



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

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 22 de mayo de 2026

Radicación: 25000-23-36-000-2018-00461-01 (72355)
Demandante: Unión Temporal Megsalud UT
Demandada: Fiduciaria La Previsora SA
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Temas: Nulidad y restablecimiento del derecho – controversia precontractual – régimen jurídico de contratación de entidades financieras de carácter estatal – acto jurídico precontractual de carácter privado – medio de control procedente – competencia del superior – cumplimiento de las condiciones previstas para llevar a cabo una invitación pública a presentar ofertas – buena fe exenta de culpa – valor de las agencias en derecho

Síntesis del caso: un oferente pretendió la “nulidad” del acta de adjudicación con la cual culminó un proceso de selección de invitación pública a presentar ofertas adelantado por una entidad estatal cuyo régimen jurídico de contratación es el derecho privado y, a “título de restablecimiento del derecho”, la utilidad dejada de percibir y los costos de su oferta.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia proferida el 31 de octubre de 2024 por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se negaron las pretensiones de la demanda¹.

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

1. ANTECEDENTES

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

1.1. Posición de la parte demandante

1. El 16 de mayo de 2018, la Unión Temporal Megsalud UT² presentó una **demanda**³ de **nulidad y restablecimiento del derecho** en contra de Fiduciaria La Previsora SA, en calidad de vocera y administradora del Fondo

¹ El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto en contra de la Sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

² Integrada por Aerosanidad SAS, Administración de Modelos Especiales en Salud AMES SAS, Promotora Médica y Odontológica de Antioquia SA, Cooperativa de Médicos Especialistas del Chocó y Afines Coomesa, Sociedad Médica Vida SAS y Fundación IPSI.

³ La demanda fue presentada el 16 de mayo de 2018 (folios 2 al 44 del cuaderno del Consejo de Estado), inadmitida el 13 de agosto de 2018 (folios 47 al 48 del cuaderno del Consejo de Estado), subsanada el 24 de agosto de 2018 (folio 50 del cuaderno del Consejo de Estado), admitida el 8 de octubre de 2018 –en el siguiente sentido: “PRIMERO. Admitir la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho formuló la Unión Temporal MEGSALUD UT contra el [...] FOMAG y [...] FIDUPREVISORA. SEGUNDO: Vincular como litisconsorcio necesario a la Unión Temporal REDVITAL UT”– (folios 55 al 56 del cuaderno del Consejo de Estado) y reformada el 26 de febrero de 2019 (folios 244 al 266 del cuaderno del Consejo de Estado). La reforma de la demanda fue admitida el 11 de marzo de 2019 (folios 268 al 269 del cuaderno del Consejo de Estado).

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag), con las siguientes pretensiones (se transcriben según la reforma de la demanda):

“PRIMERA: Que se declare la nulidad del acta de adjudicación de la invitación pública no. 002 de 2017, expedido por el FOMAG, mediante la cual adjudicó a REDVITAL UT el contrato que tenía por objeto [...] en virtud de que adolece de falsa motivación y desviación del poder.

SEGUNDA: Que [...] se reconozca que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FOMAG Y FIDUPREVISORA debe a la UNIÓN TEMPORAL MEGSALUD, a título de restablecimiento del derecho la suma de \$65.794.464.656 a título de utilidad.

TERCERA: Que se reconozca que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FOMAG Y FIDUPREVISORA debe a la UNIÓN TEMPORAL MEGSALUD, a título de restablecimiento del derecho, daño emergente, los costos en los que incurrió para la presentación de la oferta, tales como las pólizas de garantía y demás, las cuales se estiman en un total de \$432.074.875. [...]”.

2. La parte demandante narró, en síntesis, los siguientes **hechos** relevantes:

3. 1) El 10 de marzo de 2017, Fiduprevisora abrió la Invitación Pública 2 de 2017, cuyo objeto consistió en *“la contratación de entidades que garanticen la prestación de los servicios de salud del plan de atención integral y la atención médica derivada de los riesgos laborales para los afiliados al [Fomag] en el territorio nacional, asumiendo y gestionando el riesgo en salud, operativo y financiero que del contrato se derive bajo la modalidad de capitación para todos los niveles de complejidad”.*

4. 2) Las ofertas debían contener: *“paquete 1, donde constaba el cumplimiento de requisitos habilitantes [y] paquete 2, donde constaba [...] la información que otorgaba puntos. En cada paquete debía constar la información en medio magnético [...] con su correspondiente backup”.*

5. 3) Megsalud, la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social IPS y Redvital presentaron ofertas para la Región 8 –la Invitación abarcaba 10 Regiones–, la cual correspondía a los Departamentos de Antioquia y Chocó.

6. 4) El 9 de agosto de 2017 se cerró la Invitación Pública, *“para lo cual [Fiduprevisora] verificó los documentos presentados por [los oferentes], relacionando en una tabla los folios presentados y los medios magnéticos”.* Frente a la oferta de Megsalud, *“se registró que [...] había sido presentada en un sobre que constaba de 50 tomos [...], junto con 1 CD como medio magnético y 6 CDs como backup [...], y el sobre 2 con 28 cajas”.*

7. 5) En distintos informes se indicó que Megsalud no cumplía con algunos requisitos habilitantes; sin embargo, el 29 de septiembre de 2017, al reanudar la audiencia de respuesta de observaciones, fue habilitada.

8. 6) Megsalud y la Fundación Médico Preventiva realizaron distintas actuaciones dirigidas a poner en conocimiento de la demandada y de otras entidades *“irregularidades”* que ocurrieron durante la Invitación Pública, relacionadas con: *“las observaciones realizadas a la propuesta de Megsalud”, “la seria desconfianza que genera[ba] el equipo evaluador”, “la*

presentación de documentos falsos a fin de hacer incurrir en error a la Fiduprevisora" y un "conflicto de intereses frente al apoderado de Redvital".

9. 7) El 29 de septiembre de 2017 se abrió "la oferta calificable a los habilitados", entre ellos Megsalud. En el acta de esa fecha, Fiduprevisora relacionó 118 tomos, pero indicó que no había recibido medios magnéticos.

10. 8) El 17 de octubre de 2017 se publicó el informe de evaluación, en el que "solo resultó habilitada Redvital UT, para el grupo 8, explicando que de los 16 proponentes solo 9 presentaron medios magnéticos, razón por la cual frente a los 7 restantes no podían hacer la verificación documental de las propuestas". El mismo día, Megsalud presentó observaciones al informe, ya que "no [era] cierto que [...] no hubiese presentado los medios magnéticos requeridos en los pliegos, pues prueba de ello es que en el Acta de Cierre [...] del 9 de agosto de 2017, se dejó constancia de que Fiduprevisora recibió 1 CD como medio magnético y 6 CDs como backup de la propuesta".

11. 9) El 25 de octubre de 2017 se adjudicó el contrato a Redvital.

12. Según la demanda, "el acta de adjudicación tiene naturaleza jurídica de acto administrativo, en cuanto la [A]dministración (Fiduprevisora) mediante una manifestación unilateral de voluntad cre[ó] una situación jurídica, que en el caso bajo estudio [fue] la adjudicación a Redvital UT".

13. "[L]os vicios de los que adolece el [...] acto administrativo" consisten en la "falsa motivación" y la "desviación de poder". Frente al "primer vicio", Megsalud alegó lo siguiente: (a) hubo irregularidades en la verificación de los requisitos habilitantes; (b) su oferta debió ser calificada, ya que, según el acta de cierre de 9 de agosto de 2017, presentó 1 CD como medio magnético y 6 CD como "backup", por lo que no era cierto que no hubiera "aportado medios magnéticos de la propuesta" y que fuera "imposible hacer la verificación documental"; y (c) se le privó del derecho de ser adjudicataria, pues, según las pruebas aportadas, era la oferente que, de haber sido calificada, hubiera obtenido el mayor puntaje para la Región 8.

14. El segundo "vicio" se alegó por "las irregularidades que se [...] presenta[ron] en la Invitación Pública [...] de las cuales se desprende que dentro de la entidad se estaba persiguiendo un interés particular". Preciso que: (a) hubo "reiterativas observaciones sin fundamento" del comité de evaluación a la oferta de Megsalud; (b) se "le dio valor al informe allegado por Red Vital el 21 de septiembre de 2017 [sobre la supuesta falsedad de documentos aportados por las demás oferentes], a pesar de que [...] el plazo para presentar observaciones había vencido el 30 de agosto de 2017"; y (c) el "apoderado de Red Vital tenía y había tenido relación profesional con Fiduprevisora como apoderado en algunos procesos judiciales y administrativos [...], así como con la [...] presidenta de Fiduprevisora, como apoderado en algunos procesos de responsabilidad fiscal y disciplinaria".

1.2. Posición de la parte demandada

15. Fiduprevisora **contestó la demanda⁴ y la reforma de la demanda⁵**. Se opuso a las pretensiones con base en distintas excepciones. En lo que resulta relevante para resolver el caso⁶, la demandada alegó que *“la decisión de no evaluar la oferta de [Megsalud] obedeció a que [...] no incorporó en el sobre o paquete 2 los medios magnéticos”*: (a) no era cierto que en el acta de cierre de 9 de agosto de 2017 se hubiera registrado que Megsalud presentó *“1 CD con la misma información en sobre magnético (sobre 1) y 6 CDs como backup de la misma (sobre 2)”*, pues, para ese momento, solo podía abrirse el sobre 1, de allí que frente al *“sobre o paquete No. 2, solo se registró que estaba compuesto por 28 cajas”*; (b) en la audiencia de 29 de septiembre de 2017, cuando sí era el momento para abrir los sobres 2, se advirtió que el presentado por Megsalud no tenía medios magnéticos; (c) Megsalud no podía alegar a su favor su propia culpa, al pretender atribuirle *“como error a la entidad lo que realmente constituyó una equivocación”* suya; (d) dichos medios *“eran necesarios para emprender la etapa de verificación documental requerida para calificar y evaluar las propuestas”*; y (e) no era posible calificar *“las propuestas con base en la información del ‘sobre o paquete No. 1’”*, pues ello habría desconocido el Documento de Selección Definitivo, el principio de preclusión y la igualdad frente a los otros oferentes.

16. Redvital⁷, vinculada al proceso en calidad de litisconsorte necesario, **contestó la demanda⁸ y la reforma de la demanda⁹**, y se opuso a las pretensiones. En relación con la *“falsa motivación”*¹⁰, reiteró, en términos similares, los argumentos que Fiduprevisora planteó en su contestación de la demanda para señalar que *“la decisión de no evaluar la oferta de [Megsalud] obedeció a que [...] no incorporó en el sobre o paquete 2 los medios magnéticos”*, con excepción del último –ver párrafo anterior–.

1.3. Sentencia de primera instancia

17. El 31 de octubre de 2024, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió la **sentencia de primera instancia**¹¹, en la que negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora. Comenzó por indicar que *“Megsalud UT no presentó la oferta en los términos exigidos por el documento de selección definitivo de la Invitación Pública 001 de 2017, porque no anexó en el sobre No. 2 uno de los discos compactos que sí entregó en el paquete N° 1”*.

⁴ Folios 148 al 231 y 236 al 240 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁵ Folios 319 al 323 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁶ También se formularon excepciones en relación con los perjuicios pretendidos y con las irregularidades alegadas respecto de la verificación de los requisitos habilitantes, la valoración del informe allegado de forma extemporánea por Redvital y la relación entre la presidenta de Fiduprevisora y el apoderado de Redvital; sin embargo, dado que no son relevantes para la decisión que se adoptará, la Sala no relacionará su contenido.

⁷ Integrada por Sumimedical SAS y la IPS de la Universidad de Antioquia.

⁸ Folios 104 al 145 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁹ Folios 280 al 318 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁰ Por no ser relevantes para la decisión, la Sala no relacionará los argumentos relativos a la *“desviación de poder”*.

¹¹ Samai del Tribunal, índice 94.

18. Sin embargo, sostuvo que *“la decisión de no calificar la propuesta no fue razonable”*. Según indicó, la entidad, al no calificar la oferta con base en *“la imposibilidad de disponer de los formatos Excel y ante la falta de acceso al contenido del sobre N° 1 por estar en custodia de la empresa de seguridad contratada para ese fin”*, incurrió en un *“formalismo excesivo pues [...] antepuso la regla de orden prevista por la Adenda N° 11 –consistente en el deber del oferente de aportar el medio magnético en el sobre N° 2– sobre el fin mismo de la contratación”*, que, a su juicio, era la selección objetiva.

19. *“Lo que se cuestiona es la rigurosidad con la que la entidad decidió no calificar la oferta de Megsalud UT, pese a tener en su poder la información requerida para la evaluación de la oferta, solo que en una ‘caja’ diferente”*. Al respecto, agregó que la entidad *“no justificó motivos para que fuera ‘imposible’ acceder a los documentos entregados por la proponente, más allá de referir que se encontraban bajo custodia de la empresa de seguridad que ella misma contrató para ese efecto”*; y que no se trataba de subsanar o mejorar la oferta porque *“el sobre N° 1 (habilitante) [...] ya había sido abierto y su contenido relacionado en la respectiva acta”*.

20. En segundo lugar, consideró que para definir *“la legalidad del acto”* Megsalud debía demostrar que su oferta era la mejor, lo cual no ocurrió. El dictamen aportado con esa finalidad *“no ofrec[ía] convicción sobre su objeto, pues no se conclu[ía] que el puntaje así otorgado a los no adjudicatarios atendiera la metodología aplicada por la Fiduprevisora SA”*, ya que *“la calificación manual que la perito refirió como la metodología que aplicó al dictamen no e[ra] equiparable a la que fue prevista por la entidad en la Invitación Pública N° 002 de 2017 pues no consta[ba] que la ‘macro’ y las bases que utilizó [fueran] semejables al software implementado por Fiduprevisora SA”*. Además, la perita no demostró tener el conocimiento especializado que se requería para manejar el mencionado *“software”*.

21. Por último, condenó en costas a Megsalud por haber sido la parte vencida en el proceso. Fijó las agencias en derecho en 30 SMLMV, en atención a la duración del proceso, a las actuaciones realizadas por la demandada y Redvital, y al límite del 4% del valor de las pretensiones.

1.4. Recurso de apelación

22. La parte demandante interpuso un **recurso de apelación**¹², con base en los siguientes reparos: (1) el Tribunal se equivocó al negar todas las pretensiones, pues al haber concluido que la decisión de no calificar la oferta de Megsalud vulneró el principio de selección objetiva, debió acceder a la pretensión de nulidad, habida cuenta de que esta era independiente de las pretensiones de restablecimiento del derecho, que sí dependían de que Megsalud demostrara que su oferta fue la mejor.

¹² Samai del Tribunal, índice 97.

23. (2) Lo afirmado por el Tribunal “para restarle certeza al dictamen carece de veracidad”, pues: (a) aunque “en el proceso [d]e selección los funcionarios de Fiduprevisora hablaban de un presunto ‘software’”, lo cierto era que “la Invitación Pública [...] y sus adendas no establecieron que la segunda etapa ‘Etapa Ponderable – Puntuable o Calificable’, se debía realizar a través de un ‘software y/o macro’”; (b) los testimonios en los que el Tribunal sustentó sus consideraciones frente al anterior punto estaban “alejados de los términos previstos en la invitación [...], sus adendas y demás documentos precontractuales”; (c) “la invitación y sus adendas señalaron unos factores de ponderación”, que “al aplicar[los] se podía realizar la evaluación de la propuesta sin necesidad de acudir a ningún ‘software y/o macro’ [...]. Es por ello por lo que la perito, de forma manual pudo realizar la evaluación”; y (d) a pesar de lo anterior, se indicó que “era la entidad a quien le correspondía probar que la oferta presentada por el demandante no era la mejor propuesta, puesto que la herramienta tecnológica fue elaborada por ellos y utilizada con el fin de evaluar las propuestas”.

24. (3) El monto de las agencias en derecho era desproporcionado, por lo que estas debían revocarse o, en su defecto, calcularse nuevamente. Al respecto, explicó que, a pesar de que las agencias debían calcularse de acuerdo con los “gastos de representación generados en el proceso para lo cual es necesario analizar las actuaciones judiciales adelantadas [por] las demandadas” y teniendo en cuenta que “no hubo dilatación, no se interpusieron nulidades, etc.”, el Tribunal las fijó en atención a la duración del proceso, circunstancia que dependía “del despacho” y no de la actora.

1.5. Trámite relevante en segunda instancia

25. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado **intervino en el proceso**¹³ para solicitar que se negara el recurso de apelación y se confirmara la sentencia recurrida. En relación con la decisión de no calificar la oferta de Megsalud, indicó que esta oferente “no presentó los medios magnéticos necesarios para la calificación de la etapa 2, por lo que no cumplió con los requisitos establecidos en la Invitación Pública”.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Decisión que se adoptará – 2.2. Naturaleza jurídica del acta de adjudicación de 25 de octubre de 2017 y medio de control procedente – 2.3. Objeto de la controversia – 2.4. Análisis sustantivo – 2.5. Condena en costas.

¹³ Samaj, índice 10.

2.1. Decisión que se adoptará¹⁴

26. La Sala **confirmará** la Sentencia de primera instancia. Para ello, estudiará la naturaleza jurídica del acta de adjudicación de 25 de octubre de 2017 y el medio de control procedente (2.2.); precisará el objeto de la controversia en atención al régimen jurídico aplicable y a los reparos formulados en el recurso de apelación (2.3.); y explicará las razones por las cuales considera que no se demostró la responsabilidad precontractual de Fiduprevisora y que el valor de las agencias en derecho se fijó de forma adecuada (2.4.).

2.2. Naturaleza jurídica del acta de adjudicación de 25 de octubre de 2017 y medio de control procedente

27. Fiduprevisora es una sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sometida al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia¹⁵. En virtud del contrato de fiducia mercantil 83 de 21 de junio de 1990, suscrito entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional y Fiduprevisora, esta sociedad actúa como vocera y administradora de los recursos del Fomag¹⁶.

28. En relación con el régimen de contratación de entidades financieras de carácter estatal, el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, dispone que “[l]os Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley”.

29. En la medida en que Fiduprevisora es una entidad financiera¹⁷ de carácter estatal¹⁸, el régimen jurídico aplicable a la Invitación Pública 2 de 2017 era el derecho privado¹⁹ y, en consecuencia, el acta de adjudicación de 25 de octubre de 2017 corresponde a un acto jurídico precontractual de carácter privado, que no tiene la naturaleza de acto administrativo.

¹⁴ En relación con la jurisdicción competente para conocer de los procesos relativos a los contratos en los que intervengan patrimonios autónomos constituidos en su mayoría con recursos públicos, en el Auto 20 de 31 de enero de 2024, la Corte Constitucional resolvió (se transcribe): “de conformidad con el numeral 2 y el parágrafo del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos relativos a los contratos en los que intervengan patrimonios autónomos que sean constituidos en su mayoría con recursos públicos, o haya evidencia de que así es, independientemente de la naturaleza jurídica de la sociedad o entidad público financiera que ejerza su administración y vocería. Esto, en atención a que los patrimonios autónomos son la parte del proceso que tiene relación con las obligaciones contractuales objeto de discusión”.

¹⁵ Folios 233 al 244 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁶ Creado a través del artículo 3 de la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación.

¹⁷ Artículo 3 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 35 de la Ley 1328 de 2009: “1. Clases. Para los efectos del presente Estatuto son sociedades de servicios financieros las sociedades fiduciarias [...]. 2. Naturaleza. Las sociedades de servicios financieros tienen el carácter de instituciones financieras”.

¹⁸ Artículo 2 de la Ley 80 de 1993: “Para los solos efectos de esta ley: 1o. Se denominan entidades estatales: a) [...] las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento [...]”.

¹⁹ Así también se indicó en el Manual de Contratación de la entidad y en el Documento de Selección Definitivo.

30. Esto último implica que el medio de control procedente no era el de nulidad y restablecimiento del derecho, comoquiera que este solo está previsto para enjuiciar actos administrativos, sino el de reparación directa. Sobre el particular, esta Corporación ha señalado lo siguiente (se transcribe):

“[S]egún se desprende de la Sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación de 3 de septiembre de 2020 [NI. 42003]²⁰, salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de entidades no sometidas al Estatuto General de la Administración Pública que no correspondan a actos administrativos deben tramitarse a través de la acción (medio de control en el [...] –CPACA–) de reparación directa. Asimismo, conviene precisar que, según la misma providencia, el juez está en el deber de estudiar el caso, ‘aunque no se haya empleado la acción que corresponda’²¹.

31. Por lo anterior, la Sala estudiará de fondo la controversia, pero lo hará en consideración al régimen de derecho privado aplicable a este caso. Ello implica estudiar si Megsalud sufrió un daño con ocasión de una actuación de Fiduprevisora que sea contraria a las condiciones de la Invitación Pública 2 de 2017, a los deberes de lealtad, corrección y claridad que se derivan de la cláusula general contenida en el artículo 863 del Código de Comercio²² y/o a los principios de la función administrativa aplicables a las entidades estatales con un régimen contractual excepcional al previsto en el EGCAP²³.

2.3. Objeto de la controversia

32. Con el fin de estudiar de fondo la controversia y en vista de que no se está ante un acto administrativo, la Sala debe realizar un análisis distinto al de nulidad que hizo el Tribunal y que solicitó el recurrente, pero dentro de los límites que vienen dados por los reparos concretos del recurso de apelación.

33. En la Sentencia recurrida, el Tribunal consideró que Fiduprevisora, al decidir no calificar la oferta de Megsalud con base en que esta no entregó los medios magnéticos necesarios para la etapa de calificación en el sobre 2, incurrió en un “*formalismo excesivo*”, pues dichos medios se encontraban en el sobre 1; en ese sentido, la entidad “*ten[ía] en su poder la información requerida para la evaluación de la oferta, solo que en una ‘caja’ diferente*”.

34. En el recurso de apelación se solicitó, entre otros puntos, declarar la “*nulidad del acto administrativo de adjudicación*”, con base en que las consideraciones expuestas por el Tribunal eran suficientes para adoptar esa decisión. Al respecto, es pertinente precisar que, si bien en la demanda se plantearon otros argumentos sobre “*falsa motivación*” y “*desviación de poder*”, estos no fueron estudiados en la sentencia de primera instancia, y el

²⁰ Cita del original: “Si bien la mencionada Sentencia de unificación está referida a la responsabilidad precontractual de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, lo cierto es que las consideraciones allí efectuadas resultan aplicables a la responsabilidad precontractual de entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 10 de febrero de 2021 (53888).

²² “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”. Asimismo, puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 20 de noviembre de 2023 (68952).

²³ Artículos 13 y 15 de la Ley 1150 de 2007 y parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Radicación: 25000-23-36-000-2018-00461-01 (72355)
Demandante: Unión Temporal Megsalud UT
Demandada: Fiduciaria La Previsora SA
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión: Confirmar la decisión de primera instancia

recurrente no cuestionó esta circunstancia ni insistió en dichos argumentos, razón por la cual no serán objeto de análisis –artículos 320 y 328 del CGP–.

35. Con base en estas precisiones, la controversia que debe resolver la Sala consiste en determinar si la circunstancia que advirtió el Tribunal y que reiteró Megsalud en el recurso de apelación da lugar a declarar la responsabilidad precontractual de Fiduprevisora en los términos indicados en el párrafo 31 y si las agencias en derecho se fijaron de forma desproporcionada.

2.4. Análisis sustantivo

36. La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, comoquiera que la decisión de no calificar la oferta de Megsalud no es una actuación que comprometa la responsabilidad precontractual de Fiduprevisora; además, el Tribunal fijó de forma adecuada el valor de las agencias en derecho.

37. A partir del contenido de la Adenda 11 del Documento de Selección Definitivo²⁴, la Sala entiende que las condiciones de la Invitación Pública 2 de 2017 establecían –en lo que es relevante para el caso– lo siguiente: (a) cada oferta debía presentarse en 2 “sobres o paquetes” cerrados; (b) la etapa de verificación de los requisitos habilitantes se realizaría con base en el contenido del “sobre o paquete 1”, mientras que la etapa de calificación se realizaría con base en el contenido del “sobre o paquete 2”; (c) cada

²⁴ “5. Teniendo en cuenta que la ‘invitación pública’ No. 2 de 2017 indica que el proceso de evaluación de las propuestas consta de dos etapas, efectúense las siguientes modificaciones frente al numeral 2.1.7 de la ‘invitación pública No. 002’ sobre la forma de ‘presentación y entrega de las propuestas’:

a. Cada propuesta deberá presentarse en dos sobres o paquetes cerrados así:

i. Un primer sobre o paquete deberá contener toda la información, documentos anexos y formatos mediante los que los proponentes pretendan acreditar [...] el cumplimiento de los requisitos habilitantes contenidos en la invitación a ofertar. [...]

ii. Un segundo sobre o paquete deberá contener toda la información, documentos, anexos y formatos requeridos para la calificación (asignación de puntaje) de las propuestas. Si para la obtención de algunos de los factores de calificación, el proponente debe adjuntar documentación de soporte de alguna IPS que también puede estar contenida en el sobre o paquete No. 1 (el de requisitos habilitantes), el proponente tendrá que adjuntar nuevamente al sobre o paquete No. 2 dicha información. [...]

c. [...] Al respecto se resalta en particular la necesidad de entregar, para ambos sobres, un original, una copia y una copia en medio magnético con su correspondiente backup de seguridad, como lo disponen los párrafos 8, 10 y 11 del numeral 2.1.7 de la invitación. Igualmente se resalta la necesidad de diligenciar cuidadosamente los formatos en medio magnético en tanto que los mismos serán el insumo determinante para la verificación de cumplimiento de los requisitos habilitantes y para la evaluación correspondiente.

6. [...] c. Noveno párrafo del numeral 2.1.7.1: adiciónese el noveno párrafo precisando lo siguiente: Las propuestas deberán ser presentadas en la fecha y hora arriba señalada, y Fiduprevisora procederá así: [...]

ii. Cerrada la recepción de ofertas, de inmediato y de manera pública, Fiduprevisora hará entrega del sobre o paquete No. 02 a una empresa de seguridad o de custodia de documentos quien almacenará dicho paquete en un espacio físico inaccesible y video vigilado de forma permanente. Dicha empresa, solo entregará tales sobres o paquetes No. 02 en el momento en que Fiduprevisora se lo solicite en la audiencia prevista para el efecto en el cronograma. [...]

7. [...] c. Se aclara y precisa que las ‘dos etapas’ en que se revisarán las ofertas por Fiduprevisora mencionadas en el segundo y tercer párrafo del numeral 2.1.15 de la invitación son las siguientes:

i. La primera etapa será aquella en la que la entidad verificará el cumplimiento o no cumplimiento de los requisitos habilitantes [...] con base en el examen de los documentos mediante los que presentan acreditarlos [...]. La verificación de lo anterior, se efectuará con base en la información contenida en el ‘sobre o paquete No. 1’ a que se refiere el literal a) del numeral 5 de la presente adenda No. 11, así como con fundamento en aquella que sea aportada en desarrollo del derecho a subsanar [...].

ii. La segunda etapa corresponderá a aquella en que Fiduprevisora evaluará las ofertas presentadas frente a los factores de ponderación previstos en el numeral 3.6 de la Invitación y asignará en consecuencia el puntaje allí establecido. Tal calificación, se efectuará sobre la información contenida en el ‘sobre o paquete No. 2’ a que se refiere el literal b) del numeral 5 de la presente adenda No. 11, la que no podrá ser objeto de subsanación. [...]

13. [...] Con el fin de verificar documentalmente la información relacionada con la Red de servicios de Salud ofertada por cada proponente deberán presentarse los formatos señalados en el numeral 3.4.2. de la Invitación, todos los cuales deberán ser digitalizados cuidadosa y diligentemente por los proponentes. Estos formatos, en su formato digital, serán subidos por Fiduprevisora al sistema de información desarrollado y certificado por la firma Ernst&Young, que tiene por objeto soportar el proceso de verificación documental y de evaluación. [...]”. Folios 233 al 236 del cuaderno 5.

sobre debía contener *“toda la información, documentos, anexos y formatos”* requeridos para verificar los requisitos habilitantes o para calificar las ofertas, según correspondiera; (d) si para la calificación de la oferta era necesaria *“documentación de soporte de alguna IPS”* que estuviera contenida en el sobre 1, la misma debía aportarse también en el sobre 2; (e) una vez presentadas las ofertas, Fiduprevisora debía entregar los sobres 2 a una empresa de seguridad hasta la audiencia prevista en el cronograma para realizar la apertura de los mismos²⁵; y (f) los *“formatos en medio magnético”* eran un *“insumo determinante [...] para la evaluación”* de las ofertas, pues eran los archivos que Fiduprevisora debía cargar a su sistema de información para realizar la verificación documental y la calificación.

38. Según el acta de cierre de 9 de agosto de 2017²⁶, Megsalud entregó los sobres 1 y 2 de su oferta: el sobre 1 contenía, entre otros documentos, 1 CD como medio magnético y 6 CD como *“backup”*; respecto del sobre 2 solo se dejó constancia de la entrega de 28 *“cajas”*. El contenido del sobre 2 se dio a conocer el 29 de septiembre de 2017, en el acta de apertura de la oferta calificable²⁷, donde se indicó que *“no llegaron medios magnéticos”*.

39. En el informe de evaluación de 17 de octubre de 2017²⁸ se determinó que frente a 7 ofertas²⁹ que se presentaron sin incluir medios magnéticos en el sobre 2, entre ellas la de Megsalud, *“e[ra] imposible realizar el proceso de verificación documental y por tanto de otorgar puntaje”*, por estas razones:

- Desde el *“punto de vista técnico”*, se indicó que, si bien *“los proponentes entregaron la versión impresa de los formatos 2, 2 A, 3, 3 A, 4, 4 A, 5, 6, 7, 7 A, 8, 8 A y 24 disponer de [estos] en medio magnético y en formato Excel, tal como lo exig[ían] los términos de la invitación 002 de 2017 e[ra] indispensable para efectuar la labor de verificación documental”*.

Esto obedecía a que *“los archivos en Excel [eran] cargados a la plataforma de información”*, la cual le *“indica[ba] al verificador documental, el detalle de cuáles [eran] los servicios ofertados y [...] cuáles [eran] los servicios sobre los que se deb[ía] comprobar la existencia de documentos de soporte”*. *“Al no disponer de los archivos en Excel no exist[ía] el insumo para alimentar la plataforma y por tanto no exist[ía] la indicación de cuál e[ra el] servicio que debía validarse”*.

Sobre la relación entre los procesos de verificación documental y de calificación se explicó que la plataforma *“e[ra] la que se encarga[ba] de otorgar el puntaje respectivo”*, previa verificación documental; en ese sentido, *“si [...] el verificador documental verifica[ba] que exist[ía] algún*

²⁵ Sobre este aspecto, es pertinente tener en cuenta que, de acuerdo con la Adenda 15 del Documento de Selección Definitivo, para el 25 de septiembre de 2017 estaba prevista una audiencia que tenía, entre otras finalidades, realizar la *“apertura de la oferta calificable a los habilitados”*. Folio 455 del cuaderno 6.

²⁶ Folios 238 al 260 del cuaderno 5.

²⁷ Folios 577 al 590 del cuaderno 7.

²⁸ Folios 597 al 606 del cuaderno 7.

²⁹ Según se indicó en el mismo informe, para las 10 Regiones que abarcaba el proceso de selección hubo un total de 16 oferentes habilitados, de los cuales solo 9 presentaron medios magnéticos en el sobre 2.

defecto en los documentos aportados, se levanta[ba] el 'hallazgo documental' [...] y la plataforma lo exclu[ía] del puntaje respectivo".

- Desde "el punto de vista jurídico", se afirmó que "exist[ía] norma expresa del documento de selección definitivo, [...] modificado por su adenda No. 11, que establec[ía] con claridad que la calificación se efectuar[ía] sobre la información contenida en el 'sobre o paquete No. 2', disposición que, proscrib[ía] de plano la posibilidad [de] que la entidad califi[car] las propuestas con base en la información del 'sobre o paquete No. 1'".

Luego de transcribir algunos extractos del Documento de Selección Definitivo y de sus adendas, se concluyó que "era obligación de los oferentes aportar dichos medios digitales en el sobre o paquete No. 02, para que la entidad, con base en esa información, evaluara las ofertas".

Por último, se sustentó la decisión en el "derecho a la igualdad de trato de los proponentes que sí cumplieron [...] los requisitos de presentación de las ofertas previstos para la etapa 2"; en que los "contratistas deb[ían] acatar estrictamente las previsiones de los pliegos de condiciones [...] en aplicación del principio de 'buena fe objetiva'"; y en que "todo aquello que en el proceso de selección haya hecho parte de la 'etapa 1' ya precluyó, por manera que no le [era] dable a la entidad volver sobre aspectos y documentación de una etapa ya fenecida".

40. Visto lo anterior, la Sala no encuentra ninguna razón para considerar que la decisión de Fiduprevisora –consistente en no calificar la oferta de Megsalud– fue una actuación contraria a las condiciones de la Invitación Pública 2 de 2017, al deber de obrar de buena fe exenta de culpa o a los principios de la función administrativa aplicables a su actividad contractual.

41. Para comenzar, está probado con la citada acta de 29 de septiembre de 2017 que Megsalud no entregó medios magnéticos en el sobre 2.

42. Dichos medios magnéticos correspondían a los "formatos que soporta[ban] la red de servicios tanto para la red principal como para la red alterna", que debían presentarse "digitalizados" y eran requeridos para los procesos de verificación documental y de calificación. De esto da cuenta el numeral 13 de la Adenda 11: "con el fin de verificar documentalmente la información relacionada con la Red de Servicios de Salud ofertada por cada proponente deberán presentarse los formatos señalados en el numeral 3.4.2. de la Invitación, todos los cuales deberán ser digitalizados cuidadosa y diligentemente por los proponentes. Estos formatos, en su formato digital, serán subidos por Fiduprevisora al sistema de información desarrollado y certificado por la firma Ernst&Young, que tiene por objetivo soportar el proceso de verificación documental y de evaluación".

43. En ese sentido, al no entregar en el sobre 2 los formatos digitalizados que se requerían para los procesos de verificación documental y de calificación,

Megsalud desatendió la regla sobre *“presentación y entrega de las propuestas”* contenida en el literal a del numeral 5 de la Adenda 11 del Documento de Selección Definitivo: *“el segundo sobre o paquete deberá contener toda la información, documentos, anexos y formatos requeridos para la calificación (asignación del puntaje) de las propuestas”*.

44. A juicio de la Sala, la decisión de no calificar la oferta de Megsalud fue la consecuencia lógica de la omisión en que incurrió dicha oferente. En efecto, si la *“calificación [de las ofertas] se efectuar[ía] sobre la información contenida en el ‘sobre o paquete No. 2’”*, y el sobre 2 presentado por Megsalud no contenía *“toda la información, documentos, anexos y formatos requeridos para la calificación (asignación del puntaje de las propuestas)”*, resulta claro que Fiduprevisora no podía calificar dicha oferta.

45. A esto debe sumarse que los formatos digitalizados eran *“subidos por Fiduprevisora al sistema de información [...] que tiene por objetivo soportar el proceso de verificación documental y de evaluación”*, por lo que, en ausencia de tales formatos, no había información para poner en marcha el mecanismo previsto en las condiciones de la Invitación Pública para realizar los procesos de verificación documental y de calificación de las ofertas.

46. Así las cosas, la Sala no observa que la decisión de Fiduprevisora sea una actuación reprochable o desviada, esto es, apartada de las condiciones de la Invitación Pública, de las exigencias que se derivan de la buena fe exenta de culpa o de los principios de la función administrativa; al contrario, encuentra probado que lo que impidió que se llevaran a cabo los procesos de verificación documental y de calificación de la oferta fue la omisión de Megsalud consistente en no aportar los formatos digitalizados en el sobre 2.

47. Si bien en la Sentencia recurrida y en el recurso de apelación se reprochó a Fiduprevisora el hecho de no haber calificado la oferta de Megsalud con base en la información contenida en el sobre 1, esto no es de recibo para la Sala, no solo porque Fiduprevisora no estaba llamada a corregir los errores que hubieran cometido sus oferentes al presentar ofertas, sino también porque la actuación que se echa de menos no era realmente una alternativa que tuviera la entidad, pues de haber procedido de esa forma habría actuado en contra de lo dispuesto expresamente en el literal c del numeral 7 de la Adenda 11, esto es, que la *“calificación [de las ofertas] se efectuar[ía] sobre la información contenida en el ‘sobre o paquete No. 2’”*.

48. Asimismo, el hecho de que en el literal a del numeral 5 de la Adenda 11 se haya indicado que *“si para la obtención de algunos de los factores de calificación, el proponente deb[ía] adjuntar documentación de soporte de alguna IPS que también pu[diera] estar contenida en el sobre o paquete No. 1 [...], el proponente tend[ía] que adjuntar nuevamente al sobre o paquete 2 dicha información”* también es, para la Sala, muestra de que no era viable que Fiduprevisora estudiara aspectos relativos a la segunda etapa de la Invitación Pública con base en información contenida en el sobre 1.

49. Por lo expuesto, la Sala concluye que la decisión de no calificar la oferta de Megsalud se ajustó a las condiciones previstas para la Invitación Pública 2 de 2017 y, en concreto, a la forma en que debían presentarse las ofertas y llevarse a cabo los procesos de verificación documental y de calificación, razón por la cual no hay lugar a declarar la responsabilidad precontractual.

50. Debido a que no prosperó la declaratoria de responsabilidad de Fiduprevisora, la Sala se abstendrá de estudiar los reparos dirigidos a que se reconocieran los perjuicios alegados por Megsalud. Esto responde a la idea según la cual la reparación es un asunto que sigue a la comprobación de los elementos de la responsabilidad, por lo que no tiene sentido determinar si hay lugar a reconocer los perjuicios pretendidos cuando previamente ha quedado establecido que el sujeto demandado no debe responder.

51. En relación con las agencias en derecho, la Sala considera que estas se fijaron de forma adecuada. De acuerdo con el artículo 5 del Acuerdo PSAA16 – 10554 de 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, los límites para los procesos declarativos en general, en primera instancia y de mayor cuantía son *“entre el 3% y el 7.5% de lo pedido”*. En este caso, como lo indicó el Tribunal, el valor de 30 SMLMV *“no supera el 4% del valor de las pretensiones de la demanda”*³⁰.

52. Asimismo, el recurrente echó de menos un análisis de *“las actuaciones adelantadas [por] las demandadas”* y señaló que en el proceso *“no hubo dilatación, no se interpusieron nulidades, etc.”*. Al respecto, la Sala advierte que el primer aspecto no fue omitido por el Tribunal, pues en la sentencia de primera instancia se indicó que uno de los criterios para fijar el valor de las agencias en derecho fue que *“la entidad demandada y la Unión Temporal Redvital UT actuaron en las diferentes etapas”*; sobre el segundo aspecto, se recuerda que, en vigencia del CGP, las agencias en derecho deben fijarse de forma objetiva, sin atender a la conducta procesal de las partes.

53. Por último, aunque en el recurso de apelación se insinuó que las agencias en derecho no debían calcularse en atención a la duración del proceso, lo cierto es que este es uno de los criterios que el juez debe tener en cuenta según los artículos 366.4 del CGP y 2 del Acuerdo PSAA16 – 10554.

54. De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala confirmará las decisiones de negar las pretensiones formuladas en la demanda y de condenar en costas de primera instancia a la parte demandante.

2.5. Condena en costas

55. De conformidad con el artículo 188 del CPACA y el numeral 1 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas de esta instancia a la parte actora, las cuales serán liquidadas de forma concentrada por el Tribunal de origen.

³⁰ El Tribunal respetó los límites vigentes, pese a que en la sentencia recurrida citó de forma equivocada el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003, pues este fue derogado por el Acuerdo PSAA16 – 10554 de 5 de agosto de 2016.

Radicación: 25000-23-36-000-2018-00461-01 (72355)
Demandante: Unión Temporal Megsalud UT
Demandada: Fiduciaria La Previsora SA
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Decisión: Confirmar la decisión de primera instancia

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida el 31 de octubre de 2024 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante. Por Secretaría del Tribunal, se ordena liquidar las costas.

Por Secretaría, una vez ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Presidente de la Subsección

Firmado Electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

Firmado Electrónicamente
DIEGO ENRIQUE FRANCO VICTORIA
Magistrado
Con salvamento de voto