



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00657-01(31.628)

Actor: CONSULTORES ELÉCTRICAS Y ELECTRÓNICAS CONSULTEL LTDA

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ARTÍCULO 13 DE LA LEY 80 DE 1993- El régimen principal del contrato estatal es el derecho privado. RÉGIMEN EXCEPTUADO DE LA LEY 80-No se limita a la ejecución, sino que aplica también a la fase precontractual. INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Régimen exceptuado de contratación. REGIMEN PRIVADO EN CONTRATOS DE EPS PÚBLICAS-Las EPS públicas, en principio, no expiden actos administrativos y por ello la decisión de seleccionar a un contratista no es impugnabile por nulidad y restablecimiento del derecho. MEDIOS DE CONTROL EN RÉGIMEN EXCEPTUADO-Dependerá de si, de acuerdo con las reglas de la oferta y la demanda, se formó el contrato. CULPA CONTRACTUAL-Si se formó el contrato el demandante tiene derecho al interés positivo y debe demandarse mediante controversias contractuales. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN RÉGIMEN EXCEPTUADO-Si el contrato no se formó se tiene derecho al interés negativo y el medio de control es el de reparación directa. OFERTA EN RÉGIMEN EXCEPTUADO -Contiene los elementos esenciales del negocio jurídico. ACEPTACIÓN DE LA OFERTA EN RÉGIMEN EXCEPTUADO-No puede ser condicionada. LICITACIONES PÚBLICAS O PRIVADAS EN CÓDIGO DE COMERCIO-Si la invitación a participar contiene los elementos de una oferta, según el artículo 860 del C.Co., cada postura implica una aceptación y el negocio se formará con el mejor postor. INVITACIÓN A OFERTAR EN RÉGIMEN EXCEPTUADO-No contiene los elementos de una oferta y supone un concurso y la decisión de seleccionar al contratista. CULPA IN CONTRAHENDO-Aplicación a la responsabilidad de futuros contratantes es el régimen de derecho privado. CULPA IN CONTRAHENDO-Se configura cuando quien hizo una invitación a ofertar, se separa abruptamente de las reglas que fijó para el concurso. CULPA IN CONTRAHENDO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EN RÉGIMEN EXCEPTUADO-Debe demostrarse que se separó injustificadamente de las reglas del concurso y que el demandante presentó la mejor propuesta de acuerdo con la invitación. DICTAMEN PERICIAL-Valoración. PERITACIÓN-Elementos de este medio de prueba. PERITAZGO-Falta de eficacia probatoria. INTERROGATORIO DE PARTE-Está concebido para extraer confesión de parte.



La Sala decide el recurso de apelación interpuesto la demandante contra la sentencia del 25 de enero de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que se declaró inhibido para fallar.

SÍNTESIS DEL CASO

El ISS abrió convocatoria pública para la celebración de un contrato para la instalación de cableado lógico en los centros de atención ambulatoria. CONSULTEL afirma que presentó la mejor propuesta y que, por ende, debió ser seleccionado para la ejecución del contrato.

ANTECEDENTES

El 8 de abril de 1996, la sociedad Consultores Eléctricas y Electrónicas Consultel Ltda, a través de apoderado judicial, formuló demanda de nulidad y restablecimiento contra el Instituto de Seguros Sociales para que se declarara la nulidad del acto administrativo proferido el 1 de diciembre de 1995, mediante el cual se adjudicó un contrato para la adquisición de infraestructura y cableado lógico para centros de atención ambulatoria. En apoyo de las pretensiones, afirmó que debió adjudicársele el contrato por presentar la mejor propuesta y que la sociedad seleccionada no se ajustó a las especificaciones técnicas de los términos de referencia. La demanda fue reformada en el sentido de complementar algunos hechos.

El 2 de mayo de 1996, se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada y al Ministerio Público y el 12 de febrero de 1997 se admitió la reforma a la demanda. En el escrito de **contestación de la demanda y su reforma**, propuso como excepciones la "legalidad de los actos administrativos", la inexistencia de la obligación de reparar y la mala fe en la interpretación de la propuesta seleccionada, con fundamento en que escogió la más favorable, que tenía discrecionalidad para adjudicar y que se interpretaron incorrectamente los términos de referencia. El 23 de agosto de 1996 se ordenó vincular al proceso a la sociedad UNISYS S.A. adjudicataria del contrato, quien otorgó poder pero no intervino en el proceso.



El 8 de noviembre de 1998, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para **alegar de conclusión** y presentar concepto, respectivamente. La demandante alegó que el dictamen pericial concluyó que su propuesta era la mejor. El demandado insistió en su defensa. El Ministerio Público guardó silencio. El 25 de enero de 2005, el Tribunal Administrativo de Antioquia profirió la **sentencia** impugnada en la que se declaró inibido pues no se pidió la nulidad del acto de adjudicación, sino del oficio de 1 de diciembre de 1995, comunicación que no es un acto administrativo.

La parte demandante interpuso **recurso de apelación**, el cual fue concedido el 27 de abril de 2005 y admitido el 7 de octubre de 2005. El recurrente esgrimió que no se produjo decisión distinta a la contenida en la comunicación de 1 de diciembre de 1995 pues le fue entregada toda la documentación del proceso de selección en la cual aparece como único acto administrativo el proferido en esa fecha. El 5 de julio de 2006, se corrió traslado para **alegar de conclusión en segunda instancia**. El recurrente reiteró lo expuesto. El ISS y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce de las controversias derivadas de la actividad contractual de las entidad públicas, según el artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006¹. El Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto, de conformidad con los artículos 129 y 132 del CCA, contra una sentencia proferida en un proceso de doble instancia, pues a la fecha de presentación de la demanda - 8 de abril de 1996- la suma de la pretensión mayor debía superar \$13.460.000² y

¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 26 de marzo de 2007, Rad. 25619 [fundamento jurídico 2.1].

² Se aplican las cuantías previstas en el Decreto 587 de 1988, pues a la fecha de interposición del recurso de apelación -15 de abril de 2005- no habían entrado en vigencia las cuantías previstas en la Ley 448 de 1998, pues tal circunstancia tuvo lugar el 28 de abril de 2005 fecha de promulgación de la Ley 954 de 2005.



como en este caso equivale a \$23.207.000 el proceso tiene vocación de doble instancia ante esta corporación.

Acción procedente

2. Como el tribunal en la sentencia de primera instancia se declaró inhibido pues no se demandó la nulidad de la decisión de adjudicar el contrato, la Sala debe establecer cuál es el medio de control procedente y si en realidad debió pedirse en la demanda la nulidad de un “acto administrativo”.

3. El artículo 275 de la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales es una empresa industrial y comercial del Estado y agregó que, respecto de los servicios de salud que presta, actuaría como una entidad promotora -EPS- y prestadora de servicios de salud -IPS- con jurisdicción nacional. El artículo 195, a su vez, dispuso que el régimen jurídico de las empresas sociales del Estado, en materia contractual, al igual que las del EPS privadas, sería el derecho privado pero que podrían pactar, discrecionalmente, las cláusulas exorbitantes reguladas en la Ley 80 de 1993.

La Sala ha señalado que el I.S.S. se gobierna las reglas del derecho privado en lo relacionado con su actividad como entidad promotora de servicios de salud. Así lo puso de relieve, en el marco de una acción de reparación directa en la que se declaró la responsabilidad extracontractual del ISS por negarse a suscribir y perfeccionar un contrato.³

El proceso de contratación que inició el Instituto de Seguros Sociales tuvo por objeto la selección de un contratista para la instalación de cableado lógico de los centros de Atención Ambulatoria (CAA), con el fin de mejorar la prestación del servicio de salud [hecho probado 9.1]. De modo que, dicho proceso, estuvo ligado a su actividad como Entidad Promotora de Salud, pues la ejecución de ese

³ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de diciembre del 2012, Rad. 19425 [fundamento jurídico 20].



contrato resultaba esencial para la atención de las personas que a se encontraban afiliadas a esa institución.

Como para la fecha de los hechos que originaron el presente proceso (1995), el Instituto de Seguros Sociales -I.S.S.- actuaba como una entidad promotora de servicios de salud, su régimen jurídico de contratación aplicable era el previsto en las normas comerciales y civiles.

4. Las consecuencias jurídicas de esta regulación no se circunscriben al ámbito de la celebración y ejecución del contrato, sino que, también, conciernen a los actos de las partes encaminados a su formación. El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 dispone que, por regla general, los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 de ese estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Es decir, que la Ley 80 de 1993 es la excepción y la regla general es que el régimen contractual de esas entidades es el derecho privado.

La Ley 80 de 1993 regula expresamente cuarto (4) aspectos que son aplicables a las entidades que están sometidas a ese estatuto, pues en los demás la regla general, se reitera, es el derecho privado: (i) capacidad: dentro de la cual están las inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés, lo consorcios y uniones temporales -que pueden celebrar contratos sin ser personas jurídicas- y el registro único de proponentes; (ii) la selección objetiva, que abarca los procedimientos de selección de contratistas (que bien podría en el futuro mirarse más como una materia de derecho de la competencia); (iii) algunos aspectos relativos a su ejecución como el manejo de riesgo y las potestades excepcionales y (iv) los mecanismos de solución de controversias.

De ahí que cuando leyes especiales, como en el caso de las empresas promotoras de salud del Estado, se remiten al derecho privado, dicha regulación no puede limitarse a la fase de ejecución contractual, pues incluso por disposición de la Ley 80 de 1993, ese es el régimen de los contratos que se celebran bajo los procedimientos de selección que ese estatuto regula.



Como en los regímenes exceptuados toda la actividad contractual -en sentido amplio- se rige por el derecho privado, no se puede limitar a la de ejecución del contrato, sino que abarca todas sus fases, es decir, desde la formación del negocio jurídico hasta la etapa postcontractual. Por ello, en la fase precontractual la regla predominante será, también, la autonomía privada (arts. 1602 del CC y 870 del C. Co) y las normas supletivas, como se verá a continuación, serán las correspondientes a la regulación de la oferta y la demanda en la ley mercantil.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido que los particulares tiene la posibilidad de abrir un concurso para la suscripción de un contrato y que en el marco de las reglas del mismo, corresponde, en la etapa de cierre, la *“escogencia, dentro las presentadas oportunamente, de la solicitud que reúna las mejores condiciones, cometido que en veces ejecuta el propio anunciante.”*⁴

La aplicación del derecho privado, en la fase de formación del contrato, implica que la entidad estatal se encontrará en la misma posición que el particular, es decir, que tiene la posibilidad de escoger un contratista mediante un concurso público, sin que ello signifique que emita actos administrativos. Los actos precontractuales de las entidades de los “regímenes exceptuados”, de la misma forma que los de los particulares, no se catalogan como actos administrativos porque estos se fundan en la posición de supremacía de la administración, por virtud de las competencias que les asigna la ley y que les permiten imponer sus decisiones en contra de la voluntad de los particulares.

Las decisiones que adoptan en la fase previa de formación del contrato, corresponde a actos de gestión contractual, iguales a los que adoptaría un particular, quien por razón de la autonomía privada, define cómo y con quién entablar una relación de naturaleza contractual. Ello no quiere decir que estén exentas de responsabilidad, pues, como se verá más adelante, la aplicación del principio de buena fe exenta de culpa le impone obligaciones durante la etapa de las negociaciones previas [num 10].

⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de noviembre de 1989, [fundamento jurídico 1 (c) segundo cargo], en G.J. 2435, p. 114.



Con esta perspectiva, la Sala ha subrayado que las decisiones adoptadas durante la etapa de formación del contrato adoptadas por las entidades sometidas a los “régimenes exceptuados”, son expresiones de la autonomía privada como las que adoptan los particulares durante la fase de negociación y, por lo mismo, no son actos administrativos, salvo aquellos casos en los cuales la ley disponga expresamente lo contrario⁵.

Como el régimen jurídico del contrato es exclusivamente el derecho privado, los actos precontractuales no son susceptibles de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, pues el daño no proviene de un acto administrativo, ni lo que se pretende es adelantar un juicio de legalidad sobre una prerrogativa que refleje el poder de imperio del Estado.

5. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que el fundamento de la respectiva obligación resarcitoria dependerá, según las reglas de la oferta y la demanda, de si “*el lazo contractual se ha perfeccionado o no*”⁶. Si se perfeccionó el contrato por la confluencia del consentimiento de las partes, existirá, sin lugar a dudas, un derecho subjetivo al cumplimiento del contrato, de manera que a la otra parte será contractualmente responsable de un comportamiento antijurídico que le es imputable y que habilita la reclamación del interés positivo, ya sea mediante la ejecución de la obligación o el pago del valor del objeto del contrato y, en ambos casos, con la indemnización de perjuicios (art. 1546 del CC.)⁷. En este caso, el medio de control precedente será el de controversias contractuales.

A su vez, si el contrato no se formó, pero las negociaciones estaban lo suficientemente avanzadas para que el demandante considerara que ello iba a producirse o porque las reglas del proceso de negociación suponían que con él debía celebrarse el contrato, el demandante tendrá derecho al “*interés negativo o*

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 5 de julio de 2018. Rad. (59530) [fundamento jurídico 1], con A.V. Magistrado Guillermo Sánchez Luque.

⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de noviembre de 1989, [fundamento jurídico 2 segundo cargo], en G.J. 2435, p.114.

⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de agosto de 1984, [fundamento jurídico 3 cargo único], en G.J. 2415, p. 225.



8
Expediente n°. 31.628
Demandante: CONSULTEL
Niega pretensiones

de confianza”⁸ y en consecuencia, el medio de control procedente será el de reparación directa.

En ejercicio de la autonomía privada o negocial, los sujetos de derecho tienen la libertad de celebrar de manera inmediata el negocio jurídico o luego de surtir un procedimiento formativo diferido en el tiempo. Aunque el Código Civil no regula las etapas de formación del contrato, el Código de Comercio sí lo hace, en los artículos 845 a 864. El artículo 845 define la oferta o propuesta como el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, que deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario.

La aceptación es un acto jurídico unilateral en el que el destinatario de la propuesta u oferta manifiesta su adhesión o aquiescencia incondicionalmente a los términos de la misma. De conformidad con la ley mercantil sus características son las siguientes: (i) es un acto voluntario; (ii) debe ser pura y simple; (iii) debe ocurrir en tiempo y (iv) debe ser expresa.

En relación con los contratos consensuales, su perfeccionamiento requiere que la oferta o propuesta, debidamente comunicada al destinatario, sea aceptada por éste, expresa o tácitamente (art. 864 C. Co.). Si se trata de contratos en los que se exige una formalidad constitutiva para su perfeccionamiento o nacimiento, solemne o real, se debe cumplir y observar adicionalmente la formalidad *ad substantiam actus* o haberse verificado la entrega de los bienes, según el caso (arts. 1500 C.C. y 824 C. Co.)⁹.

El artículo 860 del C. Co establece que en todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás. De suerte que en el evento en que se haga invitación pública a contratar y esa invitación en sí misma

⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 27 de junio de 1990, Rad. 239 [fundamento jurídico 1.1.2].

⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 8 de marzo de 1995, Rad 4473 [fundamento jurídico 4] y sentencia de 12 de agosto de 2002, Rad 6151 [fundamento jurídico 2]



contenga los elementos de una oferta, el contrato se formará con la aceptación presentada y que cumpla con los requisitos previstos en aquella¹⁰.

No toda intención dirigida a la formación de un contrato, incluso cuando haya invitación pública, supone la existencia de una oferta, pues puede ocurrir que se trate simplemente de una invitación a contratar o formular ofertas¹¹. En este caso, la invitación pública no tendrá los efectos de la oferta, porque no tiene los elementos esenciales del artículo 845 del C. Co. y, por ende, la sola respuesta a esa invitación no implica la formación del contrato. Esta respuesta será una oferta que podrá ser aceptada por quien invitó a los demás a participar en el proceso, luego de surtido un procedimiento que se caracteriza por un anuncio -que no es oferta-, el concurso en sí mismo y *“la escogencia del concursante que reúne las mejores condiciones.”*¹²

6. Se probó que en el documento denominado términos de referencia el Instituto de Seguros Sociales expresamente dejó consignado que la “cotización” se adjudicaría al término de 15 días calendario siguientes a la fecha de cierre, que el ISS se reservaría la potestad de hacer adjudicaciones parciales, que se adjudicaría al oferente que presentara la propuesta más favorable y que el contrato se perfeccionaría 10 días después de seleccionado el proponente una vez firmado [hechos probados 9.2 y 9.3].

De manera que la entidad no formuló una oferta en los términos del artículo 845 del C. Co y mucho menos se trató de una licitación pública de las reguladas en el artículo 860 de esa norma, pues su intención invitar a que se presentaran “cotizaciones” para estudiar, de acuerdo con las reglas que estableció en esa invitación, con quienes de esos oferentes celebrarían el contrato e incluso si lo haría mediante adjudicaciones parciales. Eso quiere decir que los invitados eran los oferentes y la sola presentación de esa su oferta no suponía el nacimiento del contrato, pues debían seguirse las reglas previstas por la entidad.

¹⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de noviembre de 1989, [fundamento jurídico 1 (b) segundo cargo], en G.J. 2435, p. 114 y sentencia 12 de agosto de 2002, Rad. 6151 [fundamento jurídico 3].

¹¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de noviembre de 1989, [fundamento jurídico 1 (a) segundo cargo], en G.J. 2435, p. 114.

¹² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de noviembre de 1989, [fundamento jurídico 1 segundo cargo], en G.J. 2435, p. 114.



10
Expediente nº. 31.628
Demandante: CONSULTEL
Niega pretensiones

Como la invitación a contratar hecha por la entidad no constituyó una oferta, la presentación de las propuestas no supuso la celebración del contrato en los términos del artículo 860 del Co. C. y, en tal virtud, la acción de reparación directa es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño invocado proviene de la fase precontractual. La demanda presentada será interpretada, según lo expuesto, para estudiar la responsabilidad de la entidad demandada bajo las reglas de la culpa *in contrahendo* (culpa precontractual).

Caducidad

7. El término para formular pretensiones, en reparación directa, de conformidad con el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo es de dos (2) años, que se cuentan a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente de inmueble por trabajo público o por cualquier otra causa.

La demanda alega responsabilidad porque no fue seleccionada para celebrar el contrato, a pesar de presentar la mejor oferta. El término se contará desde el momento en que le se informó a la demandante que no resultó seleccionada, circunstancia que ocurrió el 9 de diciembre de 1995. Como la demanda se presentó el 8 de abril de 1996, según da cuenta selo del Tribunal Administrativo de Antioquia, fue presentada en tiempo.

Legitimación en la causa

8. CONSULTEL LTDA está legitimada en la causa por pasiva, pues participó en el proceso de negociación y escogencia del contratista y presentó oferta [hecho probado 9.3, 9.6 y 9.7]. El Instituto de Seguros Sociales está legitimado en la causa por pasiva, pues fue la entidad que, a través de la Seccional Antioquia, dirigió abrió el proceso, evaluó las ofertas y selección al contratista [hechos probados 9.1, 9.2, 9.3, 9.5 y 9.6]



11
Expediente nº. 31.628
Demandante: CONSULTEL
Niega pretensiones

II. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si, con ocasión de un concurso adelantado por entidad de un “régimen exceptuado”, se configura responsabilidad por culpa *in contrahendo* porque se desconocieron las reglas de la invitación pública y no se adjudicó el contrato a la mejor propuesta presentada.

Análisis de la Sala

Hechos probados

9. La Sala apreciará los documentos que contienen el trámite del proceso de negociación y escogencia del contratista para la instalación de cableado lógico de los centros de Atención Ambulatoria (CAA), aportados en copia simple por la demandante (fl. 1 a 351 c. 1). Las copias simples serán valoradas porque la Sección Tercera de esta Corporación, en fallo de unificación, consideró tenían mérito probatorio¹³. De conformidad con los medios probatorios allegados oportunamente al proceso, se demostraron los siguientes hechos:

9.1 El Instituto de Seguros Sociales-Seccional Antioquia publicó aviso de invitación para la selección de un contratista para la instalación de cableado lógico en varios centros de atención ambulatoria, en la cual dispuso que el plazo para la entrega de los términos de referencia sería hasta el 6 de octubre de 1995 y el plazo para la presentación de las “cotizaciones” hasta el 17 siguiente, según da cuenta aviso de convocatoria (f. 137 c. 1).

9.2 En los términos de referencia se dejó consignado que la “cotización” se adjudicaría al término de 15 días calendario siguientes a la fecha de cierre, que el ISS se reservaría la potestad de hacer adjudicaciones parciales y que se adjudicaría al oferente que presentara la propuesta más favorable, según da cuenta el

¹³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022 [fundamento jurídico 1]. El Magistrado Ponente no comparte este criterio jurisprudencial, sin embargo lo respeta y acoge. Los argumentos de la inconformidad se encuentran consignados en la aclaración de voto a la sentencia del 22 de octubre de 2015, Rad. 26.984.



12
Expediente nº. 31.628
Demandante: CONSULTEL
Niega pretensiones

documento de términos de referencia (f. 78 a 136 c. 1). Los criterios de adjudicación y el puntaje asignado eran los siguientes:

Especificaciones técnicas:	50
Capacidades técnicas:	5
Capacidad de soporte y asesoría:	10
Garantía de equipos:	3
Precio de la oferta:	20
Capacidad financiera:	5
Experiencia:	3
Cumplimiento contratos similares terminados:	4

9.3 Los términos de referencia establecían que el perfeccionamiento del contrato se produciría mediante documento suscrito por las partes, pasados 10 días desde la adjudicación y que una vez firmado y efectuado el registro presupuestal, se entregaría copia al contratista, según da cuenta el documento de términos de referencia (f. 78 a 136 c. 1).

9.4 El 9 de octubre de 1995, CONSULTEL solicitó prórroga para la presentación de las ofertas, realizó algunas observaciones al pliego y pidió que se permitiera cotizar el cableado estructurado por precios unitarios, según da cuenta documento firmado por el gerente (f. 20 c. 1).

9.5 El 12 de octubre de 1995, el Gerente del ISS-Seccional Antioquia comunicó que la fecha para la presentación de propuestas era el 17 de octubre de 1995 hasta las 2 de la tarde, según da cuenta comunicación de esa fecha (f. 7 c. 1).

9.6 El 12 de octubre de 1995, el Gerente del ISS-Seccional Antioquia aclaró a CONSULTEL las dudas sobre los ítems 3 y 4 del anexo 2, confirmó que el pago sería global y que varios equipos deberían ser cotizados en la oferta, según da cuenta el oficio firmado en esa fecha (f. 9 c. 1).

9.7 El 17 de octubre de 1995, la Empresa CONSULTEL presentó la oferta consistente en la cotización para el suministro e instalación del cable estructurado, según dan cuenta documento suscrito por el gerente (f. 24 a 26) y copia de la propuesta presentada (f. 27 a 76 c. 1 y c. 2 y c. 4)



13
Expediente nº. 31.628
Demandante: CONSULTEL
Niega pretensiones

9.8 En esa misma fecha se presentaron la empresa UNISYS, ALCATEL y COMPUREDES, según da cuenta copia de las propuestas de cada una (f. 138 a 220 c. 1, c. 3 c. 5 y c. 6).

9.9 El 20 de octubre de 1995, la Dirección Jurídica del ISS-Seccional Antioquia, a través de un profesional universitario, conceptuó que Unión Eléctrica Limtada estaba inhabilitada para celebrar el contrato, según da cuenta concepto 9958541 de esa fecha (f. 221 a 222 c. 1)

9.10 El 28 de noviembre de 1995, el Gerente Nacional de Informática recomendó al Gerente del ISS- Seccional Antioquia firmar el contrato con la empresas UNYSIS dado que “presentó la mejor oferta económica y técnica” y “posee la capacidad técnica y el recurso humano para cumplir el plazo de la entrega”, según da cuenta oficio n.º 2765 de esa fecha, (f. 22 y 23 c. 1)

9.11 El 1 de diciembre de 1995, el Gerente del ISS-Seccional Antioquia informó a la empresa CONSULTEL que, luego de la evaluación de las ofertas para la adquisición de cableado lógico, el contrato se adjudicaría a UNISYS S.A., según da cuenta comunicación de esa fecha (f. 6 c. 1)

9.12 El 1 de diciembre de 1995, el Gerente del ISS-Seccional Antioquia informó a la empresa UNISYS que, luego de la evaluación de las ofertas para la adquisición de cableado lógico, el contrato le sería adjudicado, según da cuenta comunicación de esa fecha (f. 4 c. 1).

9.13 El 11 de diciembre de 1995, CONSULTEL radicó documento en relación con el informe de evaluación de las propuestas, en el cual señaló varias inconsistencias frente al análisis de las ofertas, según da cuenta el documento de esa fecha suscrito por el Gerente (f. 12 a 15 c. 1).

Responsabilidad en la fase de formación del contrato

10. Aunque no se perfeccione el contrato, en la etapa preparatoria se originan deberes precontractuales cuya observancia resulta relevante de acuerdo con los



principios que rigen el ejercicio de los derechos y en particular el de buena fe. Por ello, el artículo 863 del Código de Comercio establece que las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

Los tratos preliminares no son indiferentes o intrascendentes para el derecho, no solo porque formado el contrato lo integran y orientan su interpretación (1618 y siguientes del CC), sino porque quienes se encuentran en su fase de formación deben observar las reglas de conducta inspiradas en los deberes de lealtad y corrección en el tráfico jurídico. Durante el desarrollo de esos actos, tratos o conversaciones las partes están obligadas por unas reglas jurídicas que tiene como fin asegurar protección contra la mala fe, la ligereza de su contraparte o el abuso de su libertad para concluir o no el contrato¹⁴. Esa reglas suponen que una interrupción intempestiva o una ruptura abrupta y sin justificación alguna de las negociaciones previas al contrato pueden genera una responsabilidad extracontractual por culpa *in contrahendo*, que da derecho a una indemnización por el daño consecuencia de la frustración del negocio jurídico por la violación del “principio y deber” de actuar de buena fe.

Para que se configure responsabilidad precontractual por culpa *in contrahendo* se requiere: (i) que exista una situación real de negociación; (ii) que de los tratos se haya generado una situación de confianza, que se pueda esperar, razonablemente, la adopción de determinada conducta en la otra parte tendiente a la celebración del contrato; (iii) que la ruptura haya sido injustificada o contraria a la corrección (información, veracidad, lealtad) y a la buena fe exigida en el campo negocial y (iv) que como consecuencia de ese comportamiento se cause un daño.

Tratándose de invitaciones públicas a contratar, de las prevista en el artículo 860 del C. Co., la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la “*ruptura brusca del procedimiento adoptada en forma unilateral y sin causa justificada por el*

¹⁴ Cfr Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de junio de 1989, Rad 233 [fundamento jurídico 1]; sentencia de 27 de junio de 1990, Rad. 239 [fundamento jurídico 1.1.2.]; sentencia de 8 de marzo de 1995 Rad, 4473 [fundamento jurídico 5] y sentencia de 12 de agosto de 2002, Rad. 6151 [fundamento jurídico 2].



15
Expediente nº. 31.628
Demandante: CONSULTEL
Niega pretensiones

*anunciante*¹⁵ mientras subsiste el periodo preparatorio, habilita a los “*participantes perjudicados*” a solicitar indemnización de perjuicios, con fundamento en lo previsto en el artículo 863 del C. Co. En efecto, esas convocatorias -además de contener un aviso y señalar las características del negocio jurídico proyectado- establecen “*las reglas fundamentales a las cuales quedará vinculado quien convoca*”¹⁶.

Así, durante la fase preliminar de negociación en la que sea parte una entidad pública, el estudio de su comportamiento como ajustado a los deberes de lealtad y corrección, supone tener en cuenta, además, que esas mismas entidades establecen unos parámetros en las invitaciones o licitaciones públicas. Esas reglas, aunque no constituyen actos administrativos por no ser expresión del poder de imperio del Estado, son actos de gestión contractual que se convierten en el derrotero de la negociación y, por ende, no pueden ser desconocidos o desatendidos, so pena de que ese comportamiento afecte los deberes de corrección y probidad con los que debe comportarse durante la fase de negociaciones.

Deberá determinarse si su conducta, por ejemplo, en la evaluación de los proponentes, en la selección de un determinado oferente, en las respuestas a sus observaciones o inconformidades, se puede catalogar como desleal, incorrecta o contraria a la buena fe, porque no se ajustó a los reglas que ella misma definió y que sirvieron de parámetro a los proponentes para formular sus propuestas.

Además, la existencia de esos parámetros supone que el proponente debe demostrar que su oferta era la mejor y que, no obstante ser así, la entidad prefirió celebrar el negocio jurídico con otra persona. Es en ese hecho -la suscripción del contrato con quien no tenía la oferta más favorable- que se concreta el incumplimiento a los deberes derivados de la buena fe exenta de culpa, la lealtad y la corrección que orientan las fases de negociación previas.

¹⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de noviembre de 1989, [fundamento jurídico 1 c segundo cargo], en G.J. 2435, p, 114. En el mismo sentido sobre la ruptura de las negociaciones durante un procedimiento acordado para la constitución de una sociedad futura, la sentencia de 27 de junio de 1990, Rad. 239 [fundamento jurídico 1.2.].

¹⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, y sentencia de 12 de agosto de 2001, Rad. 6151 [fundamento jurídico 3].



16
Expediente nº. 31.628
Demandante: CONSULTEL
Niega pretensiones

De manera que las entidades públicas, cuyo régimen es exclusivamente el derecho privado, además de cumplir con los deberes genéricos que se derivan de la buena fe y el comportamiento leal que se exige a los particulares, deben respetar las reglas que de forma unilateral establecen para determinar cuál es el mejor oferente y en caso de su incumplimiento, se configurará responsabilidad por culpa *in contrahendo*, en la fase preliminar del formación del contrato, conforme a los artículo 90 de la CN y 863 del C.Co.

11. En el proceso se acreditó que ISS abrió convocatoria con el fin de contratar la instalación de cableado lógico de los centros de Atención Ambulatoria (CAA) [hecho probado 9.1.], que en los términos de referencia dejó consignado los requisitos para la adjudicación del contrato [hecho probado 9.3], que al proceso se presentaron las sociedades CONSULTEL, UNISYS, ALCATEL y COMPUREDES [hechos probados 9.4, 9.5, 9.7 y 9.8] y que el ISS de seguros sociales seleccionó a la sociedad UNISYS para la ejecución del contrato [hecho probado 9.12].

12. La sociedad demandante afirma que su propuesta era la mejor, porque cumplía las condiciones técnicas y que la empresa seleccionada no se ajustó a los requerimientos de los términos de referencia. En el proceso se practicó un dictamen pericial por dos ingenieros electrónicos, en el que se concluyó que la propuesta presentada por UNYSIS, sociedad con la que se firmó el contrato, no se ajustó a los requisitos contenidos en los términos de referencia (f. 454 a 479 c. 1).

Frente a la propuesta técnica los peritos consideraron que aunque UNISYS se apartó de los términos de referencia en cuanto a: (i) no incluyó los suficientes concentradores (HUBS, stackables) para cubrir las salidas lógicas en cada uno de los centros médicos de atención médica; (ii) no cotizó el ítem relacionado con las salidas telefónicas descrito en el formulario de precios (anexo 2); (iii) no cumplió con la oferta de suministro de instalación de salidas eléctricas; (iv) cotizó, para algunos centros, una cantidad de salidas eléctricas, breaker tripolar y tableros de distribución diferentes a las contenidas en los pliegos y (v) presentó la oferta a precios globales para cada ítem.



En cuanto al análisis económico, estimaron que las propuestas de CONSULTEL, ALCATEL y COMPUREDES no presentan errores aritméticos, a diferencia de la prestada por UNYSIS. Que las propuestas ALCATEL y COMPUREDES son muy altas comparativamente y que al hacer las correcciones aritméticas y ajustar los faltantes de materiales y equipos la mejor propuesta económica es la CONSULTEL.

El artículo 241 del CPC establece que el juez deberá analizar la conducencia de la prueba pericial en relación con el hecho que se pretende probar; la competencia del perito, esto es que sea un experto en la materia técnica analizada; que no haya motivos para dudar de su imparcialidad; que no se acredite objeción por error grave; que esté debidamente fundamentado con conclusiones claras y precisas; que se haya permitido su contradicción y que otras pruebas no lo desvirtúen.

El dictamen de los peritos se centró en las falencias de tipo técnico, en cuanto a los equipos ofertados, y económicas de UNYSIS por errores aritméticos, para concluir que no se ajustó estrictamente en esos puntos específicos a los términos de referencia. Sin embargo, no se aprecia en el dictamen pericial una evaluación integral de las demás propuestas y, en especial, de CONSULTEL que permitan soportar su afirmación sobre que esta era la más favorable para ISS.

No se realizó estudio alguno en el acápite que denominó “análisis técnico” en el que se diera cuenta de la propuesta formulada por CONSULTEL, su conformidad con las exigencias en materia de equipos, redes e instalaciones. En este asunto se limitó a afirmar que tanto CONSULTEL, ALCATEL y COMPUREDES siguieron las cantidades de obra y se ajustaron a la solicitud del ISS sin soportar las razones de esa afirmación, al referirse a los equipos que está ofertó, las redes y las instalaciones que requería la entidad.

Aunque, en lo que denominó “análisis económico” el dictamen sostuvo que las propuestas de ALCATEL y COMPUREDES son demasiado altas, no se refiere expresamente a los valores de esas ofertas que indican los ítems específicos en los cuales se presentó ese mayor valor. Tampoco de los documentos anexos al



dictamen es posible determinar con claridad el desfase del precio que concluyeron en su informe.

Además, no se aprecia desde el punto de vista de la asignación del puntaje de acuerdo con los criterios de calificación propuestos en los términos de referencia [hecho probado 9.3.], cuál hubiera sido la calificación de la propuesta presentada por CONSULTEL y la de los demás proponentes. Este aspecto adquiere relevancia si se tiene en cuenta que, según el informe de los peritos, todos los proponentes, salvo el seleccionado, cumplieron las especificaciones técnicas. A este *ítem* se le asignó el mayor puntaje, de manera que ante la falta de claridad sobre la calificación en los demás puntos, no se puede afirmar con certeza que CONSULTEL fuera la mejor propuesta.

Aunque la prueba pericial concluyó que se presentaron ciertas inconsistencias en la oferta de UNYSIS -con quien se celebró el contrato-, no permite establecer con grado de certeza, desde el punto de vista de la asignación de puntaje a los criterios de adjudicación, que la presentada por CONSULTEL fuera la más favorable para la entidad.

13. En el proceso declaró Mario Augusto Gómez Giraldo técnico administrativo en sistemas del ISS para la época en la que se celebró el contrato (f. 408 a 415 c. 1). El testigo afirmó que no evaluó las propuestas, pues solo fue interventor del contrato y que se cumplió con su objeto. Respecto a la propuesta de CONSULTEL (demandante) dijo que no señaló el plazo y dejó en blanco el *ítem* precio, no discriminó el cuadro por centro de atención lo que impidió diferenciar marcas y que, en su opinión, la mejor propuesta era la de UNISYS a pesar de ser más costosa. Guillermo Antonio Posada, ingeniero eléctrico interventor en la parte eléctrica del contrato también (f. 415 a 419 c. 1), declaró que el contratista ejecutó el contrato, que la propuesta de CONSULTEL (demandante) no decía las marcas de los aparatos en la parte eléctrica y que fue más baja porque no ofertó todo lo que ISS pedía.



19
Expediente nº. 31.628
Demandante: CONSULTEL
Niega pretensiones

Como los declarantes no sostuvieron que CONSULTEL hubiera presentado la mejor propuesta, sus exposiciones no tiene relevancia para el proceso. Además, sus apreciaciones sobre las ofertas presentadas no corresponden al conocimiento que tuvieron de la fase precontractual, pues reconocieron que no participaron en la evaluación de las ofertas, sino en la ejecución del contrato. Tampoco dan cuenta de cómo obtuvieron el conocimiento de las propuestas presentadas ni de donde provienen las afirmaciones sobre cuál de esas era la más favorable para la entidad.

14. En el proceso rindió interrogatorio de parte, Luis Jaime Salazar Arbeláez representante de CONSULTEL (f. 423 a 427). Como el interrogatorio de parte fue instituido con el fin de extraer la confesión de hechos que fueran desfavorables a quien lo rinde (artículo 194 y siguientes del CPC), no permite acreditar que la propuesta de esta sociedad era la más favorable para la entidad y que no se hubieran cumplido los términos de referencia publicados por la entidad para la selección del contratista.

15. La responsabilidad por culpa *in contrahendo*, frente a las entidades públicas, supone que estas no cumplan con la invitación pública a presentar ofertas. No se ajusta a la buena fe exenta de culpa (art. 863 del C.Co) que, para la fase de formación del contrato, se establezcan unos parámetros que determinaron la conducta de quienes presentan sus ofertas y luego esos criterios no sean los determinantes para la evaluación de las propuestas. La configuración de esta responsabilidad supone, como se dijo ya, que quien demanda los perjuicios acredite no solo que las bases del proceso de negociación fueron desconocidas, sino que, de haber sido aplicadas correctamente hubiera sido seleccionado como contratista.

Como no se probó que la propuesta de CONSULTEL fuera la mejor de acuerdo a las reglas que la entidad fijó para la fase precontractual, no hay lugar a concluir que durante las negociaciones la entidad hubiera actuado de forma contraria a la buena fe exenta de culpa, ni que desconociera los deberes de corrección y lealtad que le corresponden en la fase previa a la formación del contrato, (culpa *in contrahendo*).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C,



20
Expediente nº. 31.628
Demandante: CONSULTEL
Niega pretensiones

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVÓCASE la sentencia del 25 de enero de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y, en su lugar:

PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. En firme este fallo **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídase a la parte actora las copias auténticas con las constancias de conformidad con el estatuto procesal vigente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Presidente de la Sala

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
PT

NICOLÁS YEPES CORRALES