORMATO APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL

Para efectos de la evaluación del factor referido a los servicios en apoyo a la industria nacional, me permito indicar el origen de los servicios ofrecidos, así:

ORIGEN DEL SERVICIO	SELECCIONAR (X)
NACIONAL	X
EXTRANJERO	

PUNTAJE POR INCOPORACIÓN DE NACIONALES EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EXTRANJERO

CRITERIO DE EVALUACION	SELECCIONAR (X)
100% (Que la totalidad del recurso humano requerido para la prestación del servicio sea de origen nacional)	
100% (cuando el recurso humano requerido para la prestación del servicio incluye personal extranjero) -	

En todo caso nos obligamos a cumplir y mantener el ofrecimiento realizado en este documento en la ejecución del contrato, en caso de resultar adjudicatarios del proceso **SED-CM-A-DBE-001-2019**, so pena de hacerme acreedor a las sanciones de ley contempladas en el contrato.

(NOTA: En caso de incluir dentro de mi oferta servicios con incorporación de componente nacional, garantizo que no disminuiré el porcentaje de incorporación en la ejecución del contrato.)

Atentamente,



47. El 27 de febrero de 2019, en la audiencia de apertura de la propuesta económica, C&M expresó su acuerdo con el comité evaluador indicando que en este proceso de selección no bastaba allegar el certificado de existencia y representación legal del proponente o integrantes de las formas plurales para probar el origen nacional de la oferta, ya que con el anexo 15 se acreditaba que los servicios y personal eran colombianos, independientemente de donde se constituyó.

48. Por su parte, el actor aseveró que la entidad debió hacer una evaluación sustancial y no sólo formal del origen nacional de su oferta, la cual se había acreditado como lo pedía el pliego, con el certificado de existencia y representación legal de sus integrantes. Adujo una violación al debido proceso porque aun cuando la entidad pudo pedirle aclarar este punto, lo omitió y le restó el puntaje, sin que existieran dudas respecto a la nacionalidad del proponente³⁶.

49. La audiencia se suspendió y continuó el 1 de marzo de 2019, confirmando los puntajes asignados a cada oferente³⁷. Se dio apertura a la propuesta económica de C&M, adjudicándole el contrato mediante Resolución 044 del 5 de marzo de 2019³⁸.

Análisis de la Sala

50. La normatividad aplicable al *sub-lit*e, respecto al componente de apoyo a la industria nacional, corresponde al artículo 2.2.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015³⁹ antes de la reforma que introdujo el Decreto 680 de 2021, en la medida que el proceso de selección objeto de análisis se desarrolló de enero a marzo de 2019; de manera que es aplicable la definición de servicios nacionales allí contenida. Ésta, a su vez, quedó incorporada en el capítulo V del pliego de condiciones que consagró que los servicios de origen nacional correspondían a aquellos prestados, entre otros, por personas jurídicas constituidas bajo la legislación colombiana, situación que sería acreditada con el certificado de existencia y representación legal respectivo, sin agregar datos adicionales –más allá del anexo 15 que debía registrar la información correspondiente–.

51. Al revisar los términos del citado anexo, no se encuentra que exista una redacción confusa que indujera en error a los proponentes. Como quedó visto, dicho documento diferenció dos tipos de información: a) en un primer cuadro se debía seleccionar con una X si el “origen de los servicios” ofrecidos era nacional o extranjero; y b) el segundo cuadro, relativo a la “incorporación de nacionales en la

³⁶ “(...) nosotros no pretendemos subsanar sino le vamos a aclarar a la entidad qué fue lo que sucedió en dicho formato 15... Si usted revisa el formato... [Lee el formato], por eso, se marcaron las dos. ¿qué es lo que sucede? Dentro de la industria nacional existen 2 o 3 requisitos que se pueden determinar, primero, que la empresa sea de origen nacional, lo cual se verifica a través de la cámara de comercio y segundo, que la prestación del servicio o los bienes sean de origen nacional. En este momento si usted verifica en ningún momento nos estamos contradiciendo, origen del servicio: nacional y ¿qué dice el segundo punto [dentro de formato]? Que la totalidad del recurso humano requerida (sic) para la prestación del servicio sea de origen nacional. (...) si la naturaleza de la empresa se verifica de acuerdo al pliego de condiciones que señala que es con la cámara de comercio y acá [en el formato] yo simplemente estoy haciendo una manifestación de que recurso es nacional, no entiendo cuál es la interpretación errónea que se entiende ... Min. 11:09 a 16:43, de la grabación “AUDIENCIA APERTURA DE SOBRES SED-CM-A-DBE-001-2019 PARTE I”, carpeta “informe evaluación”, en USB a fl. 1, c. principal.

³⁷ Se precisa que no fue aportada al proceso la segunda parte de la audiencia, y en la plataforma SECOP II no figura la grabación; esta situación no afecta el análisis que se efectúa de cara a los argumentos esgrimidos y por cuanto el acto administrativo de adjudicación que es el objeto del *sub-examine* está aportado al proceso.

³⁸ Archivo Pdf: “resolución de adjudicación”, carpeta “informe de evaluación”.

³⁹ El Decreto 1082 de 2015 (antes de la reforma del Decreto 680 de 2021) disponía: “**Servicios Nacionales:** Servicios prestados por personas naturales colombianas o residentes en Colombia o por personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación colombiana”.



prestación del servicio extranjero" (se subraya), estableció que si el recurso humano era 100% nacional se asignaban 5 puntos, y en caso de incluir personal extranjero no obtendría puntuación por este factor. Todo ello, consistente con el núm. 5.2.4 del pliego que al desarrollar el "*Incentivo a la Incorporación de componente nacional*", precisó tales reglas.

52. En este sentido, el actor cometió un error al diligenciar el anexo 15, puesto que en el primer segmento indicó que la oferta era de origen nacional; y luego, como si se tratara de un proponente extranjero, marcó la casilla que debían completar únicamente los oferentes sin trato nacional o netamente foráneos. De modo que no asiste razón al apelante al señalar que los términos del citado formato se prestaban a confusiones, pues de una lectura integral de los pliegos, que abarca las reglas de participación y sus anexos, se llega a esta comprensión sin ambigüedades; evidencia que descarta el argumento asociado a una vaguedad o ambivalencia proveniente del pliego y del anexo referido, y por lo mismo no tiene cabida la crítica del censor relacionada con la aplicación de los criterios legales de interpretación a su favor.

53. Con todo, este examen no puede pasar por alto que las personas jurídicas que conformaban el Consorcio Gisc – Fundasol eran de origen nacional, calidad que sin mayor esfuerzo es apreciable en los certificados de existencia y representación aportados con la propuesta. Así que en los términos del art. 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, los servicios que ofertó debían catalogarse como nacionales.

54. La Sala no desconoce la importancia de esa clase de documentos de cara al proceso de evaluación y, por ello, no desdice de la obligatoriedad de que los anexos sean debidamente diligenciados. Lo que resalta es que esta exigencia no puede llevarse al extremo de sobreponer un yerro meramente formal por encima de la realidad sustancial, sobre todo si, como en este caso, la incorrección en el diligenciamiento del formulario era francamente apreciable –pues una casilla demarcaba el origen nacional de los servicios versus la que registraba la "*incorporación de nacionales en la prestación del servicio extranjero*", lo que las hacía excluyentes–; y era fácilmente superable, comoquiera que bastaba constatar tal información en los certificados de existencia y representación de los integrantes del Consorcio, documento indicado en el pliego y establecido en la ley para su acreditación⁴⁰.

55. La prevalencia de lo sustancial sobre lo formal ha sido un tema ampliamente tratado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisando que es deber de la administración interpretar las reglas de los procesos de selección, justificar debidamente el análisis de dichas cláusulas, siempre teniendo en consideración que dicha prerrogativa no es discrecional y sin que se pueda atentar o contravenir los actos propios.

56. El yerro de GF no tenía la trascendencia asignada en la evaluación, ni impedía conocer si tales personas jurídicas estaban constituidas bajo las leyes colombianas.

⁴⁰ Adviértase que acorde a lo dispuesto en el artículo 1618 del Código Civil, "*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*".



La función de dicho formato era consolidar y organizar la información de los participantes para facilitar la evaluación y, puntualmente, fijar el compromiso de los oferentes extranjeros respecto a la utilización de personal nacional⁴¹; pero en ningún caso podía sustituir preceptos legales ni reglas del pliego relacionadas con la acreditación del origen nacional de los servicios.

57. No podrá decirse que por ser un factor de evaluación, tal incorrección no era susceptible de constatación por la entidad, ya que en este caso el factor de apoyo a la industria nacional estaba libre de interpretaciones o incertidumbres conforme al Decreto 1082 de 2015, pues dicha normativa estableció que se debía demostrar si la persona era (i) nacional o no, (ii) residente o no, y (iii) para las personas jurídicas, si estaban constituidas o no bajo las leyes colombianas; de modo que se conferían los puntos según esta calidad, sin atravesar por un dilema subjetivo.

58. Revisada la oferta del actor, se observa que el Consorcio Gisc – Fundasol estaba constituido por dos sociedades⁴²: i) Grupo IS Colombia S.A.S., y ii) la Fundación Acción Solidaria – Fundasol. Con la propuesta, aportaron sus certificados de existencia y representación legal en los que consta que la primera fue constituida mediante escritura pública 2713 otorgada en la Notaría 10 del Circuito de Bogotá, el 27 de diciembre de 2007, con el nombre de Interventoría Social Ltda. La segunda, fue creada mediante acta del 24 de febrero de 2003 registrada en la Cámara de Comercio de Montería bajo el número 4076 del Libro I del registro de entidades sin ánimo de lucro, bajo la denominación de Fundación Acción Social “FUNDASOL”⁴³.

59. Al quedar demostrado que el demandante ofreció *servicios nacionales* conforme a la normatividad que le era aplicable, se concluye que la SED evaluó indebidamente la oferta del actor al no asignarle los 10 puntos por el factor de apoyo a la industria nacional, a los que tenía derecho.

60. En consecuencia, como el demandante debió obtener 100 puntos al igual que quien ocupó el primer lugar en el orden de elegibilidad, las dos propuestas deben ser evaluadas aplicando los criterios de desempate previstos en el pliego de condiciones, para determinar si Gisc – Fundasol debía avanzar hasta el sorteo por balota en punto a la adjudicación, como alega en su demanda⁴⁴.

Aplicación de los criterios de desempate

⁴¹ La relevancia *sustancial* de los datos referidos en el citado anexo, apuntaba al ofrecimiento de proponentes extranjeros en el marco de la incorporación de recurso humano nacional. En estos eventos, tal manifestación sí tenía carácter constitutivo, pues contenía una declaración de voluntad de los oferentes foráneos en la que definían el tipo de personal con el que cumplirían el contrato y, según su ofrecimiento, se determinaba el incentivo asignado por este componente en un máximo de 5 puntos, si todo el personal era colombiano.

⁴² Archivo Pdf: “Anexo 2. Conformación Consorcial”, subcarpeta “consorcio gisc-fundasol”, carpeta “propuestas”, en USB a fl. 1, c. principal.

⁴³ Archivo Pdf “Certificados de Existencia y Representación legal”, subcarpeta “consorcio gisc-fundasol”, carpeta “propuestas”, en USB a fl. 1, c. principal.

⁴⁴ La Sala precisa respecto de los otros proponentes que participaron en el proceso de selección que: 1) la Unión Temporal Alimentación Escolar fue calificada con un total de 94 puntos al no alcanzar los 25 que podía obtener por “experiencia adicional del proponente”, y no acreditó tener trabajadores en condición de discapacidad. 2) que el Consorcio Empresarial PAE incurrió en el mismo error del actor al diligenciar el anexo 15 -como lo señaló el a quo-, pero esta situación no repercute en el presente análisis ante la circunstancia de que sólo Gisc-Fundasol reclamó en este juicio una posición jurídica subjetiva por pérdida de oportunidad, que es a la que se contrae el presente examen.



61. La cláusula 5.3. del pliego de condiciones consagró las reglas de desempate para el proceso de selección objeto de estudio. De conformidad con lo dispuesto en el art. 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, la SED escogería el oferente que tuviera el mayor puntaje en los siguientes factores sucesivos y excluyentes: (i) “EXPERIENCIA ADICIONAL DEL PROPONENTE”; (ii) “EXPERIENCIA ADICIONAL DEL DIRECTOR DEL PROYECTO”; (iii) “EXPERIENCIA ADICIONAL DE LOS SUBDIRECTORES”; (iv) “EXPERIENCIA ADICIONAL DEL ASESOR DE DIRECCIÓN”, o (v) tener en cuenta el puntaje por personal en discapacidad. Se aclaró que al momento de evaluar posibles empates únicamente serían tenidos en cuenta los formatos y certificaciones presentados hasta la fecha de cierre.

62. Seguidamente, enlistó los siguientes factores de desempate, consagrados en el precitado Decreto:

1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.
2. Preferir las ofertas presentadas por una Mipyme nacional; o, consorcio o unión temporal, constituida por exclusivamente por Mipyme Nacional.
3. En caso en que dentro del Proceso de Contratación no existan ofertas presentadas por Mipyme o proponentes plurales constituidos exclusivamente por Mipyme, Preferir la oferta presentada por un Consorcio o unión temporal siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio o unión temporal.
4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un Consorcio o unión temporal, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el Consorcio o unión temporal y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.
5. Si con la aplicación de los criterios de desempate, los proponentes continúan empatados, se seleccionará la mejor oferta mediante sorteo a través de balotera neumática, en presencia de los participantes del proceso mediante el siguiente procedimiento: Se colocan dentro de una balotera neumática, el número de balotas correspondientes al número de proponentes cuya propuestas se encuentren en empate, escogidas por cada uno de los proponentes o en su defecto, por el profesional de la Oficina de Control Interno de la Entidad; El número de cada balota será el que identifique a cada uno de los proponentes; seguidamente dos de los asistentes a la reunión accionará la balotera y permitirá la salida de dos balotas, la primera de las cuales corresponderá al adjudicatario del proceso y la siguiente determinará el segundo orden de elegibilidad para los efectos en que sea aplicable.

PARÁGRAFO: En el evento en que los proponentes ubicados en primero y segundo orden de elegibilidad resulten Rechazados Económicamente, el sortero descrito en este numeral se realizará nuevamente y hasta que la entidad lo considere pertinente”.

63. En este contexto, el primer criterio de desempate estaba referido a la experiencia adicional del proponente que, según el numeral 5.2.1. del pliego otorgaba 25 puntos. Éste versaba sobre la acreditación, mediante un máximo de 5 certificaciones, de contratos iniciados, ejecutados, terminados e identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios de “alguno de los códigos UNSPSC 851515, 841116, 801015, 801016, 851516, 851517, 931316 hasta el tercer nivel (Artículo 2.2.1.1.1.5.3 Decreto 1082 de 2015)” registrados en el RUP, de servicios cuyo objeto fuera:



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

interventoría y/o supervisión y/o seguimiento y/o monitoreo y/o control a programas y/o servicios de alimentación. La asignación de puntaje dependía de los siguientes criterios:

SUB CRITERIOS	PUNTAJE PARCIAL	PUNTAJE MÁXIMO
Presentación de contratos adicionales en servicios de Interventoría y/o supervisión y/o seguimiento y/o monitoreo y/o control a programas y/o servicios de alimentación, adicionales a los aportados por el proponente para el cumplimiento de las condiciones técnicas habilitantes y acreditando por cada contrato, mínimo el 20% del presupuesto oficial del presente proceso expresado en SMMLV.	1 contrato adicional = 5 puntos	5 puntos
TOTAL		25 PUNTOS

64. El mismo numeral aclaró que para acreditar la experiencia adicional, el proponente debía allegar el formulario 11 anexo al pliego de condiciones junto con las certificaciones diferentes a las presentadas para los requisitos habilitantes de experiencia. Además, si la propuesta era de un consorcio o unión temporal, la experiencia adicional podría ser acreditada por cualquiera de sus integrantes y sería tenida en cuenta de acuerdo con el porcentaje de participación en la forma plural en la cual fue adquirida.

Información de C&M Consultores en el Anexo 11.	Información del Consorcio Gisc - Fundasol en el Anexo 11
Es una “ <i>mediana empresa</i> ” acorde al certificado de existencia y representación legal allegado con la propuesta ⁴⁵ . Se mencionan los siguientes contratos, que fueron catalogados en los códigos pedidos: 1. #367 con fecha de inicio del 31 de diciembre de 2015 y terminación el 30 de diciembre de 2016, suscrito con la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - USPEC, cuyo objeto era la intervención técnica, administrativa, financiera, jurídica y de control de calidad del suministro del servicio de alimentación por el sistema de ración a la población privada de la libertad a cargo del INPEC, en 49 establecimientos de reclusión del orden nacional – ERON. 2. #869 con inicio el 24 de junio de 2015 y terminación el 31 de diciembre 2015, suscrito con el Ministerio de Educación Nacional -MEN cuyo objeto era realizar la intervención integral a los contratos de aporte, con cabildos indígenas y convenios interadministrativos con entidades territoriales, (...) suscritos por la entidad, de acuerdo con el lineamiento técnico administrativo del PAE, 2015, zona 2.	Integrantes: (i) Grupo IS COLOMBIA: 90%, (ii) Fundasol: 10% Se mencionan los siguientes contratos: 1. #1462 con inicio el 27 de marzo de 2017 y finalización el 30 de junio de 2018, suscrito con la SED, cuyo objeto fue la intervención técnica, financiera, administrativa, jurídica a los contratos, convenios e instrumentos de agregación de demanda o cualquier otra modalidad de contratación suscrita para la ejecución del programa de alimentación escolar. Fue ejecutado por el Grupo IS con un 45% de participación en el Consorcio Empresarial 2017. 2. #13667 inició el 4 de enero de 2017 y culminó el 2 de agosto de 2018, suscrito con Integración Social, cuyo objeto era realizar la intervención especializada para garantizar la ejecución y cumplimiento del objeto contractual de los contratos, convenios, contratos de comisión y las operaciones de bolsa que se deriven de estos, para la implementación de los diferentes servicios y modalidades que presten suministro alimentario a través del Proyecto 1098 “BOGOTÁ TE NUTRE”. Fue ejecutado por el Grupo IS con un 45% de participación en el Consorcio Bogotá Te Nutre.

⁴⁵ Archivo pdf “*Cert. Existencia y Representación*”, carpeta “cym”, usb a fl. 1, c. principal. Consta que la sociedad C&M Consultores S.A.S. (antes S.A.), se constituyó mediante escritura pública 02536 otorgada por la Notaría Quinta de Bogotá del 26 de agosto de 1999, inscrita el 30 de agosto de ese mismo año, bajo el número 00693977 del Libro IX, bajo la denominación de C&M Consultores Ltda.



<p>3. #870 del 24 de junio de 2015 y culminación el 31 de diciembre de 2015, con la misma entidad pública anterior y el mismo objeto a realizar, sólo que en la zona 3.</p> <p>4. #4600003193 con inicio el 4 de marzo de 2015 y terminación el 28 de diciembre de 2015, suscrito con el Departamento de Antioquia cuyo objeto fue la intervención integral a contratos y/o convenios celebrados por la entidad para garantizar el suministro de víveres y la implementación del PAE.</p> <p>5. #1023 con fecha de inicio del 8 de marzo de 2013 y terminación el 31 de diciembre del mismo año, suscrito con el ICBF, cuyo objeto era la intervención integral a los contratos celebrados con los operadores de la entidad en el territorio nacional para la vigencia de 2013, de acuerdo con los lineamientos técnico-administrativos y estándares del PAE – Grupo 1. Fue ejecutado por C&M Consultores con un 50% de participación en el Consorcio C&G.</p>	<p>3. #11868 inició el 13 de julio de 2015 y terminó el 13 de diciembre de 2016, suscrito con la Secretaría de Integración Social, cuyo objeto era realizar la intervención especializada para garantizar el cumplimiento del objeto contractual de los contratos, convenios, contratos de comisión y las operaciones de bolsa que se deriven de estos, para la implementación de los diferentes servicios y modalidades que presten suministro alimentario a través del proyecto <i>“Alimentando Capacidades”</i> desarrollo de habilidades y apoyo para superar condiciones de vulnerabilidad. Desarrollado 100% por Grupo IS.</p> <p>4. #871 inició el 25 de junio de 2015 y terminó el 31 de diciembre de 2015, suscrito con el MEN, para realizar la intervención integral a los contratos de aporte, con cabildos indígenas y convenios interadministrativos con entidades territoriales (...). Desarrollado 100% por GRUPO IS.</p> <p>5. #994 fecha de inicio el 28 de diciembre de 2007 y terminación el 28 de diciembre de 2010, suscrito con el ICBF, cuyo objeto era realizar el control y supervisión técnica y administrativa de los programas, desayunos infantiles, raciones de emergencia, recuperación nutricional, así mismo, a las entidades contratistas y unidades aplicativas de los proyectos 131 y 140 denominados: Asistencia nutricional al escolar, Hogares comunitarios de Bienestar 0-7, Hogares Infantiles, Centros de emergencia, Internados, Seminternados, Externados, Hogares Gestores, Intervención de apoyo, preparación para la vida social y orientación vocacional, proyecto de vida independiente, preparación para la vida social y orientación vocacional. Desarrollado 100% por Sociedad Interventora Social.</p>
<p>Observaciones: Los contratos permitían otorgar los 25 puntos al proponente, pues: -Los 5 contratos tenían como objeto la intervención, supervisión, de programas y/o servicios de alimentación -Todos fueron ejecutados y terminados -Todos se clasificaron en los códigos UNSPSG señalados en el pliego. -Son diferentes a los que la SED tuvo en cuenta para acreditar la experiencia habilitante del contratista: i) Contrato 11960 de 2015, ii) Contrato 10806 de 2014, y iii) Contrato 3342 de 2012. -Se permite que algunos hayan sido ejecutados de forma simultánea.</p>	<p>Observaciones: Los contratos permitían otorgar los 25 puntos al proponente, puesto que: -Los 5 contratos tuvieron por objeto la intervención, supervisión, de programas y/o servicios de alimentación. -Todos fueron ejecutados y terminados. -Todos se clasificaron en los códigos UNSPSG señalados en el pliego. -Son diferentes a los que la SED tuvo en cuenta para acreditar la experiencia habilitante del contratista: i) Contrato 116 de 2017, ii) 610 de 2016, iii) 2597 de 2012, iv) 4600053961 de 2014, v) 095 de 2010, y vi) 1292 de 2012. -Se permite que algunos hayan sido ejecutados de forma simultánea.</p>



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otros
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

65. En la evaluación técnica final se hizo la evaluación de tales contratos; y consta que el comité evaluador otorgó a C&M y a GF el máximo puntaje, respectivamente:

ALCALDE MÁIOR
DE BOGOTÁ D.C.
Secretaría de Educación

Y frente al demandante:

66. En el consolidado de evaluación final de los oferentes, primera casilla del cuadro ubicado a la derecha que contiene el puntaje adicional aplicable para desempate, se advierte que ambas ofertas obtuvieron 25 puntos por concepto de experiencia adicional, lo que constata que acreditaron este requisito:



ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL
DIRECCIÓN DE BIENESTAR ESTUDIANTIL
EVALUACIÓN CONCURSO DE MÉRITOS No. SED-CM-A-DBE-001-2019
CONSOLIDADO POR PROONENTE

NOMBRE DEL PROPONENTE	NÚMERO DE PROPUESTA	RESULTADO	PUNTAJE ADICIONAL
C&M CONSULTORES S.A	1	HABILITADO	100
REQUISITOS HABILITANTES			
COMPONENTE	OBSERVACIONES	CUMPLE	PUNTAJE ADICIONAL
EXPERIENCIA MÍNIMA HABILITANTE PROPONENTE		HABILITADO	EXPERIENCIA ADICIONAL PROPONENTE
EXPERIENCIA EQUIPO DE TRABAJO		HABILITADO	EXPERIENCIA ADICIONAL EQUIPO MÍNIMO
DOCUMENTOS JURÍDICOS		HABILITADO	PERSONAL CON DISCAPACIDAD
CARÁCTER O REPUTACIÓN		HABILITADO	APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

NOMBRE DEL PROPONENTE	NÚMERO DE PROPUESTA	RESULTADO	PUNTAJE ADICIONAL
CONSORCIO GISC-FUNDASOL	2	HABILITADO	90
REQUISITOS HABILITANTES			
COMPONENTE	OBSERVACIONES	CUMPLE	
EXPERIENCIA MÍNIMA HABILITANTE PROPONENTE		HABILITADO	
EXPERIENCIA EQUIPO DE TRABAJO		HABILITADO	
PUNTAJE ADICIONAL			
EXPERIENCIA ADICIONAL PROPONENTE	25		
EXPERIENCIA ADICIONAL EQUIPO MÍNIMO	64		
PERSONAL CON DISCAPACIDAD	1		
APoyo A LA INDUSTRIA NACIONAL	0		

67. El empate persiste, lo que abre paso al segundo criterio de desempate. Éste se refiere a la experiencia adicional del director del proyecto, que según el núm. 5.2.2. del pliego otorgaba 10 de los 64 puntos que se conferían en total por el criterio de *“Experiencia adicional del equipo de trabajo”*. Sobre el director se calificaba lo siguiente, según el anexo 12:

CARGO	SUB CRITERIOS		PUNTAJE PARCIAL	PUNTAJE MÁXIMO
Director General (1)	Experiencia adicional a la habilitante	2 puntos por cada año adicional de experiencia relacionada como líder o gerente o subgerente o director o subdirector de proyectos de seguridad alimentaria nutricional, o interventoría en alimentación.	2 puntos hasta un máximo de 10 puntos.	10 puntos

68. Revisado el anexo al pliego de condiciones respectivo, se encuentra acreditado que ambos proponentes cumplieron la experiencia exigida para obtener los 10 puntos, así:

C&M Consultores				
<u>Nombre del profesional</u>	<u>Empresa</u>	<u>Cargo</u>	<u>Funciones o actividades</u>	<u>Tiempo laborado</u>
Alfonso Medina Torres	C&M Consultores S.A.	Director General Contrato 988 de 2007	Máximo responsable técnico por el direccionamiento del proyecto en cada una de sus etapas y componentes.	Del 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2009. 2 años
		Director Contrato 502 de 2009	Máximo responsable técnico por el direccionamiento del proyecto en cada una de sus etapas y componentes.	Del 1 de enero al 31 de diciembre de 2010. 1 año.
		Coordinador General Contrato 4600034668 de 2011	Encargado de la coordinación operativa del proyecto en cada una de sus etapas y componentes	Del 24 de junio de 2011 al 5 de enero de 2012. 6 meses y 17 días.
		Gerente de interventoría Contrato 3342 de 2012	Máximo responsable por la planeación, implementación y control de los asuntos, actividades y temas relacionados con la administración y ejecución del proyecto.	Del 21 de diciembre de 2012 al 31 de diciembre de 2013. 1 año y 10 días.
		Director Contrato 1741 de 2013	Máximo responsable técnico por el direccionamiento del proyecto en cada una de sus etapas y componentes.	Del 1 de enero al 31 de julio de 2014. 6 meses.



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

	Director General Contrato 10804 de 2015	Máximo responsable técnico por el direccionamiento del proyecto en cada una de sus etapas y componentes.	Del 14 de noviembre de 2014 al 28 de junio de 2015. 7 meses y 14 días.
	Director General Contrato 11960 de 2015	Máximo responsable técnico por el direccionamiento del proyecto en cada una de sus etapas y componentes.	Del 13 de julio al 14 de diciembre de 2015. 5 meses y un día.
	Director de Interventoría Contrato 1675 de 2015	Máximo responsable técnico por el direccionamiento del proyecto en cada una de sus etapas y componentes.	Del 31 de diciembre de 2015 al 1 de junio de 2017. 1 año, 5 meses y 1 día.
	Director General Contrato 443029 de 2018	Máximo responsable técnico por el direccionamiento del proyecto en cada una de sus etapas y componentes.	Del 1 de julio de 2018 al 31 de marzo de 2019. 8 meses.
TOTAL:			Más de 5 años acreditados, lo que le permitía obtener los 10 puntos ⁴⁶

Consorcio Gisc – Fundasol

<u>Nombre del profesional</u>	<u>Empresa</u>	<u>Cargo</u>	<u>Funciones o actividades</u>	<u>Tiempo laborado</u>
Elena Amparo Gómez Moreno	Consorcio Bogotá Te Nutre	Director General	Dirigir e implementar instrucciones al talento humano con el propósito que den cumplimiento integral al contrato de interventoría.	Del 16 de enero al 30 de noviembre de 2017. 10 meses y 14 días.
	Grupo Is Colombia SAS	Directora Técnica	Dirigir, coordinar, supervisar, asesorar y responder por la ejecución del contrato.	Del 5 de julio al 12 de diciembre de 2016. 5 meses y 7 días.
	Grupo Is Colombia SAS	Directora de Interventoría	Dirigir, coordinar, supervisar, asesorar y responder por la ejecución del contrato.	Del 31 de diciembre de 2015 al 3 de junio de 2016. 5 meses y 3 días.
	Grupo Is Colombia SAS	Directora Técnica	Ejercer la dirección técnica, con calidad, oportunidad y obligaciones definidas en el contrato principal	Del 2 de marzo al 30 de diciembre de 2015. 9 meses y 28 días.
	Consorcio Interalimentos 2014	Líder de Interventoría	Dirigir, coordinar, supervisar y asesorar las actividades de interventoría técnica y administrativa a los contratos suscritos para la prestación de	Del 1 de mayo de 2014 al 30 de enero de 2015. 8 meses y 29 días.

⁴⁶ Los certificados reposan en archivo pdf "Director general_1" y "Director general_2", en la carpeta "cym", en USB a fl. 1, c. principal.



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

			servicios de complementación alimentaria de la secretaría.	
Consortio Interventor es AIB	Director de Interventoría	Revisar, verificar, controlar y firmar todos los informes y conceptos de la intervención	Del 29 de agosto de 2013 al 31 de marzo de 2014. 7 meses y dos días.	
Grupo Is Colombia SAS	Director de Interventoría	Gerenciar, asesorar, coordinar, supervisar al área técnica, administrativa, financiera y legal de la ejecución del contrato	Del 11 de mayo al 28 de agosto de 2013. 3 meses y 17 días.	
Grupo Is Colombia SAS	Director de Interventoría	Gerenciar, asesorar, coordinar, supervisar al área técnica, administrativa, financiera y legal de la ejecución del contrato	Del 11 de mayo de 2012 al 10 de mayo de 2013. 11 meses y 29 días.	
Grupo Is Colombia SAS	Director de Interventoría	Gerenciar, asesorar, coordinar, supervisar al área técnica, administrativa, financiera y legal de la ejecución del contrato	Del 22 de septiembre de 2010 al 30 de junio de 2011. 9 meses y 8 días.	
UT PROSAM	Gerente de Interventoría	Ejercer la dirección, coordinación, supervisión y control de las obligaciones contractuales	4 de septiembre de 2006 al 31 de marzo de 2007. 6 meses y 27 días.	
TOTAL:				Más de 5 años acreditados, lo que le permitía obtener los 10 puntos ⁴⁷

69. De nuevo, el empate habría persistido, llevando a acudir al tercer criterio de desempate señalado en el pliego, que hacía parte de los 64 puntos que en total se asignarían por experiencia adicional del equipo profesional de cada oferente, relacionado con los subdirectores, el cual se calificaba así:

CARGO	SUB CRITERIOS		PUNTAJE PARCIAL	PUNTAJE MÁXIMO
Subdirectores de Componente (5)	Experiencia adicional a la habilitante	3 puntos por cada año adicional de experiencia relacionada como líder o cualquier otro cargo relacionado con manejo de personal, en ejecución de programas de seguridad alimentaria nutricional; y/o interventorías o supervisión de programas de alimentación.	3 puntos hasta un máximo de 9 puntos por profesional. Hasta un máximo de 45 puntos.	45 puntos

70. Luego de aplicar este criterio las propuestas continuaban empatadas, pues todos los subdirectores probaron la experiencia de 3 o más años:

C&M Consultores	
Subdirector Administrativo y de Recursos Humanos: Faviola Andrea Guerra Pinzón.	Se acreditó que laboró en los siguientes períodos: 1) Contratante: Consorcio Interplantas; cargo: Coordinador de Proyecto; entre el 14 de enero de 2008 al 5 de abril de 2010. 2) Contratante: C&M Consultores S.A.; cargo: Coordinador General – Gerente de Proyecto – Subdirector Administrativo y de Recursos Humanos, en los períodos comprendidos entre el 24 de septiembre al 31 de diciembre de 2010, 1 de mayo de 2013 al 31 de diciembre de 2013, del 10 de enero de 2014 al 30 de septiembre de 2014, del 14 de noviembre de 2014 al 28

⁴⁷ Los contratos suscritos se encuentran en archivo pdf “Anexo 12. Experiencia Adicional 1”, subcarpeta “consorcio gisc-fundasol”, carpeta “propuestas”, en USB a fl. 1, c. principal.



	de junio de 2015, del 29 de junio de 2015 al 31 de diciembre de 2015 y del 1 de julio de 2018 al 31 de marzo de 2019 ⁴⁸ . Tiempo total acreditado: más de 3 años.
Subdirector de análisis de información para el proceso de gestión de novedades: Francisco José Medina Barragán.	Se acreditó que laboró en los siguientes periodos con C&M Consultores S.A., en los cargos de: Gerente de Proyecto, gerente de macroregión, director de gestión de proyectos, subdirector de análisis de información. Periodos: i) 9 de octubre de 2007 al 8 de abril de 2008, ii) 9 de abril de 2008 al 28 de febrero de 2010, iii) 1 de marzo al 31 de octubre de 2010, iv) 4 de julio de 2017 al 16 de marzo de 2018, y v) 17 de marzo de 2018 al 13 de junio de 2018 ⁴⁹ . Tiempo total acreditado: más de 3 años.
Subdirector Técnico: Alberto Agudelo. Uber Isaza	Se acreditó que laboró en los cargos pedidos, en los siguientes periodos: 1) Contratante: Galenos; cargos: coordinador técnico, administrativo y de eje de alternativas comunitarias de complementación alimentaria, desde el 12 de julio de 2005 al 31 de diciembre de 2007. 2) Contratante: Universidad de Antioquia; cargo: coordinador; periodos: i) 8 de mayo de 2012 al 30 de junio de 2012, ii) 11 de julio de 2012 al 25 de septiembre de 2012, iii) 26 de septiembre de 2012 al 31 de diciembre de 2012, iv) 17 de febrero de 2013 al 30 de abril de 2013, v) 6 de mayo de 2013 al 30 de mayo de 2013. 3) Contratante: Corporación Interuniversitaria de Servicios; cargo: coordinador general, desde el 7 de octubre de 2013 al 9 de abril de 2014. 4) Contratante: C&M Consultores S.A.; Cargo: Subdirector técnico: se precisa en el informe de evaluación final que esta certificación no se tiene en cuenta porque incluye periodo de labores en el momento no ejercidas ⁵⁰ . Tiempo total acreditado: más de 3 años
Subdirector Financiero: Adriana Medina Fuentes	Se acreditó que laboró en los cargos pedidos, en los siguientes periodos para C&M Consultores S.A., en el cargo de director financiero: i) 10 de enero al 30 de septiembre de 2014, ii) 14 de noviembre de 2014 al 28 de junio de 2015, iii) 13 de julio de 2015 al 12 de febrero de 2016, iv) 13 de febrero de 2016 al 3 de julio de 2017, v) 4 de julio de 2017 al 16 de marzo de 2018, y vi) 17 de marzo de 2018 al 30 de junio de 2018. Se precisa en el informe de evaluación final que la certificación que reposa a folio 565 no se tiene en cuenta porque incluye periodo de labores en el momento no ejercidas ⁵¹ . Tiempo total en años: más de 3 años.
Subdirector Jurídico: Carlos Felipe Santacruz Ortega	Se acreditó que laboró en los cargos pedidos para C&M Consultores S.A., como asesor líder jurídico, en los periodos: i) 21 de diciembre de 2012 al 31 de diciembre de 2013, ii) 10 de enero de 2014 al 30 de septiembre de 2014, iii) 14 de noviembre de 2014 a 28 de junio de 2015, iv) 29 de junio de 2015 al 31 de diciembre de 2015, v) 1 de enero de 2016 al 30 de junio de 2018 ⁵² . Tiempo total en años: más de 3 años.

⁴⁸ Los certificados reposan en archivo pdf "Subdirector Administrativo y de RH_1" y "Subdirector Administrativo y de RH_2", en la carpeta "cym", en USB a fl. 1, c. principal.

⁴⁹ Los certificados reposan en archivo pdf "Subdirector de Análisis de Información_1" y "Subdirector de Análisis_2", en la carpeta "cym", en USB a fl. 1, c. principal.

⁵⁰ Los certificados reposan en archivo pdf "Subdirector Técnico_1" y "Subdirector Técnico_2", en la carpeta "cym", en USB a fl. 1, c. principal.

⁵¹ Los certificados reposan en archivo pdf "Subdirector Financiero_1" y "Subdirector Financiero_2", en la carpeta "cym", en USB a fl. 1, c. principal.

⁵² Los certificados reposan en archivo pdf "Subdirector Jurídico_1" y "Subdirector Jurídico_2", en la carpeta "cym", en USB a fl. 1, c. principal.



Consorcio Gisc – Fundasol	
Subdirector administrativo y de recursos humanos María Fernanda Bohórquez Torrez.	Se acreditó que laboró para C&M Consultores en el cargo de coordinadora técnica, durante: i) el 2 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2009, ii) el 1 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2010 y iii) del 25 de julio de 2012 al 31 de diciembre de 2012 ⁵³ . Total: 3 años y 4 meses.
Subdirector de análisis de información para el proceso de gestión de novedades: Sandra Margarita Barreto Quijano	Se acreditó que laboró para EAG Consultorías y Asesorías, en el cargo de coordinadora de intervención, desde el 3 de enero de 2005 al 5 de enero de 2008 ⁵⁴ . Tiempo total en años: 3 años
Subdirector técnico: María Isabel Garzón Rojas	Se acreditó que laboró en los cargos pedidos en los siguientes períodos: 1) Contratante: Consorcio Interalmientos 2014; cargo: coordinadora técnica, desde el 1 de mayo al 31 de diciembre de 2014. 2) Contratante: Consorcio Interventores AlB; cargo: coordinadora técnica, desde el 15 de mayo de 2013 al 30 de marzo de 2014. 3) Contratante: EAG Consultorías y Asesorías; cargo: coordinadora técnica de intervención, desde el 26 de julio de 2011 al 14 de mayo de 2013 Tiempo total en años: 3 años y 5 meses ⁵⁵ .
Subdirector financiero: Maribel Andrea Montes Ruiz	Se acreditó que laboró en los cargos pedidos en los siguientes períodos: Contratante: Grupo IS Colombia; cargo: Coordinadora Financiera, durante: i) el 1 de enero de 2011 al 30 de junio de 2011, ii) el 1 de septiembre de 2011 al 29 de febrero de 2012, iii) del 11 de mayo de 2012 al 10 de mayo de 2013, iv) del 25 de junio de 2015 al 31 de diciembre de 2015, v) del 1 de enero de 2016 al 3 de junio de 2016, y vi) del 5 de julio de 2016 al 28 de noviembre de 2016 ⁵⁶ . Tiempo total: más de 3 años
Subdirector jurídico: José Francisco Martínez Petro	Se acreditó que laboró para la UT Regalías de Colombia en el cargo de coordinador jurídico desde el 2 de junio de 2003 al 31 de julio de 2006 ⁵⁷ . Tiempo total acreditado: 3 años

71. El cuarto criterio de desempate previsto en el pliego versaba sobre la experiencia adicional del asesor de dirección, y otorgaba un máximo de 9 puntos calificados así:

Asesor de dirección (1)	Experiencia adicional a la habilitante	3 puntos por cada año adicional de experiencia relacionada como líder o cualquier otro cargo relacionado con manejo de personal, en ejecución de programas de seguridad alimentaria nutricional; y/o intervenciones o supervisión de programas de alimentación.	3 puntos hasta un máximo de 9 puntos	9 puntos
-------------------------	--	---	--------------------------------------	-----------------

72. El empate entre ambos oferentes se mantiene. En efecto, se pudo constatar que el asesor de dirección de cada uno laboró en los siguientes períodos:

⁵³ Los certificados reposan en archivo pdf "Anexo 12. Experiencia adicional 3", subcarpeta "consorcio gisc-fundasol", carpeta "propuestas", en USB a fl. 1, c. principal.

⁵⁴ Los certificados reposan en archivo pdf "Anexo 12. Experiencia adicional 4", ídem.

⁵⁵ Los certificados reposan en archivo pdf "Anexo 12. Experiencia adicional 5", ídem.

⁵⁶ Los certificados reposan en archivo pdf "Anexo 12. Experiencia adicional 6", ídem.

⁵⁷ Los certificados reposan en archivo pdf "Anexo 12. Experiencia adicional 7", ídem.



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

C&M Consultores⁵⁸	
<u>Asesor de Dirección:</u> Sandra Patricia Vela Hernández	<p>Se acreditó que laboró en los siguientes períodos:</p> <ol style="list-style-type: none">1) Contratante: Interventoría Social; cargo: Coordinador de Interventoría, entre el 16 de junio de 2012 al 30 de abril de 2013.2) Contratante: JAHC MCGREGOR S.A.; cargo: Consultor – coordinador técnico; entre el 3 de febrero al 30 de septiembre de 2013 y 1 de septiembre de 2016 al 28 de marzo de 2017.3) Contratante: Unión Temporal Interdia-2014; cargo: Interventor Subdirector; entre el 16 de octubre de 2014 al 31 de mayo de 2015.4) Contratante: C&M Consultores S.A.; cargo: Coordinador técnico – asesor de dirección; entre el 19 de junio de 2015 y el 31 de enero de 2016, y entre el 1 de febrero y el 31 de agosto de 2016.5) Contratante: Consorcio Empresarial 2017; cargo: Subdirector Técnico; entre el 29 de marzo de 2017 al 30 de junio de 2018. <p>Tiempo total en años: 5 años</p>
Consorcio Gisc - Fundasol⁵⁹	
<u>Asesor de Dirección:</u> Luz Myriam Arenas Herreño	<p>Se acreditó que laboró en los cargos pedidos en los siguientes períodos:</p> <ol style="list-style-type: none">1) Contratante: Consorcio Empresarial 2017; cargo: coordinador proceso técnico en comida caliente en comedor urbano. Entre el 1 de febrero de 2018 al 30 de junio de 2018.2) Contratante: Consorcio Empresarial 2017; cargo: coordinador proceso técnico en comida caliente en comedor urbano. Entre el 29 de marzo al 31 de diciembre de 2017.3) Contratante: Consorcio Interventores AIB; cargo: Coordinadora de intervenciones. Entre el 2 de mayo de 2013 al 31 de diciembre ib.4) Contratante: Alcaldía de Mosquera; cargo: nutricionista – dietética, encargada de coordinar los programas de comedores escolares a nivel municipal y capacitar – asesorar al personal en aspectos relacionados con la nutrición y alimentación. Entre el 1 de marzo de 2002 al 2 de mayo de 2005. <p>Tiempo total acreditado: más de 3 años.</p>

73. El quinto criterio de desempate correspondía a personal con discapacidad. En aplicación de lo dispuesto en el art. 1 del Decreto 392 de 2018, se calificaría con 1 punto al oferente que acreditara con la respectiva certificación laboral y el anexo técnico 13 del pliego, la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal. Si la oferta era presentada por consorcio o unión temporal, se tendría en cuenta la planta de personal del integrante que tuviera como mínimo el 40% de la experiencia requerida para la contratación. Todo lo anterior, en proporción al número de trabajadores: i) Entre 1 y 30, se debía acreditar que 1 trabajador estaba en condición de discapacidad; ii) entre 31 y 100, se debía demostrar que eran 2; iii) entre 101 y 150, serían 3; iv) entre 151 y 200, 4; y v) si eran más de 200, al menos 5 trabajadores debían entrar en dicha categoría.

⁵⁸ Ver certificados en archivo pdf “Asesor de Dirección_1” y “Asesor de Dirección_2”, en la carpeta “cym”, en USB a fl. 1, c. ppal.

⁵⁹ Los certificados reposan en archivo pdf “Anexo 912 Experiencia adicional 2”, ídem.



74. De nuevo, ambos oferentes acreditaron el número de empleados en condición de discapacidad acorde a su planta de trabajo. En el anexo 13 de la propuesta del consorcio demandante, consta que el revisor fiscal verificó que el número total de trabajadores de planta de personal del Grupo IS (quien tiene el mayor porcentaje de participación y aporta la mayor cantidad de experiencia habilitante requerida) es de 14 de los cuales 2 están en condición de discapacidad, además, allegó la respectiva certificación del Ministerio de Trabajo⁶⁰. Lo mismo ocurrió con C&M, al acreditar que su planta de personal correspondía a 175 empleados, de ellos 18 están en condición de discapacidad, y allegó certificado del respectivo ministerio⁶¹.

75. Al permanecer el empate, el pliego estableció la aplicación de los criterios previstos en el art. 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, vigente para la época. De ahí que, bajo el primer criterio legal se prefiera la oferta de bienes y servicios nacionales frente a la oferta extranjera. Como se explicó líneas atrás, el actor probó que sus dos miembros eran de origen colombiano; y C&M acreditó haber sido constituida bajo las leyes colombianas mediante escritura pública 7990 del 27 de diciembre de 2004 bajo el nombre de C&M Consultores Ltda., acorde al certificado de existencia y representación legal aportado⁶². Así que el empate persiste.

76. El siguiente criterio legal de desempate conminaba a preferir las ofertas presentadas por una Mipyme nacional, o consorcio o unión temporal constituida exclusivamente por este tipo de empresas. En la nota 2 de la cláusula 5.3. del pliego se dispuso que la condición de Mipyme se acreditaría “única y exclusivamente con el RUP”. Entonces, al revisar el Registro Único de Proponentes se pudo constatar que C&M se cataloga como “mediana empresa”⁶³, y los integrantes del Consorcio demandante: de un lado, Fundasol figura como “pequeña empresa”⁶⁴ y el Grupo IS, como “mediana empresa”⁶⁵. Situación que mantiene la paridad.

77. Como tercer criterio de desempate, el Decreto 1082 de 2015 señaló que en caso de no existir ofertas de Mipymes o proponentes plurales exclusivamente constituidos por éstas, se debe preferir la oferta presentada por un grupo asociativo siempre que “(a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio o unión temporal”. Al respecto, la Sala observa que en el caso concreto este factor no aplica, pues al estar acreditado que los dos oferentes son y están constituidos por Mipymes, no tiene operancia esta regla supletiva.

⁶⁰ Archivo pdf: “Anexo 13. Puntaje por trabajadores con discapacidad”, carpeta “consorcio gisc-fundasol”, en USB a fl. 1, c. principal.

⁶¹ Archivo pdf: “Puntaje trabajadores con discapacidad”, carpeta “cym”, ídem.

⁶² Archivo pdf: “Cert. Existencia y Representación”, en USB a fl. 1, cuaderno principal.

⁶³ Archivo pdf: “RUP” fl. 3, en USB a fl. 1, cuaderno principal. En este consta: “CERTIFICA: CLASIFICACIÓN POR TAMAÑO DE LA EMPRESA, QUE EL INSCRITO SE CLASIFICÓ COMO: MEDIANA EMPRESA”

⁶⁴ Archivo pdf: “Registro único de proponentes”, fl. 2, en USB a fl. 1, cuaderno principal. En este consta: “CERTIFICA: (...) TAMAÑO DE EMPRESA: PEQUEÑA EMPRESA”

⁶⁵ Archivo pdf: “Registro único de proponentes”, fl. 32, en USB a fl. 1, cuaderno principal. En este consta: “CERTIFICA: CLASIFICACIÓN POR TAMAÑO DE LA EMPRESA, QUE EL INSCRITO SE CLASIFICÓ COMO: MEDIANA EMPRESA”



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

78. La cuarta regla imponía optar por la propuesta presentada por el oferente que acredite, en las condiciones establecidas en la Ley 361 de 1997, que al menos el 10% de su nómina está en condición de discapacidad. Si la oferta era presentada por un consorcio o unión temporal, el integrante del oferente que acreditara la anterior condición, debía tener por lo menos el 25% de participación en la figura asociativa y aportar el mismo porcentaje de experiencia acreditada en la oferta.

79. En relación con este punto, la Sala ya efectuó el análisis del factor por discapacidad al aplicar el quinto criterio previsto en los pliegos, y constató que ambos oferentes cumplían esta condición. En el caso de C&M, tenía un total de 175 trabajadores, siendo 17.5 el 10% de la nómina, lo que conduce a que tener 18 empleados en condición de discapacidad, daba por cumplido este factor. Respecto del GF, está demostrado que en el Grupo IS, la planta de personal estaba compuesta por 14 personas y, al ser 1.4 el 10%, 2 trabajadores debían estar en condición de discapacidad; manteniéndose el empate.

80. El último criterio determinó que la mejor oferta sería seleccionada mediante sorteo a través de *balotera neumática*, según lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, núm. 5. Es evidente que la Sala no puede dar aplicación al citado criterio, en tanto corresponde a un mecanismo que debía realizarse de manera presencial con la participación de los oferentes empatados en el primer orden de elegibilidad y que estaba librada enteramente al azar.

81. En términos concretos, hay que indicar que a esta fase última llegan aquellos proponentes que se encuentran en condiciones de igualdad respecto de la aplicación sucesiva y excluyente de tales criterios, y por tanto cualquiera de ellos podría ser adjudicatario, entendiendo que tal escogencia sería adecuada a los fines que persigue la etapa precontractual. Basado en lo anterior, la suerte se constituyó en el instrumento definitorio.

82. A esta etapa debió haber llegado GF bajo el proceso de selección *sub-lite*, sin embargo, ello no ocurrió. Lo anterior significa que tanto C&M como el actor, al alcanzar los 100 puntos en la evaluación y mantenerse igualados en la aplicación de los criterios de desempate, tenían las mismas posibilidades de que la fortuna los acompañara. De ello da cuenta el procedimiento establecido en los pliegos, que es expresión de lo previsto en el Decreto 1082 de 2015, norma que disponía como último recurso la utilización de un método aleatorio para la selección, el cual debía estar definido previamente en las bases de la contratación; en esta línea, el pliego dispuso:

“5. Si con la aplicación de los criterios de desempate, los proponentes continúan empatados, se seleccionará la mejor oferta mediante sorteo a través de balotera neumática, en presencia de los participantes del proceso mediante el siguiente procedimiento: Se colocan dentro de una balotera neumática, el número de balotas correspondientes al número de proponentes cuya propuestas se encuentren en empate, escogidas por cada uno de los proponentes o en su defecto, por el profesional de la Oficina de Control Interno de la Entidad. El número de cada balota será el que identifique a cada uno de los proponentes; seguidamente dos de los asistentes a la reunión accionará la balotera y permitirá la salida de dos balotas, la primera de las cuales corresponderá al adjudicatario del proceso y la siguiente determinará el segundo orden de elegibilidad para los efectos en que sea aplicable”.



83. Lo anterior, evidentemente, impide establecer a cuál de los proponentes favorecería el azar. En este caso, ambos introducirían sus balotas y al activar la balotera neumática ésta permitiría la salida de la primera con la que habría de definirse el adjudicatario; por manera que no existe un criterio o tesis que al aplicarlo lleve a inclinar las posibilidades de elección respecto de alguno de ellos, pues bajo un cálculo de orden estadístico, al igual que ocurriría con una moneda que se lanza al aire, cada proponente tendría un medio ($\frac{1}{2}$) de probabilidad de que saliera su balota primero, que es la misma de que aconteciera en segundo lugar.

84. Las particularidades del caso concreto revelan que bajo el escenario cierto de llegar a las balotas, lo incierto resultaba ser a cuál de los dos oferentes debía adjudicarse el concurso de méritos. De esta manera y dado que el demandante situó el daño en la frustración de su derecho a participar del sorteo final que determinaba la selección, la Sala debe analizar tal reclamo bajo el instituto de la pérdida de oportunidad, en consonancia con la *causa petendi* que informa el proceso.

- Precisiones sobre el medio de control instaurado

85. En las súplicas de la demanda, el actor pidió la nulidad del acto de adjudicación “*por pérdida de oportunidad, culpa incontrahendo y por haberse vulnerado los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad*” (primera pretensión); como efecto de lo anterior, pidió la nulidad del contrato CO1.PCCNTR.877858 (segunda pretensión). De forma consecuencial a las anteriores, en tercer lugar, pretendió que “*se restablezcan los perjuicios económicos ocasionados a la sociedad aquí demandante por concepto de pérdida de oportunidad la suma de MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTITRES PESOS M/CTE (\$1.534.195.623.00), Equivalente al 10% del valor del contrato, sin IVA (...) de conformidad con la oferta económica presentada que contemplaba el AU*”. (transcripciones literales, incluidos errores).

86. Estos planteamientos imponen a la Sala subrayar que aun cuando el demandante formuló sus reclamos por la vía de pedir la nulidad y restablecimiento, y de forma consecuencial la nulidad del contrato celebrado, lo cierto es que el propio enunciado de las pretensiones hace evidencia de que el interés del actor anida en la responsabilidad por pérdida de oportunidad en el ámbito precontractual. Como se pasa a explicar, habrá casos en que las irregularidades presentadas en el proceso de selección no desembocuen en la nulidad del acto de adjudicación como ocurre en el *sub- lite*, lo que hace errado el cauce procesal promovido por el actor, siendo procedente el 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 art. 140 del CPACA.

87. La Subsección precisa que el estatus jurídico que aduce el demandante es diferente del que formula quien reclama el derecho cierto de haber sido adjudicatario del proceso de selección, y de haber podido suscribir el negocio jurídico respectivo –eventos en los cuales el dispositivo de nulidad y restablecimiento es idóneo, incluso como base para pretender la nulidad del negocio jurídico–. Esta última



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

hipótesis es la que da lugar al reconocimiento de la utilidad dejada de percibir, según jurisprudencia pacífica en la materia, criterio que no se corresponde con eventos como el que atañe a esta litis; por lo que la formulación del factor resarcitorio planteada por GF, resulta incompatible con la esfera de responsabilidad aducida en la *causa petendi*.

88. La incorrección de la ruta procesal y de la petición de perjuicios no hace nugatorio que la Sala constate si efectivamente se infringió un daño; de ahí que se imponga hacer precisiones relacionadas con la responsabilidad en el ámbito precontractual o de la culpa *in contrahendo* y analizar la pérdida de oportunidad en este escenario, de acuerdo con los elementos fácticos reseñados en el libelo:

“DÉCIMO SEXTO: De acuerdo a lo precedente, es claro que el oferente adjudicatario y mi prohijada cumplían con todos los requisitos del artículo ejusdem. Por tanto, la Secretaría de Educación debió efectuar un sorteo a través de balota como lo dispone su pliego de condiciones.

DÉCIMO SÉPTIMO: Como colofón a lo anterior, al CONSORCIOS (sic) GISC-FUNDASOL, se le impidió participar en el sorteo, favoreciendo de forma inadecuada al adjudicatario del proceso y restándole la oportunidad al Consorcio, lo que implica un daño antijurídico que debe ser indemnizado por culpa in contrahendo”⁶⁶

Responsabilidad precontractual

89. Como sistema de resarcimiento de daños, este tipo de responsabilidad tiene sus raíces en la teoría de la nulidad por culpa *in contrahendo*⁶⁷, esbozada en el siglo XIX por su precursor, el jurista alemán Rudolf von Jhering. Este autor reflexionó acerca del interés indemnizatorio que asistía al sujeto que confiadamente ejecutaba un contrato, pero se veía perjudicado con su posterior declaratoria de invalidez, así que, en esos casos, se debía definir si había lugar a la indemnización y si ésta era o no del ámbito de contractual. También incluyó en el panorama resarcitorio el análisis de los eventos relacionados con la “ocasión perdida”, refiriéndose a los daños que se generaban cuando el sujeto se había visto en imposibilidad de celebrar otro contrato similar, por cuenta del que resultó anulado⁶⁸.

90. El contexto de la discusión puso sobre la mesa la dificultad de explicar, bajo las corrientes más destacadas de aquella época, que si una de las partes incurría en un error en su declaración que invalidara el contrato carecía de una acción para reclamar los daños ocasionados. Así lo reseña la doctrina especializada, al señalar:

“(...) bajo el supuesto de que una de las partes hubiera incurrido en un error (en la declaración) que la legitimara para invalidar el contrato, la consecuencia en principio más lógica según las

⁶⁶ Fl. 9, c. principal.

⁶⁷ *“Las primeras manifestaciones de la doctrina sobre reparación del daño precontractual, centraron la discusión en la nulidad por culpa in contrahendo, pero muy pronto su relevancia abarcó toda la etapa de formación del contrato. Jhering, que fue el primer autor en analizar de fondo el deber de reparar el daño causado en la etapa de formación del contrato (...)”* Mendieta, J. 2011. *La Culpia In Contrahendo: Historia, Evolución y Estado Actual de la Cuestión*. Revista e-mercatoria. 10, 2 (dic. 2011), 40–74. Disponible en <https://revistas.uxternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3048>

⁶⁸ *“La teoría de la culpa in contrahendo fue elaborada con un fin específico: la fundamentación de una acción (principio) general de indemnización de perjuicios para la contraparte que ha sufrido daños por haber legítimamente actuado en ejecución de un contrato aparente (esto es, cuando el contrato celebrado resultó no haberse celebrado en realidad o fue invalidado), así como por haberse visto imposibilitada, en virtud de tal aparente contrato, de celebrar un contrato similar, supuesto este último que llama JHERING ocasión perdida, y del cual el autor recalca la importancia del análisis del caso concreto”*. Ver, SALGADO RAMÍREZ, Catalina, en *“Breve introducción a la responsabilidad precontractual en la teoría de Rudolf von Jhering”*. En *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, tomo I, 721-58. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. Pág. 727.



categorías dogmáticas de la época, y compartida por doctrina bien autorizada, por lo menos en lo que concierne a SAVIGNY, era que la contraparte quedaba desprovista de acción para solicitar indemnización por los daños padecidos como consecuencia de haber confiado en la existencia del contrato: porque no habiendo contrato no se podrían aplicar los principios de la responsabilidad contractual y porque resultaba difícil encajar el supuesto en la responsabilidad extracontractual por la *lex Aquilia* (286 a.C. aprox.): responsabilidad que se caracterizaba no por proteger 'en general' el patrimonio de una persona, sino fundamentalmente por contemplar ciertos daños causados a sus 'cosas' (...)"⁶⁹.

91. En desarrollo de estas disertaciones, von Jhering concluyó que "*la nulidad del contrato cierra sí la posibilidad de una acción para solicitar su cumplimiento, pero no una para solicitar el resarcimiento del daño causado con culpa*"⁷⁰. De modo que bautizó su teoría como culpa *in contrahendo*⁷¹, que es la surgida "con ocasión de una pretendida relación contractual, y (...) una de las partes sufre daños por el cumplimiento de un contrato que se le propuso y que solo de conformidad con el mero procedimiento externo, vino a formarse"⁷².

92. Esta tesis buscó dar respuesta a un problema que, para ese momento, no tenía una solución satisfactoria en la ley⁷³. En esas disertaciones se identificó el interés resarcible por falencias en la formación del contrato, distinguiendo entre el "interés contractual positivo" y el "interés contractual negativo" siendo fundamento del primero la validez del contrato, y del segundo su nulidad"⁷⁴.

93. En estos términos, explicó que el interés positivo es aquel que alude a obligaciones derivadas de la relación contractual, de modo que "*la lesión al interés de cumplimiento supone una indemnización equivalente al beneficio económico que se recibiría con la ejecución normal del contrato*". Por su parte, el interés negativo era el proveniente del daño ocasionado por la nulidad del contrato, así que "*lesiona la confianza que tenía el vendedor o comprador en la validez del mismo. El resarcimiento se limitará a la restitución de la cosa entregada, al mayor valor de la cosa respecto del precio de venta y los gastos realizados en la celebración del contrato y pérdida de otras oportunidades*", como reseña la doctrina⁷⁵.

⁶⁹ Ibidem. Pág. 728.

⁷⁰ Afiliándose a la tesis de Heinrich Richelmann, quien en 1837 publicó el estudio "*La influencia del error en los contratos: una tentativa desde el derecho civil*", disponible en Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte: <http://dlib-pr.mpiwg.mpg.de/m/kleio/c0010/exec/wrapbooks/%22189196%22>. Cita tomada de Salgado Ramírez Catalina. Ib. pág. 732.

⁷¹ "*La culpa in contrahendo se define, entonces, como el error de conducta, violación al deber de diligencia que se presenta en la etapa de contracción del negocio- etapa in contrahendo, o como todas aquellas situaciones perjudiciales para los contratantes cuando la conducta de las partes no se ajusta a la buena fe*". Expósito Vélez, Juan Carlos, "*La responsabilidad precontractual en la actividad contractual del Estado*", Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, 2022, pp. 73-133. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n27.04>.

⁷² Von Jhering, "*Culpa in contrahendo*", cit., p. 7. Citado por Salgado Ramírez, Catalina. Ídem pág. 730.

⁷³ "*el de la carencia de acción de perjuicios para la contraparte que sufría un daño como consecuencia de la confianza que depositó en un contrato solo en apariencia existente, debido a la presencia de un error obstáculo*" Ib. pág. 726. En la construcción de su teoría, von Jhering acudió a figuras del derecho romano como base de su análisis. Del derecho clásico resaltó la *stipulatio*, que era un contrato unilateral en el que, bajo una fórmula solemne, se prometía algo. La doctrina señala que las institutas de Gayo señalaban que "*si lo que se estipulaba que fuera dado era de tal naturaleza que no podía ser dado, la estipulación era inútil (inutilis est stipulatio), y ponía estos ejemplos: que alguien estipulara que se le diera un esclavo, pero que en realidad no se tratara de esclavo sino de un hombre libre; o que se le diera un esclavo, que en cambio ya había fallecido; o un lugar que creía que era privado y resultaba ser sagrado o religioso; o una construcción que se creía existente y resultaba ya haber sido consumida por el fuego*" ib. pág. 735. Posteriormente, cuando el Digesto aludió a la compraventa, *emptio-venditio*, se desarrolló lo atinente al no surgimiento de las obligaciones contractuales por imposibilidad inicial del objeto, pues para que hubiera lugar a la compraventa era necesario que la cosa objeto del contrato existiera, física y jurídicamente, antes de perfeccionarse el contrato. De no ser así, la venta era 'nula' ib. pág. 736. Así mismo se reseña la *condictio*, acción que servía para recuperar el precio pagado por el comprador pues, como el contrato era nulo, no nacía la acción contractual; mecanismo versátil con aplicaciones contractuales y extracontractuales. Pág. 737. Se habló, así mismo, de la *actio empti* en función resarcitoria: a diferencia de la *condictio*, este instituto buscó proteger la confianza del comprador defraudado en su interés, más no porque realmente surgieran obligaciones propias del contrato. Ib. pág. 741.

⁷⁴ Ib. pág. 748. Inicialmente el jurista alemán los denominó "*interés en la conservación, y por tanto en la ejecución del contrato, y al segundo como 'interés en la no celebración del contrato'*", luego los renombra.

⁷⁵ Mendieta, J. 2011. Ob. Cit. Pág. 45. Refiriéndose a la obra de von Jhering, pág. 33.



94. Las reflexiones que planteó la teoría de la culpa *in contrahendo*⁷⁶, han sido marco de referencia del sistema de responsabilidad precontractual –incluso para disentir⁷⁷–, pero también plataforma de interpretación o producción normativa de diversas legislaciones en la escena de formación del contrato. Así, el modelo jurídico Francés⁷⁸ y Español⁷⁹ reconocen responsabilidad bajo el régimen extracontractual por daños ocasionados por el comportamiento antijurídico en la fase que precede la relación negocial⁸⁰ bajo el deber genérico del *alterum non laedere*, o no causar daño a otro. Igual ocurre en Italia, con la precisión de indicar que la responsabilidad precontractual protege la libertad contractual, así que se “*tutela el interés de no ser envuelto en tratos inútiles, no el cumplimiento de una obligación*” contractual⁸¹.

95. El Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB), recogió el interés que emerge de la seriedad de una manifestación, concretando la teoría de von Jhering; y dispuso en el art. 118 que “*es nula toda declaración de intención que no sea seriamente intencionada (...)*”⁸², y por ello el art. 122 estableció la responsabilidad por daños, entre otros⁸³, en los casos del art. 118, y estableció el pago de perjuicios “*(...) como resultado de haber confiado en la validez de la declaración, pero no en exceso del monto total del interés que la otra persona o el tercero tiene en la validez de la declaración*”. De manera que “*el deber de indemnización se encuentra limitado por la misma norma, en tanto en cuanto la reparación no puede superar el interés que la otra parte tenía en la validez del contrato, es decir, siguiendo la misma línea, el deber de reparación del interés negativo no puede superar el interés positivo*”⁸⁴.

96. Respecto a la distinción de utilizar la expresión de “culpa *in contrahendo*” o “*responsabilidad precontractual*”, es de precisar que en la actualidad se ha considerado como un recurso lingüístico⁸⁵ que está referido, en cualquier caso, a los daños generados en la fase que precede al negocio jurídico⁸⁶ –también conocida como responsabilidad por los tratos previos–⁸⁷. Esta línea fue consagrada en el

⁷⁶ Las críticas versaban, principalmente, en que esta tesis se basaba sólo en el evento de nulidad del contrato, y sus referentes eran más próximos a los elementos de la responsabilidad objetiva que al de la culpa.

⁷⁷ “*la doctrina italiana, en cabeza de Faggella, igualmente criticó a Jhering, porque su tesis no cobijaba la fase de formación del vínculo, dejando por fuera las tratativas previas, v. g., la emisión de la oferta. La doctrina italiana rechazaba el concepto de interés negativo. Por demás, estipulaba que el fundamento de esta responsabilidad no se hallaba en la culpa, como lo suponía Jhering, sino en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar las negociaciones. En este sentido, esta violación podía existir sin la presencia de dolo o negligencia. Solo bastaba una separación arbitraria, sin motivo de las tratativas, para que ello ocurra (...)*”. Expósito Vélez, Juan Carlos. Ib.

⁷⁸ La doctrina francesa “*fue muy crítica con la tesis contractualista pues partía de la ficción de que el oferente tenía la intención de asumir el compromiso que se le atribuye al momento de emitir la oferta; tampoco quedaba claro cuáles eran las obligaciones que surgían (...)*”. Ver CARREÑO-MENDOZA, Sergio “*La responsabilidad precontractual desde una perspectiva del derecho de contratos*”, citando a Marcel Planiol y Georges Ripert, en *Traité Pratique de Droit Civil Français* [t. VI], p.175-77. En <https://anuarioderechoprivado.uniandes.edu.co/images/pdfs/anuario2/3Carrenodoctrina.pdf>. Pág. 114.

⁷⁹ “*Como complemento, se ha puesto de presente la indeterminación de los deberes que surgen a partir del mandato de buena fe, lo cual impide el nacimiento de una relación jurídica cobijada por el artículo 1101 (responsabilidad contractual). Dicha ausencia permite deducir que el daño generado en desarrollo de una negociación presupone la violación del deber genérico del alterum non laedere (...)*”. Ídem, pág. 115.

⁸⁰ La doctrina especializada reporta que en Francia, “*en 2016 se reformó el libro tercero del Código Civil (...) se vino a incluir una regulación expresa de la responsabilidad precontractual en los artículos 1112, 1112-1 y 1112-2. Siguiendo la línea tradicional, mantiene la tesis extracontractual*” Ídem. En España

⁸¹ Ídem. Pág. 116.

⁸² Consultado en: <https://dejure.org/gesetze/BGB/122.html>.

⁸³ Refiriéndose a las hipótesis de los arts. 119 y 120, el primero de éstos trata sobre la anulación por error, y el segundo a la nulidad por transmisión incorrecta.

⁸⁴ Mendieta, J. 2011. Ib. pág. 47.

⁸⁵ Se ha dicho que la “*variedad de los casos que se incardinan dentro de la responsabilidad precontractual ha llevado a que se haya calificado esta categoría como “un recurso lingüístico”*”. GARCÍA RUBIO, María Paz, “*La responsabilidad precontractual en el derecho español*”, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 22.

⁸⁶ Con la precisión, que más adelante se hace, de que en la etapa precontractual que adelanta el Estado, la fuente de la responsabilidad anida en los principios de legalidad y buena fe, y no en el elemento de la culpa imperante bajo el derecho privado frente a los tratos previos.

⁸⁷ La doctrina europea ha explicado, al referirse a la consagración del término de la culpa *in contrahendo*, que la “*introducción de este precepto es fruto de las dudas que plantea la calificación de los distintos supuestos que en los diferentes*



Reglamento de Roma II “relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales” cuyo art. 12 incluyó a la “[culpa in contrahendo”⁸⁸. En cuanto al alcance de la terminología utilizada, el considerando 30 de aquel instrumento explicó que dicha figura debe incluir la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales⁸⁹.

97. El ordenamiento jurídico colombiano también prevé la responsabilidad precontractual en las relaciones sometidas al derecho privado, fundamentada en el art. 863 del Código de Comercio, con proyección en los artículos 871⁹⁰ ib. y 1603⁹¹ del Código Civil que, con redacción similar, y en una lectura integral aplicada al 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.

98. Esta normativa confirma la existencia de intereses con relevancia jurídica en la fase preparatoria del contrato y, sin desconocer que en ese estadio la autonomía de la voluntad permite llegar a la celebración del acuerdo, e incluye también la decisión no hacerlo, se tiene que la conducta pre negocial apartada del principio de buena fe y generadora de daños, es fuente de responsabilidad. En el contexto del derecho común, la referencia a este tipo de responsabilidad alude a la expresión de la culpa *in contrahendo*, de cara a su origen en el régimen privado del derecho romano, y a las bases que sobre el elemento de la *culpa* construyeron tal concepto.

99. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 28 de julio de 1998 resaltó el contexto de las tratativas negociales y los deberes de conducta asociados al principio de buena fe, y precisó que su vulneración 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 del cual actúan, comprometiendo su responsabilidad patrimonial por transgredir esos particulares deberes de conducta*”⁹².

ordenamientos se incluyen en la categoría “responsabilidad precontractual”. Dado que un mismo caso puede ser incardinado en unos ordenamientos en el ámbito de la responsabilidad contractual mientras que en otros puede ser considerado como responsabilidad extracontractual se impone –en la concepción preponderante en el ámbito comunitario- una calificación autónoma que resuelva estas dificultades impidiendo que se produzcan superposiciones entre ambos instrumentos”. ARENAS GARCÍA, Rafael. “La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II”. En InDret Revista para el análisis del derecho, Universidad Autónoma de Barcelona, 2008. Pág. 4. Consultado en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/590_es.pdf.

⁸⁸ Dicho artículo señaló: “[]a ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado”. Consultado en <https://www.boe.es/DOUE/2007/199/L00040-00049.pdf>.

⁸⁹ Allí se indicó: “La culpa *in contrahendo* a efectos del presente Reglamento es un concepto autónomo y no debe interpretarse necesariamente dentro del sentido de la legislación nacional. Debe incluir la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales. El artículo 12 cubre únicamente las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato. Esto quiere decir que si durante las negociaciones de un contrato una persona sufriera una lesión personal, se aplicaría el artículo 4 o cualquier otra disposición pertinente del Reglamento”.

⁹⁰ “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”.

⁹¹ “ARTÍCULO 1603. <EJECUCIÓN DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo 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 pertenezcan a ella”.

⁹² Corte Suprema de Justicia. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Exp. 4810.



100. Como medida indemnizatoria en este ámbito, la jurisprudencia de la citada Corporación también distinguió entre el interés positivo y el negativo, siendo este último el factor de resarcimiento derivado de la responsabilidad civil por culpa *in contrahendo*, y lo explica en los siguientes términos:

“(...) cuando esa ruptura brusca del procedimiento, adoptada en forma unilateral y sin causa justificada por el anunciantre, 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 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”⁹³.

101. En la esfera de la actividad estatal, el art. 90 de la Constitución Política establece que el Estado será responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. De acuerdo con este postulado, ningún ámbito de la actuación estatal escapa a esta cláusula general de responsabilidad, lo que incluye, naturalmente, el resarcimiento de aquellos producidos en sede precontractual⁹⁴. Lo anterior, mantiene y ratifica la lógica asentada en la teoría general de este instituto, que informa que sin daño no hay responsabilidad.

102. En punto a la contratación regida por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP, el art. 13 de la Ley 80 de 1993 dispone que a estos negocios jurídicos les aplican las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley. De este último catálogo de especialidad hacen parte las reglas que disciplinan los procedimientos de selección del contratista, mecanismos de escogencia establecidos por el legislador para proteger el interés general que inspira la contratación estatal y la correcta inversión del gasto público que se materializa por esta vía.

⁹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de noviembre de 1989, G.J. t. CXCVI, 2º 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.

⁹⁴ La Corte Constitucional, en sentencia C-333 de 1996, expresó que “el inciso 1º del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no solo la responsabilidad extracontractual, sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual”.



103. Es de señalar que la etapa que antecede al contrato está conformada por una faceta interna o de planeación a cargo de la entidad pública, en la que se despliegan todas las actividades exigidas para la adecuada identificación de las necesidades que se pretende satisfacer con el futuro contrato, los recursos públicos disponibles, y los demás análisis que lo respaldan. Todos ellos quedan registrados en los estudios y documentos previos que son *“el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato”*⁹⁵, de modo que se constituyen de la base que autoriza la puesta en marcha de este procedimiento.

104. Una vez la Administración exterioriza su voluntad mediante el acto de apertura, se marca el nacimiento de la etapa precontractual respecto de los negocios jurídicos sometidos al EGCAP. Ello en el entendido que corresponde al escenario en el que se desenvuelven las tratativas para la celebración del contrato a través de los mecanismos de selección fijados por la ley; y es definitivo que ello acontece en ese momento pues, en adelante, la intervención de los proponentes hace clara expresión de tal relacionamiento bajo este régimen.

105. Ratifica lo anterior, que la estructura normativa que disciplina la actividad precontractual prevé una dinámica colaborativa en la construcción de las reglas de escogencia, así como las del negocio jurídico que se aspira celebrar. Más allá de que la entidad pública formule dichas pautas, lo cierto es que la ley dispone múltiples oportunidades para que el experto interesado⁹⁶ manifieste yerros, imprecisiones, aclaraciones, o en general, insuficiencias en las bases del mecanismo, por lo que en aplicación del principio de la buena fe se le impone el deber de informarlas a la administración para ser resueltas. En caso de hallarlas justificadas y razonables, la entidad modificará la regla pertinente en orden a atender de mejor manera el interés general, lo que incluye tal variación. A través de esta regulación y la dinámica del procedimiento, el EGCAP concibe los tratos previos.

106. De esta manera, siempre que el avance de tales tratativas revista la seriedad necesaria para que su ruptura genere un daño, podrá tener lugar un evento desencadenante de responsabilidad precontractual, panorama en el que los principios de legalidad y buena fe constituyen su fundamento. Lo anterior se explica en consideración a la existencia de una actividad reglada que, de forma concreta e imperativa, estableció los mecanismos de selección a los cuales debe acudir el Estado para celebrar un contrato –según el art. 2 de la Ley 1150 de 2007 y sus normas reglamentarias–, y al que se someten los particulares que decidan participar

⁹⁵ El Decreto 1082 de 2015 dispone: “ARTÍCULO 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. Estos deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.
2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.
3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.
4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquellos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.
5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.
6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.
7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el proceso de contratación.
8. La indicación de si el proceso de contratación está cobijado por un acuerdo comercial. El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía” (transcripción literal).

⁹⁶ También el Ministerio Público, veedores, o la ciudadanía en general.



en ellos. Premisa que se respalda, entre otras disposiciones, en el núm. 8⁹⁷ del art. 24 de la Ley 80 de 1993, que establece que a las autoridades públicas “*es será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto*”. De otra parte, en observancia del principio de buena fe, se impone a los sujetos negociales atender los deberes de información, claridad, de actuar con lealtad y sin dobleces, manifestando todo aquello necesario para el mutuo provecho del futuro acuerdo.

107. Si bien el objetivo de estos mecanismos es llegar a la adjudicación y a la celebración del contrato, en este itinerario se pueden presentar circunstancias que no permitan arribar a ese estadio, *v. gr.* porque la interacción con los proponentes expertos dé lugar a reconsiderar aspectos relevantes en función de la selección, o que la entidad los advierta, o porque no hay oferentes elegibles, de modo que tales situaciones pueden llevar a declinar el procedimiento⁹⁸, o a declararlo desierto, ante la prevalencia del interés público que vincula a todos los intervenientes, cualquiera sea la posición que asuman en la actuación.

108. También puede ocurrir que la administración adopte determinaciones en curso de la escogencia que generen un daño antijurídico, según el estado de avance en que se encuentre el trámite, asunto que la jurisprudencia de esta corporación ha abordado desde diversos vértices identificando, principalmente, dos tipos de escenarios: el de la ilegalidad del acto de adjudicación, y el que estudia el daño generado por irregularidades en el proceso de selección. A su turno, este examen se ha abordado bajo la óptica de la “*pérdida de oportunidad*” que en algunas épocas sólo se concibió frente al último de tales eventos, y que, en posiciones más recientes, ha servido para concretar el factor de resarcimiento en la responsabilidad precontractual, en cualquiera de estos escenarios. En punto a su tratamiento y evolución, se desatacan los siguientes pronunciamientos:

109. En sentencia del 9 de diciembre de 1988⁹⁹, se precisaron los tipos de daños que podía causar la administración en la etapa precontractual, diferenciando entre aquellos ocasionados por un procedimiento licitatorio viciado y los que derivaban de una indebida adjudicación del contrato estatal. Se indicó que la indemnización frente a los primeros se situaba en los gastos en que incurrió el proponente para la elaboración de la oferta, mientras que si lo alegado era la adjudicación ilegal se debía reconocer lo que habría podido obtener el proponente si hubiera ejecutado el pacto contractual¹⁰⁰.

⁹⁷ “*8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.*”

⁹⁸ Sobre las tesis que definen el momento hasta el cual es posible revocar un procedimiento de selección unilateralmente por la Administración, y cuándo se requiere la autorización del particular en el trámite de revocatoria directa, ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de marzo de 2014, radicación 05001-23-31-000-1998-01503-01 (25.750), M.P: Enrique Gil Botero; Subsección A, sentencia del 26 de noviembre de 2014, rad. 760012331000199801093 01 (31.297), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; Subsección A, sentencia del 27 de abril de 2016, rad. 2500232600020070066401(46818), M.P. Marta Nubia Velásquez Rico; Subsección A, sentencia del 2 de julio de 2021, radicación 68001233300020140065601 (58.372), M.P. José Roberto Sáchica Méndez.

⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de diciembre de 1988, Rad. 3528, 3529 y 3544 (acumulados), M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁰⁰ “*Lo precedente permite entender por qué el licitante vencido, que se crea en condiciones de demostrar que su propuesta era más favorable para la Administración, que la del favorecido con la adjudicación, pueda pedir, además de la nulidad de ésta, que se le indemnice en forma equivalente a lo que habría ganado si hubiera ejecutado el contrato. Teóricamente es como si ese licitante pidiera la celebración del contrato con él. Se dice teóricamente porque, en principio, la jurisdicción no puede imponerle a la Administración la obligación (de hacer) de celebrar un contrato con quien no quiere. Pero un licitante vencido puede pedir la nulidad de la adjudicación por haberse cumplido el proceso licitatorio irregularmente o con pretermisión*



110. En decisión del 28 de mayo de 1998¹⁰¹, en el caso de un proceso licitatorio en el que el demandante presentó propuesta para 4 grupos, todas en debida forma, y en uno de ellos quedó acreditado ser el mejor, se reprochó haber sido descalificado en las cuatro. La corporación condenó al pago de perjuicios por el daño que devino de haber presentado la mejor propuesta en un grupo, pero también por el daño de no haber sido evaluado en los demás, de manera que la entidad estatal comprometió su responsabilidad “ya que causó perjuicio a quien la preparó y presentó con la expectativa de ser seleccionado”. Precisó que la pérdida de oportunidad era una razón y criterio de indemnización al causar un daño a quien se privó de ella, en ese caso al no evaluarse la oferta sin justificación.

111. Como fundamento de lo anterior, indicó que bastaba considerar algunas situaciones para comprender que la “chance” poseía valor en sí misma y con independencia del hecho futuro, siendo objeto de reparación únicamente las consecuencias resultantes de la privación de una oportunidad para que un acontecimiento pudiera producirse¹⁰². Respecto al monto indemnizatorio por la pérdida de oportunidad dispuso que quedaba al arbitrio del juez, y en todo caso debía ser inferior “a lo que hubiera tenido derecho el demandante de resultar probado que se debieron adjudicar los ítems”¹⁰³.

112. En 2009¹⁰⁴, el Consejo de Estado abordó la tasación de los perjuicios derivados de la injustificada privación de la posibilidad de ejecutar un contrato, aplicando la teoría de la pérdida de oportunidad. Se complementó la línea jurisprudencial en la que dicha figura era utilizada específicamente para los casos en que se privó al demandante de ser evaluado, y se utilizó frente a una demanda en que el accionante reclamó y probó haber presentado la mejor oferta, sin resultar adjudicado.

113. Allí se determinó que si bien el actor probó una ganancia que no ingresaría a su patrimonio, también se había acreditado que para la época hubo una crisis que llevó a que algunos de éstos terminaran anticipadamente o fueran suspendidos. Así que la ganancia a ser indemnizada debía ajustarse a la probabilidad de su ocurrencia; indicó que, aunque inicialmente se tendría derecho al 100% de la utilidad, había elementos de juicio para entrever su merma, por lo que aplicó la pérdida de oportunidad para el análisis del perjuicio¹⁰⁵.

de las formalidades legales. En este evento no puede pretender que, como consecuencia de esa nulidad, se le adjudique el contrato o se le indemnice porque tenía derecho a esa adjudicación; porque y esto es obvio, la nulidad del procedimiento afectaría a todos los particulares en la licitación por igual y no sólo a los favorecidos con ella. De allí que en eventos como el analizado la indemnización posible, en principio, no puede consistir sino en los perjuicios que ese procedimiento irregular le irrogó al demandante. Perjuicios que en el fondo podrían no ser otros que los gastos que debió efectuar para participar en la licitación fallida o irregular”.

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de mayo de 1998, Rad. 10539. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁰² Cita original del fallo: “Sobre este particular también ha dicho el profesor Christian Larroumet: Tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, la jurisprudencia admite la reparación del perjuicio que consiste en la pérdida de una oportunidad. Por tanto, si se trata de la responsabilidad contractual, como la pérdida de una oportunidad era previsible, será objeto de una reparación por parte del deudor. No hay que confundir la pérdida de una oportunidad con un perjuicio posible. En efecto, lo que se repara no es el daño que resulta de que un acontecimiento que hubiera podido producirse no se produjo, puesto que, desde luego, no se sabía si dicho acontecimiento se iba a producir y que no se podría tratar de reparar el daño posible, sino el daño que resultara de lo que el deudor hizo para que el acontecimiento ya no se produjera. Lo que da lugar a la reparación, son únicamente las consecuencias que resultan de la privación de una oportunidad para que un acontecimiento pueda producirse. (...) De allí se deduce que los daños y perjuicios no pueden corresponder al perjuicio que resulta porque el acontecimiento no se produjo. Solo corresponderán a una suma menor, la cual evidentemente no es fácil de evaluar y da lugar, como en cuanto al perjuicio moral, a aplicar un criterio arbitrario”.

¹⁰³ Dicha providencia estimó un 80% de lo que previó obtener como utilidad si se hubiera realizado el contrato, y en relación con el grupo en que demostró tener la mejor oferta, condenó al pago del 100% de la utilidad, a título de daño emergente.

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, Rad. 20525. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁰⁵ “En la tarea de establecer la causalidad en la producción de los daños, lo que hace el juzgador es medir el mayor o menor grado de probabilidad de que los hechos han sucedido como aparentemente surge del proceso, al ser imposible asegurar su



114. La evolución de esta figura ha permitido su utilización en las dos esferas aludidas, como se evidencia en pronunciamientos más recientes de la Sección Tercera, entre los que se resaltan:

Sentencia	Consideraciones relevantes frente a la pérdida de oportunidad y tasación de perjuicios
Sentencia del 16 de agosto de 2018. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 38.339. Caso: La propuesta del consorcio actor fue rechazada en una licitación. De no haberse tomado dicha determinación, el actor habría quedado empestado con otros 10 proponentes por lo que la adjudicación se habría decidido mediante sorteo, según el pliego. Al estar acreditado que la decisión de la entidad fue contraria al debido proceso administrativo, pues los documentos por los que rechazó la oferta del actor eran subsanables, se declaró la nulidad del acto de adjudicación y condenó a una reparación por la pérdida de oportunidad de participar en el sorteo con los demás proponentes habilitados.	<p><i>“Para efectos del cálculo del perjuicio, la Sala tendrá en cuenta el valor de la utilidad que esperaba recibir, prevista en la propuesta y la décima parte de la misma, teniendo en cuenta que debió ser habilitado y sumarse a los nueve proponentes que sí participaron en el sorteo.</i></p> <p><i>Como quiera que el caso concreto el Consorcio ... pone de presente una situación indemnizatoria que involucra el concepto de utilidad esperada por la no adjudicación del contrato – numeral 3.1. de las pretensiones–, que se encuadra bajo la noción de lucro cesante y que la Sala entiende que, por su propia naturaleza, ofrece dificultades probatorias que permitan arribar a conclusiones absolutamente ciertas, por la consideración de que se trata de valorar un daño sobre bases proyectadas a futuro, específicamente, referidas al contrato de obra, circunstancia que, por sí sola, impide poder conocer con certeza absoluta o por lo menos relativa, el quantum exacto del perjuicio experimentado por el demandante, reiterará el principio de valoración en equidad, el cual supone el ejercicio de una facultad razonada de discrecionalidad del juez, consagrado positivamente en la Ley 446 de 1998 en su artículo 16 (...).</i></p> <p><i>De ahí que a quien se le priva injustamente de la posibilidad de ser adjudicatario, se le vulnera un interés jurídico que se materializaría en la ejecución del contrato y, por esa misma vía, en la posibilidad de obtener unas utilidades razonablemente esperadas, se ha de procurar mantener indemne el patrimonio del no adjudicatario reconociéndole una indemnización que consulte la realidad del daño por él padecido”.</i></p>
Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de noviembre de 2022. Rad. 68902. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Caso en el que se pidió declarar la nulidad del acto de adjudicación y se probó que se rechazó la oferta del accionante cuando no había causa para ello.	<p><i>“...la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que cuando la Administración adjudica el contrato a un proponente que no formuló la oferta más favorable, esas circunstancias generan un perjuicio al oferente que debió resultar favorecido con la selección, daño que, por regla general, se concreta en la pérdida de oportunidad de recibir la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato”. [Citando, Subsección A, sentencia del 12 de mayo de 2016. Expediente 250002326000201000692-02 (49.025)].</i></p>

115. Con esta perspectiva, el instituto de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad precontractual de la Administración, emerge como parámetro indemnizatorio por los daños causados, ya sea por una ilegal adjudicación o por una irregularidad con relevancia jurídica en el trámite de escogencia, pues se constituye en la medida que lleva a cuantificar el valor del perjuicio a reparar en ambos eventos,

verdad categóricamente, dado que finalmente, el juez no conoce los hechos de primera mano sino que los percibe a través de los distintos elementos probatorios allegados, y por ello su percepción se encuentra contaminada por la subjetividad, la imperfección del conocimiento empírico, las limitaciones inherentes al proceso y las dificultades del asunto enjuiciado; es por ello, que han surgido técnicas de facilitación probatoria, como las presunciones, la teoría del riesgo, etc., que concurren a reforzar un determinado criterio de responsabilidad, carente de la prueba directa de la causalidad del daño, pero necesario para asegurar la protección resarcitoria de la víctima, incapaz de demostrar que la conducta del agente fue condición sine qua non de la producción del daño. “El conocimiento de los hechos se fundamenta, pues, en la probabilidad, no en la absoluta certeza, lo que significa que siempre cabe la discrepancia entre lo acaecido y lo efectivamente demostrado. La teoría de la pérdida de la oportunidad, ha sido aplicada entonces, en aquellas hipótesis de incertidumbre causal, en las cuales si bien no hay prueba del nexo, tampoco puede descartarse con toda certeza que el agente ocasionó el menoscabo (...).” Ibid.



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

según el caso. Lo anterior, impone precisar que el alcance y aplicación de la pérdida de oportunidad dependerá del estado de avance del proceso de selección y, por ende, del grado de consolidación del estatus jurídico subjetivo de quien aduce las consecuencias del daño.

116. En estos términos, y sin pretender abarcar la universalidad de este concepto, es dable indicar que la pérdida de oportunidad se ha entendido como el menoscabo que se produce en los casos en que, por acción u omisión, se trunca la expectativa cierta y actual del afectado respecto de un beneficio que podría alcanzar, o la posibilidad real de conjurar una desventaja, que se origina en el hecho dañoso, sin que esta lesión se pueda asimilar al perjuicio que deriva del daño final padecido.

117. En sentencia del 27 de abril de 2011¹⁰⁶, esta Corporación señaló en torno a la pérdida de oportunidad, lo siguiente:

“En ese sentido, la probabilidad, la oportunidad, la chance, tendrían sustancia o entidad propia. La oportunidad está constituida por el beneficio que no se sabe si se produciría, precisamente por la interferencia que se produjo en el curso de los acontecimientos determinada por la conducta que se endilga al demandado. El beneficio no sólo reviste el carácter de ganancia o la posibilidad de conseguir algo que, en veces, puede estar constituido por la atenuación o la prevención de un mal.

“(….) De suerte que lo incierto, lo que se ubica en la línea media de lo hipotético y seguro es el beneficio, el chance que podría producirse de no haber mediado la conducta del demandado, pero de lo que se tiene certeza es que la oportunidad de que se produjera ese beneficio desapareció y que desapareció por la conducta del demandado; allí se estructura la relación de causalidad. Lo anterior significa que el perjuicio cierto, indemnizable, consiste en la pérdida o frustración de la oportunidad de obtener el beneficio o evitar la mengua, el cual sin duda es distinto al perjuicio que se desprende del daño final padecido

118. La doctrina ha precisado respecto a la noción de esta figura¹⁰⁷:

“La desaparición de la probabilidad de un evento favorable, siempre y cuando esta oportunidad aparezca suficientemente seria. Cuando la pérdida de una oportunidad es establecida, constituye un perjuicio indemnizable. Pero este se limita a dicha pérdida; sólo la pérdida de la oportunidad será compensada, y no la totalidad del beneficio que la víctima habría obtenido en caso de que hubiese ocurrido el evento cuya realización ha sido impedida por culpa del deudor.”¹⁰⁸

A) La chance configura un daño actual, no hipotético, resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado y puede ser valorada en sí misma prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad.

B) En el terreno de las chances, queda patentizado que para ser daño jurídico no es necesario, la vulneración de un derecho subjetivo sino la mera esperanza probable de un beneficio o lucro, esperanza que de por sí no significa un derecho a reclamar algo de alguien, puesto que aún no se ha concretado una facultad de obrar de esa manera, sino tan solo la frustración de la posibilidad de lograr consolidar la adquisición de un bien jurídicamente protegido. Cuando la “chance” implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que se ve frustrada por la culpa del responsable, se convierte en un daño actual resarcible; por ello, la indemnización debe ser de la “chance” misma (...)”¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Radicado número 760012331000199400776 01 (18714)

¹⁰⁷ Cita tomada de: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de julio de 2020, rad. 050012331000-20070327401 (44713), M.P. María Adriana Marín.

¹⁰⁸ LE TORNEAU, Philippe; “*La responsabilidad Civil Profesional*”, Editorial Legis, Bogotá, 2006. p. 85.

¹⁰⁹ Trigo Represas, Félix A - López Mesa, Marcelo J.; “*Tratado de la Responsabilidad Civil*”, Tomo I, Editorial La Ley, Reimpresión, Buenos Aires, 2005, p. 470.



119. A pesar de la uniformidad estricta respecto de su noción, las diferencias en el tratamiento de la pérdida de oportunidad en el campo extracontractual frente al de la etapa que precede al contrato subsisten. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha subrayado la dificultad de ubicar el daño por pérdida del “chance” en el esquema de la responsabilidad y sus efectos, pero en todo caso le ha dado la connotación de corresponder a una tipología de perjuicios diferente, distinguiéndolo, específicamente, del lucro cesante¹¹⁰. En la jurisdicción de lo contencioso administrativo se le ha considerado, en veces, como: i) un fundamento del daño¹¹¹, ii) como un título de imputación, y iii) como un elemento a analizar dentro de la causalidad¹¹², o sistema de aligeramiento del nexo causal.

120. A pesar de los variados criterios, esta Corporación al analizar la responsabilidad extracontractual se decantó por explicar esta institución a través de dos corrientes centrales. Una, con fundamento en la causalidad probabilística, conforme a la cual la responsabilidad es proporcional a la probabilidad de la causa entre el hecho dañoso y el daño final, lo que implica imputar una fracción o porcentaje del perjuicio final en virtud de la posibilidad de que el actuar dañoso haya incidido en el resultado negativo (teoría relacionada con la imputación). La otra posición, considera que la pérdida de oportunidad representa un daño independiente cuya reparación tiene fundamento en el quiebre de una expectativa legítima¹¹³, y por ello difiere de otros daños –v. gr. la muerte o afectación a la integridad física–.

121. La Sección Tercera se ha inclinado por la segunda postura y, a su vez, ha descartado que la pérdida de oportunidad pueda ser considerada como un criterio auxiliar de imputación de responsabilidad, lo que significa que dicho instituto no aplica en casos de incertidumbre causal entre la intervención del sujeto y el beneficio perdido, o el detrimiento no evitado. En suma, esta figura puede definirse en este contexto como un daño indemnizable en aquellos eventos en que un sujeto está en una posición apta para obtener un provecho o impedir una pérdida, pero con ocasión de un acto u omisión de un sujeto, ve frustrada la consolidación de dicha posibilidad de manera definitiva.

122. Respecto de la etapa precontractual regida por el EGCAP, el marco de referencia no se contrae a una imputación cimentada en la *culpa*, esto es, aquella basada en una falta de diligencia *in contrahendo*, sino que está atada al componente de orden público que impone la sujeción al principio de legalidad en materia de

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 4 de agosto de 2014. SC10261-2014. En dicho fallo se expone: “...debe decirse que tanto la pérdida de oportunidad como el lucro cesante futuro, pese a que el censor los entremezcla, pertenecen a categorías diversas pues atienden fuentes obligacionales distintas, pero además se diferencian por los grados de certidumbre que en una y otra se registran. En la primera, existe un razonable juicio de posibilidad... En el segundo evento, esto es en el ámbito del lucro cesante futuro, no se indemniza la pérdida de una probabilidad sino la obtención de dividendos a los cuales tendría derecho la víctima, pero bajo el esquema de una privación de ganancia cierta. No ha sido pacífica la ubicación del acaecimiento del daño por pérdida de la chance... es una especie de daño independiente, provisto de unas singulares características y que, en última se ve concretado en el desvanecimiento de la posibilidad de obtener una ganancia o de evitar que se produzca un evento, frustración que correlativamente, coloca a quien sufre el menoscabo en la posición de poder demandar la reparación de los perjuicios.

Aquella, en sí misma considerada, causa daño a quien se privó o se frustró de ese “chance”, razón por la cual tiene un valor en sí misma, independientemente del hecho futuro, pues la lesión consistente en la desaparición absoluta de una probabilidad objetiva, posee una naturaleza cierta y directa”.

¹¹¹ Ver, entre otras, Subsección B, Sección Tercera, fallo del 5 de abril de 2017, exp. 25706.

¹¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 30 de noviembre de 2023. Rad. 76001-23-31-000-2006-00041-01. M.P. Alberto Montaña Plata.

¹¹³ Ver la explicación de ambas posturas en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25706.



procedimientos de selección, como ha sido reconocido por esta judicatura¹¹⁴, acompañado por el principio de la buena fe, de raigambre constitucional y legal, conforme al cual las partes han de exhibir un comportamiento coherente en una relación negocial que suscita en el otro sujeto la confianza de no ser defraudada.

123. Por ende, a diferencia de lo que sucede en el escenario estrictamente extracontractual, en que la pérdida de oportunidad tiene que ver en sí mismo con la categoría del daño –al punto de catalogarse como un daño autónomo– en el plano prenegocial el quiebre de las normas que regulan los procesos de selección en la anotada esfera es la que configura el daño, de modo que la pérdida de oportunidad en este ámbito despunta como criterio de indemnización¹¹⁵.

124. En la evolución que la jurisprudencia de esta Corporación ha experimentado, ya sea que el daño surja de la ilegal adjudicación o de irregularidades del proceso de selección, el análisis no pasa por la naturaleza del daño propiamente dicho. En el primer contexto, la Sección Tercera¹¹⁶ señaló que el perjuicio a indemnizar por la omisión del deber de adjudicar el contrato a quien hizo el mejor ofrecimiento, si bien estaba basada en la utilidad, no debía corresponder al 100% de ella como parámetro cuantificadorio, sino que debía tenerse en cuenta las circunstancias que rodeaban el perjuicio del reclamante, especialmente porque no podía ignorarse que el actor no tuvo que realizar ningún esfuerzo como aquel que había ejecutado el contrato¹¹⁷.

125. Luego, el parámetro indemnizatorio relativo a la *utilidad* por haber perdido la oportunidad de celebrar el contrato, ejecutarlo, y hacerse a la experiencia y beneficios económicos de aquel, se consolidó en la jurisprudencia como factor de resarcimiento¹¹⁸, y así se mantiene en la actualidad. No obstante, cuando ésta no ha sido determinada en la propuesta, ni probada en juicio, subsisten posturas disímiles sobre la manera de determinar el monto de la utilidad esperada¹¹⁹. La Sala no ahondará en estos criterios, en tanto el *sub-lit*e no se inscribe en dicho evento.

¹¹⁴ Esta Corporación, en sentencia del 7 de junio de 2001, M.P. Ricardo Hoyos Duque (13405), al respecto señaló: “En el ámbito del derecho administrativo la imputación de responsabilidad por los daños causados en la etapa precontractual no se hace con fundamento en la culpa, ni en el riesgo ni en el enriquecimiento injusto, o la reciprocidad de prestaciones del contrato bilateral, sino en los principios de la buena fe y de legalidad”.

¹¹⁵ En aclaración de voto del Magistrado Fredy Ibarra Martínez a la sentencia del 30 de noviembre de 2023, rad. 76001233100020060004101 (53.435) de la Sección Tercera, Subsección B de esta Corporación, se indicó lo siguiente: “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad patrimonial del Estado ha sido empleada tanto en materia precontractual como en el escenario extracontractual; mientras que en la primera sirve como parámetro o criterio para la indemnización de expectativas legítimas de un proponente no favorecido con la adjudicación de un contrato, en el ámbito extracontractual ha tenido distintos entendimientos (v gr. daño autónomo, perjuicio autónomo o sistema de aligeramiento del nexo causal). Así las cosas, lo primero que debo precisar que es no es posible confundir o equiparar la noción de pérdida de oportunidad en asuntos precontractuales con aquella que opera en materia extracontractual, por cuanto tienen contenidos y alcances disímiles, en tanto, insisto, en el primer ámbito se usa como criterio para la tasación de perjuicios derivados de un daño ocasionado por la irregular o indebida adjudicación de un contrato, lo cual genera en el proponente no favorecido una expectativa legítima frustrada que debe ser ponderada o valorada con criterios de equidad (artículo 16 Ley 446 de 1998); por el contrario, la pérdida de oportunidad en la responsabilidad patrimonial extracontractual es un asunto que tiene que ver con el daño mismo (...).”

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de abril de 1999, Rad. 11344. M.P. Daniel Suárez Hernández.

¹¹⁷ Señaló que “[a] la luz del derecho de daños, no se trata de negar la indemnización al no adjudicatario, sino de reconocer, que el quantum indemnizatorio cuando ha de tasarse partiendo de la noción de utilidades esperadas, bien puede verse reducido razonable y equitativamente, en el equivalente al valor del tiempo no destinado en la ejecución de las obras y ante la ausencia de esfuerzos, vicisitudes y riesgos connaturales a la ejecución de un contrato de tal naturaleza que conforman el contenido del débito contractual que hubiera tenido que asumir y ejecutar de habérsele adjudicado el contrato, como que la Sala considera que no es lo mismo obtener las utilidades trabajando y ejecutando el contrato, que obtenerlas, sin haberlo ejecutado” Ib.

¹¹⁸ Ver entre otras, Subsección A, sentencia del 12 de noviembre de 2014, Rad. 29855; Subsección A, sentencia del 21 de noviembre de 2022, expediente 68.902; Subsección B, sentencia del 19 de abril de 2023.

¹¹⁹ En la actualidad, la Sala Plena de la Sección Tercera de esta corporación reflexiona en sede de unificación sobre los criterios de determinación de la utilidad esperada, en los términos señalados en auto del 5 de junio de 2025, exp. 25000233600020200039901 (71.754), M. P. Fernando Alexei Pardo Flórez.



126. Es de señalar que en tal evolución, la pérdida de esa oportunidad alusiva al evento de una ilegal adjudicación, quedó alineada con el referente objetivo asociado a la *utilidad esperada* –sin detenerse en, si las condiciones del proponente, su esfuerzo organizacional y la incidencia de factores externos, realmente le habrían permitido lograr la máxima eficiencia para alcanzar dicha utilidad de forma completa–. Con este mecanismo se superó esta incertidumbre.

127. El segundo escenario, de irregularidades en el proceso de selección, tiene lugar en eventos en que, p. ej., se reclama y demuestra que el proponente fue inhabilitado o su oferta rechazada sin justificación, sin que la irregularidad alcance a viciar el acto de adjudicación. O como en el caso que se analiza, cuando no se asignó el puntaje correcto en la evaluación y esta circunstancia le impidió al actor participar del sorteo de desempate perdiendo la posibilidad de ser adjudicatario del contrato. En estos casos a través de la teoría de la pérdida de oportunidad se debe analizar el daño cierto, personal, directo y antijurídico producto de la frustración de una expectativa legítima, construida en el marco de desarrollo de la fase precontractual de la Administración.

128. De ahí que su análisis imponga constatar los dos elementos centrales de este instituto: i) la existencia cierta y seria de una posibilidad real de obtener una ganancia o de impedir una pérdida¹²⁰ y ii) la incertidumbre causal derivada del desconocimiento sobre lo que hubiera ocurrido con esa posibilidad en caso de que no se hubiera malogrado definitivamente la trayectoria normal de los eventos.

129. Con mayor detalle, esta Corporación ha señalado que para el reconocimiento de los perjuicios que genera el daño por pérdida de oportunidad, es necesario que se compruebe, con grado de certeza, la existencia de una real oportunidad frustrada por un acto imputable a la Administración, tal como lo ha precisado esta Subsección:

“Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación¹²¹ ha reconocido pacífica y reiteradamente que la pérdida de oportunidad, como fuente indemnizatoria, debe reunir los siguientes requisitos: (i) la certeza de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque esta involucre un componente aleatorio; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar un detrimiento, y (iii) que la víctima se encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado¹²²” (resaltado fuera del texto original)¹²³.

130. De esta forma, se requiere que quien reclame la pérdida de oportunidad establezca que antes de la ocurrencia del hecho generador del daño, estaba en una posición potencialmente apta para producir un resultado beneficioso a su favor. Las posibilidades vagas o la mera eventualidad de un provecho no resultan

¹²⁰ “La desaparición de la probabilidad de un evento favorable, siempre y cuando esta oportunidad aparezca suficientemente seria. Cuando la pérdida de una oportunidad es establecida, constituye un perjuicio indemnizable. Pero este se limita a dicha pérdida; sólo la pérdida de la oportunidad será compensada, y no la totalidad del beneficio que la víctima habría obtenido en caso de que hubiese ocurrido el evento cuya realización ha sido impedida por culpa del deudor”. LE TORNEAU, Philippe, La responsabilidad Civil Profesional, Legis, Bogotá, 2006, p. 85.

¹²¹ Nota original: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 30 de enero de 2013, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp.: 23.769. Reiterada por esta misma Subsección en la Sentencia del 8 de febrero de 2017, C.P.: Hernán Andrade Rincón. Exp.: 41.073.

¹²² Nota original: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2010, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp.: 18.593.

¹²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de julio de 2021, C.P. María Adriana Marín, Exp. 54.154.



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

jurídicamente relevantes como asunto indemnizable¹²⁴, al tratarse de daños hipotéticos o eventuales.

131. En este punto cobra especial relevancia el concepto de expectativas legítimas, en tanto corresponde al fundamento de la indemnización por pérdida de oportunidad en este tipo de casos, dado el grado de formación que alcanza la situación jurídica del individuo dentro del proceso de selección. Se trata de aspiraciones sentadas en bases objetivas y razonables sobre la determinación futura de un derecho, pues “son aquellas que ‘aunque no estén consolidadas ni hayan generado derechos adquiridos, sí han determinado cierta expectativa válida, respecto de la permanencia de la regulación’¹²⁵. Son ‘una suerte de expectativas que goza de cierta protección, por cuanto existían razones que justificaban la confianza del administrado en que la regulación que lo amparaba lo seguiría manteniendo’¹²⁶ (...) J.P. MÜLLER¹²⁷ ha señalado que las expectativas que son objeto de protección del principio de confianza legítima se caracterizan porque emanen de un sujeto de derecho, en razón de un determinado comportamiento en relación con otro o ante la comunidad jurídica en su conjunto, tienen la capacidad de producir efectos jurídicos e imponen a las autoridades públicas la obligación de respetar los actos propios previos y actuar en forma armónica y coherente con ellos”¹²⁸.

132. De ahí que el postulado de la confianza legítima, expresión del principio de buena fe, es la plataforma en que se edifica el concepto de las expectativas legítimas, y como tal, tiene especial relevancia en la teoría de la “chance” o pérdida de la oportunidad toda vez que reconoce la concreción de un daño, cuando “se detiene el proceso evolutivo de una situación jurídica, ahogando la posibilidad de que se consolide un derecho o se conserve un beneficio”¹²⁹.

133. Por lo anterior, se subraya que el concepto central de este instituto alude expresamente a la “oportunidad” perdida, y ello es así para distinguirlo de la noción de los “derechos adquiridos”, en tanto estos últimos están concebidos como “aquellas ‘situaciones jurídicas individuales que han quedado establecidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que en tal virtud se entienden incorporadas válida y definitivamente al patrimonio de una persona’¹³⁰. Son derechos ‘intangibles’¹³¹ ... que se ‘incorpora[n] de modo definitivo al patrimonio de su

¹²⁴ Sobre este punto, la Sección Tercera indicó: “Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el ‘chance’ constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010. Exp. 18.593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez

¹²⁵ Nota original: “(Corte Constitucional. Sentencia C-314 de 2004, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra). Nuestra postura extiende la confianza legítima en la protección de las expectativas legítimas no sólo respecto de la estabilidad de la regulación sino, en general, respecto de toda situación jurídica preexistente”

¹²⁶ Nota original: “Corte Constitucional. Sentencia C-478 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹²⁷ Nota original: “J.P. MÜLLER. Vertrauensschutz im Völkerrecht, Berlín, 1971, citado por CALMES. Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, cit., p.567”.

¹²⁸ VIANA CLEVES, María José: “El principio de la confianza legítima en el derecho administrativo Colombiano”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 211 y 212.

¹²⁹ VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel, “La defraudación de la confianza legítima: aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado”, Universidad Externado de Colombia, pág. 340. Citando a MEDINA ALCOZ, Luis “La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio legal y jurisprudencial del derecho de daños público y privado”. Barcelona, Bosch, 2007, pág. 564.

¹³⁰ Nota original: “Corte Constitucional. Sentencia C-789 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil”.

¹³¹ Nota original: “Corte Constitucional. Sentencia C-314 de 2004, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra”



*titular*¹³² y que están ‘cubiertos de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo[s]’¹³³¹³⁴.

134. Entonces, de la misma manera en que la *chance* no corresponde a una llana intención o a una mera expectativa, pues sólo se ubica en los contornos de las expectativas legítimas, la oportunidad perdida no se confunde o integra con el estatus que asigna un derecho adquirido. En estos términos, “*quien se considere indebidamente afectado por una actuación alejada de la norma y exija reparación por ello, tendrá que demostrar que la posibilidad de consolidar la ventaja esperada fue truncada definitivamente y que no podrá obtener el beneficio en el futuro*”¹³⁵.

135. Finalmente, y en cualquiera de sus manifestaciones, como la noción de la pérdida de oportunidad se caracteriza por su impronta de naturaleza aleatoria, al no haber alcanzado el estándar de un derecho subjetivo, “*no es posible saber con certeza si el beneficio esperado por la víctima, o el perjuicio que quería evitar, definitivamente habría sido logrado aún teniendo la oportunidad, razón por la cual tampoco se puede determinar de forma totalmente segura si la falta fue efectivamente la causa de la no obtención de la ventaja anhelada*”¹³⁶.

136. Aplicando la teoría descrita al caso concreto, es evidente que el yerro de la SED ocasionó que la parte demandante perdiera la oportunidad de obtener el puntaje que la ubicaba en el primer orden de elegibilidad junto con el proponente que resultó adjudicatario. De allí que, con razón, el demandante reclame una posición jurídica relevante que lo sitúa en el escenario del desempate por balota, y le confería la expectativa legítima de que, sorteado el mecanismo, iguales posibilidades de resultar adjudicatario habría tenido el consorcio demandante, como C&M que resultó seleccionado.

137. Respalda lo anterior el test que constata los elementos de la pérdida de chance, pues: (i) hay certeza de que el actor tenía derecho a participar en el desempate por balota; (ii) a la fecha, hay una imposibilidad definitiva de sortear el contrato, el que, además, ya fue liquidado como consta en el SECOP; y (iii) el Consorcio Gisc – Fundasol vio frustrada injustamente la expectativa legítima de ser adjudicatario, pues sólo habría bastado activar el mecanismo final de desempate, ubicándolo en una situación potencialmente apta para ser seleccionado y suscribir el pacto contractual.

138. Para la Sala, bajo el escenario cierto de llegar a las balotas, el alea resultaba ser a cuál de los dos oferentes acompañaría la suerte para la adjudicación del contrato. Sin posibilidad de arribar a una respuesta certera en el mundo físico, pues tal desenlace fiaba a la suerte la realización del desempate, entonces, la pregunta que corresponde desatar es, si ¿la constatación del defecto analizado es suficiente

¹³² Nota original: “Corte Constitucional. Sentencia C-168 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz”.

¹³³ Nota original: “Ibid.”

¹³⁴ VIANA CLEVES, María José: “El principio de la confianza legítima en el derecho administrativo Colombiano”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 204.

¹³⁵ GUTIÉRREZ MORALES, Nathalie, “Aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad en responsabilidad patrimonial precontractual y contractual del estado en Colombia”. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2021, pág. 92.

¹³⁶ Ibidem.



para invalidar la resolución de adjudicación? interrogante que la Sala resuelve de forma negativa, como se pasa a explicar.

139. Las particularidades del caso concreto revelan que en la actualidad no hay forma de descartar que C&M hubiese podido resultar seleccionado, o que Gisc – Fundasol lo hubiera conseguido. Ante esta realidad la decisión de adjudicar a C&M Consultores no se reputa ilegal en sí misma, como sí lo es la incorrecta evaluación efectuada a GF. Puestas así las cosas, dado que los dos sujetos eran igualmente elegibles, ello impide a la Sala declarar la nulidad del acto de adjudicación por cuenta de la referida irregularidad, y confirma que el análisis del *sub lite* se ubica un paso antes del acto de adjudicación que, en este caso, no alcanza a configurar su invalidez. Lo anterior, se itera, pues no hay manera de negar que C&M también hubiera podido resultar beneficiado con la balota.

140. A esta comprensión se llega al considerar el efecto que tendría una declaratoria de nulidad del acto de adjudicación de forma integral. Así, a diferencia de lo que ocurre cuando un demandante demuestra en juicio que era la mejor propuesta y debió ser el adjudicatario –hipótesis bajo la cual se anula la decisión en tanto el derecho fue otorgado a quien no correspondía–, el *sub-lite* gravita en un escenario diverso y particular que impone considerar las leyes del azar, según la normatividad aplicable, en armonía con los mecanismos procesales de control de la actuación de la Administración.

141. Anular la adjudicación, y con ella el respectivo contrato, implicaría que C&M no debió haber sido seleccionado, cuando sí podía serlo de acuerdo con la evaluación y los criterios de desempate; y conduciría a que este último también reclamara la posición jurídica de ser elegido, pues ambos podían serlo. Dado que la nulidad conduce a retrotraer las cosas a su estado anterior, como si el acto o contrato nunca hubieran existido, su declaratoria eliminaría de plano la probabilidad que a su vez asistía a C&M de acceder al contrato, por lo que esta sanción no se ajusta a los acontecimientos que se examinan. Este escenario pone de relieve que el juez al administrar justicia debe acometer el examen con tal detalle que responda a las reales circunstancias puestas en su conocimiento, ya que solo su *comprensión* permite adoptar la decisión que en derecho corresponde.

142. Por manera que en el *sub-examine* la sanción por el yerro de la entidad no puede afectar (además del actor) a un sujeto que igualmente ocupaba el primer orden de elegibilidad y cuyo estatus jurídico también es digno de protección, e impone precisar que el reproche, que por cierto reclamó el actor, se sitúa en el segundo panorama de la responsabilidad por irregularidades del proceso de escogencia.

143. Estando acreditado que en el presente caso se concretó la pérdida de oportunidad incoada por el actor, es importante pasar a decantar algunos criterios para determinar el monto por concepto de indemnización de este daño. Al respecto, la Sala indica que, dado que no existe una disposición que regule la forma en la que se debe indemnizar la pérdida de oportunidad, se aplicarán los criterios auxiliares de la equidad, así como la jurisprudencia que versa sobre este instituto para su



determinación (art. 230 de la C.P.). A partir de estas disposiciones, para definir la forma en que se debe valorar la cuantía del resarcimiento, habrá de acudirse al art. 16 de la Ley 446 de 1998, que dispone:

“ARTÍCULO 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

144. Lo anterior, surge ante la dificultad de indemnizar con base en datos estadísticos o exactos el perjuicio sufrido y, a la par, se enfila en evitar el proferimiento de condenas en abstracto, en cuanto ello sea posible. Así lo ha dispuesto esta Subsección en casos en que se condena al Estado por la configuración de una pérdida de oportunidad¹³⁷.

145. Para orientar este análisis, la Sala estima conveniente acudir al tratamiento que en sede extracontractual se ha asignado a este instituto para, seguidamente, hacer algunas reflexiones en torno a los criterios que este parámetro indemnizatorio autoriza razonar en torno a las instancias previas al contrato. Seis pautas han sido trazadas por esta Corporación para definir la condena por pérdida de oportunidad:

(i) “[E]l fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en el truncamiento de la expectativa legítima”, de manera que la estimación será menor a la indemnización por el daño final, al ser proporcional al “porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud”.

(ii) La expectativa deberá cuantificarse en “términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, eso es, inferior al 100% y superior al 0%, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos”.

(iii) “[N]o es procedente indemnizar la pérdida de la oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales - daño emergente y lucro cesante-, inmateriales -daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud, (...) puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima”, visto lo cual, como la pérdida en sí misma genera diferentes tipos de perjuicios, deberá ser indemnizada bajo la naturaleza material o inmaterial.

(iv) No procede una indemnización por el porcentaje probabilístico que resulte de la acreditación del vínculo causal existente entre la falla y el daño.

(v) El porcentaje de la pérdida deberá establecerse a partir de una perspectiva cuantitativa, y ante la imposibilidad de determinar esta última, desde una perspectiva cualitativa, que implicará condenar en abstracto y determinar la cuantificación a través de un trámite incidental, o acudir a criterios de equidad.

(vi) Por regla general, la pérdida de la oportunidad deberá ser fijada con criterios técnicos y científicos pero, excepcionalmente, podrá acudirse a un “50% el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal, (...) bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de la oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción”¹³⁸.

146. En criterio de la Sala, el estándar que dimana del instituto de las expectativas legítimas, que es fundamento de la pérdida de oportunidad en el escenario

¹³⁷ Consejo de Estado Sección Tercera Subsección A, Sentencias del 13 de marzo de 2013, exp. 500012331000199605793-01 (25.569) y del 21 de marzo de 2012, exp. 54001233100019972919-01 (22.017), ambas con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez.

¹³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 4 de diciembre de 2023, Rad. 5400123-31-000-2007-00026-01 (60.000). M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.



precontractual, afirma un grado mayor de certidumbre en relación con la chance que se aduce perdida, hipótesis que dista de la posición que se analiza en los eventos de responsabilidad extracontractual en los que no es posible establecer con alto grado de probabilidad la incidencia causal que la acción u omisión, generadora de la pérdida de la oportunidad, tuvo en el desenlace fatal¹³⁹.

147. En cambio, los criterios de comutatividad y onerosidad imperantes en la contratación del Estado y los particulares, y el grado de avance del proceso de escogencia, ciertamente ofrecen un escenario diverso para la definición de un criterio indemnizatorio, pues desde sus bases, la selección tiene anclado el referente presupuestal junto a las condiciones económicas ofrecidas, que sí vislumbran un destino cercano en punto de la adjudicación. Esta situación, como queda visto, no se corresponde con el escenario de la responsabilidad extracontractual, en la que por la naturaleza de los eventos que recoge, la probabilidad de detonar en el daño final por la intervención del tercero, retrocede dos pasos atrás respecto aquella.

148. Con estas reflexiones y tomando como punto de análisis los lineamientos reseñados en el marco de la pérdida de oportunidad, esta Subsección acoge aquellos que considera adecuados a la fase precontractual y abona su precisión en este ámbito, los cuales pueden ser útiles a modo de guía, sin dejar de lado los avances que la jurisprudencia ha hecho en esta materia:

(i) El primer criterio establece que la cuantía de la indemnización en ningún caso podrá ser igual o mayor al valor del daño final, es decir, no puede corresponder al valor de la utilidad esperada de haberse adjudicado y ejecutado el contrato. Lo anterior impone diferenciarlo del perjuicio que en esos términos puede reclamar quien sí fue privado del derecho a ser adjudicatario.

(ii) Se utilizará el valor de la utilidad esperada con la adjudicación y ejecución contractual únicamente como referente económico. A este valor se aplicará el umbral que será igual o superior al 1% y menos al 20%, con base en el criterio auxiliar de la equidad con el que se pretende indemnizar más que el interés negativo, pero, en cualquier caso, menos que el positivo o de cumplimiento. Para determinar este porcentaje se hará una ponderación inversa entre los límites mínimo

¹³⁹ En tales casos, cuando se declara la responsabilidad del Estado con fundamento en la pérdida de oportunidad, la Jurisprudencia de esta Sección ha razonado de la siguiente forma: *“Ahora bien, la sala se pregunta ¿ese cúmulo de deficiencias fue la causa exclusiva del deceso del paciente? o fue causa de la pérdida del chance para la recuperación del paciente? // - En cuanto al primer punto: “la muerte” del paciente tiene su causa en la negligencia administrativa? // Al respecto no existe prueba que conduzca a la Sala a afirmar lo uno o lo otro y, en esa medida, no puede sostenerse por ejemplo, que la falta de valoración oportuna por un especialista de neurología haya sido la causa que concurrió con la patología del enfermo al desenlace fatal. Tampoco puede concluirse que la no práctica oportuna del scanner tenga la suficiente eficacia causal para comprometer la responsabilidad demandada. Pero lo que si resulta absolutamente claro, es que las omisiones en que incurrió el grupo médico o la organización institucional en la prestación del servicio de salud excluyen la idea de diligencia y cuidado, de regularidad y eficaz prestación del servicio público. // En cuanto al otro punto: ¿la negligencia administrativa fue causa de la pérdida de “chance” u oportunidad para la recuperación del paciente? // Para la Sala no es claro que aún si la Administración hubiera actuado con diligencia el señor Franklin habría recuperado su salud; pero si le es claro, con criterio de justicia, que si el demandado hubiese obrado con diligencia y cuidado no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse // En conclusión la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir”*. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de julio de 2011. Exp. 20.139. M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y sentencia del 11 de agosto de 2010, Expediente No. 18593. M.P. Enrique Gil Botero.



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

y máximo de tal concepto así, a mayor valor menor porcentaje, y a menor valor mayor porcentaje; sin superar el 20% de la utilidad esperada.

(iii) De existir pretensiones por otros daños, se analizarán según su comprobación y petitorio respectivo.

(iv) Es improcedente una indemnización por el porcentaje probabilístico que resulte de la acreditación del vínculo causal frente a la configuración del daño final.

(v) El porcentaje de la pérdida deberá establecerse a partir de la perspectiva cuantitativa indicada, sin exceder en ningún caso los anteriores límites pecuniarios.

149. Aplicando estos criterios al caso concreto, se considera que el Consorcio Gisc – Fundasol debe ser indemnizado conforme a la siguiente valoración: a) la utilidad indicada en su propuesta ascendió a la suma de Mil Quinientos Treinta y Cuatro Millones Ciento Noventa y Cinco Mil Seiscientos Veintitrés Pesos M/Cte (\$1.534'195.623); b) a este valor se aplica el 3%, que se sitúa en el primer cuarto de los extremos del umbral indicado, aplicando la ponderación inversa; y c) como resultado de esta operación los perjuicios por pérdida de oportunidad ascienden a la suma de cuarenta y seis millones veinticinco mil ochocientos sesenta y ocho Pesos M/Cte (\$46'025.868), los cuales serán indexados a la fecha de esta providencia.

150. Con lo hasta aquí indicado, la Sala procede a revocar el fallo de primera instancia, y declarará la responsabilidad precontractual de la SED en los términos expuestos en esta providencia.

151. Para indemnizar la pérdida de oportunidad a la que esta Sala accede, se dictará condena contra la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Bogotá en cuantía cuarenta y seis millones veinticinco mil ochocientos sesenta y ocho Pesos M/Cte (\$46'025.868), que será indexada, a favor del Consorcio Gisc – Fundasol, de conformidad con los porcentajes de participación de sus integrantes en la referida estructura plural.

152. El valor de \$46'025.868 se actualizará de conformidad con los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, tomando como índice inicial el correspondiente a la fecha en que se suscribió el contrato por ser la utilidad esperada con su adjudicación y suscripción el referente económico principal para tasar la indemnización -29 de marzo de 2019- y el índice final el de la fecha de esta providencia, con base en la siguiente fórmula (donde Vp corresponde al valor presente y Vh al valor histórico o inicial):

$$Vp = \frac{46.025.868 \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

$$Vp = \frac{46.025.868 \times 151,48}{101,62}$$



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

Vp= \$71'589.829

153. Por consiguiente, la indemnización por pérdida de oportunidad que se reconoce al Consorcio Gisc – Fundasol debidamente indexada, asciende a la suma de setenta y un millones quinientos ochenta y nueve mil ochocientos veintinueve Pesos M/Cte (\$71'589.829) que, como se dijo previamente, se deberá reconocer en proporción a la participación de cada integrante en la figura consocial.

Costas

154. De conformidad con el artículo 188 del CPACA, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por el procedimiento civil. El artículo 354 del CGP señala que hay lugar a condenar en costas a la parte vencida en un proceso o a quien se resuelve desfavorablemente el recurso. El artículo 361 *ibidem* establece que las costas “están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”. Estas últimas, vale aclarar, serán determinadas por las tarifas que, para el efecto, establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

155. El numeral 4 del artículo 365 de la norma referida dispone que, cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida, en este caso la SED, será condenada a pagar las costas de ambas instancias; asimismo, el núm. 8 del citado artículo prevé que “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, para lo cual se tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales si las hubiere (art. 365.4 ib.).

156. En ese sentido, la Sala fijará las agencias en derecho, para la primera instancia, en la suma equivalente al 3% de las pretensiones a las que se accede¹⁴⁰, esto es, dos millones setecientos sesenta y un mil quinientos cincuenta y dos pesos M/Cte (\$2'761.552) y, en la segunda instancia, por el valor equivalente a 1 SMLMV a la fecha de ejecutoria de esta providencia. Esta determinación se efectúa de conformidad con lo previsto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura¹⁴¹, norma vigente en materia de tarifas de agencias en derecho para la fecha en que se presentó la demanda.

157. Finalmente, la liquidación de las costas la hará de manera concentrada el *a quo*, en los términos del artículo 366 ib.

IV. PARTE RESOLUTIVA

¹⁴⁰ En la demanda se alega que por concepto de pérdida de oportunidad la suma de mil quinientos treinta y cuatro millones ciento noventa y cinco mil seiscientos veintitrés pesos M/CTE (\$1.534.195.623).

¹⁴¹ “ARTÍCULO 5o. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son:

1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

“(…) “En primera instancia. a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario: (...) (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido. (...) “En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.”.



Radicación: 25000233600020190053901 (70.890)
Demandante: Consorcio Gisc - Fundasol
Demandado: Secretaría de Educación del Distrito Capital y otro
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

158. 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 y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 29 de septiembre de 2023, y en su lugar, se decide:

"PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad de la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Bogotá por pérdida de oportunidad en los expresos términos señalados en esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones declarativas.

TERCERO: CONDENAR a la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Bogotá a pagar al Consorcio Gisc – Fundasol la suma de setenta y un millones quinientos ochenta y nueve mil ochocientos veintinueve Pesos M/Cte (\$71'589.829) por concepto de pérdida de oportunidad, de conformidad con los porcentajes de participación de sus integrantes en la referida estructura plural".

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la entidad demandada, por la primera instancia, en la suma de dos millones setecientos sesenta y un mil quinientos cincuenta y dos pesos M/Cte (\$2'761.552); y, en la segunda instancia, por el valor equivalente a 1 SMLMV a la fecha de ejecutoria de esta providencia, suma que se reconocerá en favor del Consorcio Gisc – Fundasol, de acuerdo con la participación de cada integrante en esta forma plural. Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo*.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **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: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalificador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

