

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIA / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA / ACTO PRECONTRACTUAL / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / GARANTÍA DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

[S]e extraen los siguientes puntos de unificación: -Cuando no exista norma expresa legal sobre la jurisdicción que debe conocer de controversias en las que haga parte un prestador de servicios públicos domiciliarios, deberá acudir a la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 82 del CCA, hoy 104 del CPACA) para resolver el vacío normativo; si, con base en ello, no se desprende el conocimiento de esta jurisdicción, corresponderá a la jurisdicción ordinaria. -Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa. - Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa. -Como garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, el juzgador de conocimiento de este tipo de controversias, en relación con las demandas presentadas antes de la notificación de esta providencia, resolverá la controversia de fondo, aunque no se haya empleado la acción (medio de control) que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 82 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 104

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTROVERSIAS EXTRA CONTRACTUALES / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sobre el conocimiento, o no, de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de controversias de naturaleza contractual o extracontractual de prestadores de los servicios públicos domiciliarios no ha existido una línea unívoca. [...] El problema tuvo origen en un vacío normativo. En efecto, la Ley 142 de 1994, que contempla un régimen jurídico mixto y prevalentemente privado para los prestadores de estos servicios, nada indicó, en términos generales, sobre el juez de las controversias de los prestadores. En cambio, se limitó a establecer soluciones de competencia para situaciones específicas. Frente a este vacío, y con el trasfondo lógico de la, no poco frecuente, fundamentación histórica de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como juez de los servicios públicos, esta Corporación intentó darle solución al problema con tesis no uniformes, aunque construidas en un considerable espacio de tiempo. Con ánimo de síntesis se pueden recoger tres: En un primer momento, se concibió que, como la regla general en servicios públicos domiciliarios era el régimen jurídico privado de sus prestadores, el conocimiento de sus controversias correspondería a la jurisdicción ordinaria. Mientras que, en los casos en los que, excepcionalmente, se tratara de controversias que debían ser resueltas con derecho público, su conocimiento correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En un segundo momento, exclusivamente respecto de las controversias originadas en contratos, se indicó que cuando los servicios públicos domiciliarios fueran prestados por entidades estatales, se constataba su

calidad de contratos estatales especiales ya que, por regla general, no se regían por la Ley 80 de 1993 sino por el derecho privado, situación que no obstaba para que dejaran de ser contratos estatales y el juez de sus controversias la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esta tesis exigía el reconocimiento, por parte del juez, de la naturaleza de entidad estatal (o pública) del prestador de servicios públicos domiciliarios; situación nada pacífica a la luz de la jurisprudencia de entonces. Finalmente, y esta corresponde a la posición constante vigente que se adopta en esta sentencia, se construyó una tesis que encuentra fundamento en una solución de derecho positivo: si el problema surge frente a un vacío normativo, todas las situaciones en las que la Ley no sea clara sobre el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o de la jurisdicción ordinaria, deben solucionarse de la mano de la norma contentiva de la cláusula general de competencia de la primera, ya que esta existe, entre otras, para cubrir este tipo de lagunas interpretativas.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 142 DE 1993

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la primera etapa jurisprudencial, cita: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 23 de septiembre de 1997, rad. S-701, C. P. Carlos Betancur Jaramillo. Sobre la segunda etapa jurisprudencial, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 8 de febrero de 2001, rad. 16661, C. P. Ricardo Hoyos Duque. Sobre la naturaleza de entidad pública de todas las empresas de servicios públicos con presencia de capital público, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de marzo de 2006, rad. 29703, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; y Corte Constitucional, sentencia C-736 de 19 de septiembre de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sobre la posición jurisprudencial actualmente vigente, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 17 de febrero de 2005, rad. 27673, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIA / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CRITERIO ORGÁNICO

Respecto del conocimiento de la controversia por parte esta jurisdicción, la cláusula general de competencia, vigente para la época del caso concreto, era el artículo 82 del CCA (hoy contenida en el artículo 104 del CPACA). Esta disposición normativa tenía un talante material que, luego, fue sustituido por uno orgánico, a partir de la reforma que le introdujo la Ley 1107 de 2006, en virtud del cual, si el sujeto prestador del servicio público domiciliario involucrado en la controversia era una entidad pública, el conocimiento de esta correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 82 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 104 / LEY 1107 DE 2006

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL / ACTO PRECONTRACTUAL / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / FACULTAD DE EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

La jurisprudencia de esta Corporación no [ha] tenido una postura uniforme sobre la determinación de la naturaleza jurídica de los actos precontractuales emitidos por entidades que tienen regímenes de contratación exceptuados de la Ley 80 de 1993 y, especialmente, de aquellos actos de este tipo proferidos por prestadores de servicios públicos domiciliarios. En época reciente, se constata una tendencia jurisprudencial que sostiene que, salvo expresa atribución legal, los prestadores de

servicios públicos domiciliarios no pueden expedir actos administrativos. En efecto, incluso cuando la regla general de conocimiento de las controversias precontractuales y contractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios era de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, salvo cuando se constataban efectivos actos administrativos por expresa disposición legal, se entendía que se trataba de típicos actos enmarcados en el derecho privado. Prueba de lo anterior corresponde a la ya citada providencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo S-701 de 23 de septiembre de 1997, que señaló que “los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados (32), salvo los enunciados en el antecitado inc. 1 del art. 154, que serán materialmente actos administrativos”. Actualmente, en la jurisprudencia de esta Corporación y, obviamente, en el marco del conocimiento suyo de este tipo de controversias, se han observado dos posturas distintas : una, según la cual, se pueden producir efectivos actos administrativos y, como tales, deben ser juzgados y; otra, que retoma la postura contemplada en la ya citada providencia de 23 de septiembre de 1997, de la que se deriva la naturaleza privada de estos y, por ende, la necesidad de juzgarlos en el marco de la responsabilidad precontractual y sus reglas aplicables en los estatutos civil y comercial . Esta Sala acogerá la última postura y, como sustento, estima oportuno precisar que, en virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la posición jurisprudencial que considera que los actos precontractuales de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden tener la naturaleza de actos administrativos, cita las siguientes providencias del Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencia de 20 de abril de 2005, rad. 14519; sentencia de 9 de octubre de 2013, rad. 30763; sentencia de 12 de febrero de 2014, rad. 28209; sentencia de 10 de febrero de 2016, rad. 38696; sentencia de 24 de octubre de 2016, rad. 45607; sentencia de 6 de julio de 2017, rad. 51920; sentencia de 29 de agosto de 2014, rad. 30618; sentencia de 13 de abril de 201, rad. 37423; sentencia de 7 de septiembre de 2015, rad. 36633; auto de 20 de marzo de 2018, rad. 60915, y auto de 18 de enero de 2012, rad. 42109. Sobre la posición jurisprudencial que considera que los actos precontractuales de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios son de naturaleza privada, cita las siguientes providencias del Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencia de 5 de julio de 2018, rad. 54688; sentencia de 19 de junio de 2019, rad. 39800; sentencia de 20 de febrero de 2017, rad. 56562; sentencia de 19 de julio de 2017, rad. 57394; sentencia de 19 de junio de 2018, rad. 61132; sentencia de 5 de julio de 2018, rad. 59530; auto de 11 de mayo de 2020, rad. 58562, y las aclaraciones de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque a las sentencias del 7 de septiembre de 2015, rad. 36633 y del 5 de julio de 2018, rad. 59530.

ACTIVIDAD CONTRACTUAL / ACTO PRECONTRACTUAL / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ACTO DE NATURALEZA PRIVADA

Los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, vigentes al momento de los hechos y en la actualidad, establecieron, por regla general, un régimen de derecho privado para los “contratos” y para los “actos” de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Con base en dichas normas, es el entendimiento de esta Sala que, salvo los puntuales casos previstos en la Ley en los que se entiende pueden proferirse actos administrativos, los actos jurídicos precontractuales y los contractuales emitidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no pueden estimarse como tales. [...] La naturaleza privada de este tipo de actos y su consecuente régimen jurídico civil y comercial, no obsta para que, de conformidad

con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, deban observarse, de manera compatible con lo anterior, los principios que orientan la función administrativa. Tal observancia, como lo pone en evidencia la redacción de esta disposición, no desnaturaliza el régimen jurídico descrito y, por ende, en los términos expuestos, la naturaleza de sus actos.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 31 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 32 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 33 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 13

FUENTE DEL DAÑO / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

[P]ara efectos de determinar el medio de control procedente para analizar una controversia, deberá estudiarse previamente la fuente del daño alegado. [...] Cuando el daño provenga de la ilegalidad de un acto administrativo particular, la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho. Por otra parte, cuando el contrato ya haya sido celebrado, la acción idónea para demandar un acto precontractual corresponderá a aquella de controversias contractuales. Por último, si el origen del daño no se ubica en la ilegalidad de un acto administrativo, sino en un hecho jurídico, una omisión o una operación administrativa, la acción procedente será la de reparación directa. La misma acción será idónea para eventos en los cuales la fuente del daño sea un acto administrativo legal, cuya validez no se cuestiona, o cuando el daño provenga de la renuencia por parte de la administración de celebrar un contrato ya adjudicado. Se advierte entonces que, en términos generales, el medio de control a elegir por el demandante depende de la fuente u origen del daño que el actor reclame que le sea reparado y de la naturaleza del acto que pretenda controvertir.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la imposibilidad de que la responsabilidad precontractual sea analizada a través de un único medio de control, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de noviembre de 2014, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sobre la procedencia del medio de control de controversias contractuales para demandar un acto precontractual, cuando el contrato ya ha sido celebrado, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 2016, rad. 45607, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico. Sobre la procedencia del medio de control de reparación directa cuando la administración se rehúsa a celebrar un contrato ya adjudicado, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2014, rad. 26366, C. P. Ramiro Pazos Guerrero. Sobre la procedencia del medio de control de reparación directa cuando las pretensiones tienden a determinar la invalidez de actos que se rigen por el derecho privado, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 11 de mayo de 2020, rad. 58562, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL / CULPA IN CONTRAHENDO

[U]na parte importante de la doctrina encuadra la responsabilidad precontractual dentro de la categoría de la responsabilidad extracontractual. Ello, en la medida en que esta responsabilidad se configura cuando el contrato aún no se ha celebrado y puede, incluso, nunca perfeccionarse. La referida tesis también fue adoptada, de tiempo atrás, por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, según la cual la pretensión declarativa de responsabilidad por culpa *in contrahendo* tiene fundamento en la responsabilidad extracontractual.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el carácter extracontractual de la responsabilidad precontractual, cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de junio de 1989, y Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 11 de mayo de 2020, rad. 58562, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL / DAÑO PRECONTRACTUAL / EVOLUCIÓN NORMATIVA

[L]a Corte Suprema de Justicia recuerda que, si bien de “antaño, resultaba en extremo difícil, si no imposible, aceptar que antes de la perfección de un contrato, cualquiera de las partes intervinientes pudiera resultar compelida a resarcir a la otra perjuicio alguno”, actualmente, el ordenamiento jurídico ordena indemnizar los perjuicios sufridos en la etapa precontractual. El Código de Comercio se ocupó de disciplinar la etapa precontractual, lo que ocurrió, en gran parte, ante la ausencia de disposiciones normativas específicas sobre la materia en el Código Civil. El punto de partida está dado por el contenido del artículo 863, según el cual “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”. Por fuera de esta cláusula general en materia de responsabilidad precontractual, el Código de Comercio desarrolló escenarios específicos (no taxativos) de esta, entre los cuales el más conocido es la revocación de la oferta (artículo 846).

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 846 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 863

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos durante la etapa precontractual, cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de agosto de 2014, SC10103-2014.

OFERTA / EFECTOS JURÍDICOS DE LA OFERTA / EVALUACIÓN DE PROPUESTAS

En el caso en estudio, como primera medida, debe analizarse si la invitación ISG-325-2008, que fue realizada por la EAAB, se trató de una oferta (gobernada por el artículo 860 del Código de Comercio) o si, por el contrario, la etapa precontractual en este caso correspondió a una invitación a presentar ofertas, modalidad de formación del contrato en la que no es dable predicar los efectos de la oferta, principalmente su carácter irrevocable. Para estos efectos, debe resaltarse que la diferencia más significativa entre una y otra figura, según la Corte Suprema de Justicia, radica en que la oferta, como propuesta completa de negocio jurídico que se presenta a terceros, debe contener los “elementos esenciales del negocio” (artículo 844 del Código de Comercio). Para la Corte, “la oferta como acto unilateral se instituye en fuente obligacional y (...) en el evento del retracto injusto se está frente a un acto ilegal que compromete la responsabilidad”. En contraste, la invitación a presentar ofertas carece de ese rasgo distintivo, “de suerte que la conformidad del destinatario no podría implicar celebración” del contrato. Al respecto, el máximo tribunal de la Jurisdicción Ordinaria ha sostenido que un anuncio puede contener una verdadera propuesta de contrato o, simplemente, tratarse de una invitación a emprender negociaciones [...]. [...] De estas consideraciones se entiende que, en ocasiones, “la verdadera oferta es la presentada por el concursante, y en cuanto tal debe contener los elementos esenciales del convenio, propuesta que una vez aceptada por quien abrió el concurso, perfeccionará el negocio jurídico”.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 844 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 860

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el carácter obligacional de la oferta, cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de agosto de 2002, rad. 6151. Sobre la diferencia entre la oferta y la invitación a presentar ofertas, cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 4 de abril de 2001, rad. 5716.

ETAPA PRECONTRACTUAL / PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS / RIESGO DE CONFUSIÓN / PRINCIPIO DE LA BUENA FE / PRINCIPIO DE LEALTAD CONTRACTUAL

[C]uando un sujeto negocial -persona natural o jurídica- realiza una invitación a que le presenten propuestas, se espera que ese acto se comunique de la forma más clara y precisa posible, porque será valorado por los potenciales oferentes, quienes acomodarán su conducta al entendimiento que puedan o deban darle. Esto justifica que quien realice una invitación tenga que asumir las consecuencias que conlleve la ambigüedad o equivocidad, objetivamente apreciables, del medio de expresión que haya empleado para hacer la referida invitación. Ello es así en la medida en que, así como podría invocar el contenido de ese acto para dejar a salvo su responsabilidad en determinado momento, fundamentalmente, en el caso de que estime, conforme con las reglas comunicadas, que ninguna de las ofertas que recibió cumple con sus requerimientos; como justa contrapartida, estará llamado a responder por la violación a la cláusula general de buena fe, de las eventuales implicaciones que la falta de claridad, precisión o plenitud en los “términos y condiciones” (o en el nombre que se les dé) produzcan en terceros que, de buena fe, pudieron estarse a un determinado entendimiento frente a los mismos. [...] La omisión de la entidad tuvo ocurrencia en una etapa en la que los sujetos negociales debían obrar “de conformidad con los postulados de la buena fe, la lealtad y el respeto a los derechos y expectativas tanto de las etapas previas de la contratación, como con posterioridad durante la celebración y ejecución del contrato”. Ello, con base en lo consagrado en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio. De los hechos y de la normativa aplicable al caso se desprende que el actuar desplegado por la EAAB constituyó un incumplimiento del deber de lealtad y de buena fe precontractual. El hecho de haber incluido reglas confusas en las “Condiciones y Términos” de la invitación, que generaban una expectativa equívoca en los proponentes, y con base en las cuales seleccionó a un contratista, es clara muestra de la vulneración al deber de lealtad negocial, de la falta de diligencia y cuidado durante esta etapa.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 863 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 871

ETAPA PRECONTRACTUAL / ACCIÓN SIN DAÑO / PRUEBA DEL DAÑO / CARGA DE LA PRUEBA

[L]a Sala recuerda que la conducta desviada, sin daño probado, no genera responsabilidad alguna, y que esta aseveración vale igual en la responsabilidad patrimonial entre sujetos de derecho privado como sujetos de derecho público. [...] Con independencia de las necesarias consideraciones sobre el alcance de los supuestos indemnizatorios del llamado interés negativo o positivo en la etapa precontractual, en el caso en estudio la parte demandante incumplió con su carga probatoria. El demandante no demostró el sufrimiento de un daño, porque no acreditó que la contradicción hubiese sido causa de la no aceptación de su oferta, ni tampoco se probaron (ni pidieron siquiera) perjuicios propios del llamado interés negativo, comúnmente atados a gastos ocasionados con motivo de las tratativas y negociaciones.

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con aclaración de voto de los consejeros Guillermo Sánchez Luque, José Roberto Sáchica Méndez, Jaime Enrique Rodríguez Navas, Nicolás Yepes Corrales y Marta Nubia Velásquez Rico; y con salvamento de voto de los consejeros Martín Bermúdez Muñoz y María Adriana Marín.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003)

Actor: VIGÍAS DE COLOMBIA SRL LIMITADA Y GRANADINA DE VIGILANCIA

Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: SENTENCIA DE UNIFICACIÓN – CONTROVERSIAS PRECONTRACTUALES – Cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de las controversias de los prestadores de servicios públicos domiciliarios – Naturaleza jurídica de los actos precontractuales emitidos por prestadores de servicios públicos domiciliarios – Medio de control procedente para demandar actos precontractuales emitidos por prestadores de servicios públicos domiciliarios ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La Sala Plena de la Sección Tercera, mediante Auto de 14 de mayo de 2020, avocó, en segunda instancia, el conocimiento del asunto de la referencia, con el fin de proferir Sentencia de Unificación jurisprudencial en relación con el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las controversias de prestadores de servicios públicos domiciliarios, la naturaleza jurídica de los actos precontractuales emitidos por estos y el medio de control procedente para demandar tales actos precontractuales ante esta jurisdicción.

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado decide sobre el recurso de apelación interpuesto por las demandantes contra la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 29 de junio de 2011, mediante la cual se resolvió negar las pretensiones de la demanda.

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

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de las demandantes – 1.2. Posición de la demandada – 1.3. Sentencia de primera instancia – 1.4. Recurso de apelación y trámite relevante de segunda instancia

1.1. Posición de las demandantes

1. El 16 de octubre de 2008, Vigías de Colombia SRL Ltda. y Granadina de Vigilancia Ltda. (las cuales conformaron una Unión Temporal a fin de participar en la invitación ISG-325-2008) presentaron **demanda**¹ ante el “Juez Administrativo del Circuito (Reparto)” en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E. S. P (EAAB).

2. Las **pretensiones definitivas**² de la demanda fueron las siguientes (se transcribe):

1. “Que se declare la nulidad del acto administrativo de ‘ACEPTACIÓN DE OFERTA’ de fecha 29 de agosto de 2008, proferido por el señor General en Retiro Ismael Trujillo Polanco -Director de Seguridad- de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en el trámite de selección objetiva del contratista de seguridad y vigilancia privada surtido en razón de la invitación ISG-325-2008.

2. Que por la ilegalidad del antedicho acto previo, también se declare la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios No 1-05-11500-404-2008, de fecha 2 de septiembre de 2008, suscrito por el señor General en Retiro Ismael Trujillo Polanco en representación de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, y la señora Luz Alba Ordoñez de Muñoz en representación de la Empresa de Seguridad y Vigilancia Privada Serviconfor Limitada.

3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad, se ordene pagar a las sociedades accionantes, a título de indemnización del daño antijurídico que les fue causado, por lo menos la suma de mil setecientos ochenta y cinco millones, quinientos setenta y seis mil seiscientos treinta y dos pesos, con veinte centavos \$1.785'576.632.20, junto con los débitos aumentados e indexación conforme lo mandan los artículos 177 y ss. del C.C.A., según los criterios expresados en la estimación razonada de la cuantía que aparece en esta demanda”.

3. En la demanda, la parte actora narró, en síntesis, los siguientes **hechos** relevantes:

¹ Folios 1-39 del cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

² Mediante memorial de 1 de junio de 2009, las actoras subsanaron la demanda y modificaron las pretensiones iniciales.

4. 1) En julio de 2008, la EAAB dio a conocer las “Condiciones y Términos” de la invitación ISG-325-2008 a presentar propuestas para contratar el servicio de vigilancia y seguridad privada.

5. 2) El capítulo 2 de la mencionada invitación definió que la calificación económica se realizaría mediante el cálculo de la “media aritmética” y que se le otorgaría el mayor puntaje a quien ofertara “el valor total corregido más cercano a la media aritmética T por debajo”. Además, indicó que la evaluación económica de las ofertas se efectuaría sobre el Formulario No. 1, que incluía los servicios agregados, tales como monitoreo de alarmas y equipos de detección. Por otra parte, su capítulo 4 estableció que los servicios agregados que debían ser proporcionados por el contratista “no se tendr(ían) en cuenta para efectos de la evaluación económica”.

6. 3) De acuerdo con lo plasmado en la invitación, la Unión Temporal no incluyó dentro del valor de su oferta el costo de los servicios agregados.

7. 4) Al evaluar económicamente las ofertas de los interesados, la EAAB sí tuvo en cuenta los costos de los servicios agregados.

8. 5) El 22 de agosto y el 1 de septiembre de 2008, la Unión Temporal manifestó su inconformidad con la evaluación económica realizada por la EAAB, mediante el envío de 2 oficios remitidos a la empresa.

9. 6) El 29 de agosto de 2008, la EAAB profirió el “acto” por medio del cual aceptó la oferta de Serviconfor Ltda. (Serviconfor)³.

10. La actora sustentó la pretensión de nulidad de la decisión de “Aceptación de oferta” en los siguientes cargos:

1) El acto violó las normas en las que debía fundarse: la EAAB contravino el preámbulo y los artículos 29 y 209 de la Constitución. Además, incumplió la “Resolución” 1016 de 2005 (Manual de Contratación de la empresa) y el pliego de la invitación.

³ Folios 47-48 del cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2) El acto fue expedido en forma irregular: la EAAB no siguió las reglas establecidas en la invitación. Además, el acto no fue motivado.

3) El acto estuvo viciado por desviación de poder: la EAAB adjudicó el contrato con un sesgo a favor de Serviconfor y en contra de la Unión Temporal conformada por las demandantes, en virtud de un proceso arbitral en el cual el Consorcio conformado por las sociedades Granadina de Vigilancia Ltda., Colviseg Ltda. y Protevis Ltda. había demandado a la EAAB.

4) El acto violó los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la igualdad y al principio de confianza legítima.

11. La Sección Tercera del Juzgado 31 Administrativo de Bogotá **inadmitió la demanda**⁴. El 27 de noviembre de 2008, las demandantes **subsanaron** la demanda⁵ e indicaron que, en el momento de su presentación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca estaba cerrado por motivo del paro judicial y, por ello, decidieron presentarla ante el Juez Administrativo del Circuito.

12. En virtud de la cuantía del proceso, el 24 de febrero de 2009, la Sección Tercera del Juzgado 31 Administrativo de Bogotá **remitió el proceso** al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera⁶.

13. El 20 de mayo de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B **inadmitió la demanda**⁷, pues, consideró que, entre otros, la parte actora debía aportar constancia de notificación y ejecutoria de la decisión de 29 de agosto de 2008, a fin de determinar la caducidad de la acción y debía informar si la EAAB había suscrito, o no, el contrato resultante del proceso de selección. En caso de haberse celebrado y estar en ejecución, solicitar su declaratoria de nulidad, como fundamento en la nulidad de la decisión demandada.

⁴ Folio 50 del cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

⁵ Folios 51-54 del cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

⁶ Folio 56 del cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

⁷ Folio 60 del cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

14. Mediante memorial de 1 de junio de 2009, las actoras **subsanaron**⁸ la demanda. Manifestaron que la EAAB sí había celebrado el contrato; indicaron que *“el término de caducidad de treinta (30) días para demandar el acto previo se habría cumplido dentro de la ocurrencia del paro judicial (...) razón por la cual presentamos demanda correspondiente el primer día de normalidad (en la sede de los Juzgados Administrativos), una vez nos fue permitido acceder -pacíficamente- a las instalaciones de la oficina judicial”*; como prueba de lo anterior, aportaron una noticia de prensa del diario El Tiempo⁹ de 16 de octubre de 2008, que daba cuenta de la *“suspensión del paro judicial que mantuvo paralizada a la Justicia colombiana durante 43 días”*; por último, corrigieron sus **pretensiones**.

1.2. Posición de la demandada

15. El 18 de noviembre de 2009, la EAAB **contestó la demanda**¹⁰ y propuso las excepciones: *“ausencia de responsabilidad de la empresa por cuanto el proceso precontractual se realizó con fundamento en las normas constitucionales, legales y el Manual de Contratación de la empresa”*; *“inexistencia de la obligación por falta de un acervo probatorio eficaz”*; *“inexistencia de la causal alegada, en tanto los contratos celebrados por el Acueducto de Bogotá se rigen por las normas de derecho privado”*; *“legalidad del acto demandado”* y *“excepción innominada o genérica”*.

1.3. Sentencia de primera instancia

16. El 29 de junio de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante **sentencia de primera instancia**, resolvió negar las pretensiones de la demanda con apoyo en los siguientes argumentos:

17. Los criterios para efectuar la evaluación económica estaban claros en la invitación, pues los apartes, aparentemente contradictorios, se hallaban en capítulos diferentes: el capítulo 2 se refería a los requisitos por cumplir por

⁸ Folios 61-64 del cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

⁹ Folios 73-75 del cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

¹⁰ Folios 105-155 del cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

los oferentes y el capítulo 4 se refería a los requisitos por cumplir por los contratistas. Además, el numeral 2.3.3 indicó que la evaluación y comparación económica de las ofertas se efectuaría sobre el Formulario No. 1, que incluía los servicios agregados. Igualmente, el numeral 2.3.4 dispuso que la omisión del Formulario No. 1 generaría que la oferta se evaluara como “no cumple” y que se debía cotizar sobre todos y cada uno de los componentes establecidos en dicho Formulario.

18. La EAAB evaluó todas las ofertas con base en el capítulo 2 de la invitación. Los criterios fueron aplicados a todos los oferentes por igual.

19. El presupuesto oficial incluía el valor por concepto de servicios adicionales, por lo que no era lógico que, para el momento de realizar la operación matemática para liquidar la media aritmética, no se tuvieran en cuenta los servicios adicionales de las ofertas, pero sí se tuviera en cuenta dicho concepto en el valor del presupuesto de la entidad.

20. La EAAB no actuó con desviación de poder, pues todas las ofertas fueron evaluadas, con base en los mismos requisitos, sin distinción alguna.

21. El actor omitió solicitar o aportar como prueba cada una de las ofertas presentadas en la invitación, carga probatoria que le incumbía, de conformidad con el artículo 177 del CPC. Lo anterior provocó la imposibilidad para la Sala de hacer un análisis y comparación objetiva de cada una de las propuestas presentadas en la invitación para determinar el lugar de elegibilidad de los proponentes.

1.4. Recurso de apelación y trámite relevante de segunda instancia

22. Las sociedades demandantes interpusieron **recurso de apelación** contra la sentencia de primera instancia¹¹. Las razones de su inconformidad se resumen así:

23. La sentencia del Tribunal partía de un supuesto equivocado, en la medida en que las demandantes no pretendían que se reevaluaran las

¹¹ Folios 195-198 del cuaderno del Consejo de Estado.

ofertas, sino que se definiera si los criterios de selección objetiva dispuestos por la EAAB habían sido empleados para la selección.

24. Las “*Condiciones y Términos*” habían definido reglas claras para hacer la selección objetiva y tales reglas habían sido sustituidas. Tal circunstancia, a juicio de las demandantes, no fue tomada en cuenta por el Tribunal.

25. El 7 de marzo de 2018, el Consejero de Estado Ramiro Pazos presentó **impedimento** para conocer del asunto de la referencia, por estar incurso en la causal del numeral 2 del artículo 141 del CGP; impedimento que fue aceptado el 14 de marzo de 2018 por parte de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Hechos probados – 2.2. Problema a resolver – 2.3. Asuntos que deben solucionarse para resolver el problema – 2.4 Solución del caso – 2.5. Unificación de jurisprudencia

2.1. Hechos probados

26. Con base en las pruebas que obran en el expediente, están acreditados los siguientes hechos:

27. En julio de 2008, la EAAB dio a conocer las “*Condiciones y Términos*” de la invitación a presentar ofertas ISG-325-2008, cuyo objeto era (se transcribe):

“Contratar el servicio de vigilancia y seguridad privada (...) en las diferentes sedes administrativas y operativas del Acueducto de Bogotá, en el área del Distrito Capital y los municipios (...) que hacen parte del sistema de Chingaza, embalse de Chuza y (...) (las) estructuras del Acueducto de Bogotá que garanticen el cumplimiento de su actividad misional. También se deberá prestar el servicio de vigilancia y seguridad privada a todos los Cades y Rapicades cuya vigilancia haya sido asignada por la administración distrital a la E.A.A.B. – ESP (...)”¹².

28. El capítulo 2 de la mencionada invitación estableció los “*requisitos, documentos y criterios de evaluación*”, del cual se destacan los siguientes numerales (se transcribe):

“2.3.3 DOCUMENTO DE CONTENIDO ECONÓMICO OBJETO DE EVALUACIÓN

¹² Folios 20-64 del cuaderno 2.

La evaluación y comparación económica de las ofertas se efectuará sobre el Formulario No. 1 'Lista de Cantidades y Precios' diligenciado en medio físico por cada uno de los oferentes (...)

"2.3.4 INSTRUCCIONES A LOS OFERENTES SOBRE EL FORMULARIO No. 1. La omisión del Formulario No. 1 'Lista de Cantidades y Precios' no será subsanable y generará que la oferta se evalúe como NO CUMPLE ECONÓMICAMENTE.

El oferente deberá cotizar todos y cada uno de los ítems establecidos en el Formulario No. 1 'Lista de Cantidades y Precios', so pena de evaluar la oferta como NO CUMPLE ECONÓMICAMENTE".

"2.4 CALIFICACIÓN ECONÓMICA

Para efectos de la evaluación económica se considerarán únicamente las ofertas hábiles, es decir aquellas que: (...) 3) **hayan cotizado todos los ítems en el Formulario No. 1 'Lista de Cantidades y Precios'** (...)

29. El capítulo 4 de la mencionada invitación estableció las "condiciones técnicas generales". Se destaca su numeral 4.21, que indicó lo siguiente (se transcribe):

"El contratista se obliga a proporcionar como mínimo los siguientes **servicios agregados**, cuyas cantidades y descripciones se encuentran definidas en las condiciones y términos de la invitación.

| No. | DESCRIPCIÓN SERVICIO |
|-----|------------------------------------|
| 1 | MONITOREO DE ALARMAS |
| 2 | EQUIPOS DE DETECCIÓN |
| 3 | CONTROLES DE ACCESO |
| 4 | CONTROLES PERIMÉTRICOS O SIMILARES |

Estos servicios agregados no se tendrán en cuenta para efectos de la evaluación económica; los mismos serán negociados entre el Acueducto de Bogotá y el contratista. El valor máximo de dicha negociación no podrá superar el 1% (incluido el IVA de este servicio) del valor mensual ejecutado". (Negrilla y subraya fuera del texto original)

30. El 5 de agosto de 2008, la EAAB emitió la "Modificación y/o Aclaración No. 04"¹³, en respuesta a varias observaciones formuladas por los potenciales oferentes. Se transcriben las siguientes observaciones contestadas por la EAAB:

"PREGUNTA No 172: FORMULADA POR LA FIRMA: ASESORÍAS EN CONTRATACIÓN.

"5. Numeral 4.21. Relación de trabajo y servicios de monitoreo. Si los servicios agregados descritos en el segundo cuadro de este numeral no serán tenidos en cuenta para efectos de la evaluación económica y se negociarán entre la entidad y el contratista, ¿cuál es el valor que se debe diligenciar en el Formulario No. 1 Listas y Cantidades de Precios,

¹³ Folios 69-106 del cuaderno 2.

numeral 9? Esto quiere decir, que la evaluación económica solo tendrá en cuenta los numerales 1 al 8 del Formulario No. 1, que solo incluyen los servicios de vigilancia humana?

RESPUESTA No. 172: Ver respuesta Nos. 66 del presente documento".

"PREGUNTA No 66: FORMULADA POR EL SEÑOR LUIS FERNANDO LAVERDE

t. el tema del costo requerido en el formato de monitoreo, aparece con posibilidad de negociación. Se requiere que se precise tal concepto.

RESPUESTA No. 66: Se ratifica lo estipulado en el numeral 4.21 'RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y SERVICIOS DE MONITOREO', dado que al tener un presupuesto limitado se estableció un porcentaje del 1% como tope, el cual debe ser ofertado en el Formulario No. 1".

31. El 8 de agosto de 2008, al cierre de la invitación, 8 proponentes presentaron oferta, entre ellos la Unión Temporal conformada por las demandantes¹⁴ y Serviconfor¹⁵.

32. Al evaluar económicamente las ofertas, la EAAB se basó en el citado numeral de la invitación y, por lo tanto, sí tuvo en cuenta los costos de los servicios de valor agregado¹⁶. Serviconfor obtuvo el mayor puntaje.

33. El 22 de agosto de 2008, la Unión Temporal presentó un oficio con observaciones frente al documento de evaluación, en el que manifestó su inconformidad con la evaluación económica¹⁷, pues no se adecuaba a lo consignado en el numeral 4.21 de la invitación. Las sociedades demandantes adujeron que, si no se hubiesen tenido en cuenta los valores agregados para efectos de la evaluación económica, la Unión Temporal Vigías de Colombia SRL Ltda. y Granadina de Vigilancia Ltda. hubiese obtenido el mayor puntaje.

34. El 28 de agosto de 2008 ¹⁸, la EAAB respondió que la evaluación económica se había realizado de acuerdo con el numeral 2.4.

35. El 29 de agosto de 2008, la EAAB decidió aceptar la oferta de Serviconfor¹⁹ (se transcribe):

¹⁴ Folios 13-17 del cuaderno 2; Folios 1-429 del cuaderno 2.

¹⁵ Folios 1-240 del cuaderno 16.

¹⁶ "Evaluación Jurídica, Técnica, Económica y Financiera" emitido por la EAAB en agosto de 2008. Folios 119-142 del cuaderno 2.

¹⁷ Folios 143-145 del cuaderno 2.

¹⁸ Folios 146-164 del cuaderno 2.

¹⁹ Folio 169 del cuaderno 2.

“ACEPTACIÓN DE OFERTA

El 29 de agosto de 2008, según lo previsto en las Condiciones y Términos de la invitación de la referencia (...) se acepta la oferta presentada por la firma (...) SERVICONFOR LTDA por el valor de (...) \$ 17.996.451.552 M/CTE INCLUIDO IVA y plazo de ejecución de (...) 24 MESES, en razón a que la oferta cumple con los requisitos exigidos en las condiciones y términos de la invitación y que la misma surtió la etapa de negociación económica”.

36. El 2 de septiembre de 2008, la EAAB y Serviconfor celebraron el Contrato de prestación de servicios No. 1-05-11500-404-2008, correspondiente a la invitación ISG-325-2008²⁰.

37. El 4 de septiembre de 2008, la Personería de Bogotá envió una comunicación a la EAAB²¹ en la que indicó, respecto del proceso de selección bajo estudio, que la evaluación económica había tenido en cuenta los servicios agregados, en contraposición a lo establecido en el numeral 4.21 de la invitación y que la EAAB no había respondido satisfactoriamente a las observaciones presentadas al informe de evaluación, respecto del referido punto.

38. El 5 de septiembre, la EAAB respondió el oficio enviado por la Personería²², en el que indicó que, en repetidas aclaraciones a las preguntas relacionadas con la calificación económica, la EAAB había ratificado lo expuesto en el numeral 2.4 y que, si se realizara la evaluación económica sin tener en cuenta el valor de los servicios agregados, no cambiaría el oferente seleccionado.

39. El 30 de septiembre de 2008, la Contraloría de Bogotá envió un oficio a la EAAB²³, pronunciándose sobre las presuntas irregularidades en el proceso de selección adjudicado a Serviconfor. La Contraloría puso de presente la contradicción de los términos y condiciones y el hecho de que la EAAB no había dado una respuesta clara y contundente frente a la observación donde se advirtió esta contradicción. En virtud de lo anterior, la Contraloría *“adelantar(ía) las acciones a que h(ubiera) lugar”*.

²⁰ Folios 9-11 del cuaderno 13.

²¹ Folios 173-175 del cuaderno 2.

²² Folios 24-27 del cuaderno 13.

²³ Folios 92-97 del cuaderno 13.

40. El 7 de octubre de 2008, la EAAB dio respuesta al oficio de la Contraloría²⁴, repitiendo los argumentos esgrimidos en los oficios de 5 de septiembre de 2008 dirigido a la Personería.

2.2. Problema a resolver

41. En consideración a los hechos probados y a los motivos de la apelación, la Sala deberá establecer si el Tribunal erró al haber negado las pretensiones de la demanda y si procede declarar que, como consecuencia de la supuesta irregularidad de la decisión de “Aceptación de oferta”, la EAAB causó un daño a la Unión Temporal.

42. A efectos de resolver el problema planteado esta Sala, (1) competente para resolver esta controversia, deberá (2) ahondar en la naturaleza jurídica del acto cuya legalidad se cuestiona en este proceso, toda vez que la parte actora le dio comprensión de acto administrativo²⁵ (entre otras, por la orientación que le dio el Tribunal Administrativo de Cundinamarca), pese a que la EAAB no se rige por el derecho administrativo, sino por el derecho privado, por regla general. Como, se anticipa, el acto cuya legalidad se cuestiona no puede ni catalogarse, ni comprenderse como acto administrativo, (3) deberá afrontarse el consecuente problema de cuál debía ser la acción (hoy medio de control) a emplearse para afrontar una controversia como la que en este caso se presenta, de cara a la indiscutible competencia de esta jurisdicción para resolverla.

43. La solución de los 3 problemas anunciados (punto 2.3), será fundamental para poder resolver el problema planteado en el caso que ocupa a la Sala (punto 2.4), y con base en ello unificar la jurisprudencia (punto 2.5).

2.3. Asuntos que deben solucionarse para resolver el problema

44. Según lo indicado, para afrontar el problema planteado se hace necesario solucionar tres asuntos fundamentales: si corresponde a esta jurisdicción el conocimiento de la controversia que se plantea en el presente

²⁴ Folios 100-116 del cuaderno 13.

²⁵ En el texto de la demanda y de manera implícita por la acción (hoy medio de control) empleada y la forma como fueron planteadas sus pretensiones.

caso (2.3.1); la naturaleza del acto precontractual proferido por la EAAB, cuya legalidad se cuestiona (2.3.2); y la acción que debía emplearse para ventilar esta controversia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (2.3.3).

2.3.1. Conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de la presente controversia

45. Presupuesto procesal indispensable para adoptar una decisión, en el presente caso, es si el conocimiento de este corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sobre el conocimiento, o no, de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de controversias de naturaleza contractual o extracontractual de prestadores de los servicios públicos domiciliarios no ha existido una línea unívoca. Sin embargo, recientemente, existe una posición constante, aparentemente ausente de discusión, que encuentra solución en el derecho positivo.

46. El problema tuvo origen en un vacío normativo. En efecto, la Ley 142 de 1994, que contempla un régimen jurídico mixto y prevalentemente privado para los prestadores de estos servicios, nada indicó, en términos generales, sobre el juez de las controversias de los prestadores. En cambio, se limitó a establecer soluciones de competencia para situaciones específicas²⁶.

47. Frente a este vacío, y con el trasfondo lógico de la, no poco frecuente, fundamentación histórica de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como juez de los servicios públicos, esta Corporación intentó darle solución al problema con tesis no uniformes, aunque construidas en un considerable espacio de tiempo. Con ánimo de síntesis se pueden recoger tres:

48. En un primer momento, se concibió que, como la regla general en servicios públicos domiciliarios era el régimen jurídico privado de sus

²⁶ Por ejemplo, en materia de controversias relativas a cláusulas excepcionales, debidamente incorporadas en contratos celebrados por prestadores de servicios públicos domiciliarios (artículo 31) o el ejercicio de prerrogativas propias de las autoridades públicas (artículo 33) dispuso que su conocimiento sería de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por su parte, para el caso de procesos ejecutivos adelantados por prestadores de servicios públicos domiciliarios para hacer efectivo el pago de sus acreencias (artículo 130) dispuso que su conocimiento sería de la jurisdicción ordinaria.

prestadores, el conocimiento de sus controversias correspondería a la jurisdicción ordinaria. Mientras que, en los casos en los que, excepcionalmente, se tratara de controversias que debían ser resueltas con derecho público, su conocimiento correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo²⁷.

49. En un segundo momento, exclusivamente respecto de las controversias originadas en contratos, se indicó que cuando los servicios públicos domiciliarios fueran prestados por entidades estatales, se constataba su calidad de contratos estatales especiales ya que, por regla general, no se regían por la Ley 80 de 1993 sino por el derecho privado, situación que no obstaba para que dejaran de ser contratos estatales y el juez de sus controversias la jurisdicción de lo contencioso administrativo²⁸. Esta tesis exigía el reconocimiento, por parte del juez, de la naturaleza de entidad estatal (o pública) del prestador de servicios públicos domiciliarios; situación nada pacífica a la luz de la jurisprudencia de entonces²⁹.

50. Finalmente, y esta corresponde a la posición constante vigente que se adopta en esta sentencia, se construyó una tesis que encuentra fundamento en una solución de derecho positivo: si el problema surge frente a un vacío normativo, todas las situaciones en las que la Ley no sea clara sobre el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o de la jurisdicción ordinaria, deben solucionarse de la mano de la norma contentiva de la cláusula general de competencia de la primera, ya que esta existe, entre otras, para cubrir este tipo de lagunas interpretativas³⁰. Cabe aclarar que la cláusula general de competencia difiere, evidentemente, de las normas de competencia contempladas en la Ley 142 de 1994.

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 23 de septiembre de 1997, exp. S-701.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 8 de febrero de 2001, exp. 16661.

²⁹ La naturaleza de entidad pública de todas las empresas de servicios públicos donde se constatará la presencia de capital público, fue señalada, primero, por el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 2 de marzo de 2006, exp. 29703) y luego por la Corte Constitucional (Sentencia C-736 de 2007).

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Auto de 17 de febrero de 2005, exp. 27673.

51. Respecto del conocimiento de la controversia por parte esta jurisdicción, la cláusula general de competencia, vigente para la época del caso concreto, era el artículo 82 del CCA (hoy contenida en el artículo 104 del CPACA). Esta disposición normativa tenía un talante material que, luego, fue sustituido por uno orgánico, a partir de la reforma que le introdujo la Ley 1107 de 2006, en virtud del cual, si el sujeto prestador del servicio público domiciliario involucrado en la controversia era una entidad pública, el conocimiento de esta correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

52. En el presente caso, la EAAB detentaba la condición de empresa industrial y comercial del orden distrital³¹ y, por ende, no existen dudas de su naturaleza pública, motivo por el cual el **conocimiento** de esta controversia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del CCA vigente entonces, le corresponde a esta jurisdicción.

53. El Consejo de Estado es **competente** para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del CCA.

2.3.2. Naturaleza del acto precontractual proferido por la EAAB cuya legalidad se cuestiona

54. La primera de las pretensiones de la demanda que dio lugar a este proceso y que sirvió de fundamento para las pretensiones resarcitoria y de nulidad del contrato, fue la de nulidad de la decisión de “Aceptación de oferta” de 29 de agosto de 2008, proferida por la EAAB. Se recuerda que, en las pretensiones definitivas, la parte actora calificó dicha decisión como “acto administrativo”, calificación y tratamiento que también fue dado, al menos implícitamente, por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el trámite de primera instancia.

³¹ Acuerdo 1 de 2002, expedido por la Junta Directiva de la entidad: “Artículo 2o- Naturaleza Jurídica. La EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ- E.S.P., es una empresa industrial y comercial del Distrito Capital, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente”.

55. Es evidente que para resolver el recurso de apelación propuesto y, con base en él, decidir si procede una declaratoria de nulidad de la decisión de la EAAB de 29 de agosto de 2008, le corresponde a esta Sala determinar si, en efecto, esta puede calificarse como un acto administrativo y, en general, cuál es el régimen que debía observar esta prestadora de servicios públicos domiciliarios para adoptar la decisión de contratar con alguien distinto a la actora, lo que, al entender de esta, se hizo de manera contraria al ordenamiento jurídico y, por ende, da lugar a la nulidad del contrato y al reconocimiento de unos perjuicios.

56. La jurisprudencia de esta Corporación no tenido una postura uniforme sobre la determinación de la naturaleza jurídica de los actos precontractuales emitidos por entidades que tienen regímenes de contratación exceptuados de la Ley 80 de 1993 y, especialmente, de aquellos actos de este tipo proferidos por prestadores de servicios públicos domiciliarios. En época reciente, se constata una tendencia jurisprudencial que sostiene que, salvo expresa atribución legal, los prestadores de servicios públicos domiciliarios no pueden expedir actos administrativos.

57. En efecto, incluso cuando la regla general de conocimiento de las controversias precontractuales y contractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios era de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, salvo cuando se constataban efectivos actos administrativos por expresa disposición legal, se entendía que se trataba de típicos actos enmarcados en el derecho privado. Prueba de lo anterior corresponde a la ya citada providencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo S-701 de 23 de septiembre de 1997, que señaló que *“los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados (32), salvo los enunciados en el antecitado inc. 1 del art. 154, que serán materialmente actos administrativos”* ³².

58. Actualmente, en la jurisprudencia de esta Corporación y, obviamente, en el marco del conocimiento suyo de este tipo de controversias, se han observado dos posturas distintas³³: una, según la cual, se pueden producir

³² Consejo de Estado, Sala plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 23 de septiembre de 1997, exp: S-701.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 24 de octubre de 2016, exp. 45607.

efectivos actos administrativos y, como tales, deben ser juzgados³⁴ y; otra, que retoma la postura contemplada en la ya citada providencia de 23 de septiembre de 1997, de la que se deriva la naturaleza privada de estos³⁵ y, por ende, la necesidad de juzgarlos en el marco de la responsabilidad precontractual y sus reglas aplicables en los estatutos civil y comercial³⁶.

59. Esta Sala acogerá la última postura y, como sustento, estima oportuno precisar que, en virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho³⁷.

60. De conformidad con la legislación vigente para la época de los hechos (que se mencionará enseguida) se desprende que, de manera general, la EAAB no estaba, ni está expresamente habilitada, constitucional ni legalmente, para emitir actos administrativos y que, la selección de un contratista no hacía, ni hace parte de las excepciones contempladas en la ley en las que ello sí es viable. Por lo tanto, el acto precontractual de “Aceptación de oferta”, que debe analizarse en el presente caso, no es un acto administrativo, sino una decisión que se rige por derecho privado.

³⁴ A título enunciativo, se citan las siguientes Sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: Sentencia de 20 de abril de 2005, exp. 14519; de la Subsección A se destacan las Sentencias de 9 de octubre de 2013, exp. 30763, de 12 de febrero de 2014, exp. 28209, de 10 de febrero de 2016, exp. 38696, de 24 de octubre de 2016, exp. 45607; de 6 de julio de 2017, exp. 51920; de la Subsección B se destaca la Sentencia de 29 de agosto de 2014, exp. 30618 y de la Subsección C se destacan la Sentencia de 13 de abril de 2011, exp. 37423, el Auto de 18 de enero de 2012, exp. 42109, la Sentencia de 7 de septiembre de 2015, exp. 36633 y el Auto de 20 de marzo de 2018, exp. 60915.

³⁵ Salvo que se trate de un caso excepcional de los que la Ley expresamente contempla la posibilidad de que se emitan efectivos actos administrativos.

³⁶ A título enunciativo, se citan las siguientes Sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: de la Subsección A se destaca la Sentencia de 5 de julio de 2018, exp. 54688; de la Subsección B se destaca la Sentencia de 19 de junio de 2019, exp. 39800 y de la Subsección C se destacan las Sentencias de 20 de febrero de 2017, exp. 56562, de 19 de julio de 2017, exp. 57394, de 19 de junio de 2018, exp. 61132, de 5 de julio de 2018, exp. 59530, las aclaraciones de voto del Consejero de Estado Guillermo Sánchez Luque a las Sentencias de 7 de septiembre de 2015, exp. 36633 y de 5 de julio de 2018, exp. 59530 y el Auto de 11 de mayo de 2020, exp. 58562.

³⁷ Precisamente, sobre el principio de legalidad que debe regir las actuaciones de las empresas de servicios públicos domiciliarios, la Corte Constitucional ha señalado: “*las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios carecen de la prerrogativa pública de imponer sanciones pecuniarias a los usuarios. Esa misma razón permite colegir que las decisiones por medio de las (cuales se) adoptan decisiones de esta naturaleza no constituyen actos administrativos, sino meras vías de hecho, las cuales son impugnables por medio de la acción de tutela, máxime cuando estén en juego los derechos fundamentales de los usuarios*”. Corte Constitucional, Sentencia T-220 de 2005. Ver también Corte Constitucional, Sentencia T-558 de 2006.

61. Los artículos 31³⁸ y 32³⁹ de la Ley 142 de 1994, vigentes al momento de los hechos y en la actualidad, establecieron, por regla general, un régimen de derecho privado para los “contratos” y para los “actos” de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Con base en dichas normas, es el entendimiento de esta Sala que, salvo los puntuales casos previstos en la Ley en los que se entiende pueden proferirse actos administrativos⁴⁰, los actos jurídicos precontractuales y los contractuales emitidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no pueden estimarse como tales.

62. Tal y como se indicó, esta postura ha sido aplicada en época reciente por esta Sección. Cabe citar, en primer lugar, la Sentencia de la Subsección B, de 19 de junio de 2019 (exp. 39800) que, además de acoger esta tesis, expuso reiterados pronunciamientos jurisprudenciales que la secundan (se transcribe):

102. *“Que el régimen aplicable al caso en estudio, para los actos y los contratos, sea el derecho privado, conlleva importantes consecuencias, siendo la más obvia, natural y significativa (aunque muchas veces olvidada), el que, en efecto, los actos se rijan por ese derecho, y no por el derecho público. La anterior conclusión, que se erige como una de las consecuencias más evidentes, en ocasiones inadvertida, en todo caso no ha sido ajena a las pronunciamientos de esta Corporación; por el contrario, ya desde la citada providencia S-701 de 23 de septiembre de 1997, se señaló que ‘los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados (32), salvo los enunciados en el antecitado inc. 1 del art. 154, que serán materialmente actos administrativos’⁴¹.*

103. *En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en providencias más recientes. Precisamente, la Corporación, en Sentencia de 20 de febrero de 2017, señaló (se transcribe):*

³⁸ Artículo 31. “Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa (...)”

³⁹ Artículo 32. “Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”.

⁴⁰ La Ley 142 de 1994 contempla la posibilidad de proferir actos administrativos en las situaciones previstas en el artículo 33 (desarrollado por los artículos 56, 57, 116 y ss.); en materia contractual cuando el régimen de estos sea el derecho público y, en tal sentido se les aplique el Estatuto de Contratación Estatal (párrafo del artículo 31, 39.1), contratos para la concesión de ASES (artículo 40), o limitado a lo relativo a cláusulas excepcionales (artículo 31)). En materia precontractual, en cambio, no existe disposición legal alguna de la que se derive la posibilidad de expedir actos administrativos.

⁴¹ (Nota a pie de la cita) Otra consecuencia de la actual configuración, que había sido identificada con anterioridad, es que la disciplina actual, unida al juez de conocimiento que se ha decidido, lleva a algunas complejidades, como la verificación de casos que se rigen en su integridad por el derecho privado, cuyo conocimiento terminará siendo enteramente por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"[...] aunque el contrato establezca la posibilidad de ejercer de manera unilateral algunas de las facultades allí otorgadas o, incluso, prevea la posibilidad de hacerlas efectivas directamente, bien sea mediante la compensación u otros mecanismos legales, ello no conlleva la concesión de un poder anormal para la entidad contratante, quien en el ejercicio de sus derechos convencionales está obligada a observar las formas contractuales so pena de incurrir en un incumplimiento del contrato, que a su turno conllevará la indemnización de los perjuicios causados al contratista.

Bajo este escenario, debe igualmente anotarse que los actos emitidos por la entidad contratante, con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto negocial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto es, a la autonomía negocial particular, configuran un mero acto contractual que no administrativo"⁴².

104. En oportunidad más próxima, en igual sentido, se concluyó (se transcribe):

"[...] si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes convienen la facultad de la administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, y en la ejecución del contrato la entidad contratante decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación mediante unos actos, es evidente que en ésta hipótesis estos se constituyen en actos contractuales, más no administrativos"⁴³.

(...)

106. Debe retomarse y dársele valor real al mensaje del legislador de 1994, esto es, debe tomarse en serio el régimen jurídico aplicable. Si ello es así, una de las primeras consecuencias necesarias viene dada por evidenciar que, actos como los expedidos por la EAAY, en los que se terminó el contrato, no son, en realidad, actos administrativos, en otras palabras, no son actuaciones que concreten una función administrativa a través del ejercicio legítimo del poder"⁴⁴.

63. Resulta importante señalar también (por referirse explícitamente a una situación precontractual) la Sentencia de la Subsección C, de 5 de junio de 2018 (exp. 59530), la cual decidió una controversia suscitada entre una Unión Temporal y la Sociedad Acueductos y Alcantarillados de Antioquia S.A. E.S.P.⁴⁵, en la cual la demandante pretendía la declaratoria de nulidad de un "acto de adjudicación". En dicha providencia, el Consejo de Estado hizo referencia al citado artículo 32 de la Ley 142 de 1994 que dispone que, por regla general, los actos emitidos por los prestadores de servicios públicos

⁴² (Nota a pie de la cita) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de febrero de 2017, expediente 56.562.

⁴³ (Nota a pie de la cita) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2017, expediente 57.394.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 19 de junio de 2019, exp. 39800.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 5 de julio de 2018, exp. 59530.

domiciliarios, dentro de los cuales se encuentra el acto precontractual de adjudicación, “se registrarán exclusivamente por las reglas del derecho privado”. Así, la Corporación concluyó que la expedición y el contenido de tales actos precontractuales estaban gobernados por las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil.

64. En la misma línea, se destaca la Sentencia de la Subsección A de 5 de julio de 2018 (exp. 54688), la cual se refirió a un contrato celebrado por un prestador de servicios públicos domiciliarios y señaló que “se debe aceptar que la Ley 142 de 1994 estableció un régimen especial para las empresas de servicios públicos, en el cual no consagró la competencia para expedir actos unilaterales destinados a declarar el riesgo y hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento por la vía administrativa”.

65. Igualmente, cabe resaltar las aclaraciones de voto del Consejero de Estado Guillermo Sánchez Luque a las Sentencias de 5 de julio de 2018 (exp. 59530) ⁴⁶ y de 7 de septiembre de 2015 (exp. 36633) ⁴⁷, cuya parte demandada era, precisamente, la EAAB, en las que afirmó que:

“Las decisiones de las empresas de servicios públicos domiciliarios, previas a la celebración del contrato, no constituyen actos administrativos, sino actos ‘precontractuales’, debido a que el régimen aplicable es fundamentalmente de derecho privado, conforme al artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, con las excepciones que prevé la ley”⁴⁸.

66. Por último, se destaca el Auto de 11 de mayo de 2020 de la Subsección C, con ponencia del Consejero de Estado Jaime Enrique Rodríguez Navas (exp. 58562) ⁴⁹, según el cual los actos precontractuales proferidos por entidades públicas, cuyos procesos de contratación deban adelantarse con sujeción al derecho privado, no tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos.

⁴⁶ Aclaración de voto de Guillermo Alfonso Sánchez Luque a Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 5 de julio de 2018, exp. 59530.

⁴⁷ Aclaración de voto de Guillermo Alfonso Sánchez Luque a Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 7 de septiembre de 2015, exp. 36633.

⁴⁸ Aclaración de voto de Guillermo Alfonso Sánchez Luque a Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 5 de julio de 2018, exp. 59530.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto de 11 de mayo de 2020, exp. 58562.

67. De las providencias y pronunciamientos citados se colige la existencia de una postura jurisprudencial clara, sólida y ampliamente justificada respecto del problema jurídico formulado, la cual encuentra solución en el derecho positivo. En desarrollo de esta posición es jurídicamente admisible entender que la decisión proferida por la EAAB el 29 de agosto de 2008, a través de la cual “*aceptó una oferta*” no es un acto administrativo, ni dicha empresa pretendió darle tal alcance, y, por consiguiente, debe comprenderse como una decisión que se enmarca en la lógica del derecho privado.

68. La naturaleza privada de este tipo de actos y su consecuente régimen jurídico civil y comercial, no obsta para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, deban observarse, de manera compatible con lo anterior, los principios que orientan la función administrativa. Tal observancia, como lo pone en evidencia la redacción de esta disposición, no desnaturaliza el régimen jurídico descrito y, por ende, en los términos expuestos, la naturaleza de sus actos.

2.3.3. Acción o medio de control que debía emplearse para proponer la presente controversia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo

69. La parte actora promovió (en vigencia del CCA) una acción de controversias contractuales en cuyo marco pretendió, en primer lugar, la nulidad del que entendió era un acto administrativo, que según lo indicado en el numeral anterior (2.3.2) no lo era; con fundamento en ello, pretendió también la nulidad del contrato No 1-05-11500-404-2008 de 2 de septiembre de 2008 que, a la postre, suscribió la EAAB con Serviconfor Ltda.; así como, la consecuente indemnización de perjuicios por no haberse celebrado el contrato con ella.

70. Aspecto importante de revisar es, entonces, si la acción impetrada era la procedente, máxime cuando la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que si lo que se pretende es la nulidad del acto administrativo de adjudicación de un contrato estatal que ya se ha celebrado, la acción que

corresponde es la contractual⁵⁰. Aclarada la jurisdicción de conocimiento, y la naturaleza y régimen jurídico de la “Aceptación de oferta” de 29 de agosto de 2008, debe analizarse si la acción empleada por la parte actora fue la correcta y, en caso de que no lo haya sido, la determinación que corresponde.

71. No existe en la actualidad consenso jurisprudencial respecto del medio de control procedente para demandar este tipo de actos (de naturaleza precontractual que se rigen por el derecho privado) ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

72. Sin duda, este es un aspecto problemático, pues es bien sabido que la evolución del objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo desde su origen se ha caracterizado por un crecimiento y consolidación a partir de la consideración de actos administrativos, hechos administrativos, omisiones administrativas, operaciones administrativas y contratos administrativos; categorías estas que han logrado una distancia del derecho privado que, según lo señalado, es el que rige, por regla general, a los prestadores de los servicios públicos domiciliarios y, en particular, a las decisiones de carácter precontractual de sus prestadores.

73. En este orden, si las acciones de lo contencioso administrativo (hoy, medios de control) han encontrado el fundamento de su distinción en si la controversia se refiere a actos, hechos, omisiones, operaciones o contratos administrativos, es evidente que resulta difícil enmarcar un litigio que se rige por el derecho privado en la lógica conceptual que detentan las acciones (medios de control) que se encuentran en el CCA y en el CPACA.

74. A continuación, se citarán diversas decisiones del Consejo de Estado sobre la materia y se examinará la procedencia de la acción instaurada en el caso concreto.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 13 de noviembre de 2013, exp. 25646; Subsección B, 14 de marzo de 2018, exp. 27558; Subsección A, Sentencia de 29 de enero de 2014, exp. 30250.

75. En relación con este punto, resulta de gran relevancia la Sentencia de la Subsección A de 29 de noviembre de 2014 (exp. 31297) ⁵¹. Dicha providencia señaló que la responsabilidad precontractual⁵² de la administración no es susceptible de ser analizada a través de un único medio de control. Al contrario, para efectos de determinar el medio de control procedente para analizar una controversia, deberá estudiarse previamente la fuente del daño alegado. A continuación, se presentará dicho análisis a la luz del CCA, ordenamiento vigente durante la época de los hechos.

76. Cuando el daño provenga de la ilegalidad de un acto administrativo particular, la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho.

77. Por otra parte, cuando el contrato ya haya sido celebrado, la acción idónea para demandar un acto precontractual corresponderá a aquella de controversias contractuales⁵³.

78. Por último, si el origen del daño no se ubica en la ilegalidad de un acto administrativo, sino en un hecho jurídico, una omisión o una operación administrativa, la acción procedente será la de reparación directa. La misma acción será idónea para eventos en los cuales la fuente del daño sea un acto administrativo legal, cuya validez no se cuestiona, o cuando el daño provenga de la renuencia por parte de la administración de celebrar un contrato ya adjudicado⁵⁴.

79. Se advierte entonces que, en términos generales, el medio de control a elegir por el demandante depende de la fuente u origen del daño que el actor reclame que le sea reparado y de la naturaleza del acto que pretenda controvertir.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 29 de noviembre de 2014, exp. 31297.

⁵² "A propósito de los motivos que pueden generar la responsabilidad precontractual, la doctrina establece lo que ha denominado grupos de casos de responsabilidad precontractual así: i) La ruptura injustificada de las negociaciones ii) la celebración de un contrato inválido por violación de la buena fe precontractual y iii) la celebración de un contrato válido que resulta desventajoso para la otra parte como consecuencia de la violación de deberes precontractuales". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 26 de noviembre de 2015, exp. 51376.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 24 de octubre de 2016, exp. 45607.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 29 de agosto de 2014, Exp. 26366.

80. En aplicación de dicha construcción al caso concreto, y una vez en claro que el acto precontractual demandado constituye un acto jurídico de carácter privado, se concluye que el daño alegado por el actor no tuvo origen en la presunta ilegalidad de un acto administrativo. Por lo tanto, la acción idónea para estudiar esta controversia correspondía a la reparación directa, contemplada en el artículo 86 del CCA⁵⁵.

81. Cabe recordar que, de la redacción de la citada disposición, se desprende que la acción (medio de control) de reparación directa no se circunscribe a controversias que encuentren causa en hechos, omisiones y operaciones administrativas, sino que se extiende a “*cualquier otra causa*” lo que refuerza desde el derecho positivo nacional el carácter integrador de esta acción⁵⁶.

82. En efecto, reciente Auto de 11 de mayo de 2020 de la Subsección C, con ponencia del Consejero de Estado Jaime Enrique Rodríguez Navas (exp. 58562)⁵⁷, indicó que las pretensiones relativas a determinar la invalidez de los actos que se rigen por el derecho privado deben encauzarse por el medio de control de reparación directa.

83. Dicha idea, además, se refuerza cuando se observa que una parte importante de la doctrina encuadra la responsabilidad precontractual dentro de la categoría de la responsabilidad extracontractual⁵⁸. Ello, en la medida en que esta responsabilidad se configura cuando el contrato aún no se ha celebrado y puede, incluso, nunca perfeccionarse. La referida tesis también fue adoptada, de tiempo atrás, por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, según la cual la pretensión declarativa de

⁵⁵ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 19 de junio de 2018, exp. 61132; aclaración de voto de Guillermo Alfonso Sánchez Luque a Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 5 de julio de 2018, exp. 59530.

⁵⁶ Esta tendencia se mantiene en la actualidad en la redacción del CPACA: “*En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma*”.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto de 11 de mayo de 2020, exp. 58562.

⁵⁸ Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, 2ª ed., Legis, Colombia, 2010, pp. 70 y ss.

responsabilidad por *culpa in contrahendo* tiene fundamento en la responsabilidad extracontractual⁵⁹.

84. Esta tesis es coherente con la actual postura jurisprudencial, referida previamente, según la cual los actos precontractuales emitidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos. Además, esta lógica se vincula con la naturaleza de la reparación directa, que, históricamente, fue concebida como una acción integradora para la reparación de daños, cuya fuente no fuera un contrato o un acto administrativo.

85. Al respecto la Sala advierte que la EAAB en su “Aceptación de oferta” de 29 de agosto de 2008, consciente de su régimen jurídico, no solo no profirió acto administrativo alguno, sino que, de ninguna manera quiso darle alcance de tal, motivo por el cual resultaba improcedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, promovida de manera autónoma o, como se hizo, en el marco de una acción de controversias contractuales (por el hecho de haberse celebrado el contrato). En efecto, de la motivación de este, de su denominación, y tratamiento, esta situación resulta evidente⁶⁰.

86. Desechado lo anterior, es claro que la acción empleada por el actor, de cara a una errada postura jurisprudencial, no fue la adecuada, pues, según lo indicado, por tratarse de una decisión de carácter precontractual y que se rige por el derecho privado, le correspondía emplear la acción de reparación directa, no para controvertir su legalidad, sino para alegar el, o los daños que se derivarían de ella y solicitar los perjuicios correspondientes.

87. No obstante, con ocasión de la ausencia de uniformidad jurisprudencial respecto de la determinación de la naturaleza jurídica del acto demandado y, sobre todo, respecto de la acción procedente para

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 28 de junio de 1989. Ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto de 11 de mayo de 2020, exp. 58562.

⁶⁰ “ACEPTACIÓN DE OFERTA

El 29 de agosto de 2008, según lo previsto en las Condiciones y Términos de la invitación de la referencia (...) se acepta la oferta presentada por la firma (...) SERVICONFOR LTDA por el valor de (...) \$ 17.996.451.552 M/CTE INCLUIDO IVA y plazo de ejecución de (...) 24 MESES, en razón a que la oferta cumple con los requisitos exigidos en las condiciones y términos de la invitación y que la misma surtió la etapa de negociación económica”. Folio 169 del cuaderno 2.

demandar este tipo de actos ante esta jurisdicción⁶¹, y para efectos de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, la Sala estudiará el fondo del litigio. Ello, obviamente, teniendo en cuenta que la decisión de “*Aceptación de oferta*” es un acto privado, entendimiento que imposibilita adelantar un juicio de nulidad de un acto administrativo y la consecuente nulidad absoluta del contrato. La Sala, entonces, se limitará a examinar la conformidad del acto de aceptación de la oferta con el derecho privado y los principios de la función administrativa⁶², para luego determinar si tal decisión, efectivamente, causó un daño a la Unión Temporal, el cual deba ser indemnizado.

2.4. Solución del caso

88. Una vez claro que esta jurisdicción debe conocer de la presente controversia, que esta se plantea frente a un acto de naturaleza privada y que se rige por los subsistemas normativos civil y comercial, y no por las reglas propias de los actos administrativos y que, aunque la parte actora no acertó al haber impetrado la acción de controversias contractuales y al haber solicitado la nulidad y restablecimiento del derecho de la “*Aceptación de la oferta*”, se hará un análisis de fondo, en garantía del derecho al acceso a la administración de justicia.

89. De conformidad con lo sostenido, el **problema a resolver** es si, con ocasión de la decisión de “*Aceptación de oferta*” adoptada por la EAAB, durante la etapa precontractual se causó un daño a la parte actora, toda vez que, aun si se acreditara una actuación irregular de la EAAB al haber emitido la decisión controvertida, las demandantes debían probar que ello tuvo un efecto en su esfera patrimonial. Para tal propósito, primero se adelantará un estudio de la conducta desplegada por la administración en un escenario precontractual, para luego verificar si de esta se pudo derivar algún daño.

⁶¹ Que además se evidencia en el caso objeto de estudio, toda vez que, se recuerda (párrafos 13 y 14 de esta sentencia), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda inicial, para que en su lugar se promoviera una acción contractual en cuyo marco se solicitaría a más de la nulidad del contrato, la del “acto administrativo” de adjudicación a más de su restablecimiento, lo que efecto ocurrió.

⁶² Para el caso objeto de estudio, es claro que debe analizarse la conducta del prestador de los servicios públicos domiciliarios en estricto cumplimiento de los principios que orientan la función administrativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

90. Para la resolución del caso concreto se debe tener en cuenta que se examina una actuación de una entidad pública, regida por el derecho privado, en la etapa de formación del contrato. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia recuerda que, si bien de *“antaño, resultaba en extremo difícil, si no imposible, aceptar que antes de la perfección de un contrato, cualquiera de las partes intervinientes pudiera resultar compelida a resarcir a la otra perjuicio alguno”*⁶³, actualmente, el ordenamiento jurídico ordena indemnizar los perjuicios sufridos en la etapa precontractual.

91. El Código de Comercio se ocupó de disciplinar la etapa precontractual, lo que ocurrió, en gran parte, ante la ausencia de disposiciones normativas específicas sobre la materia en el Código Civil. El punto de partida está dado por el contenido del artículo 863, según el cual *“las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”*. Por fuera de esta cláusula general en materia de responsabilidad precontractual, el Código de Comercio desarrolló escenarios específicos (no taxativos) de esta, entre los cuales el más conocido es la revocación de la oferta (artículo 846⁶⁴).

92. En el caso en estudio, como primera medida, debe analizarse si la invitación ISG-325-2008, que fue realizada por la EAAB, se trató de una oferta (gobernada por el artículo 860 del Código de Comercio) o si, por el contrario, la etapa precontractual en este caso correspondió a una *invitación a presentar ofertas*, modalidad de formación del contrato en la que no es dable predicar los efectos de la oferta, principalmente su carácter irrevocable.

93. Para estos efectos, debe resaltarse que la diferencia más significativa entre una y otra figura, según la Corte Suprema de Justicia, radica en que la oferta, como propuesta completa de negocio jurídico que se presenta a terceros, debe contener los *“elementos esenciales del negocio”* (artículo 844 del Código de Comercio). Para la Corte, *“la oferta como acto unilateral se instituye en fuente obligacional y (...) en el evento del retracto injusto se*

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de agosto de 2014, SC10103-2014.

⁶⁴ Artículo 846. *“La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario”*.

está frente a un acto ilegal que compromete la responsabilidad”⁶⁵. En contraste, la invitación a presentar ofertas carece de ese rasgo distintivo, “de suerte que la conformidad del destinatario no podría implicar celebración”⁶⁶ del contrato. Al respecto, el máximo tribunal de la Jurisdicción Ordinaria ha sostenido que un anuncio puede contener una verdadera propuesta de contrato o, simplemente, tratarse de una invitación a emprender negociaciones (se transcribe):

“No pueden confundirse la ‘oferta’, esto es, el ‘proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra’ (artículo 845 del Código de Comercio), que en cuanto reúna los requisitos allí previstos, además de ser irrevocable, da lugar al nacimiento del contrato, una vez ha sido aceptada por el destinatario, con cualquier invitación a emprender negociaciones que una persona exponga a otra u otras, manifestación, ésta última que abarca múltiples posibilidades tales como los avisos publicitarios y propagandísticos por medio de los cuales el comerciante anuncia sus productos, y a los que el artículo 847 eiusdem les niega obligatoriedad, hasta las proposiciones que una persona hace a otras para que le formulen verdaderas ofertas, conductas todas ellas que apenas insinúan, como su nombre lo sugiere, el deseo serio y leal de querer contratar y que solamente darán lugar a la responsabilidad propia de quien quebrante los deberes de corrección y buena fe que gobiernan la actividad preparatoria de los contratos. No pueden trastocarse tales conceptos, se decía, puesto que la naturaleza, alcances y efectos de cada uno de ellos es bien particular, como distinta es la responsabilidad que pueden originar; desde luego que la oferta, una vez comunicada, no podrá ser revocada so pena de indemnizar los perjuicios que tal acto le cause al destinatario, amén que dará lugar al contrato una vez sea aceptada. En cambio, la simple invitación a negociar carece de este atributo ya que no es otra cosa que la exteriorización del ánimo serio de emprender negociaciones, iniciativa que suele plantearse en términos inciertos, como el deseo de atender las ofertas que otros formulen, y en cuyo caso, recibida la propuesta, corresponde al invitante decidir sobre su aceptación. Así las cosas, la mera invitación ‘a ofrecer’, se perfila, por regla general, como la solicitud que una persona hace a otras, determinadas o no, para que le formulen propuestas de un negocio jurídico en el cual se está interesado. Se trata, pues, de anunciar la disposición que se tiene para atender las ofertas que otros hagan con miras a aceptar aquella que le resulte más provechosa e, inclusive, si ninguna resulta serlo, abstenerse de ajustar el contrato, modalidad de contratación cuyas ventajas son innegables en aquellos negocios jurídicos que están antecedidos de datos o diseños técnicos, pero que no obliga al invitante, quien, desde esa perspectiva, está facultado para rechazar las proposiciones que reciba, sin desdeñar, por supuesto, los deberes de corrección y lealtad que incumben a todas las negociaciones preliminares”⁶⁷.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de agosto de 2002, exp. 6151.

⁶⁶ Hineyrosa, Fernando, *Tratado de las obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico*, Vol. 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 761.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 4 de abril de 2001, exp. 5716.

94. De estas consideraciones se entiende que, en ocasiones, *“la verdadera oferta es la presentada por el concursante, y en cuanto tal debe contener los elementos esenciales del convenio, propuesta que una vez aceptada por quien abrió el concurso, perfeccionará el negocio jurídico”*⁶⁸.

95. Para la Sala es claro, entonces, que la EAAB no realizó una oferta sino una invitación a presentarlas. Para llegar a esta conclusión se debe tener en cuenta que:

1) Así lo entendió y determinó la entidad, cuando calificó su propia actuación como una invitación a presentar propuestas.

2) Así se verifica en el Manual de Contratación de la entidad, el cual señalaba, en sus artículos 12 y 13, que *“los procesos de contratación de la EAAB se adelantarán como invitación privada (o pública) para presentación de ofertas”*. A lo que se añade lo dispuesto por el artículo 10 del mismo Manual, el cual señalaba que *“las solicitudes de oferta que realice la EAAB no constituyen oferta comercial y no lo obligan a celebrar el contrato correspondiente, quedando en libertad de declarar fallido o desistir unilateralmente del proceso de contratación”*.

3) Por último, resulta esclarecedora la existencia de la actuación misma que se enjuicia, llamado *“aceptación de la oferta”*. En este sentido, una vez realizada la evaluación, fue la entidad quien, mediante un acto jurídico unilateral de aceptación, seleccionó la propuesta presentada por Servinconfor Ltda., *“en razón a que la oferta cumpl(ía) con los requisitos exigidos en las condiciones y términos de la invitación y que la misma surtió la etapa de negociación económica”*⁶⁹. De esta manera, luego de realizar la invitación y de recibir las propuestas, la entidad decidió aceptar, de manera expresa e inequívoca, una de las ofertas que le fuera presentada.

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 4 de abril de 2001, exp. 5716

⁶⁹ De conformidad con el Manual de Contratación de la entidad de la época artículo 15: *“una vez se haya realizado la evaluación técnica, jurídica y financiera de las ofertas, deberá surtirse una etapa de negociación en los contratos que superen los 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), por quien tenga la facultad de contratar con el propósito de obtener ventajas económicas o competitivas.”*

96. Con base en las consideraciones anteriores y, especialmente, en la naturaleza jurídica de la invitación realizada por la entidad demandada, se tiene que no pudo haber lugar a la revocatoria de oferta alguna. Esto excluye la posibilidad de que se hubieran ocasionado perjuicios indemnizables por ese supuesto de responsabilidad precontractual, razón por la cual, la Sala no debe ocuparse de ese aspecto.

97. Ahora bien, tampoco procede adelantar el juicio frente a la pretensión de nulidad elevada por el actor (salvo para poner de presente su improcedencia), pues la naturaleza de la actuación que reprochó correspondía a la aceptación de una oferta en el marco del derecho privado, concepción que excluye su naturaleza acto administrativo⁷⁰.

98. Descartado el escenario anterior, la Sala debe analizar si, durante la etapa de tratativas, la demandada trasgredió la cláusula general contenida en el artículo 863 del Código de Comercio, que impone el deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual *“so pena de indemnizar los perjuicios que causen”*.

99. Adicionalmente, a pesar de que la entidad demandada se regía por el derecho privado, también debía observar los principios de la función administrativa (artículo 13 de la Ley 1150 de 2007), por lo que se verificará, asimismo, si su comportamiento dentro de la fase precontractual se ajustó, o no, a dichos principios como a las normas a las que se sujetó en su propio Manual de Contratación, en tanto preceptos orientadores de la conducta de las partes.

100. Con ese propósito, debe advertirse que, incluso si se verificara una actuación irregular de la EAAB, las demandantes tenían la carga de probar que ello tuvo un efecto adverso en su patrimonio, ya que, también en la etapa precontractual, *“si a pesar del comportamiento del acusado no se*

⁷⁰ Por otro lado, incluso si nos encontráramos en un escenario diferente al que realmente tuvo lugar, en el cual se hubiera entendido la realización de una licitación privada (de la que trata el artículo 860 del Código de Comercio), lo cierto es que la postura del demandante estaba condicionada a que no existiera una mejor, lo cual no ocurrió. Así, bajo los dictados del artículo 860 del Código de Comercio, en este tipo de propuestas de proyecto de negocio jurídico, la oferta que se pone a disposición de los invitados para crear el vínculo contractual, queda sometida a la condición suspensiva, consistente en la selección del participante que resulte ser el mejor calificado. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de noviembre de 1989, GJ CXCVI núm. 2439 (1989).

generó un perjuicio o una afectación dañina, simplemente, no hay lugar a la reparación reclamada”⁷¹.

101. Como exigencias derivadas de la buena fe en la etapa de formación del contrato se alude, de modo general, a los deberes de lealtad y corrección y, dentro de aquéllos, a la necesidad de que -en cumplimiento de las cargas que supone el ejercicio de la autonomía de la voluntad- las partes sean *claras*, exigencia que es predicable de todos los aspectos que conciernen al negocio.

102. En ese sentido, cuando un sujeto comercial -persona natural o jurídica- realiza una invitación a que le presenten propuestas, se espera que ese acto se comunique de la forma más clara y precisa posible, porque será valorado por los potenciales oferentes, quienes acomodarán su conducta al entendimiento que puedan o deban darle.

103. Esto justifica que quien realice una invitación tenga que asumir las consecuencias que conlleve la ambigüedad o equivocidad, objetivamente apreciables, del medio de expresión que haya empleado para hacer la referida invitación. Ello es así en la medida en que, así como podría invocar el contenido de ese acto para dejar a salvo su responsabilidad en determinado momento, fundamentalmente, en el caso de que estime, conforme con las reglas comunicadas, que ninguna de las ofertas que recibió cumple con sus requerimientos; como justa contrapartida, estará llamado a responder por la violación a la cláusula general de buena fe, de las eventuales implicaciones que la falta de claridad, precisión o plenitud en los “*términos y condiciones*” (o en el nombre que se les dé) produzcan en terceros que, de buena fe, pudieron estarse a un determinado entendimiento frente a los mismos.

104. Para el caso concreto, debe destacarse la contradicción contenida en las “*Condiciones y Términos*” de la invitación. Así, mientras que el capítulo 2 previó que la evaluación económica de las ofertas se efectuaría sobre el Formulario No. 1, que todos y cada uno de sus factores debían cotizarse y que dicha evaluación se realizaría con base en los valores totales de las

⁷¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de agosto de 2014, SC10103-2014.

ofertas, en el numeral 4.21 se indicó que los servicios agregados (factor incluido en el Formulario No. 1) no se tendrían en cuenta para efectos de la evaluación económica.

105. Cabe precisar que, al momento de las aclaraciones a las “Condiciones y Términos” de la invitación, la EAAB no dispuso –teniendo el deber de hacerlo–, las dudas que surgieron de la contradicción expuesta. Asimismo, a pesar de haber sido advertida de la incongruencia, la demandada no determinó el alcance del numeral 4.21 y omitió modificar el contenido de las “Condiciones y Términos”, como sí lo hizo respecto de otras preguntas formuladas por los interesados.

106. La omisión de la entidad tuvo ocurrencia en una etapa en la que los sujetos negociales debían obrar “de conformidad con los postulados de la buena fe⁷², la lealtad y el respeto a los derechos y expectativas tanto de las etapas previas de la contratación, como con posterioridad durante la celebración y ejecución del contrato”⁷³. Ello, con base en lo consagrado en los artículos 863 y 871⁷⁴ del Código de Comercio.

107. De los hechos y de la normativa aplicable al caso se desprende que el actuar desplegado por la EAAB constituyó un incumplimiento del deber de lealtad y de buena fe precontractual. El hecho de haber incluido reglas confusas en las “Condiciones y Términos” de la invitación, que generaban una expectativa equívoca en los proponentes, y con base en las cuales seleccionó a un contratista, es clara muestra de la vulneración al deber de lealtad negocial, de la falta de diligencia y cuidado durante esta etapa.

⁷² (Nota a pie de la cita) Sentencia del 26 de noviembre de 2015, Expediente: 51376 “la administración pública en tanto sujeto de derecho que actúa dentro de la libre competencia, está sometida al cumplimiento de las obligaciones precontractuales estipuladas en el Código de Comercio, concretamente a su deber de actuar de buena fe. En efecto, de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.

Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 5 de julio de 2018, exp. 59530. Ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto de 11 de mayo de 2020, exp. 58562.

⁷⁴ Código de Comercio. Artículo 871. “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”.

108. En igual sentido, la EAAB contravino los principios de la función administrativa de igualdad e imparcialidad, contemplados en el artículo 209 constitucional⁷⁵, así como el principio de transparencia. La contradicción de las “*Condiciones y Términos*” materializó la contravención al principio de transparencia⁷⁶, pues dio cuenta del incumplimiento de la EAAB de su obligación de establecer condiciones claras, expresas y precisas en los términos de referencia, que son las reglas de juego para los oferentes.

109. Esa contradicción también evitó que los participantes pudieran tener certeza de si la entidad daría prevalencia al capítulo 2 del documento frente a su numeral 4.21 u optaría por la aplicación de este último, y afectó el principio de igualdad⁷⁷, pues los participantes debían elegir si incluir el valor de los servicios agregados en el Formulario No. 1, de conformidad con el capítulo 2, no incluirlo o incluir un valor que, según el numeral 4.21, en cualquier caso, no se tendría en cuenta para efectos de la evaluación económica.

110. El hecho de que la EAAB hubiese tenido la posibilidad de elegir la aplicación de uno u otro numeral de las “*Condiciones y Términos*” afectó el principio de imparcialidad⁷⁸, porque la entidad interpretó tal documento con base en un criterio que resultaba ser subjetivo.

111. Observa la Sala que la demandada también inobservó su propio Manual de Contratación (“*Resolución*” 1016 de 2005⁷⁹), vigente para la época de los hechos⁸⁰. Precisamente, los principios de igualdad, imparcialidad y transparencia estaban contemplados en el artículo 4 de

⁷⁵ Artículo 209. “*La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones*”.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 27 de enero de 2016, exp. 49847; Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001, exp. 12037.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007, exp. 15324.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, exp. 11001-03-26-000-2003-00014-01.

⁷⁹ Artículo 4. Principios Rectores. “*La contratación de la EAAB estará orientada por los principios de Transparencia, Igualdad, Moralidad, Eficacia, Celeridad, Economía, Libre competencia, Imparcialidad, Objetividad, Experiencia y Publicidad en la búsqueda del mejor desarrollo de su objeto social*”.

⁸⁰ Cabe resaltar que el Manual de Contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios corresponde a un instrumento mediante el cual, en ejercicio de su autonomía, estas empresas deben plasmar los principios de la función administrativa dentro de sus obligaciones, condiciones que son aceptadas, libremente, por los oferentes al momento de presentar sus propuesta de negocio.

dicho Manual de Contratación⁸¹. Es necesario citar el artículo 16 del Manual, que establecía que *"la adjudicación del contrato se hará teniendo en cuenta los criterios expuestos en los términos de referencia"*. Así, como es natural, la aceptación de la oferta debió haberse hecho de conformidad con las *"Condiciones y Términos"*. Sin embargo, como dicho documento contenía una contradicción relativa a la evaluación económica de las ofertas, esta afectó la decisión de adjudicar el contrato, pues las condiciones nunca estuvieron claras para los proponentes.

112. Para la Sala es evidente que la EAAB incurrió en irregularidades en el proceso de selección y de aceptación de la oferta, porque calificó y aceptó una oferta a partir de unas reglas de juego que resultaban equívocas para los sujetos interesadas en el proceso de selección.

113. A pesar de la existencia de esas irregularidades -que el Consejo de Estado considera pertinente resaltar, en esta ocasión, con el fin de reivindicar la importancia de los deberes que gobiernan la fase de formación del contrato, predicables, en particular, de la modalidad que acá se utilizó (invitación a ofrecer), pero que, en buena medida, son extensibles a la generalidad de los escenarios precontractuales, pues ninguno de ellos es ajeno a los principios y deberes de conducta mencionados- la demandante no probó que las contradicciones de la EAAB hubieran trascendido y afectado su esfera patrimonial.

114. Al respecto, la parte actora no demostró, teniendo la carga de hacerlo, la violación a un interés negativo, interés al que comúnmente se circunscribe la jurisdicción ordinaria cuando enjuicia una actuación en la etapa precontractual⁸² (como los gastos derivados de la propuesta). Tampoco acreditó (aunque su reconocimiento sea objeto de discusión cuando nos encontramos ante una invitación a presentar ofertas) un interés positivo o interés de cumplimiento o de ejecución, último que suele ser reconocido en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que está

⁸¹ Tales principios se concretaban en su artículo 14, el cual disponía que, en los contratos por invitación pública e invitación privada, cuya cuantía superara los 400 SMLMV, deberían elaborarse términos de referencia, que contendrían, entre otros, "las condiciones necesarias para participar, los criterios de selección y su ponderación" y "las demás condiciones que [...] [fueran] necesarias de acuerdo con el objeto de la contratación y que propend[ieran] por el cumplimiento de los principios de transparencia y libre concurrencia".

⁸² Ver, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de noviembre de 1989, GJ CXCVI núm. 2439 (1989).

atado a la acreditación de un proponente que presenta la mejor propuesta, en procedimientos de selección regidos por el Estatuto Contractual.

115. A partir de las consideraciones anteriores, la Sala recuerda que la conducta desviada, sin daño probado, no genera responsabilidad alguna, y que esta aseveración vale igual en la responsabilidad patrimonial entre sujetos de derecho privado como sujetos de derecho público.

116. Se puede concluir, entonces, que la entidad demandada no actuó de buena fe exenta de culpa durante la invitación a presentar propuestas y la aceptación de la oferta que resultó seleccionada, sin embargo, de este comportamiento no se puede predicar un daño, pues este, precisamente, no se acreditó.

117. Por otra parte, en el recurso de apelación, la actora adujo que no pretendía que se reevaluaran las ofertas, sino que se definiera si de la ausencia de claridad de los criterios de selección objetiva dispuestos por la EAAB se había derivado un daño. La Sala aclara que tampoco está probada la configuración de un daño sufrido por la apelante de cara a la acreditada contradicción contenida en las "*Condiciones y Términos*" de la invitación.

118. Con independencia de las necesarias consideraciones sobre el alcance de los supuestos indemnizatorios del llamado interés negativo o positivo en la etapa precontractual, en el caso en estudio la parte demandante incumplió con su carga probatoria. El demandante no demostró el sufrimiento de un daño, porque no acreditó que la contradicción hubiese sido causa de la no aceptación de su oferta, ni tampoco se probaron (ni pidieron siquiera) perjuicios propios del llamado interés negativo, comúnmente atados a gastos ocasionados con motivo de las tratativas y negociaciones.

119. La Sala se abstendrá de **condenar en costas**, pues no se configuran los supuestos del artículo 171 del CCA.

2.5. Unificación de jurisprudencia

120. De las razones que sirven de sustento para la decisión que se adoptará en esta sentencia, de conformidad con la solución del caso que precede, se extraen los siguientes puntos de unificación:

- Cuando no exista norma expresa legal sobre la jurisdicción que debe conocer de controversias en las que haga parte un prestador de servicios públicos domiciliarios, deberá acudir a la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 82 del CCA, hoy 104 del CPACA) para resolver el vacío normativo; si, con base en ello, no se desprende el conocimiento de esta jurisdicción, corresponderá a la jurisdicción ordinaria.
- Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa.
- Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa.
- Como garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, el juzgador de conocimiento de este tipo de controversias, en relación con las demandas presentadas antes de la notificación de esta providencia, resolverá la controversia de fondo, aunque no se haya empleado la acción (medio de control) que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en los términos señalados en esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la Sentencia de 29 de junio de 2011 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.

TERCERO: Sin condena en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

firmado electrónicamente
GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
aclaración de voto

firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
aclaración de voto

(impedido)
RAMIRO PAZOS GUERRERO

firmado electrónicamente
JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
aclaración de voto

firmado electrónicamente
NICOLÁS YEPES CORRALES
aclaración de voto

firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
aclaración de voto

firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
salvamento de voto

firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN
salvamento de voto

firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO DE ESTADO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

ACLARACIÓN DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ACTIVIDAD CONTRACTUAL / ACTO PRECONTRACTUAL / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ACTO DE NATURALEZA PRIVADA

La jurisprudencia se había alejado de los claros mandatos de las Leyes 142 y 689, al extraviarse en cómodos criterios de corte “administrativista”, cuando las normas -en consonancia con el artículo 365 CN- ordenan un régimen de competencia que exige reglas simétricas, sin importar si los agentes del mercado son públicos, privados o mixtos. La decisión no solo es consonante con la legislación, sino también con la postura que el Pleno de esta Corporación sostuvo -hace casi un cuarto de siglo- en histórico fallo de 23 de septiembre de 1997 Rad. S-701 [fundamento jurídico f] y que había sido reiterado -desde hace unos años- por la Subsección C de la Sección Tercera (v.gr. en sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad 56562 [fundamento jurídico 1], en sentencia de 8 de junio de 2018, Rad. 38120 [fundamento jurídico 3.6], y en sentencia de 30 de septiembre de 2019, Rad. 43036 [fundamento jurídico 3.4.1], auto de 11 de mayo de 2020, Rad 58562 [fundamento jurídico 2.6]) y la Subsección A de la Sección Tercera (en sentencia de 19 de junio de 2019 [fundamento jurídico 2.4]). La Sala Plena de la Sección Tercera adoptó así el criterio del voto disidente a la providencia del 7 de septiembre de 2015, Rad. 36633 y que la Subsección C había acogido en varios pronunciamientos (p.ej. en sentencia de 5 de julio de 2018, Rad. 59530 [fundamento jurídico 1] y en sentencia de 28 de febrero de 2020 Rad. 31628 [fundamento jurídico 4]). El planteamiento es muy simple: los actos de los futuros contrayentes -sometidos a regímenes exceptuados- no son actos administrativos y, por ende, no pueden ser estudiados en nulidad y restablecimiento del derecho.

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL / CULPA IN CONTRAHENDO / MEDIO DE CONTROL PROCEDENTE / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

Según el fallo de unificación, la acción procedente para reclamar perjuicios es la de reparación directa. A mi juicio, el medio de control procedente dependerá de si el contrato se perfeccionó, según las reglas de la oferta y la demanda, en especial, de la previsión contenida en el artículo 860 C.Co. para las licitaciones públicas y privadas y de las condiciones de la invitación que formule la entidad exceptuada de la Ley 80 de 1993. En este proceso, la acción procedente era la de reparación directa, pues la EAAB formuló una invitación a presentar propuestas y no una oferta. [...] Cuando se trata de la *culpa in contrahendo*, el medio de control es el de reparación directa, pues además de que el artículo 86 CCA -hoy 140 CPACA- establece que procederá por “cualquier otra causa”, el origen de este mecanismo estuvo asociado al control de la administración en eventos en que no mediaran actos administrativos y -por ende- para el restablecimiento, indemnización o reparación no fuese necesario “agotar -previamente- la vía gubernativa”. De ahí que desde el Código de 1941 se pudiera “demandar directamente”.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / REGÍMENES EXCEPTUADOS

La exigencia legal vigente a la presentación de la demanda, consistente en pedir la nulidad absoluta del contrato vía controversias contractuales por quien no resultó favorecido en el proceso de selección, parte de la base de la existencia de actos administrativos. Si en los regímenes exceptuados no hay lugar a expedir acto

administrativo alguno, no puede alegarse tal nulidad que está concebida para la fase precontractual regulada por una actuación administrativa en la Ley 80 de 1993. En regímenes exceptuados del estatuto contractual, lo que corresponde es analizar la responsabilidad precontractual -por la ruptura de las tratativas- o contractual -si se formó el contrato con el ofertante demandante no seleccionado- de acuerdo con las reglas del artículo 860 C.Co. Insistir en el medio de control de controversias contractuales, a pesar de la evidente ausencia de actos administrativos, supone contrariar el régimen de derecho sustantivo de derecho privado ordenado por las leyes de ese sector de la economía. Al superar ese atavismo, la Sala pudo analizar de fondo la pretensión del demandante: su alegado derecho a ser el oferente seleccionado.

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / ETAPA PRECONTRACTUAL / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

Providencias como esta, podrían propiciar una discusión del régimen precontractual de la Ley 80 de 1993, de fuerte tradición “administrativista” y que ha dado lugar a la proliferación de “principios” vagos y gaseosos de creación judicial -como el de “planeación”- para ponerlo a tono con los nuevos procedimientos de negociación directa, más propios de un esquema de derecho de la competencia. El engorroso trámite de la expedición de actos administrativos, la vía gubernativa, las competencias y el procedimiento administrativo que -por ejemplo- exige la aplicación del denominado “debido proceso administrativo”, no se ajustan a las exigencias de un derecho de los contratos públicos que proteja la libertad económica en todas sus manifestaciones ¿Esta obsesión por los trámites burocráticos, es compatible con la agilidad que demandan de las relaciones contractuales, incluidas -por supuesto- las del Estado?

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA / CRITERIO ORGÁNICO

En mi criterio, no era necesario unificar jurisprudencia sobre la jurisdicción, dado que desde la expedición de la Ley 1106 de 2007, se incluyó el criterio orgánico para definir los casos que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa, norma vigente a la fecha de la presentación de la demanda -16 de octubre de 2008-

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003)

Actor: VIGÍAS DE COLOMBIA SRL LIMITADA Y GRANADINA DE VIGILANCIA

Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS-Su régimen de contratación es de derecho privado. RÉGIMEN EXCEPTUADO DE LA LEY 80-No se limita a la ejecución, sino que aplica también a la fase precontractual. MEDIOS DE CONTROL EN RÉGIMEN EXCEPTUADO-Dependerá de si, de acuerdo con las reglas de la oferta y la demanda, se formó el contrato. 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. CAMBIOS DE JURISPRUDENCIA-Es connatural a la función judicial y encuentra su límite en la igualdad y la seguridad jurídica. ARTÍCULO 13 DE LA LEY 1150- Particularidades de la aplicación de los principios de la función administrativa a los servicios públicos domiciliarios.

ACLARACIÓN DE VOTO

Acompañé la decisión que adoptó la Sala Plena de la Sección Tercera el 3 de septiembre de 2020, mediante la cual se confirmó la sentencia apelada y unificó la jurisprudencia sobre el carácter y medio de control de los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

1. La jurisprudencia se había alejado de los claros mandatos de las Leyes 142 y 689, al extraviarse en cómodos criterios de corte “administrativista”, cuando las normas -en consonancia con el artículo 365 CN- ordenan un régimen de competencia que exige reglas simétricas, sin importar si los agentes del mercado son públicos, privados o mixtos.

La decisión no solo es consonante con la legislación, sino también con la postura que el Pleno de esta Corporación sostuvo -hace casi un cuarto de siglo- en histórico fallo de 23 de septiembre de 1997 Rad. S-701 [fundamento jurídico f] y que había sido reiterado -desde hace unos años- por la Subsección C de la Sección Tercera (v.gr. en sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad 56562 [fundamento jurídico 1], en sentencia de 8 de junio de 2018, Rad. 38120 [fundamento jurídico 3.6], y en sentencia de 30 de septiembre de 2019, Rad. 43036 [fundamento jurídico 3.4.1], auto de 11 de mayo de 2020, Rad 58562 [fundamento jurídico 2.6]) y la Subsección A de la Sección Tercera (en sentencia de 19 de junio de 2019 [fundamento jurídico 2.4]).

2. La Sala Plena de la Sección Tercera adoptó así el criterio del voto disidente a la providencia del 7 de septiembre de 2015, Rad. 36633 y que la Subsección C había acogido en varios pronunciamientos (p.ej. en sentencia de 5 de julio de 2018, Rad. 59530 [fundamento jurídico 1] y en sentencia de 28 de febrero de 2020 Rad. 31628 [fundamento jurídico 4]). El planteamiento es muy simple: los actos de los futuros contrayentes -sometidos a regímenes exceptuados- no son actos administrativos y, por ende, no pueden ser estudiados en nulidad y restablecimiento del derecho.

3. Según el fallo de unificación, la acción procedente para reclamar perjuicios es la de reparación directa. A mi juicio, el medio de control procedente dependerá de si el contrato se perfeccionó, según las reglas de la oferta y la demanda, en especial, de la previsión contenida en el artículo 860 C.Co. para las licitaciones públicas y privadas y de las condiciones de la invitación que formule la entidad exceptuada de la Ley 80 de 1993. En este proceso, la acción procedente era la de reparación directa, pues la EAAB formuló una invitación a presentar propuestas y no una oferta.

Por ello, la responsabilidad por la no celebración del contrato en los términos de esa invitación se debía analizar en el marco de las reglas de la *culpa in contrahendo*, como lo entendió correctamente la Sala. El hecho de que la EAAB hubiera aceptado una de las ofertas no implica que el medio de control procedente fuese el de controversias contractuales, porque quien demandó responsabilidad fue uno de los participantes del proceso que no resultó seleccionado, de manera que su propuesta no constituía una aceptación, en los términos del artículo 860 C.Co.

Cuando se trata de la *culpa in contrahendo*, el medio de control es el de reparación directa, pues además de que el artículo 86 CCA -hoy 140 CPACA- establece que procederá por “*cualquier otra causa*”, el origen de este mecanismo estuvo asociado al control de la administración en eventos en que no mediaran actos administrativos y -por ende- para el restablecimiento, indemnización o reparación no fuese necesario “agotar -previamente- la vía gubernativa”. De ahí que desde el Código de 1941 se pudiera “demandar directamente”.

4. Aunque en las pretensiones de la demanda se pidió la nulidad absoluta del contrato, ese hecho tenía por fundamento la ilegalidad de un supuesto “acto administrativo” de selección de un contratista dictado por la entidad. Como las entidades públicas que se rigen por régimen privado para la selección de contratistas no ejercen de función administrativa y, por ende, no expiden actos administrativos, la pretensión de nulidad absoluta del contrato así planteada no tenía fundamento jurídico.

La exigencia legal vigente a la presentación de la demanda, consistente en pedir la nulidad absoluta del contrato vía controversias contractuales por quien no resultó favorecido en el proceso de selección, parte de la base de la existencia de actos administrativos. Si en los regímenes exceptuados no hay lugar a expedir acto administrativo alguno, no puede alegarse tal nulidad que está concebida para la fase precontractual regulada por una actuación administrativa en la Ley 80 de 1993.

En regímenes exceptuados del estatuto contractual, lo que corresponde es analizar la responsabilidad precontractual -por la ruptura de las tratativas- o contractual -si se formó el contrato con el ofertante demandante no seleccionado- de acuerdo con las reglas del artículo 860 C.Co. Insistir en el medio de control de controversias contractuales, a pesar de la evidente ausencia de actos administrativos, supone contrariar el régimen de derecho sustantivo de derecho privado ordenado por las leyes de ese sector de la economía. Al superar ese atavismo, la Sala pudo analizar de fondo la pretensión del demandante: su alegado derecho a ser el oferente seleccionado.

5. La ausencia -por ineludible mandato legal- de actos administrativos no entraña irresponsabilidad alguna. Las decisiones que los prestadores de servicios públicos adoptan en la fase previa de formación del contrato, corresponden a actos de gestión contractual, iguales a los que podría adoptar 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 esas decisiones estén exceptuadas de responsabilidad, pues la aplicación del principio de buena fe exenta de culpa impone obligaciones durante la etapa de las negociaciones previas. Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, al estudiar la responsabilidad por licitaciones públicas y privadas (p.ej. en sentencia de Sala de Casación Civil, de 23 de noviembre de 1989, [fundamento jurídico 1 (c) segundo cargo], en G.J. 2435, p. 114). Se trata de analizar las consecuencias de la ruptura abrupta de las negociaciones en el marco de las reglas que ellos mismo fijaron para la selección de un contratista.

Esas reglas auto impuestas, sin duda tienen consecuencias jurídicas, dado que suponen el despliegue de comportamiento de otros quienes confían en la lealtad y corrección propia de las negociaciones del mercado. No es necesario apelar a una ficticia oposición entre derecho público y derecho privado: No es cierto que el derecho privado propicie la arbitrariedad y la irresponsabilidad en las decisiones preliminares. La ley, la libertad y la responsabilidad son denominador común -desde ópticas distintas- del derecho privado y del derecho administrativo.

6. En nada afecta el “debido proceso” que el juez decida, en virtud del postulado *iura novit curia* (“dame los hechos y yo te daré el derecho”, tan usual en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado), adecuar las pretensiones que, en principio fueron de nulidad, a las de otro medio de control, cuando no media acto

administrativo alguno por anular. El procedimiento es el mismo, pues el medio de control no altera el trámite que debe darse a la demanda. El término para presentar la demanda es más amplio pues no serán 4 meses, sino 2 años para acudir a la jurisdicción. Además, el criterio que adoptó la Sala impide las decisiones inhibitorias (que en realidad no son “decisiones”), derivadas de “ineptitudes sustanciales” de las demandas.

Por ello, esta vía no lesiona derecho fundamental alguno, ni afecta el control que deben tener las actuaciones de las entidades públicas. Más allá de su denominación, a través de los medios de control se fiscaliza la actuación de la administración y, en últimas, se verifica si el comportamiento de las entidades públicas se adecuó a las reglas (legales, administrativas o convencionales).

7. El control judicial permanece incólume, solo que se hace bajo las reglas de la *culpa in contrahendo*, porque la adjudicación no se adoptó mediante acto administrativo, porque la ley ha querido que el Estado actúe como los demás agentes económicos: sin estar revestido prerrogativa de poder público alguna. Esa es la única consecuencia posible de adoptar un régimen de derecho privado para todos los operadores.

Providencias como esta, podrían propiciar una discusión del régimen precontractual de la Ley 80 de 1993, de fuerte tradición “administrativista” y que ha dado lugar a la proliferación de “principios” vagos y gaseosos de creación judicial -como el de “planeación”- para ponerlo a tono con los nuevos procedimientos de negociación directa, más propios de un esquema de derecho de la competencia. El engorroso trámite de la expedición de actos administrativos, la vía gubernativa, las competencias y el procedimiento administrativo que -por ejemplo- exige la aplicación del denominado “debido proceso administrativo”, no se ajustan a las exigencias de un derecho de los contratos públicos que proteja la libertad económica en todas sus manifestaciones ¿Esta obsesión por los trámites burocráticos, es compatible con la agilidad que demandan de las relaciones contractuales, incluidas -por supuesto- las del Estado?

8. La sentencia hace referencia a la aplicación de los principios de la función administrativa. La remisión contenida en el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, que modificó el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, no condicionó, de ninguna forma, la aplicación de las normas de derecho privado a la contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios. El legislador buscó clarificar el régimen jurídico

aplicable al contrato en virtud de la redacción del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, que para entonces generó confusiones, dada la remisión al parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

La Ley 1150 de 2007 fue una “contrarreforma” de la Ley 80 de 1993. Se alejó de las bases de esta y -por una discutible influencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado- clamó por una “re-administrativización” de la contratación pública. El artículo 13 de esa ley es un ejemplo de ello: ¿Es consonante con la Constitución aplicar los principios de la función administrativa a una actividad como los servicios públicos que dejó de serlo con la expedición de la Constitución de 1991? o ¿La aplicación de esos principios se predica exclusivamente respecto a las entidades que ejercen función administrativa según el artículo 209 C.N. -como dijo la Corte Constitucional en sentencia C-629 de 2003 [fundamento jurídico 6.4]-?

¿Si el artículo 186 de la Ley 142 exige una derogatoria expresa y directa de sus preceptos y si la Ley 1150 no estableció claramente que modificaba la remisión del artículo 31 de la Ley 142 -sin condición alguna- al derecho privado, puede aplicarse esta modificación al ámbito de los servicios públicos domiciliarios? Más allá de las discusiones constitucionales y de vigencia efectiva de la Ley 1150, es claro que la jurisprudencia deberá -caso por caso- delimitar la aplicación de los principios de la función administrativa a la actividad contractual de las entidades exceptuadas de la Ley 80.

Así, en su momento la Sala deberá precisar que los principios denominados “organizacionales” del artículo 209 C.N. (desconcentración, la delegación y la descentralización) no aplican -sin más- a la contratación de entidades exceptuadas como los operadores de servicios públicos. La estructura orgánica de esas entidades creadas como sociedades comerciales se ajusta a las reglas particulares de las sociedades por acciones de Ley 142 (arts. 15 y ss.) y -en subsidio de estas- a las del Código de Comercio sobre el mandato, la representación, los establecimientos de comercio, las sucursales y las reglas de gobierno propias de las sociedades anónimas (art. 110, 111, 114, 160, 373, 419, 515, 1262 C.Co.).

Igual suerte debería correr el “principio finalístico” del artículo 209 C.N. (interés general). Aunque todo el derecho debe conducir al interés general (bien común), la prestación de los servicios públicos tiene sus reglas particulares, porque (i) son actividades de interés general -inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365 C.N.)- y por ello se someten a una legislación especial de intervención económica

(art. 150.21 C.N) y (ii) porque el Estado debe garantizar su prestación eficiente (Arts. 365 y 370 C.N) en el marco de una “desmonopolización” del mercado que busca -justamente- favorecer el interés general, al fomentar una mejor calidad a un mejor precio.

Los “principios funcionales” del artículo 209 C.N. (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad) también son de aplicación limitada -y en todo caso muy distinta- dado que giran en torno al ejercicio de la función administrativa, esto es, una actividad ajena a la de agentes económicos en el marco del derecho privado. Además, esos “principios” de alguna manera están previstos en leyes especiales, que imponen deberes de comportamiento específicos de acuerdo con el marco en el cual se desarrollan. Su aplicación debe tener en cuenta que el Estado en la prestación de los servicios públicos no actúa como autoridad pública (función administrativa), sino que lo hace como cualquier particular.

De manera que estos “principios funcionales” deberán ser analizados -caso a caso- por el juez, de acuerdo con las reglas de las leyes que en especial regulan determinada actividad económica en la que participe el Estado. En este caso las normas de intervención económica contenidas en las Leyes 142 y 689. Esta visión los despoja de su naturaleza eminentemente pública e impone una aplicación distinta o un alcance disímil a aquel que se le otorga cuando se juzga el ejercicio de una función administrativa. Así, lo sostuvo Corte Constitucional en sentencia C-826 de 2013 [fundamento jurídico 3.1], al resaltar que el artículo 365 de la C.N. relleva como objetivos la eficacia y la eficiencia en la prestación de los servicios públicos. Además, estos “principios” son aplicables también al ámbito privado, por ello las legislaciones civil y mercantil también se ocupan de la igualdad, de la eficiencia, de la moralidad y de la celeridad de las actividades en un mercado en competencia.

9. Resulta connatural a la función de impartir justicia que el juez rectifique su jurisprudencia, porque considera que el nuevo criterio se ajusta mejor a los cánones interpretativos y permite adaptar las decisiones a los continuos cambios sociales. No obstante, el juez encuentra límite en la necesidad de salvaguardar la igualdad en la aplicación del derecho y la seguridad jurídica, por eso he estimado excepcionalmente que algunos cambios se adopten solo hacia el futuro, es decir como “jurisprudencia anunciada”. Este no era uno de esos casos. La postura que adoptó la Sala no propicia decisiones inhibitorias derivadas de una indebida selección del medio de control, ni porque se haya pedido o no la nulidad de “actos

administrativos.” Los jueces en adelante simplemente deberán adecuar la demanda y resolver de fondo la controversia.

Si juzgar es decidir ¿reprimir el ejercicio de esa función, con fundamento en la jurisprudencia rectificadora que habilitaba fallos inhibitorios derivados de la existencia de actos administrativos donde no los hay, no constituye una denegación de justicia de la que es responsable el juez en los términos del artículo 48 de la Ley 153 de 1887?

10. En mi criterio, no era necesario unificar jurisprudencia sobre la jurisdicción, dado que desde la expedición de la Ley 1106 de 2007, se incluyó el criterio orgánico para definir los casos que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa, norma vigente a la fecha de la presentación de la demanda -16 de octubre de 2008-

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO DE ESTADO JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

ACLARACIÓN DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL / ETAPA PRECONTRACTUAL

La sentencia de unificación viene consecuente con los trazos que en la materia venía delineando en los últimos años la Sección Tercera – y de ello da buena cuenta esta Sentencia -, especialmente en cuanto atañe a la cuestión del medio de control que debe dar cauce a las pretensiones originadas en el acontecer precontractual de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, y aún, de otras entidades que por disposición legal disciplinan su proceder en estos asuntos con sujeción al derecho privado. [...] En el caso particular que concernía resolver a la Sala, considero que la Empresa de Servicios Públicos demandada, en un ejercicio de autorregulación, se obligó a observar determinados pasos y ritos para la celebración de sus contratos, y que los sometió así a una forma de solemnidad presidida por el principio de la escrituralidad al margen de lo que la legislación supletiva de la voluntad hubiere previsto para su perfeccionamiento. Llamó a los interesados a presentar ofertas, y aquellos que aceptaron la invitación con anuencia en relación con sus condiciones, adhirieron a esa concepción solemne del contrato. Esa la razón por la cual, la fuente del daño en el caso debía buscarse en la transgresión de los deberes de diligencia y lealtad que presiden la relación precontractual, no en un contrato consensual producto de la aceptación de la oferta. Y tal circunstancia abonaba la adhesión a la reparación directa como medio de control.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003)

Actor: VIGÍAS DE COLOMBIA SRL LIMITADA Y GRANADINA DE VIGILANCIA

Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

TEMAS: EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS- Régimen de contratación y medios para el control jurisdiccional de su actividad precontractual. AUTONOMÍA PRIVADA O NEGOCIAL. PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.

ACLARACIÓN DE VOTO

Con respeto presento las razones especiales que me movieron a acompañar la decisión que adoptó la Sala Plena de la Sección Tercera el 3 de septiembre de 2020, mediante la cual se confirmó la sentencia apelada y unificó la jurisprudencia sobre

el carácter y medio de control de los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

1. La sentencia de unificación viene consecuente con los trazos que en la materia venía delineando en los últimos años la Sección Tercera – y de ello da buena cuenta esta Sentencia -, especialmente en cuanto atañe a la cuestión del medio de control que debe dar cauce a las pretensiones originadas en el acontecer precontractual de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, y aún, de otras entidades que por disposición legal disciplinan su proceder en estos asuntos con sujeción al derecho privado.
2. Este era un punto que demandaba en forma apremiante, unificación jurisprudencial, entre otras razones, por la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva a quienes llegaban, no tarde, sino en forma asincrónica con los tiempos que definía zigzagueantemente la jurisprudencia, como oportunos, para acceder a la jurisdicción. La Sala ha logrado congregarse a sus mayorías en torno, no a la (única) tesis válida, entre aquellas que en forma divergente se aplicaban al asunto, pues aquellas otras que aquí fueron abandonadas tenían también sólidos fundamentos. Lo ha logrado sí, en torno a un marco de racionalidad que se muestra coherente con la preceptiva de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 en cuanto disponen que los contratos que celebren estas empresas se rigen por el derecho privado, lo que remite a un marco de autorregulación directa e individual, de intereses por obra de los mismos interesados, contexto en el que el acto unilateral obliga sólo a quien lo profiere y a los terceros que a él se vinculan consensualmente.
3. No es pequeña la dificultad que entraña la tarea de encauzar las controversias originadas en ese marco de autorregulación privada por los estrechos medios que permiten el encuadramiento procesal de las pretensiones propias del derecho administrativo. Pero, justamente por ello, considero que, un ejercicio sucesivo de ensayo – frustración, permite entender razonablemente, que el medio de control de la reparación directa, dispuesto como está, para demandar la reparación del daño que deriva de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos **o por cualquiera otra causa** diferente al acto administrativo, es el pertinente para encauzar las pretensiones originadas en actuaciones precontractuales sujetas al derecho privado.

4. No comparto el temor de quienes consideran que bajo este entendimiento, el interés público queda en situación de orfandad por ausencia de controles. Tras esa apreciación reside una equiparación de la que me separo, del género de los medios de control, con aquellos que han sido concebidos específicamente para controlar relaciones de derecho público, y particularmente, con aquellos que tienen por objeto el control de la legalidad de los actos ejecutores de la ley.
5. En el caso particular que concernía resolver a la Sala, considero que la Empresa de Servicios Públicos demandada, en un ejercicio de autorregulación, se obligó a observar determinados pasos y ritos para la celebración de sus contratos, y que los sometió así a una forma de solemnidad presidida por el principio de la escrituralidad al margen de lo que la legislación supletiva de la voluntad hubiere previsto para su perfeccionamiento. Llamó a los interesados a presentar ofertas, y aquellos que aceptaron la invitación con anuencia en relación con sus condiciones, adhirieron a esa concepción solemne del contrato. Esa la razón por la cual, la fuente del daño en el caso debía buscarse en la transgresión de los deberes de diligencia y lealtad que presiden la relación precontractual, no en un contrato consensual producto de la aceptación de la oferta. Y tal circunstancia abonaba la adhesión a la reparación directa como medio de control.
6. Por último, encuentro plausible la evocación del artículo 13 de la ley 1150 de 2007 como fuente de vinculación a los principios propios de la función administrativa. Se muy bien que reflexionar sobre esta remisión legal obliga a volver sobre el punto controversial de la definición de la función administrativa para dilucidar el asunto de la naturaleza de la actividad de prestación de servicios públicos, cuestión que obviaría por su esterilidad, de no ser porque fue la ley, la fuente que definió el asunto, y ya la Corte Constitucional ha clarificado suficientemente. Además, encuentro útil la observancia obligada de estos principios, en orden a la satisfacción de los fines que debe servir dicha actividad y de los que concierne satisfacer a los recursos públicos aplicados a la actividad, siempre que se atienda a la diferencia existente entre el principio y la regla.

Dejo, en estos términos, sucintamente expuestos los motivos de mi aclaración al voto de adhesión a la sentencia de 3 de septiembre de 2020.

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS
Consejero de Estado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA DE ESTADO MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

ACLARACIÓN DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ETAPA PRECONTRACTUAL / LEGALIDAD OBJETIVA / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO

Tratándose de las empresas de servicios públicos domiciliarios sometidas al derecho privado en su régimen contractual, por regla general, no es posible enjuiciar la legalidad objetiva de sus actuaciones precontractuales y en ningún caso la causal especial de nulidad absoluta del contrato consistente en la nulidad de los actos administrativos que lo fundamenten, resulta aplicable. [...] En mi opinión, la razón que posibilita el estudio de fondo del caso estriba en que el inciso segundo del artículo 87 del CCA, por regla general, no resulta aplicable para demandar la responsabilidad precontractual de las entidades estatales sometidas en su contratación a un régimen de derecho privado, puesto que dicho inciso parte de la premisa de que la entidad estatal demandada, cuya actividad contractual se cuestiona, expide actos que son objeto de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, actos que no son otros que los administrativos, en la medida en que así lo establecían los artículos 84 y 85 de dicho estatuto.

ACEPTACIÓN DE LA OFERTA / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO / RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO / PRINCIPIO DE CONSENSUALIDAD / ACUERDO DE VOLUNTADES

La aplicación de las normas de derecho privado al presente caso ameritaba analizar si la "aceptación de la oferta" perfeccionó o no el contrato y la incidencia de esa situación frente a la resolución de la controversia bajo la égida de la acción de reparación directa. Considero que, si bien en este caso resulta procedente la aplicación de las normas de derecho privado para la solución de la controversia planteada, la Sala, al centrarse en la discusión de si las empresas de servicios públicos domiciliarios tienen o no competencia para proferir actos administrativos durante la etapa precontractual de los procedimientos que adelantan, dejó de lado el análisis sobre la incidencia de dichas normas frente al perfeccionamiento de un contrato de prestación de servicios y, consecuentemente, si esta situación repercute o no en la solución de dicha controversia por la vía de la acción de reparación directa del artículo 86 del CCA. En este punto es importante recordar que la regla general del principio de consensualidad de los contratos en el derecho privado, establecida en el artículo 824 del Código de Comercio, implica que, salvo norma expresa que exija lo contrario, los contratos se perfeccionan por el solo consentimiento, sin necesidad de solemnidad alguna.

ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL / RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO

El régimen contractual de derecho privado de las empresas de servicios públicos domiciliarios resulta aplicable, salvo expresa excepción constitucional o legal, a todas las actuaciones que realicen con ocasión del respectivo contrato, independientemente de la etapa en que se encuentren (precontractual, contractual y poscontractual). [...] No desconozco que algunas empresas de servicios públicos domiciliarios le dan a sus actuaciones el ropaje de actos administrativos, pero en esos casos, según lo anoté en párrafos precedentes, la jurisprudencia de la Corporación, solo por excepción, ha abordado esos actos como formalmente administrativos bajo la cuerda de las acciones de nulidad de los artículos 84 y 85 del CCA cuando corresponden a la etapa

precontractual o de la acción de controversias contractuales cuando corresponden a las demás etapas, sin que en ningún caso ello hubiera significado admitir que dichas actuaciones no se rijan por el derecho privado como regla general.

ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL / PRINCIPIOS FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Determinar el alcance del referido artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 obligaba, en este caso, a analizar si la compatibilidad del régimen de derecho privado de las empresas de servicios públicos domiciliarios y los principios de la función administrativa implica o no que cumplen dicha función –concebida para el servicio de los intereses generales–, contexto en el que cabe indicar que ya la Corte Constitucional ha señalado que no resulta asimilable en la Constitución el concepto de función pública (género de la función administrativa) con el de servicio público, que esencialmente corresponde al objeto de aquellas. En ese sentido, si la prestación de servicios públicos no entraña, por sí misma, el cumplimiento de función administrativa, la aplicación compatible de sus principios por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios podría ser exigible en los casos en los que la Constitución o la ley establecen que aquellas no están sometidas al derecho privado, pero fuera de esa hipótesis ¿qué justificaría siquiera la aplicación de dichos principios en la etapa precontractual? ¿Acaso únicamente deberían resultar exigibles los principios de la función administrativa que tengan relación directa con el principio de buena fe exigible durante dicha etapa, de acuerdo con el artículo 863 del Código de Comercio?

GARANTÍA DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ACCIÓN INADECUADA / PRONUNCIAMIENTO DE FONDO

Mi aclaración en este punto se circunscribe a la exigencia que impartió la sentencia a los operadores judiciales de resolver de fondo las demandas contra empresas de servicios públicos domiciliarios, presentadas con anterioridad a la notificación de aquella, con ocasión de controversias precontractuales, aunque no se haya empleado la acción que corresponda a su régimen contractual. [...] El cuarto punto de la unificación desconoce la vigencia del cambio de precedente, en la medida en que compele a los operadores judiciales a resolver de fondo los casos en los que se hubiera escogido indebidamente la acción o medio de control contra actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, impidiéndoles proferir decisiones inhibitorias cuando no resulte procedente la readecuación de la acción o medio de control interpuesto, alternativa con la que válidamente venían contando.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003)

Actor: VIGÍAS DE COLOMBIA SRL LIMITADA Y GRANADINA DE VIGILANCIA

Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES– aclaración de voto a la sentencia de 3 de septiembre de 2020 – Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata

Temas: Aclaración de voto. ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
– Régimen contractual de derecho privado de las empresas de servicios públicos domiciliarios (ESP) – Inaplicación del inciso 2º del artículo 87 del CCA – La falta de legitimación de los participantes en los procedimientos de selección de las ESP para ejercer la acción de controversias contractuales en eventos distintos a la de la nulidad absoluta del contrato – La incidencia del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y en particular de los principios de la función administrativa en los contratos de las ESP – La aplicación ultractiva de los cambios de precedente respecto de las futuras demandas.

Con el acostumbrado respeto por los fallos de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, me permito, a continuación, justificar las razones de esta aclaración de voto frente a la sentencia aprobada el 3 de septiembre de 2020, la cual, por una parte, confirmó la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda; y, de otro lado, unificó la jurisprudencia de la Corporación en cuatro (4) puntos.

Si bien coincido con la decisión de confirmar la sentencia denegatoria de las pretensiones, considero importante aclarar mi posición no solo frente a las motivaciones que sirvieron de fundamento argumentativo sino también frente a algunos de los puntos que se unificaron.

1. En relación con los fundamentos de la decisión adoptada en el caso analizado

1.1. Tratándose de las empresas de servicios públicos domiciliarios sometidas al derecho privado en su régimen contractual, por regla general, no es posible enjuiciar la legalidad objetiva de sus actuaciones precontractuales y en ningún caso la causal especial de nulidad absoluta del contrato consistente en la nulidad de los actos administrativos que lo fundamenten, resulta aplicable

No obstante que la controversia planteada por la parte actora estuvo centrada primordialmente en las declaratorias de nulidad de la “*aceptación de la oferta*” de 29 de agosto de 2009, de nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios 1-05-11500-404-2008 de 2 de septiembre de 2008 y de la condena consecucional, la sentencia decidió expresamente resolver dicha controversia como un caso de la

acción de reparación directa, con el argumento de que la parte actora acudió a una acción equivocada, por tratarse de actos precontractuales regidos por el derecho privado, entendimiento que imposibilitaba adelantar un juicio de nulidad de un acto administrativo y la consecuente nulidad absoluta del contrato.

En mi opinión, la razón que posibilita el estudio de fondo del caso estriba en que el inciso segundo del artículo 87 del CCA⁸³, por regla general, no resulta aplicable para demandar la responsabilidad precontractual de las entidades estatales sometidas en su contratación a un régimen de derecho privado, puesto que dicho inciso parte de la premisa de que la entidad estatal demandada, cuya actividad contractual se cuestiona, expide actos que son objeto de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, actos que no son otros que los administrativos, en la medida en que así lo establecían los artículos 84 y 85 de dicho estatuto.

Por excepción, y así lo ha admitido la jurisprudencia de la Corporación⁸⁴, la responsabilidad precontractual de las referidas entidades estatales posibilita el análisis de la legalidad de sus actuaciones precontractuales bajo la égida de las acciones de los artículos 84 y 85 del CCA, solo cuando aquellas, a sabiendas de que su régimen jurídico es de derecho privado, adoptan unilateralmente decisiones que tienen efectos jurídicos directos en quienes participan en los procedimientos precontractuales respectivos; sin embargo, aún en dicha posibilidad exceptiva, no puede contemplarse la aplicación de la causal de nulidad absoluta del artículo 44.4 de la Ley 80 de 1993⁸⁵, por tratarse de un régimen de contratación de derecho

⁸³ "CCA. Artículo 87. De las controversias contractuales. (...) Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato (...)"

⁸⁴ Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 19 de junio de 2019, Expediente 85001-23-31-001-2008-00076-01(39800), MP. Alberto Montaña Plata. En esta providencia se indicó "La aproximación que el juez de lo contencioso administrativo debe tener hacia la actuación desviada de la Administración (o de particulares en ejercicio de función administrativa) está dada, primero, por observar el ropaje que la entidad acogió para calificar sus actuaciones, sumado al hecho de que el demandante, a su vez, se vio compelido a atacar la conducta de la Administración bajo el mismo vestimento que ella le había dado, esto es, como actos administrativos. Cuando la Administración, o los particulares en ejercicio de función administrativa, le han querido dar características de acto administrativo, sin estar legalmente habilitados para ello, esto es, cuando han querido darle visos y el ropaje de acto administrativo a sus actuaciones, el juez debe, en igual medida, aproximarse al análisis como un acto administrativo (...) De este modo, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe conocer de las decisiones unilaterales que afecten a un particular y que tengan la forma y el contenido de un acto administrativo, esto es, que sean susceptibles de ser ejecutables, como ocurre en sede de jurisdicción coactiva o como sucede cuando se pretende adelantar, con base en el mérito ejecutivo que prestan, un proceso de naturaleza ejecutiva. La anterior situación permite que estas actuaciones de la administración sean demandables y anulables por la falta de competencia para su expedición."

⁸⁵ "Ley 80/93. Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...) 4º. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y (...)"

privado en el que las causales de ese tipo de nulidad corresponden únicamente a las consagradas en los Códigos Civil y de Comercio.

En conclusión, dado que de acuerdo con los antecedentes fácticos del caso no se evidencia que la EAAB pretendiera darle a la “*aceptación de la oferta*” de 29 de agosto de 2008 las connotaciones de un acto administrativo, premisa que desvirtúa la referida posibilidad exceptiva, la controversia sobre su responsabilidad precontractual no podía ser planteada bajo la óptica de lo previsto en el inciso segundo del artículo 87 del CCA para la acción de controversias contractuales.

1.2. La aplicación de las normas de derecho privado al presente caso ameritaba analizar si la “*aceptación de la oferta*” perfeccionó o no el contrato y la incidencia de esa situación frente a la resolución de la controversia bajo la égida de la acción de reparación directa

Considero que, si bien en este caso resulta procedente la aplicación de las normas de derecho privado para la solución de la controversia planteada, la Sala, al centrarse en la discusión de si las empresas de servicios públicos domiciliarios tienen o no competencia para proferir actos administrativos durante la etapa precontractual de los procedimientos que adelantan, dejó de lado el análisis sobre la incidencia de dichas normas frente al perfeccionamiento de un contrato de prestación de servicios⁸⁶ y, consecuentemente, si esta situación repercute o no en la solución de dicha controversia por la vía de la acción de reparación directa del artículo 86 del CCA.

En este punto es importante recordar que la regla general del principio de consensualidad de los contratos en el derecho privado, establecida en el artículo 824 del Código de Comercio⁸⁷, implica que, salvo norma expresa que exija lo

⁸⁶ Aunque en la sentencia no se hizo ninguna referencia a la cláusula del objeto del contrato No. 1-05-11500-404-2008 suscrito el 2 de septiembre de 2008 entre la EAAB y la Empresa de Seguridad y Vigilancia Privada Serviconfor Limitada, sí se advierte en los hechos probados que “*En julio de 2008, la EAAB dio a conocer las ‘Condiciones y Términos’ de la invitación a presentar ofertas ISG-325-2008, cuyo objeto era (se transcribe): ‘Contratar el servicio de vigilancia y seguridad privada (...) en las diferentes sedes administrativas y operativas del Acueducto de Bogotá, en el área del Distrito Capital y los municipios (...) que hacen parte del sistema de Chingaza, embalse de Chuza y (...) (las) estructuras del Acueducto de Bogotá que garanticen el cumplimiento de su actividad misional. También se deberá prestar el servicio de vigilancia y seguridad privada a todos los Cades y Rapicades cuya vigilancia haya sido asignada por la administración distrital a la E.A.A.B. – ESP (...)’*”.

⁸⁷ “*Código de Comercio. Artículo 824. Formalidades para obligarse. Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad*”.

contrario, los contratos se perfeccionan por el solo consentimiento⁸⁸, sin necesidad de solemnidad alguna.

De acuerdo con los antecedentes fácticos de la sentencia, el 29 de agosto de 2008 la EAAB aceptó la oferta de la parte actora en los siguientes términos:

“El 29 de agosto de 2008, según lo previsto en las Condiciones y Términos de la invitación de la referencia (...) se acepta la oferta presentada por la firma (...) SERVICONFOR LTDA. por el valor de (...) \$ 17.996.451.552 M/CTE INCLUIDO IVA y plazo de ejecución de (...) 24 MESES, en razón a que la oferta cumple con los requisitos exigidos en las condiciones y términos de la invitación y que la misma surtió la etapa de negociación económica”.

Sobre el alcance de la referida aceptación, la Sala discurrió en los siguientes términos:

“3) Por último, resulta esclarecedora la existencia de la actuación misma que se enjuicia, llamado ‘aceptación de la oferta’. En este sentido, una vez realizada la evaluación, fue la entidad quien, mediante un acto jurídico unilateral de aceptación, seleccionó la propuesta presentada por Servinconfor Ltda., ‘en razón a que la oferta cumpl(ía) con los requisitos exigidos en las condiciones y términos de la invitación y que la misma surtió la etapa de negociación económica’. De esta manera, luego de realizar la invitación y de recibir las propuestas, la entidad decidió aceptar, de manera expresa e inequívoca, una de las ofertas que le fuera presentada”.

Destaco lo anterior en la medida en que la Sala afirma que el origen del daño consistió en una de las causas que hacen procedente la acción de reparación directa, específicamente “el acto precontractual demandado” –la “aceptación de la oferta” de 29 de agosto de 2008– que en el párrafo 80 de la sentencia se consideró “constituye un acto jurídico de carácter privado”.

Así las cosas, si el contrato de prestación de servicios en este caso podía perfeccionarse con el consentimiento de las partes, lo cual ocurrió, con base en las normas de los Códigos Civil y de Comercio antes citadas, a través de la referida aceptación de la oferta, ¿la Sala le estaría atribuyendo el origen del daño a la manifestación de la EAAB que perfeccionó dicho contrato?

En mi opinión, no puede simplemente aseverarse que el origen del daño consistió en este caso en el “acto jurídico” que aceptó la oferta de la Empresa de Seguridad

⁸⁸ “Código Civil. Artículo 1500. Contrato real, solemne y consensual. El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento” (subrayado fuera del texto).

y Vigilancia Privada Serviconfor Limitada, porque esa sola aseveración conlleva, además, aceptar que en virtud de la regla general sobre el principio de consensualidad de los contratos sometidos al derecho privado, esa aceptación de 29 de agosto de 2008 perfeccionó el contrato, lo cual a su turno significaría que el daño reclamado por la parte actora tiene origen en el contrato perfeccionado en esa fecha, más allá de que se hubiera suscrito con posterioridad el 2 de septiembre de 2008 con el No. 1-05-11500-404-2008.

Debo advertir en este apartado que el hecho de que el manual de contratación de la EAAB, vertido en su momento en la Resolución 1016 de 2005, hubiera establecido etapas para la selección de contratistas con base en específicos criterios y la suscripción de los contratos con las personas seleccionadas, no necesariamente desvirtúa el hecho de que la aceptación de la oferta de 29 de agosto de 2008 hubiera perfeccionado el contrato que dicha empresa perseguía celebrar, pero, aún en gracia de discusión, la solución a la controversia ameritaba que la Sala analizara ese punto, cuestión que no hizo.

En ese sentido, considero que el origen del daño en este caso es un hecho jurídico proveniente de la EAAB, que constituye, por lo demás, un hecho continuado que solo cesó con la aceptación de la oferta presentada por la Empresa de Seguridad y Vigilancia Privada Serviconfor Limitada. Dicho hecho jurídico consiste simplemente en la circunstancia de que la EAAB inobservó el deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual y con ello causó perjuicios a otro(s) participante(s) en la invitación a presentar ofertas No. ISG-325-2008.

Argüir lo contrario, es decir, que el origen del daño sí es la referida aceptación de la oferta, obligaba a la Sala a analizar si la parte actora tenía o no legitimación para ejercer la acción de controversias contractuales del artículo 87 del CCA –*excluyendo su inciso segundo al que ya me referí en párrafos anteriores*–, punto que, en el contexto del régimen de derecho privado de las empresas de servicios públicos domiciliarios, me permite recordar que la legitimación para el ejercicio de dicha acción está restringida a las partes del contrato, sin perjuicio del evento⁸⁹ de nulidad

⁸⁹ Además del evento de la nulidad absoluta, cabría preguntarse si se presentan otros en los que resulta posible extender la legitimación para el ejercicio de la acción de controversias contractuales a sujetos distintos a las partes del contrato. En ese contexto, si bien existen antecedentes en los que se les ha reconocido dicha legitimación a las compañías aseguradoras, específicamente para demandar la nulidad de los actos administrativos contractuales que hacen efectivas las pólizas respectivas, esa posibilidad se ha esgrimido respecto de contratos sometidos al EGCAP, lo cual por regla general no resulta aplicable *pari passu* a los contratos sometidos al derecho privado en los que, salvo los casos en los que el juez aborda como administrativos los actos que una entidad impone unilateralmente sin ninguna competencia, las pólizas de seguros se hacen efectivas en virtud de la reclamación del artículo 1053.3 del Código de

absoluta, por las causales exclusivas de dicho régimen⁹⁰, en el cual esa acción también podría ser incoada por el Ministerio Público y todo el que tenga interés en ello.

Dado que en este caso la parte actora no se encuentra en ninguno de los eventos en los que, por excepción, se admite la legitimación para el ejercicio de la acción de controversias contractuales respecto de personas distintas a las partes del contrato, resulta claro que la controversia únicamente podía resolverse bajo la égida de la acción de reparación directa del artículo 86 del CCA, dado su carácter subsidiario⁹¹.

2. En relación con los puntos segundo⁹² y cuarto⁹³ de la unificación

2.1. El régimen contractual de derecho privado de las empresas de servicios públicos domiciliarios resulta aplicable, salvo expresa excepción constitucional o legal, a todas las actuaciones que realicen con ocasión del respectivo contrato, independientemente de la etapa en que se encuentren (precontractual, contractual y poscontractual)

Esta parte de mi aclaración atañe con el segundo punto de la unificación, el cual, si bien comparto, me parece importante esbozar ciertas consideraciones sobre las razones que lo sustentan y que complementan las expresadas en la sentencia.

No es mi intención en este punto volver sobre los recurrentes y extensos argumentos de que se ha servido la jurisprudencia de la Corporación para concluir, primordialmente con base en los artículos 365 de la Constitución Política y 31 y 32

Comercio. Sobre la legitimación para el ejercicio de dicha acción en contratos sometidos al EGCAP puede consultarse la sentencia de 22 de abril de 2009, Expediente 19001-23-31-000-1994-09004-01 (14667), MP. Myriam Guerrero de Escobar.

⁹⁰ “Código Civil. Artículo 1742. Obligación de declarar la nulidad absoluta. subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”.

⁹¹ “CCA. Artículo 86. Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa (...)” (subrayado fuera del texto).

⁹² “Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa”.

⁹³ “Como garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, el juzgador de conocimiento de este tipo de controversias, en relación con las demandas presentadas antes de la notificación de esta providencia, resolverá la controversia de fondo, aunque no se haya empleado la acción (medio de control) que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos”.

de la Ley 142 de 1994, que las empresas de servicios públicos domiciliarios están sometidas al derecho privado, salvo expresa disposición constitucional o legal en contrario.

Tampoco es mi intención desconocer la razonable posición de cierta doctrina, para la cual, aún tratándose de los regímenes de derecho privado, la gestión de la actividad contractual de las entidades estatales exceptuadas, en cualquiera de sus etapas o fases, está condicionada por normas de derecho público, lo que de alguna forma desvirtuaría la posibilidad de que existan regímenes “*puros*” en materia de contratación pública, como lo sería el de derecho privado.

En cambio, sí deseo destacar que los registros de la línea jurisprudencial de esta Corporación sobre la materia se han centrado casi en su totalidad –*si no fuera por los escasos y puntuales antecedentes*⁹⁴ *que sobre la etapa precontractual recuerda la Sala en la sentencia, los cuales son en todo caso recientes*– en las actuaciones de dichas empresas realizadas durante la ejecución del contrato.

En ese contexto, remarco cómo dicha línea jurisprudencial aboga por hacer prevalecer un criterio legal (*el del régimen contractual de configuración del legislador*) como una alternativa válida de alcanzar esa difícil e inacabada seguridad jurídica que desde la Ley 142 de 1994 ha resultado esquivada tanto para la jurisprudencia de la Corporación como para la doctrina especializada en la materia, y que ha llevado a algunas empresas a defender una u otra posición en función de sus intereses en cada proceso, sacrificando en ocasiones su coherencia institucional y/o corporativa.

Asimismo, considero que el referido punto de unificación en materia precontractual guarda un grado mínimo de coherencia con la jurisprudencia mayoritaria de esta Corporación, para la cual ya era claro que en la etapa contractual la regla general es el régimen de derecho privado, ¿cuál sería la razón para hacer distinciones en el iter contractual si finalmente se trata de actuaciones –*precontractuales, contractuales y poscontractuales*– vinculadas a contratos sometidos en general a un régimen de derecho privado? ¿acaso existe una norma constitucional o legal

⁹⁴ La Sala se refirió en la sentencia a los siguientes antecedentes que involucran empresas de servicios públicos domiciliarios y que sostienen que sus actos precontractuales no son actos administrativos, todos provenientes de la Subsección C de esta Corporación: la sentencia de 5 de junio de 2018, Expediente 05001-23-31-000-1997-02686-01 (59530), MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y el auto de 11 de mayo de 2020, Expediente 25000-23-36-000-2016-00627-01 (58562), MP. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

que, a diferencia de lo que sucede con las actuaciones contractuales *strictu sensu*, expresamente excluya las precontractuales del régimen de derecho privado?

No desconozco que algunas empresas de servicios públicos domiciliarios le dan a sus actuaciones el ropaje de actos administrativos, pero en esos casos, según lo anoté en párrafos precedentes, la jurisprudencia de la Corporación, solo por excepción, ha abordado esos actos como formalmente administrativos bajo la cuerda de las acciones de nulidad de los artículos 84 y 85 del CCA cuando corresponden a la etapa precontractual o de la acción de controversias contractuales cuando corresponden a las demás etapas, sin que en ningún caso ello hubiera significado admitir que dichas actuaciones no se rijan por el derecho privado como regla general.

2.2. La incidencia del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 en el régimen de derecho privado de las empresas de servicios públicos domiciliarios

Esta parte de mi aclaración atañe también al segundo punto de la unificación de la sentencia, contexto en el que manifiesto que acompaño la consideración de la Sala en el sentido de que la aplicación de las normas de derecho privado a los actos precontractuales en virtud del régimen contractual al que están sometidas, no solo no obsta para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, deban observarse, de manera compatible con lo anterior, los principios que orientan la función administrativa, sino que, además, dicha observancia no desnaturaliza ese régimen jurídico y, por ende, la naturaleza de sus actos.

Sin embargo, habría resultado oportuno y esclarecedor indicar cuáles principios de la función administrativa resultan compatibles con el régimen de derecho privado de las empresas de servicios públicos domiciliarios durante la etapa precontractual ¿sólo son algunos y de ser así cuáles y con base en qué justificación? o ¿lo son todos y de ser así qué criterios se deben seguir para que exista respecto de cada uno una aplicación compatible con dicho régimen?

Recuérdese en este punto que, de acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Determinar el alcance del referido artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 obligaba, en este caso, a analizar si la compatibilidad del régimen de derecho privado de las empresas de servicios públicos domiciliarios y los principios de la función administrativa implica o no que cumplen dicha función *–concebida para el servicio de los intereses generales–*, contexto en el que cabe indicar que ya la Corte Constitucional⁹⁵ ha señalado que no resulta asimilable en la Constitución el concepto de función pública (*género de la función administrativa*) con el de servicio público, que esencialmente corresponde al objeto de aquellas.

En ese sentido, si la prestación de servicios públicos no entraña, por sí misma, el cumplimiento de función administrativa, la aplicación compatible de sus principios por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios podría ser exigible en los casos en los que la Constitución o la ley establecen que aquellas no están sometidas al derecho privado, pero fuera de esa hipótesis ¿qué justificaría siquiera la aplicación de dichos principios en la etapa precontractual? ¿Acaso únicamente deberían resultar exigibles los principios de la función administrativa que tengan relación directa con el principio de buena fe exigible durante dicha etapa, de acuerdo con el artículo 863 del Código de Comercio?

Son interrogantes cuya deuda de claridad persiste de parte de esta Corporación y que la Sala no abordó con suficiente profundidad, dado que le bastó con dar por sentado en el párrafo 108 que la EAAB contravino los principios de la función administrativa de igualdad e imparcialidad.

2.3. La aplicación del punto cuarto unificado debería proceder respecto de las demandas futuras y no de las que se encuentran en trámite

Mi aclaración en este punto se circunscribe a la exigencia que impartió la sentencia a los operadores judiciales de resolver de fondo las demandas contra empresas de servicios públicos domiciliarios, presentadas con anterioridad a la notificación de aquella, con ocasión de controversias precontractuales, aunque no se haya empleado la acción que corresponda a su régimen contractual.

En ese sentido, considero que, por tratarse de una unificación que implica una directriz definitiva en el análisis de fondo de las actuaciones precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, bastaba que su aplicación se hiciera en los términos del tercer punto de unificación, es decir, que:

⁹⁵ C-037/03. MP. Álvaro Tafur Galvis.

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

El cuarto punto de la unificación desconoce la vigencia del cambio de precedente, en la medida en que compele a los operadores judiciales a resolver de fondo los casos en los que se hubiera escogido indebidamente la acción o medio de control contra actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, impidiéndoles proferir decisiones inhibitorias cuando no resulte procedente la readecuación de la acción o medio de control interpuesto, alternativa con la que válidamente venían contando.

En estos términos dejo consignada mi aclaración frente a lo decidido por la Sala en la sentencia de 3 de septiembre de 2020.

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Magistrada

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO DE ESTADO JOSÉ ROBERTO
SÁCHICA MÉNDEZ**

**ACLARACIÓN DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ENTIDADES
PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN
CONTRACTUAL / CONCEPTO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA**

[N]o estimo acertada la invocación que se hace en la sentencia sobre la observancia del artículo 13 de la ley 1150 de 2007 por parte de las ESP públicas, pues, a más de ser innecesaria para soportar la decisión jurisprudencial que se adopta, resulta doblemente imperfecta, pues entiende que el régimen contractual en materia de servicios públicos domiciliarios es un régimen exceptuado, lo que, como he indicado, no comparto, sino que, además, implica calificar de manera apriorística la acción contractual de las ESP como un función administrativa, apelando al criterio subjetivo de ver tal función en la acción de cualquier entidad estatal, asunto que, en el estado actual de diversidad de formas y métodos de acción del Estado, no es preciso. Habrá de recordarse que la función administrativa en su noción más básica expresa la forma que asume el poder del Estado para el logro de los diversos cometidos estatales; de esta manera, si en la actividad contractual de las ESP no hay ejercicio de poder, sino realización de cometidos, estaremos frente a una función distinta. Con esto no quiero significar que no se apliquen postulados y criterios para el desarrollo de su trascendental actividad, pero sin duda, a los mismos no se llega por la vía del artículo 13 de la susodicha ley 1150 de 2007. Preciso entonces que las empresas de servicios públicos domiciliarios per se, no ejercen funciones administrativas, y solo lo hacen cuando la Ley así lo ha dispuesto expresamente, de tal forma que sus actos y contratos, por regla general, se encuentran sometidos al régimen del derecho privado aun cuando se imponga en sus actuaciones propender y respetar los principios de la función pública en los asuntos que sean compatibles con dicho régimen, lo cual no significa, bajo ningún criterio, que dicho régimen privado desaparezca o que se exprese como manifestación de poder público, que es carente -salvo excepciones- en las actuaciones de las ESP públicas cuando contratan.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003)

Actor: VIGÍAS DE COLOMBIA SRL LIMITADA Y GRANADINA DE VIGILANCIA

Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Aun con la convicción que tuve al suscribir la Sentencia proferida dentro del expediente arriba indicado, he considerado pertinente dejar consignadas breves reflexiones en torno a lo definido y dejado de plasmar en tal proveído.

En primer lugar, quiero dejar evidencia que las consideraciones que se hacen en relación con la naturaleza de los actos precontractuales de las ESP públicas, tienen hondos y profundas raíces en la Constitución Política y el régimen de servicios públicos domiciliarios.

No se trata, entonces, solo de superar una dispersión o, si se quiere, de unificar una disparidad de posiciones jurisprudenciales vertidas en distintas decisiones en punto a la naturaleza jurídica de los actos y contratos de las ESP, sino de retomar la esencia, objeto y fin de la decisión Constituyente de fijar un nuevo modelo en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, sujeto a la intervención del Estado con miras al logro de los fines y objetivos establecidos en la misma Carta Política y, por lo mismo, sometidos a un *régimen jurídico especial*.

Sin perjuicio de las largas disquisiciones que se podrían hacer para precisar la anterior idea, debo manifestar, además, a propósito de la misma, que el régimen de contratos de las ESP públicas, no es un régimen *exceptuado* de la ley de contratación estatal, como se suele denominar en la doctrina y la jurisprudencia -entre ellas, en ésta-, sino que, por expreso mandato constitucional, *es especial*, pues deriva del propio régimen que el Constituyente ordenó al legislador expedir en la materia, a las voces del artículo 365 de la Carta Política. Se dirá que esta diferencia es solo de lenguaje, pero no lo es, en tanto la razón de ser de este régimen *especial* no se deriva de una decisión del legislador fundada en lo que suele denominarse como libre configuración normativa, como sucedió al expedirse la ley 80 de 1993 y los estatutos que la modifican, pues esa especialidad se deriva de la naturaleza constitucional del régimen económico en la materia, donde el Estado no tiene como tarea directa y principal la prestación de tales servicios sino una superior, como es la garantía en la satisfacción de los mismos, de lo que se impone un régimen gobernado por reglas que hoy son una realidad para un Estado social del derecho en el que las normas de intervención no se circunscriben a una acción enmarcada en prerrogativas de poder público, y menos aún de derecho público, pues para tal fin perfectamente podrá acudir a otras ramas de derecho que potencialmente son más idóneas para su efectiva realización.

Y, en tercer lugar, pero también por lo que acabo de indicar, no estimo acertada la invocación que se hace en la sentencia sobre la observancia del artículo 13 de la ley 1150 de 2007 por parte de las ESP públicas, pues, a más de ser innecesaria para soportar la decisión jurisprudencial que se adopta, resulta doblemente imperfecta, pues entiende que el régimen contractual en materia de servicios públicos domiciliarios es un régimen *exceptuado*, lo que, como he indicado, no comparto, sino que, además, implica calificar de manera apriorística la acción contractual de las ESP como un función administrativa, apelando al criterio subjetivo de ver tal función en la acción de cualquier entidad estatal, asunto que, en el estado actual de diversidad de formas y métodos de acción del Estado, no es preciso. Habrá de recordarse que la función administrativa en su noción más básica expresa la forma que asume el poder del Estado para el logro de los diversos cometidos estatales; de esta manera, si en la actividad contractual de las ESP no hay ejercicio de poder, sino realización de cometidos, estaremos frente a una función distinta. Con esto no quiero significar que no se apliquen postulados y criterios para el desarrollo de su trascendental actividad, pero sin duda, a los mismos no se llega por la vía del artículo 13 de la susodicha ley 1150 de 2007.

Preciso entonces que las empresas de servicios públicos domiciliarios *per se*, no ejercen funciones administrativas, y solo lo hacen cuando la Ley así lo ha dispuesto expresamente, de tal forma que sus actos y contratos, por regla general, se encuentran sometidos al régimen del derecho privado aun cuando se imponga en sus actuaciones propender y respetar los principios de la función pública en los asuntos que sean compatibles con dicho régimen, lo cual no significa, bajo ningún criterio, que dicho régimen privado desaparezca o que se exprese como manifestación de poder público, que es carente -salvo excepciones- en las actuaciones de las ESP públicas cuando contratan.

Fecha et supra,

]

José-Roberto Sáchica Méndez
Consejero de Estado

SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA DE ESTADO MARÍA ADRIANA MARÍN

SALVAMENTO DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ACEPTACIÓN DE LA OFERTA / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

[C]onsidero que el primer aspecto que debió estudiar la Sala –y que no hizo– fue determinar si con la aceptación de la oferta –suscrita por la entidad demandada– se perfeccionó o no el contrato estatal y, por lo tanto, si la pretensión de nulidad absoluta del mismo estaba correctamente formulada. En mi criterio con dicho acto –sea administrativo o civil, para este efecto no importa la naturaleza– se perfeccionó el contrato estatal, regido primordialmente por el derecho privado, porque, como lo explica extensamente la providencia, esta actuación administrativa de la entidad demandada se regía por el derecho privado, de manera que en ese sistema jurídico –no así en la Ley 80 de 1993– la “oferta” del elegido y la “aceptación” de la entidad hicieron surgir, ipso iure, el contrato, el mismo día en el que se aceptó la oferta, porque ese día se unieron las voluntades, en un acto bilateral. Así, el medio de control empleado por el demandante fue el adecuado: controversias contractuales. Y si se observa la demanda, el demandante no ejerció el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho –aunque una de las pretensiones fue la nulidad del acto de aceptación de la oferta–, como puede observarse en el proceso. [...] [D]ado que en el presente caso efectivamente hubo una decisión que, en línea con lo señalado en la sentencia de la cual me aparto, correspondió a un acto precontractual y, además fue demandado el contrato resultante de la adjudicación, considero que la acción procedente sí era la contractual ejercida por el demandante, y no la de reparación directa.

ACEPTACIÓN DE LA OFERTA / ACTO ADMINISTRATIVO / ENTIDAD PÚBLICA / FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

[D]ebo enfrentar toda la lógica del análisis que finalmente asumió la Sala, que se resume en considerar que la aceptación de una oferta no es un acto administrativo. En este sentido, independientemente del contenido de las decisiones tomadas por las entidades estatales -aparte, obviamente, de las legislativas y las jurisdiccionales-, considero que mientras las entidades públicas ejerzan la función administrativa éstas se pronuncian a través de actos administrativos, puesto que es la forma jurídicamente concebida para plasmar la voluntad de los órganos del Estado. [...] De acuerdo con lo anterior, algunas entidades descentralizadas, bien pueden llevar a cabo actividades industriales o comerciales y de gestión económica, pero ello no significa que no ejerzan también función administrativa. En este sentido, y dejando a salvo el argumento expresado en el primer numeral de esta escrito, la Sala se equivoca, profundamente, al indicar que si una entidad pública se rige por el derecho privado, en alguna de sus actuaciones administrativas, entonces sus actos son privados –civiles o mercantiles–. Esta ecuación es incorrecta, porque una cosa es el régimen jurídico-sustantivo aplicable a un tema, materia o actuación administrativa, y otra, la naturaleza de los actos en los que se materializa la decisión que adopta la Administración. [...] Adicionalmente, la circunstancia de que las decisiones de ciertas entidades estatales se sometan, materialmente, a normas de derecho privado, no se traduce en la desaparición de su naturaleza de organismos integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público, que, como tal, ejerce principalmente una función administrativa -de ejecución de la Constitución y la ley- en la toma de todas sus decisiones, las cuales deben guardar la forma de acto administrativo, instrumento de gestión administrativa por excelencia, que garantiza la posibilidad de ejercer un correcto control de la legalidad de sus actuaciones.

PRESENTACIÓN DE OFERTAS / PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE LA BUENA FE / PRINCIPIO DE IGUALDAD / PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

La sentencia de la cual me aparto, a pesar de advertir que la entidad demandada no actuó con buena fe exenta de culpa durante la invitación a presentar propuestas, y que la aceptación de la oferta que resultó seleccionada vulneró los principios de la función administrativa de igualdad, imparcialidad y transparencia, no tomó ninguna decisión relacionada con dicha actuación ni con la legalidad del contrato porque no se demostró la afectación del interés negativo del demandante [...]. Es decir que, a pesar de advertirse una actuación ilegal de la administración, por considerarse en la sentencia que la decisión de adjudicación no constituyó un acto administrativo, dicha ilegalidad no tuvo consecuencia alguna, porque no se probaron los perjuicios por parte del demandante. Es lamentable llegar a esa conclusión –que la decisión fue irregular– y que no se haya protegido al demandante, y adicionalmente al ordenamiento jurídico, para corregir la conducta de la Administración.

ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / TÉRMINO PARA EJERCER EL MEDIO DE CONTROL / PRINCIPIO DE EFICACIA / PRINCIPIO DE ECONOMÍA / PRINCIPIO DE CELERIDAD

[C]onsidero que la posición adoptada por la Sala en realidad desconoce, en relación con la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y sus actos precontractuales, principios de la función administrativa como los de eficacia, economía y celeridad, al admitir que los afectados en procesos de contratación adelantados por dichas entidades excluidas de la Ley 80 de 1993, tienen dos años para demandar, cuando pretendan reclamar por decisiones que se hayan tomado en el ámbito de los procesos de selección de contratistas que adelantan esas entidades. Mientras que las entidades sometidas a la Ley 80, que adjudican, sin lugar a dudas, a través de actos administrativos, gozan de la seguridad jurídica que les brinda el término de 4 meses, para que tales actos sean demandados por quienes resulten inconformes con la decisión. Si lo que se busca al excluir a esas entidades de la aplicación de la Ley 80 es brindarles más competitividad en el mercado, más agilidad en sus actuaciones, no se ve en qué las afecta afirmar que sus decisiones se toman a través de actos administrativos, si, finalmente, en la medida en que provoquen inconformidad y controversia, serán demandadas –como lo hacen los particulares entre sí–, caso en el cual resulta más preciso el cuestionamiento de sus actuaciones, si se enmarcan dentro de la teoría del acto administrativo, como debe ser, en tanto quien actúa y decide en tales casos, finalmente, es la Administración Pública, el Estado, a través de uno de sus órganos administrativos, por más que este último esté ejerciendo una actividad industrial o comercial.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003)

Actor: VIGÍAS DE COLOMBIA SRL LIMITADA Y GRANADINA DE VIGILANCIA

Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

SALVAMENTO DE VOTO

A continuación consigno las razones que me llevaron a apartarme de la decisión de la Sala en el proceso de la referencia y por las cuales adhiero al salvamento de voto presentado por el magistrado Martín Bermúdez Muñoz, en el cual se exponen ampliamente los argumentos que comparto, conforme a los cuales *“las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter estatal profieren actos jurídicos, sujetos al derecho privado y a los principios de la función administrativa y la gestión fiscal y, por tanto, el medio de control procedente para obtener la reparación de los perjuicios que causen tales actos, que deberían ser expedidos con las formalidades propias de los actos administrativos, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de reparación directa, como se concluye en la unificación”*.

1. En la sentencia de la cual me aparto la Sala decidió unificar su jurisprudencia en relación con la naturaleza jurídica de los actos proferidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en la etapa anterior a la celebración del contrato y el control de esta actividad ante la Jurisdicción Contencioso- Administrativa y, especialmente, dispuso unificarla en los siguientes términos:

- *Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa.*
- *Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa.*

Según la Sala, dado que, de acuerdo con la Ley 142 de 1994 (art. 32), los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios se rigen por las normas de derecho privado salvo las excepciones expresamente consagradas en la referida ley, ellas no pueden proferir actos administrativos, pues *“(…) en virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho”*.

Por lo tanto, estimó, con base en lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142, que *“(..) salvo los puntuales casos previstos en la Ley en los que se entiende pueden proferirse actos administrativos, los actos jurídicos precontractuales y los contractuales emitidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no pueden estimarse como tales”*.

Y, como consecuencia de lo anterior, concluyó que la controversia surgida de la decisión demandada en el *sub-lite*, por medio de la cual la entidad *“aceptó una oferta”* -dentro de un procedimiento de selección de contratistas-, al ser esta manifestación un mero acto precontractual, que no acto administrativo, *“(..) la acción idónea para estudiar esta controversia correspondía a la reparación directa, contemplada en el artículo 86 del CCA”*, ya que según la redacción de esta norma, *“(..) la acción (medio de control) de reparación directa no se circunscribe a controversias que encuentren causa en hechos, omisiones y operaciones administrativas, sino que se extiende a “cualquier otra causa” lo que refuerza desde el derecho positivo nacional el carácter integrador de esta acción”*, y porque además se trataba de un evento de responsabilidad precontractual, que se encuadra dentro de la categoría de la responsabilidad extracontractual, por lo que el demandante debió ejercer la acción de reparación directa, no para controvertir la legalidad de la decisión de carácter precontractual que se rige por el derecho privado, *“(..) sino para alegar el, o los daños que se derivarían de ella y solicitar los perjuicios correspondientes”*.

Teniendo como referencia las anteriores ideas centrales de la providencia, considero que el primer aspecto que debió estudiar la Sala –y que no hizo– fue determinar si con la aceptación de la oferta –suscrita por la entidad demandada– se perfeccionó o no el contrato estatal y, por lo tanto, si la pretensión de nulidad absoluta del mismo estaba correctamente formulada.

En mi criterio con dicho acto –sea administrativo o civil, para este efecto no importa la naturaleza– se perfeccionó el contrato estatal, regido primordialmente por el derecho privado, porque, como lo explica extensamente la providencia, esta actuación administrativa de la entidad demandada se regía por el derecho privado, de manera que en ese sistema jurídico –no así en la Ley 80 de 1993– la “oferta” del elegido y la “aceptación” de la entidad hicieron surgir, *ipso iure*, el contrato, el mismo día en el que se aceptó la oferta, porque ese día se unieron las voluntades, en un acto bilateral. Así, el medio de control empleado por el demandante fue el adecuado: controversias contractuales. Y si se observa la demanda, el demandante no ejerció el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho –aunque una de las pretensiones fue la nulidad del acto de aceptación de la oferta–, como puede observarse en el proceso.

Planteo lo anterior, porque en lugar de cuestionarse la naturaleza jurídica del acto que aceptó la oferta, proferido por la entidad estatal –administrativo o civil–, ha debido debatirse si se trataba de un acto unilateral o si en ese momento había surgido un contrato –acto bilateral–. No hay duda de que, en el régimen contractual de derecho privado, los contratos

existen en el instante en el que concurren la “oferta” y la “aceptación”, así que, tratándose de entidades públicas sometidas al derecho privado –más los principios de la función administrativa–, en ese momento también surge el negocio jurídico y, en el caso concreto, eso debió prevalecer, y regir de allí en adelante la discusión sustantiva y procesal de este caso.

Esto significa que, existiendo contrato estatal, de conformidad con la ley procesal vigente cuando se presentó la demanda -CCA, con la modificación introducida por la Ley 446 de 1998- era necesario demandar su validez, como acertadamente lo hizo el demandante, y pedir su nulidad, en este evento sobre la base de la ilegalidad del acto precontractual, sin importar para la acción de controversias contractuales si ese acto es administrativo o civil.

Para no dar nada por sobre entendido, y menos en este proceso de unificación de jurisprudencia, lo anterior implica que la Sala no asumió el caso como una controversia contractual pura y, en su lugar, la enfocó como un problema de nulidad y restablecimiento del derecho de actos administrativos precontractuales, cuando la ley procesal del momento establecía –lo que, además, se conserva en el CPACA– que la nulidad el acto previo, una vez se ha suscrito un contrato, es solo un presupuesto necesario, inevitable, para pedir la nulidad del contrato.

2. El anterior planteamiento debería concluir cualquier debate que se pueda dar, porque refleja el error integral de la providencia. No obstante, también debo enfrentar toda la lógica del análisis que finalmente asumió la Sala, que se resume en considerar que la aceptación de una oferta no es un acto administrativo. En este sentido, independientemente del contenido de las decisiones tomadas por las entidades estatales -aparte, obviamente, de las legislativas y las jurisdiccionales-, considero que mientras las entidades públicas ejerzan la función administrativa éstas se pronuncian a través de actos administrativos, puesto que es la forma jurídicamente concebida para plasmar la voluntad de los órganos del Estado.

El artículo 1º de la Ley 489 de 1998 –ley de la organización administrativa del Estado-, establece que su objeto es regular “(...) *el ejercicio de la función administrativa, determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública*”. Y el artículo 2º, que determina el ámbito de aplicación de la ley, dispone que “(...) *se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas*”.

De acuerdo con lo anterior, algunas entidades descentralizadas, bien pueden llevar a cabo actividades industriales o comerciales y de gestión económica, pero ello no significa que no ejerzan también función administrativa.

En este sentido, y dejando a salvo el argumento expresado en el primer numeral de esta escrito, la Sala se equivoca, profundamente, al indicar que si una entidad pública se rige por el derecho privado, en alguna de sus actuaciones administrativas, entonces sus actos son privados –civiles o mercantiles–. Esta ecuación es incorrecta, porque una cosa es el régimen jurídico-sustantivo aplicable a un tema, materia o actuación administrativa, y otra, la naturaleza de los actos en los que se materializa la decisión que adopta la Administración. Para la Sala, *“la aplicación del derecho privado solo se puede hacer por medio de actos privados”* y *“la aplicación del derecho administrativo solo se puede hacer por medio de actos administrativos”*⁹⁶. Se trata de un error, con efectos negativos para las garantías de los ciudadanos.

El desacierto de ese razonamiento –es decir, la equivalencia referenciada– ya lo había cometido la Sección Tercera, a propósito de otros dos aspectos jurídicos cercanos al que hora se debatió, cuando a finales de los años 90 y primeros años del 2000 consideró: i) que si un contrato se rige por derecho privado su naturaleza es civil o comercial, y ii) que si la Administración aplica derecho privado a una decisión o a una actuación administrativa, el juez de la controversia es el ordinario.

Las dos tesis fueron modificadas muy pronto, por la misma Sección. La primera se superó entendiendo que una cosa es el régimen jurídico-sustantivo de los contratos y otra su naturaleza jurídica, por lo tanto, el contrato que se celebra es “estatal”, aunque su fuente normativa sea el Código Civil o el de Comercio. De esta manera se corrigió el primer error histórico: pensar que el régimen sustantivo del contrato transforma la naturaleza de los negocios que celebra el Estado. Finalmente, se concluyó que el contrato es “estatal”, aunque se rija por el derecho privado.

La segunda tesis, enseñaba que una cosa era el derecho sustantivo aplicable al contrato y otra el juez o la jurisdicción de las controversias. Inicialmente se creyó que, si un contrato se regía sustantivamente por el derecho privado, el juez, en consecuencia, era el ordinario. La Sección Tercera, en vigencia del CCA, comprendió pronto que el juez de una conducta, acto o contrato es el que disponga el legislador, en la ley procesal, que bien puede establecer que a un acto o a un contrato se le aplique el derecho privado, pero su juez sea el administrativo, o a la inversa. En consecuencia, finalmente se instituyó como jurisprudencia que los actos y los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, y de los hospitales públicos, y de cualquiera otra entidad estatal regida por el

⁹⁶ José Roberto Dromi explica que el régimen jurídico aplicable al acto no afecta la naturaleza administrativa del mismo: *“3) Públicos o privados? Los efectos jurídicos resultan primordialmente del derecho público. El derecho privado se aplica a algunos elementos del acto administrativo y solo por excepción. Es impropia la distinción entre actos estatales de derecho privado y actos de derecho público, entre actos civiles de la Administración y actos administrativos (dictados en ejercicio de una potestad pública)...El acto no deja de ser administrativo porque sus efectos excepcionalmente puedan ser comprendidos en el marco del derecho privado”*.

derecho privado, era la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aunque se rigieran por el derecho privado. Las dos tesis adquirieron estabilidad.

La base conceptual que reside en los anteriores razonamientos indica que el régimen sustantivo aplicable a una materia o actuación administrativa no afecta la naturaleza de las decisiones, ni al juez; y ahora debería decirse que tampoco a los contratos. En estos términos, el tema quedó adecuadamente superado, esclarecido el error original del razonamiento, y hoy se conserva intacto, salvo que el legislador lo modifique, en ejercicio de su libertad de configuración del ordenamiento jurídico.

Lo que sucede ahora –en el caso frente al cual salvo mi voto–, es una réplica o reiteración idéntica del mismo fenómeno, solo que ahora se encuentra comprometida la naturaleza de los “actos unilaterales” de las entidades públicas regidas por el derecho privado. Como en el pasado, la Sección Tercera nuevamente incurrió en el error –dos veces superado– de creer que si en un acto se aplica el derecho privado eso lo hace civil o mercantil.

Me parece claro que una cosa es el régimen sustantivo que debe aplicarse a una decisión administrativa y otra la naturaleza del acto que contiene la decisión. Hasta nuestras sentencias adolecen de lo mismo: se juzgan contratos regidos por derecho privado y también contratos regidos por la Ley 80, pero la decisión contenida en la sentencia sigue siendo una sentencia.

Apelando a la historia de la Sección Tercera, en mi criterio, y también en el de la doctrina de los actos administrativos, en Colombia lo que define al acto administrativo no es el régimen jurídico-sustantivo de la materia sobre la cual decide la Administración, sino que lo es el hecho de que la decisión que se adopte se ajuste a una noción o idea de lo que es un acto administrativo –noción compartida por la doctrina y la jurisprudencia–, que por cierto es la siguiente: declaración de voluntad, unilateral, proferida por una entidad estatal o por un particular, en ejercicio de las funciones administrativa, de control o electoral, y que produce efectos jurídicos.

Cualquier decisión de la Administración que cumpla con los elementos de esa noción es un acto administrativo, bien que la adopte el Estado o un particular. Y en la noción propuesta –obsérvese muy bien– el régimen jurídico-sustantivo de la materia no es criterio o elemento de diferenciación entre lo que es y no es un acto administrativo.

Nuevamente, para no dar nada por sobre entendido, permítaseme reiterar que antes no se había sugerido que para que un acto sea “administrativo” deba aplicarse a la materia el derecho público. La noción propuesta antes –que universalmente aplica esta Corporación cuando necesita definir la naturaleza de los actos unilaterales de la Administración–, no incluye como elemento para diferenciar un acto administrativo el régimen jurídico aplicable

al tema objeto de la decisión. En consecuencia, el método para identificar actos administrativos es el siguiente:

i) Primero, se debe verificar que se esté ante una “*declaración de voluntad*”. Así que, si se trata de un *hecho*, de la naturaleza o humano –o inclusive de la inmensa mayoría de las omisiones–, no será un acto administrativo, por este solo aspecto, porque todo acto administrativo es una declaración de voluntad, sobre lo que quiere o desea la Administración.

ii) Segundo, solo si el anterior requisito se cumple, ahora se debe verificar si la declaración de voluntad es “*unilateral*”, porque solo las decisiones unilaterales son actos administrativos; si la decisión es bilateral –como sucede con los contratos, y en general con todo tipo de acuerdos de voluntad– tampoco será un acto administrativo.

iii) Tercero, la declaración unilateral de voluntad debe ser “*proferida por una entidad estatal o por un particular*”; lo que significa que los actos administrativos no los expide exclusivamente el Estado.

iv) Cuarto, la declaración unilateral de la voluntad que expide la entidad estatal o el particular debe manifestarse en el contexto del “*ejercicio de las funciones administrativa, de control o electoral*”. Si una entidad estatal o un particular ejerce alguna de estas funciones públicas, sus declaraciones unilaterales de voluntad son actos administrativos, de ninguna manera sentencias, leyes o actos legislativos, y ni siquiera actos civiles o comerciales, porque se está ejerciendo funciones públicas.

v) Quinto, no es suficiente cumplir los cuatro requisitos anteriores, aún es necesario verificar que la declaración de voluntad “*produzca efectos jurídicos*”. Si la decisión tiene la capacidad de vincular u obligar, finamente se tratará de un acto administrativo.

Aplicadas estas ideas al caso juzgado, ya es más evidente que el régimen jurídico-sustantivo que se aplique a una materia o a una actuación del Estado –o de los particulares– no es el aspecto que caracteriza y distingue a los actos administrativos. Ninguno de los elementos de la noción citada –que esta jurisdicción aplica desde hace dos siglos– distingue al acto administrativo por el hecho de aplicar el derecho administrativo o el derecho privado. Este aspecto incide en el contenido del derecho que deben aplicar, pero no en la naturaleza del acto que contiene la decisión. La Sala Plena confundió esto.

De admitirse la tesis de la Sala, queda en duda, inclusive, la naturaleza de muchas decisiones de la Administración, por ejemplo: i) de los actos precontractuales y contractuales de las entidades regidas por la Ley 80 de 1993, porque según el inciso primero del artículo 13, la actividad contractual se rige por el derecho privado, como regla general, salvo en lo particularmente regulado en ella. Dispone la norma: “*Los contratos que*

celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley". Es claro que la Sala no llegaría a esa conclusión, pero la lógica del análisis empleado para las entidades excluidas de la Ley 80 tendría que llevarla a sostener esto.

De otro lado, ii) ¿qué naturaleza tienen las decisiones de la Administración, en los casos en los que aplica derecho privado laboral a los servidores públicos, por ejemplo, la Ley 100 de 1993? La decisión de la cual me aparto diría que no son actos administrativos, lo que me parece insostenible.

En otro sentido, iii) el ICBF aplica frecuentemente normas de derecho de familia a sus decisiones, así que para la tesis de la Sala tampoco serían actos administrativos, porque no aplican normas administrativas. Esto también es insostenible.

Adicionalmente, la circunstancia de que las decisiones de ciertas entidades estatales se sometan, materialmente, a normas de derecho privado, no se traduce en la desaparición de su naturaleza de organismos integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público, que, como tal, ejerce principalmente una función administrativa⁹⁷ -de ejecución de la Constitución y la ley- en la toma de todas sus decisiones, las cuales deben guardar la forma de acto administrativo, instrumento de gestión administrativa por excelencia, que garantiza la posibilidad de ejercer un correcto control de la legalidad de sus actuaciones.

Las entidades estatales no dejan de serlo porque en sus actuaciones deban aplicarse normas de derecho privado; ellas conservan su razón de ser y la justificación de su existencia, fundada en la satisfacción, de manera directa o indirecta, del interés general y utilizan para ello recursos públicos, por lo que, al tomar decisiones no pueden actuar de manera idéntica a los particulares, puesto que no lo son, y deben hacerlo por el cauce dispuesto para ello, que no es otro que el de la expedición de actos administrativos.

El error de la Sala no se agota en lo anotado hasta ahora. La providencia añade que las autoridades públicas solo expiden actos administrativos cuando la ley lo disponga, como lo impone el principio de legalidad de la actuación administrativa. En mi criterio, cuando se predica que las competencias de las autoridades administrativas deben ser expresamente atribuidas por la Constitución o la ley, lo que esto significa es que ellas sólo pueden expedir actos administrativos cuyo contenido corresponda a decisiones ajustadas al régimen jurídico al que se hallan sometidas, sea este de derecho público o de derecho privado. Pero siempre que sean autorizadas para actuar, sujetas a determinada normatividad, su actuación debe estar debidamente plasmada en un acto administrativo -no se puede

⁹⁷ Como bien lo dice la Constitución Política -art. 209-, la función administrativa se desarrolla, entre otros, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

confundir el contenido con el continente- sujeto, por lo tanto, al respectivo control judicial de su legalidad, el cual deberá tener en cuenta, en todo caso, la normatividad a la que se hallaba sometida dicha decisión y resolver, con fundamento en la misma, sobre la validez del acto. Por el contrario, expresa la providencia:

59. Esta Sala acogerá la última postura y, como sustento, estima oportuno precisar que, en virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho.

Esta idea es inaceptable, porque no es cierto que para producir actos administrativos se requiera habilitación legal previa que lo autorice de esa manera. Como se acaba de indicar, lo que expresó la Sala le aplica pero a la “asignación de competencias” de las autoridades administrativas, por eso se trata del “principio de legalidad” de las actuaciones, es decir, de la asignación de competencias, no de la naturaleza de los actos y decisiones en los que se materialicen esas competencias. El artículo 121 de la Constitución Política es claro al regularlo: “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”. De esta norma no se desprende –parodiándola– algo así como que “ninguna autoridad del Estado podrá expedir actos administrativos distintos de los que le atribuyen la Constitución y la ley”, porque la disposición no se debe alterar de la manera como finalmente lo hizo la Sala.

Lo más complejo es que de admitirse la tesis, no solo el acto de elección de un contratista de una entidad excluida de la Ley 80 de 1993 no sería un acto administrativo, sino tampoco el de cualquier otro evento donde la ley no disponga, expresamente, que la entidad estatal adopta la decisión con la naturaleza de acto administrativo.

Para ejemplificarlo mejor, basta leer el artículo 30.9 de la Ley 80 de 1993, que dispone que los procedimientos de licitación se deben adjudicar o declarar desiertos, sin disponer que ambas decisiones se adopten mediante acto administrativo, de manera que se tendría que concluir que tampoco lo son. Dispone la norma citada:

9o. Los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato se señalarán en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía.

El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan.

Dentro del mismo término de adjudicación, podrá declararse desierta la licitación conforme a lo previsto en este estatuto.

Definitivamente, no es cierto que la ley deba nominar la naturaleza de cada una de las decisiones que adopta la Administración, carga insostenible e injustificable para el

legislador. A la ley no puede exigírsele semejante precisión, y si acaso lo hace, ese caso puntual será útil para el sistema jurídico, para evitar debates, pero de no hacerlo -que es lo usual-, al operador jurídico, incluido el juez, le corresponde definir la naturaleza de las decisiones, como lo ha hecho desde hace siglos.

Si los ejemplos se extienden a otras materias, se concluirá que prácticamente en ningún caso la ley dispone que la decisión que se adopte sea un acto administrativo: basta leer la ley de ordenación urbanística –Ley 388–, o las leyes laborales administrativas, o la ley de infancia y adolescencia, entre muchísimas otras, en las que la ley se limita a asignar competencias, a establecer procedimientos, pero de ninguna manera a calificar cada decisión como un acto administrativo o civil.

Además, cuando se remite la regulación de ciertas actuaciones estatales a las normas de derecho privado, se presenta una mezcla de regímenes, puesto que no desaparece en forma absoluta el público, en cuanto tratándose de una entidad estatal, sigue sometida a normas de derecho público, como las atinentes al ejercicio de las competencias legalmente atribuidas, las disposiciones presupuestales y fiscales, los principios generales de la función administrativa, etc. etc., y sigue rigiendo la forma de su actuación -acto administrativo-, combinada con el contenido material de la decisión, sujeto a las disposiciones civiles y mercantiles objeto de la remisión, caso en el cual, en materia de contratación, no tendrán que aplicar los procedimientos de selección de contratistas establecidos en el Estatuto de Contratación Estatal, ni tendrán los poderes excepcionales que, para los contratos regidos por el mismo, ha dispuesto el legislador, ni deberán aplicar las otras disposiciones de dicho estatuto, pues sólo se regirán por las normas de derecho privado.

Es claro entonces que, cuando una norma establece que los actos de una determinada clase de entidades estatales -como, en el presente caso, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios- se regirán por las normas del derecho privado, no está prohibiendo que ellas expidan actos administrativos, simplemente está remitiendo, en cuanto al contenido de sus decisiones, a las normas sustanciales del Código Civil y del Código de Comercio, que son las que deban orientar la actuación de la administración, plasmada en el respectivo acto administrativo.

Es así como se entiende, por ejemplo, que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, haya establecido que las entidades estatales que, por disposición legal, cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deban aplicar en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa.

Se trata, a mi juicio, del reconocimiento de la subsistencia del ejercicio de la función administrativa, reflejado en la expedición de actos administrativos, inclusive, en aquellos

eventos en los cuales las actuaciones de las entidades, desde el punto de vista material o de su contenido, hayan sido remitidas a normas de derecho común.

Desafortunadamente, los efectos de la tesis de la Sala no se quedan en un simple cambio de naturaleza de los actos que expide el Estado cuando se rige por el derecho privado. Hay que tener en cuenta que sólo en la medida en que una decisión de la administración corresponda a un acto administrativo será posible dar cabal cumplimiento al mandato constitucional de respeto de los principios de la función administrativa, establecidos como garantía para todos los asociados, frente al ejercicio del Poder Público radicado en cabeza de las entidades estatales, en virtud de su misma naturaleza.

Efectivamente, “desclasificar” la naturaleza de un acto administrativo, para denominarlo civil o privado, tiene implicaciones de gran envergadura para el Estado de derecho, específicamente para el control a la Administración, efecto que, inclusive, se materializó en el caso objeto de este. Se trata del hecho de que la historia del derecho administrativo denominó a las decisiones de la Administración de esta manera, entre otras razones y finalidades, para crear una técnica de control especial, diferenciada de los particulares, y ajustada a la naturaleza de las entidades públicas. De esta manera, al “acto administrativo” lo acompañó una idea de control judicial especial, no solo a cargo de una jurisdicción también especial, sino con una técnica de control propia. La desviación de poder, falsa motivación, ausencia de motivación, falta de competencia para tomar la decisión, expedición en forma irregular, entre otras técnicas especiales de control al acto administrativo, se desvanecen cuando una decisión deja de ser un acto administrativo, aunque sea una decisión de la Administración.

En el mismo sentido, si la decisión ya no es un acto administrativo, deja de ser objeto de control a través de los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, porque a ellos solo se someten “actos administrativos”, como lo establecía el CCA, y hoy el CPACA. La mutación de la naturaleza de los actos –de administrativos a privados– impacta severa y negativamente el control judicial a la Administración, porque automáticamente esos “actos civiles o comerciales” de la Administración adquieren inmunidad total frente a los medios de control indicados, porque los repele.

Conservando la inspiración que Eduardo García de Enterría expresó en su texto sobre la *Lucha contra las inmunidades del poder*, no puedo menos que lamentar que con esta decisión, de la cual me aparté, se instale un reducto de inmunidades nuevas en favor de la Administración, en una época donde se requiere controlar más y mejor, por el abuso del poder y por la corrupción que agobia al país.

La “desclasificación” de los actos administrativos también impacta la aplicación efectiva de los principios constitucionales, y específicamente los de la función administrativa, a pesar de que la Ley 1150 de 2007, artículo 13, ordenó que en la contratación de las entidades

estatales excluidas de la Ley 80 también se aplicarían. Calificar las decisiones como actos civiles o mercantiles facilita la exclusión soterrada de la aplicación fuerte de estos principios, y con ello la intensidad de la motivación de la decisión, la impugnabilidad, la igualdad de trato, y los demás valores políticos y sociales.

Todos estos efectos están latentes, detrás, de la clasificación equivocada sobre la naturaleza de las decisiones de la Administración; no se trata de un simple ejercicio lógico, ni teórico -que, además, en mi criterio no fue acertado, sino que la Sala ha expuesto a la Administración y al Derecho al riesgo de perder las conquistas que se ganaron hace tiempo. El error de la Sala se proyecta sobre el aspecto que se analizará a continuación.

3. La sentencia de la cual me aparto, a pesar de advertir que la entidad demandada no actuó con buena fe exenta de culpa durante la invitación a presentar propuestas, y que la aceptación de la oferta que resultó seleccionada vulneró los principios de la función administrativa de igualdad, imparcialidad y transparencia, no tomó ninguna decisión relacionada con dicha actuación ni con la legalidad del contrato porque no se demostró la afectación del interés negativo del demandante, por considerar que *“incluso si se verificara una actuación irregular de la EAAB, las demandantes tenían la carga de probar que ello tuvo un efecto adverso en su patrimonio, habida cuenta de que, también en la etapa precontractual, “si a pesar del comportamiento del acusado no se generó un perjuicio o una afectación dañina, simplemente, no hay lugar a la reparación reclamada”.*

Es decir que, a pesar de advertirse una actuación ilegal de la administración, por considerarse en la sentencia que la decisión de adjudicación no constituyó un acto administrativo, dicha ilegalidad no tuvo consecuencia alguna, porque no se probaron los perjuicios por parte del demandante. Es lamentable llegar a esa conclusión –que la decisión fue irregular– y que no se haya protegido al demandante, y adicionalmente al ordenamiento jurídico, para corregir la conducta de la Administración.

De haber admitido que se trató de un verdadero acto administrativo, cabría, en primer lugar, la posibilidad de suspenderlo y así evitar la ejecución de una decisión eventualmente ilegal; así mismo, en el presente proceso, habría procedido la declaratoria de su nulidad y, por ende, de la nulidad absoluta del contrato resultante de la decisión viciada, lo cual, independientemente de las consecuencias indemnizatorias que se hubieran podido derivar o no, constituiría el exacto cumplimiento de la función encomendada a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, consistente en efectuar el control de la legalidad de las actuaciones de la Administración Pública que, de contera, puede dar lugar a otras consecuencias de índole disciplinaria, patrimonial, fiscal, etc., pero que, con la decisión de unificación jurisprudencial de la cual me aparto, quedan en entredicho, al menos en relación con las entidades públicas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

La tesis de la Sala no deja de incurrir en inconsistencias graves –inevitables en mi criterio–, porque, de un lado, sostiene que como la decisión demandada no es un acto administrativo entonces no procede discutir o examinar su legalidad, sino solo los daños producidos. Expresó la Sala: “... *por tratarse de una decisión de carácter precontractual y que se rige por el derecho privado, le correspondía emplear la acción de reparación directa, no para controvertir su legalidad, sino para alegar el, o los daños que se derivarían de ella y solicitar los perjuicios correspondientes*”.

Si esta fue la conclusión, inevitable, por cierto –por el camino que eligió la sentencia–, no se entiende por qué finalmente sí se analizó la legalidad de la decisión, así no se tratara de un acto administrativo. Inclusive, se concluyó que la decisión violó la Constitución Política, la ley y el reglamento interno de contratación de la entidad demandada.

Lo que sucedió fue que la Sala no pudo escapar de la contradicción lógica y material en la que incurre su tesis, y a la que conduce la manera de aplicarla –en este caso y en el futuro–, pues el juez nunca podrá ordenar que se indemnice o no al demandante de un acto de “aceptación de oferta”, sin haber concluido que la decisión es legal o ilegal, por violar alguna norma o parámetro de actuación. En esto, precisamente, consiste el estudio de validez que se hace en un juicio de nulidad y restablecimiento de derecho. Y la Sala, en este caso, hizo el mismo análisis, y llegó a las mismas conclusiones que se producen en un juicio de validez: que la entidad demandada vulneró el ordenamiento aplicable al procedimiento de contratación⁹⁸.

Lo lamentable es que, pese a la ilegalidad advertida, el acto juzgado fue reprochado, pero ninguna medida se tomó. Como la Sala estudió el tema como si se tratara de una acción de reparación directa, a continuación se concentró en examinar si produjo daños al demandante. Se concluyó que no se demostraron, porque pese a las irregularidades de la invitación a presentar oferta, a su ambigüedad, a la subjetividad con la que la demandada pudo elegir la mejor oferta, “... *la demandante no probó que las contradicciones de la EAAB hubieran trascendido y afectado su esfera patrimonial*”.

La anterior conclusión no es lógica, porque si en la invitación a contratar había contradicciones, subjetividad y otras irregularidades descritas en la sentencia, la Sala ha debido establecer, con su autoridad y conocimiento, cuál era la interpretación y aplicación correcta de los términos de esa invitación pública, para definir cómo se debía entender y aplicar, y deducir quién debió ser el elegido en el procedimiento de contratación. De haberlo hecho hubiera establecido quién debió ocupar el primer lugar, con lo cual el daño quedaba acreditado, pues si el demandante debió ocuparlo, entonces la privación le habría producido

⁹⁸ Explica la providencia, sobre las irregularidades observadas en la actuación administrativa: “112. Para la Sala es evidente que la EAAB incurrió en irregularidades en el proceso de selección y de aceptación de la oferta, porque calificó y aceptó una oferta a partir de unas reglas de juego que resultaban equívocas para los sujetos interesadas en el proceso de selección”.

una pérdida económica, evidente. La Sala tampoco hizo el estudio jurídico que le correspondía.

4. De otro lado, considero que la posición adoptada por la Sala en realidad desconoce, en relación con la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y sus actos precontractuales, principios de la función administrativa como los de eficacia, economía y celeridad, al admitir que los afectados en procesos de contratación adelantados por dichas entidades excluidas de la Ley 80 de 1993, tienen dos años para demandar, cuando pretendan reclamar por decisiones que se hayan tomado en el ámbito de los procesos de selección de contratistas que adelantan esas entidades.

Mientras que las entidades sometidas a la Ley 80, que adjudican, sin lugar a dudas, a través de actos administrativos, gozan de la seguridad jurídica que les brinda el término de 4 meses, para que tales actos sean demandados por quienes resulten inconformes con la decisión.

Si lo que se busca al excluir a esas entidades de la aplicación de la Ley 80 es brindarles más competitividad en el mercado, más agilidad en sus actuaciones, no se ve en qué las afecta afirmar que sus decisiones se toman a través de actos administrativos, si, finalmente, en la medida en que provoquen inconformidad y controversia, serán demandadas –como lo hacen los particulares entre sí–, caso en el cual resulta más preciso el cuestionamiento de sus actuaciones, si se enmarcan dentro de la teoría del acto administrativo, como debe ser, en tanto quien actúa y decide en tales casos, finalmente, es la Administración Pública, el Estado, a través de uno de sus órganos administrativos, por más que este último esté ejerciendo una actividad industrial o comercial.

En todo caso, la elección que hizo la Sala de admitir que se controvertan los actos precontractuales a través del medio de control de reparación directa también es objetable desde el punto de vista del argumento que empleó para justificarlo. Concretamente, el hecho de que en el derecho privado, en el sector privado, y concretamente en la jurisdicción ordinaria –Corte Suprema de Justicia–, la actividad precontractual sea una manifestación típica de la responsabilidad extracontractual –porque no hay contrato que vincule a las partes que debaten–; no significa que en el derecho público, en el sector público, y concretamente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo –Consejo de Estado–, deba ser de la misma manera, por una razón que me parece clara: mientras que en el derecho privado la división entre lo contractual y lo extracontractual es natural, dura y más pura; en el derecho público la existencia de “procedimientos administrativos” previos a adoptar una decisión –incluida la elección de un contratista, pero también el nombramiento en un cargo o empleo público, el otorgamiento de una licencia ambiental, de un permiso, la imposición de una sanción, u otra decisión– normalmente intermedia en esa distinción, modificando sustancialmente la comprensión y la lógica de la actividad privada.

Por lo tanto, la existencia de “procedimientos administrativos” previos a la adopción de una decisión –como la selección del contratista de la entidad estatal regida por derecho privado y por los principios de la función administrativa, sumado al reglamento interno de contratación– impide entender la relación que surge entre los participantes en el procedimiento y las entidades estatales como extracontractual, tan propia del derecho privado, y en cambio se entiende en la forma como hasta hoy la ha entendido y administrado adecuadamente el derecho público.

Por esta razón, los procedimientos administrativos no son una manifestación de lo extracontractual, del ciudadano con la Administración, sino de una relación legal o reglamentaria autónoma –ni contractual ni extracontractual–, simplemente autónoma, atendiendo a las características propias del derecho administrativo y de la manera como actúa el Estado –aunque la materia concreta se rija por derecho privado–.

5. Adicionalmente, en la perspectiva del tema anterior, la decisión de la cual me aparto reivindica el interés de la Constitución y de la ley para dar igual trato a las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios estatales y privadas, razón que justifica la resistencia a tratar bajo las normas y criterios del derecho público los actos precontractuales de dichas entidades. En esa lógica, entonces, la interpretación del artículo 104 de la Ley 1437 se debería entender como un desarrollo de esa motivación.

Lo que nos pone de nuevo en los problemas de competencia planteados durante los años que siguieron a la expedición de la Ley 142, que pretendió solucionar la Ley 1150, pero a la que vuelve el CPACA, para dar sentido, desde esa lógica, a los contratos regidos por el derecho privado, que, según la Sala, excluyen la posibilidad de expedir actos administrativos, a menos que la misma ley los autorice.

Más aún, de acuerdo con la sentencia de unificación, las controversias sobre los actos precontractuales de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios no constituyen asuntos relativos a contratos, porque, de ser así, la acción procedente sería la contractual, que permitiría, por esa vía, conocer de la nulidad del contrato; sin embargo, en la sentencia se afirma que *“la decisión de “Aceptación de oferta” es un acto privado, entendimiento que imposibilita adelantar un juicio de nulidad de un acto administrativo y la consecuente nulidad absoluta del contrato”*, en razón a que esa nulidad contractual se fundamenta en la nulidad de una decisión que, según la sentencia de unificación, no constituye un acto administrativo.

6. Finalmente, advierto que, en la sentencia se optó por considerar que la acción procedente era la de reparación directa, puesto que el artículo 86 del CCA *“(…) no se circunscribe a controversias que encuentren causa en hechos, omisiones y operaciones administrativas, sino que se extiende a ‘cualquier otra causa’ lo que refuerza desde el derecho positivo nacional el carácter integrador de esta acción”*.

Al respecto, considero que esa frase, *“cualquier otra causa”*, se refiere a los eventos de ocupación de bienes inmuebles, los cuales, antes de la reforma que la Ley 446 de 1998 - art. 31- hizo a este artículo del Código Contencioso Administrativo, sólo daban lugar a reclamación por la acción de reparación directa cuando la ocupación proviniera de trabajos públicos, lo cual fue complementado por la Ley 446, para admitir la procedencia de la reclamación *“por la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa”*.

De tal manera que subsisten las causas por las cuales puede incoarse la acción de reparación directa y que corresponden a los daños provenientes de hechos, omisiones, operaciones administrativas u ocupación temporal o permanente de inmuebles, descartándose así la posibilidad de ejercer este medio de control, cuando el daño proviene de un contrato o de una decisión de la administración.

Y, dado que en el presente caso efectivamente hubo una decisión que, en línea con lo señalado en la sentencia de la cual me aparto, correspondió a un acto precontractual y, además fue demandado el contrato resultante de la adjudicación, considero que la acción procedente sí era la contractual ejercida por el demandante, y no la de reparación directa.

En los términos anteriores, dejo consignado mi salvamento de voto.

MARÍA ADRIANA MARÍN
Magistrada

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DE ESTADO MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

SALVAMENTO DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE / ETAPA PRECONTRACTUAL

[E]stimo que la posición asumida por la sentencia de unificación conduce a una contradicción evidente en la decisión del caso concreto y que, a mi modo de ver, constituye el error más grave de la decisión adoptada: si la responsabilidad precontractual de una empresa en la adjudicación del contrato se juzga con las normas del derecho privado (procedimentales y sustanciales), la decisión es opuesta a la que debe tomarse si se juzga a la luz de las normas de derecho público. A la luz del derecho privado, la empresa tiene la libertad de contratar que es propia de estas empresas: puede iniciar procesos de selección formulando invitaciones a ofertar, que no necesariamente deben ser completas, sino que pueden entenderse simplemente como una invitación a <<emprender negociaciones>>; puede, luego de iniciado el proceso de selección, decidir que no celebra el contrato; y puede contratar con cualquiera de los oferentes teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la invitación a formular oferta. Aplicando estas normas al caso concreto, la empresa realizó una <<solicitud de oferta>> y no expidió un acto jurídico asimilable a la <<adjudicación>> en el que indicara por qué razón escogió a un proponente y excluyó a otro; lo que hizo fue comunicarle la aceptación de la oferta a uno de los proponentes. Al examinar la conducta de la empresa –según las normas del derecho privado– se considera que la EAAB podía formular una <<solicitud de oferta>> fundándose en su manual de contratación que indica que ellas <<no constituyen oferta comercial y no lo obligan a celebrar el contrato correspondiente, quedando en libertad de declarar fallida o desistir unilateralmente del proceso de contratación>>; y como en este caso no se presentó una revocatoria de oferta (que es lo que en el derecho privado puede generar la obligación de pagar perjuicios), << ello excluye la posibilidad de que se hubieran ocasionado perjuicios indemnizables por este supuesto de responsabilidad precontractual >>. Si, por el contrario, juzgamos la controversia a la luz de los principios de la función administrativa (que en realidad es a la luz del derecho público), que es lo que se hace en la segunda parte de las consideraciones de la sentencia justificando el ingreso a este análisis, equivocadamente, en la obligación de obrar de <<buena fe en la etapa precontractual>>, la solución es totalmente distinta. Digo que es equivocado entrar a este examen con base en la citada norma, porque la obligación de obrar de buena fe lo único que implica en derecho privado es no desistir de las negociaciones sin ningún tipo de justificación y a sabiendas de que le causa daño a la otra parte. No implica, de ninguna manera, considerar –como aquí se hace– que al formular una invitación a presentar oferta el particular deba establecer reglas completas que lo obliguen a examinar las propuestas conforme con ellas, y a celebrar el contrato con quien las cumpla y objetivamente le presente la mejor oferta.

ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE

En la sentencia se hace un esfuerzo por estudiar, con base en normas de derecho privado, requisitos que corresponden a un proceso de selección sometido a las normas del derecho público. En vez de referirse a la obligación de adjudicar o declarar desierta la licitación luego de abrirla y de tomar esta decisión conforme con el pliego y respetando el principio de selección objetiva, alude a la <<violación del deber de lealtad y de buena fe precontractual. Establecer un <<marco de referencia>> en esas condiciones, no me parece claro, ni seguro. Implica someter

a las empresas y a quienes contratan con ellas a los lineamientos que vaya fijando la jurisprudencia para conjugar los principios de la función administrativa con las reglas del Código de Comercio.

ACEPTACIÓN DE LA OFERTA / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Un proponente vencido en un proceso de selección adelantado por una ESP sometida a la jurisdicción contencioso-administrativa por la conformación de su capital, reclama la reparación de los perjuicios sufridos porque la empresa celebró el contrato con otro proponente desconociendo las estipulaciones del pliego de condiciones y violando el manual de contratación (adoptado mediante una resolución). Alega que la empresa violó el preámbulo de la C.P. y sus artículos 29 y 209; y que <<el acto demandado>> desconoció las normas en las que debía fundarse, fue expedido en forma irregular porque no siguió las reglas de la invitación, y con desviación de poder, pues lo que verdaderamente motivó el rechazo de su oferta fue una demanda previa que el proponente había formulado contra la empresa. En las pretensiones de su demanda, que se adaptó siguiendo las órdenes del tribunal de primera instancia, el demandante solicitó la anulación del <<acto administrativo de aceptación de la oferta>>, la anulación del contrato y el pago de los perjuicios consistentes en la utilidad dejada de percibir por la no celebración del contrato. El proceso se tramitó de acuerdo con las normas del CCA para la acción de nulidad y restablecimiento; se constató la oportunidad de presentación de la demanda teniendo en cuenta <<la fecha de ejecutoria del acto administrativo demandado>>, se verificó si ya se había celebrado el contrato, y se vinculó al contratista. La Sección Tercera decide ahora que esa no es la acción adecuada y que para adelantar estas reclamaciones debe interponerse la <<acción de reparación directa>> porque mediante ella es posible obtener la reparación de perjuicios derivados de las acciones u omisiones de los agentes estatales y aquellos que se generen por cualquier causa. Estima entonces que esta acción tiene un carácter <<integrador>> y concluye que –al igual que los procesos ordinarios del Código de Procedimiento Civil- se trata de una vía procesal a través de la cual pueden tramitarse todas las controversias que no tengan previsto un trámite especial. Y deriva esta conclusión de la expresión <<por cualquier otra causa>> que está contenida en el artículo 86 del CCA y en el artículo 140 del CPACA. [...] No creo que de las normas anteriores pueda deducirse que la acción de reparación directa es la adecuada para impetrar la reparación de perjuicios causados por las entidades que provengan de cualquier causa. Estimo que la norma se refiere, o a ocupación de inmuebles por cualquier causa o a daños causados por hechos u omisiones distintos de decisiones o contratos de la administración. La jurisdicción contencioso-administrativa juzga la actividad de la Administración y tiene lo que el CPACA denomina medios de control específicos para hacerlo: juzga las decisiones frente a las normas a las que están sujetas; los contratos, conforme con sus estipulaciones y con la ley; y los hechos u omisiones, estableciendo directamente si estos causaron un daño. Y dentro de la noción del debido proceso o de la acción adecuada desarrollada en la ley y en la jurisprudencia se encuentra precisamente el derecho a ser juzgado conforme con las normas previstas por la ley procesal; esas normas están establecidas para resolver conflictos conforme con su naturaleza, por lo que establecen trámites particulares y distintos, dirigidos a que las partes puedan hacer valer adecuadamente sus derechos: no son normas integradoras.

**ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS /
RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE / RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO /
ACTO DE ADJUDICACIÓN**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca le dio aplicación a lo que consideró era la jurisprudencia vigente según la cual, aunque los actos y los contratos de estas empresas están sometidos al derecho privado en virtud de que, también por disposición de la ley, sus actuaciones están sometidas a lo dispuesto en los artículos 209 y 267 de la C.P., y su conocimiento fue adjudicado a esta jurisdicción, el acto de adjudicación de un contrato es un <<acto administrativo>> que debía ser juzgado conforme con las reglas previstas en el C.C.A., según las cuales era necesario demostrar la nulidad del <<acto de adjudicación>> y demandar la nulidad del contrato, si para el momento de la demanda este ya había sido celebrado. La anterior orientación jurisprudencial, que fue la aplicada en la sentencia de primera instancia, transmitía varios mensajes: a.- A las ESP sometidas al juzgamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa les señalaba que (i) debían establecer (de modo general o particular) términos de referencia que garanticen la igualdad en el tratamiento de los proponentes y la selección objetiva del contratista; y (ii) debían adoptar de manera expresa y fundamentada la decisión de adjudicar el contrato sujetándose a las reglas establecidas con tal objeto. [...] b.- A los proponentes les indicaba que, toda vez que la jurisdicción competente para atender su reclamación por la adjudicación indebida del contrato era la jurisdicción contencioso-administrativa, y que lo que debía determinarse era la legalidad de una decisión, debían instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro meses contados desde la comunicación de la decisión de adjudicación, en la cual tenían la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto. Esa acción les permitía a los proponentes vencidos obtener la anulación de la y solicitar la reparación de los perjuicios (utilidades que aspiraban conseguir) [...].

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003)

Actor: VIGÍAS DE COLOMBIA SRL LIMITADA Y GRANADINA DE VIGILANCIA

Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: Las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter estatal profieren actos jurídicos, sujetos al derecho privado y a los principios de la función administrativa y la gestión fiscal. Por tal razón considero que el medio de control procedente para obtener la reparación de los perjuicios que causen tales actos, que deberían ser expedidos con las formalidades propias de los actos administrativos, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no la reparación directa, como se concluye en la unificación.

Salvamento de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz

Expongo a continuación mi salvamento de voto a la sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020, y parto de considerar que la jurisdicción competente para juzgar las controversias de las empresas de servicios públicos que tengan el carácter de entidades estatales, atendiendo a la conformación de su patrimonio, es un punto que no tiene discusión. Otro aspecto indiscutible es que esas empresas <<en su actuación están sujetas a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la C.P.>>, conforme con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Precisado lo anterior, expongo las razones por las cuales no comparto la decisión adoptada en esta sentencia de unificación, en la cual la Sala optó por determinar, en relación con las empresas de servicios públicos que son juzgadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo: i) que los <<actos precontractuales>>, y particularmente, el que decide con quién se celebra el contrato, no son <<actos administrativos>>; ii) que la reclamación de los perjuicios por dicha *decisión* debe tramitarse acudiendo a la acción de <<reparación directa>>.

Considero que era necesario proferir una sentencia de unificación jurisprudencial que llenara vacíos normativos. Si la ley dispuso que los actos de estas empresas están sometidos al derecho privado, pero que deben sujetarse a los principios de la función administrativa, y no señaló cuál era el alcance de esta disposición, la jurisprudencia debía establecerlo; y si la ley estableció que estas controversias debían conocerse por la jurisdicción contencioso-administrativa, sin indicar cuál era la acción correspondiente, la jurisprudencia también debía determinarlo. Estamos frente a lagunas normativas que debe llenar la jurisprudencia, tanto en el campo procesal por mandato de los artículos 11 y 12 del CGP, como en el campo sustancial por mandato del artículo 8 de la ley 153 de 1887.

Creo también que, al adoptar esta decisión, la Sala debió tener en cuenta los efectos que ella debería generar y preguntarse, particularmente, si con su expedición en realidad se estaba contribuyendo a consolidar la *seguridad jurídica* en esta materia; estimo que la sentencia no cumplió este cometido.

4.

5. I.- La alternativa elegida en la sentencia de unificación.

1.- La Sala debía escoger entre dos posibilidades:

- i) Considerar que el resultado al que conducen las normas vigentes (someter a estas empresas a los <<*principios de la función administrativa*>> y ser juzgadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo), llevaba a determinar que estas <<*decisiones*>> debían considerarse actos administrativos y ser juzgados mediante la acción de <<*nulidad y restablecimiento*>>. Esta decisión, que a mi juicio obedece a la línea jurisprudencial vigente hasta ahora, implicaba advertir a estas empresas que están obligadas a adoptar en la etapa precontractual decisiones con los requisitos de los actos administrativos para que puedan ser juzgadas mediante la acción de <<*nulidad y restablecimiento*>>, en la cual puede solicitarse la suspensión provisional de sus efectos. Al transmitir ese mensaje, estas empresas no podrían omitir la expedición de un <<*acto de adjudicación*>>, que es precisamente lo que ocurre en este caso, donde la

empresa demandada lo único que hizo fue <<comunicarle a uno de los oferentes que con él celebraría el contrato>>.

- ii) Considerar que la empresa, al estar regida por el derecho privado, no puede expedir <<actos administrativos>> que sean materia de juzgamiento por la jurisdicción, y, por ende, el proponente vencido que estime que tiene derecho a la reparación de un perjuicio debe promover una acción de reparación directa que le permite formular tal pretensión, no solo cuando el daño provenga de un acto o una omisión de un agente estatal, sino cuando éste provenga de <<cualquier otra causa>>.

2.- La Sala escogió la segunda opción que le indica a las empresas que, tal y como lo hizo la EAAB en este caso, no deben expedir actos de adjudicación en los que motiven la decisión; que los proponentes vencidos no deben <<interponer los recursos de la vía gubernativa >> y que no tendrán cuatro meses sino dos años para reclamar perjuicios. Sin embargo, y aunque esto no está dicho expresamente en las reglas de unificación, es claro que, al escoger esta alternativa, los demandantes no podrán solicitar la <<suspensión provisional de los efectos del acto de adjudicación>>. Y, aunque en la sentencia se establece que la acción procedente es la de reparación directa, en desarrollo de la obligación de sometimiento a los <<principios de la función administrativa>> sigue siendo necesario hacer un juicio de legalidad de la <<decisión>> de la empresa, que es precisamente lo que se hace en este caso. De allí creo que debe deducirse lo siguiente: (i) podría ser aconsejable que las empresas decidieran las adjudicaciones mediante un <<acto>>, así no lo llamemos acto administrativo, para que muestren o dejen constancia de cómo se sujetaron a los principios de la función administrativa a la luz de los cuales serán juzgadas, que fue precisamente lo que no hizo la entidad demandada en este caso; y (ii) que los proponentes vencidos, así inicien una acción de reparación directa, incluyan en sus demandas el capítulo relativo a la <<violación de normas y sustento de la violación>>, que es lo que les permitirá reclamar daños por la violación de tales principios.

3.- Dicho lo anterior, estimo que la posición asumida por la sentencia de unificación conduce a una contradicción evidente en la decisión del caso concreto y que, a mi modo de ver, constituye el error más grave de la decisión adoptada: si la responsabilidad precontractual de una empresa en la adjudicación del contrato se juzga con las normas del derecho privado (procedimentales y sustanciales), la decisión es opuesta a la que debe tomarse si se juzga a la luz de las normas de derecho público.

4.- A la luz del derecho privado, la empresa tiene la *libertad de contratar* que es propia de estas empresas: puede iniciar procesos de selección formulando invitaciones a ofertar, que no necesariamente deben ser completas, sino que pueden entenderse simplemente como una invitación a <<emprender negociaciones>>; puede, luego de iniciado el proceso de selección, decidir que no celebra el contrato; y puede contratar con cualquiera de los oferentes teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la invitación a formular oferta. Aplicando estas normas al caso concreto, la empresa realizó una <<solicitud de oferta>> y no expidió un acto jurídico asimilable a la <<adjudicación>> en el que indicara por qué razón escogió a un proponente y excluyó a otro; lo que hizo fue comunicarle la aceptación de la oferta a uno de los proponentes.

Al examinar la conducta de la empresa –según las normas del derecho privado– se considera que la EAAB podía formular una <<solicitud de oferta>> fundándose en su manual de contratación que indica que ellas <<no constituyen oferta comercial y no lo obligan a celebrar el contrato correspondiente, quedando en libertad de declarar fallida o desistir unilateralmente del proceso de contratación>>; y como en este caso no se presentó una revocatoria de oferta (que es lo que en el derecho privado puede generar la obligación de pagar perjuicios), << ello excluye la posibilidad de que se hubieran ocasionado perjuicios indemnizables por este supuesto de responsabilidad precontractual >>.

5.- Si, por el contrario, juzgamos la controversia a la luz de los principios de la función administrativa (que en realidad es a la luz del derecho público), que es lo que se hace en la segunda parte de las consideraciones de la sentencia justificando el ingreso a este análisis, equivocadamente, en la obligación de obrar de <<buena fe en la etapa precontractual>>, la solución es totalmente distinta. Digo que es equivocado entrar a este examen con base en la citada norma, porque la obligación de obrar de buena fe lo único que implica en derecho privado es no desistir de las negociaciones sin ningún tipo de justificación y a sabiendas de que le causa daño a la otra parte. No implica, de ninguna manera, considerar –como aquí se hace– que al formular una *invitación a presentar oferta* el particular deba establecer reglas completas que lo obliguen a examinar las propuestas conforme con ellas, y a celebrar el contrato con quien las cumpla y objetivamente le presente la mejor oferta.

6.- El segundo análisis que hace la sentencia, donde se examina si la decisión de adjudicar se ajustó a los <<principios de la función administrativa>>, le reprocha a la entidad no haber formulado la invitación con reglas claras y completas, de donde se deduce que la invitación sí la obliga pues no solo debe adoptar reglas con ese contenido, sino que debe respetarlas al hacer la adjudicación y de este modo, la sentencia termina *borrando con el codo lo que escribió con la mano*. En esta segunda parte, el fallo concluye que la empresa incumplió su obligación de hacer una invitación con reglas claras (lo que implicaba interpretar las ambigüedades en su contra) y que violó el <<derecho>> del proponente a que se le adjudicara el contrato. No condena a la empresa al pago de perjuicios (que podría haber sido el daño emergente, el interés negativo del contrato) porque el demandante no acreditó tales perjuicios y no demostró que su oferta era la mejor.

7.- En la sentencia se hace un esfuerzo por estudiar, con base en normas de derecho privado, requisitos que corresponden a un proceso de selección sometido a las normas del derecho público. En vez de referirse a la obligación de adjudicar o declarar desierta la licitación luego de abrirla y de tomar esta decisión conforme con el pliego y respetando el principio de selección objetiva, alude a la <<violación del deber de lealtad y de buena fe precontractual. Establecer un <<marco de referencia>> en esas condiciones, no me parece claro, ni seguro. Implica someter a las empresas y a quienes contratan con ellas a los lineamientos que vaya fijando la jurisprudencia para conjugar los principios de la función administrativa con las reglas del Código de Comercio.

8.- En el tratamiento de los perjuicios parece concluirse que en estos casos ya no puede pedirse la utilidad esperada. Salimos de esa línea jurisprudencial y me parece

que no resulta claro hacia dónde nos dirigimos cuando se afirma: <<Con independencia de las necesarias consideraciones sobre el alcance de los supuestos indemnizatorios del llamado interés negativo o positivo en la etapa precontractual, en el caso en estudio la parte demandante incumplió con su carga probatoria. El demandante no demostró el sufrimiento de un daño, porque no acreditó que la contradicción hubiese sido causa de la no aceptación de su oferta, ni tampoco se probaron (ni pidieron siquiera) perjuicios propios del llamado interés negativo, comúnmente atados a gastos ocasionados con motivo de las tratativas y negociaciones.>> Y en este punto, a diferencia de lo que ocurrió con la escogencia de la acción, no se tiene en cuenta que esta carga (pedir un perjuicio distinto) no podía imponérsele al demandante que no conocía esta nueva orientación jurisprudencial.

9.- ¿Cómo deben obrar estas empresas cuando formulen invitaciones a ofertar, si en un primer tiempo las juzgamos considerando que tales invitaciones pueden entenderse como una simple <<invitación a emprender negociaciones>> y en un segundo tiempo, en el mismo fallo, les decimos que están obligadas a formular reglas claras y completas y la decisión de adjudicar debe sujetarse a las mismas? Me parece que el primer discurso no tiene efectos prácticos, porque con el segundo se sujeta a estas empresas a una actuación precontractual muy similar a la aplicable a las entidades públicas.

6. II.- El caso concreto

10.- Un proponente vencido en un proceso de selección adelantado por una ESP sometida a la jurisdicción contencioso-administrativa⁹⁹ por la conformación de su capital, reclama la reparación de los perjuicios sufridos porque la empresa celebró el contrato con otro proponente desconociendo las estipulaciones del pliego de condiciones y violando el manual de contratación (adoptado mediante una resolución). Alega que la empresa violó el preámbulo de la C.P. y sus artículos 29 y 209; y que <<el acto demandado>> desconoció las normas en las que debía fundarse, fue expedido en forma irregular porque no siguió las reglas de la invitación, y con desviación de poder, pues lo que verdaderamente motivó el rechazo de su oferta fue una demanda previa que el proponente había formulado contra la empresa.

11.- En las pretensiones de su demanda, que se *adaptó* siguiendo las órdenes del tribunal de primera instancia, el demandante solicitó la anulación del <<acto administrativo de aceptación de la oferta>>, la anulación del contrato y el pago de los perjuicios consistentes en la *utilidad* dejada de percibir por la no celebración del contrato. El proceso se tramitó de acuerdo con las normas del CCA para la acción de nulidad y restablecimiento; se constató la oportunidad de presentación de la demanda teniendo en cuenta <<la fecha de ejecutoria del acto administrativo demandado>>, se verificó si ya se había celebrado el contrato, y se vinculó al contratista.

⁹⁹ En adelante me refiero simplemente a la Empresa o a las E.S.P. en el entendido de que estoy hablando exclusivamente de aquellas en las cuales las controversias surgidas de los contratos y los <<actos precontractuales>> están sometidos al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

12.- La Sección Tercera decide ahora que esa no es la acción *adecuada* y que para adelantar estas reclamaciones debe interponerse la <<acción de reparación directa>> porque mediante ella es posible obtener la reparación de perjuicios derivados de las acciones u omisiones de los agentes estatales y aquellos que se generen por cualquier causa. Estima entonces que esta acción tiene un carácter <<integrador>> y concluye que –al igual que los procesos *ordinarios* del Código de Procedimiento Civil- se trata de una vía procesal a través de la cual pueden tramitarse todas las controversias que no tengan previsto un trámite especial. Y deriva esta conclusión de la expresión <<por cualquier otra causa>> que está contenida en el artículo 86 del CCA y en el artículo 140 del CPACA.

13.- El artículo 86 del CCA dispone: <<La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa>>.

14.- Y el artículo 140 del CPACA dispone que <<el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma>>.

15. – No creo que de las normas anteriores pueda deducirse que la acción de reparación directa es la adecuada para impetrar la reparación de perjuicios causados por las entidades que provengan de cualquier causa. Estimo que la norma se refiere, o a ocupación de inmuebles por *cualquier causa* o a daños causados por hechos u omisiones distintos de *decisiones* o *contratos* de la administración. La jurisdicción contencioso-administrativa juzga la actividad de la Administración y tiene lo que el CPACA denomina *medios de control* específicos para hacerlo: juzga las decisiones frente a las normas a las que están sujetas; los contratos, conforme con sus estipulaciones y con la ley; y los hechos u omisiones, estableciendo *directamente* si estos causaron un daño. Y dentro de la noción del *debido proceso* o de la *acción adecuada* desarrollada en la ley y en la jurisprudencia se encuentra precisamente el derecho a ser juzgado conforme con las normas previstas por la ley procesal; esas normas están establecidas para resolver conflictos conforme con su naturaleza, por lo que establecen trámites particulares y distintos, dirigidos a que las partes puedan hacer valer adecuadamente sus derechos: no son normas *integradoras*.

16.- En la jurisdicción civil se disponía que, cuando un proceso tenía previsto un trámite especial y se adelantaba por el ordinario, no se violaba el debido proceso porque éste era el proceso residual para tramitar cualquier controversia y con el mismo se garantizaba –de manera más amplia– el derecho al debido proceso. Esa posición fue modificada para indicar que el debido proceso solo se garantiza cuando la controversia se tramita mediante la acción que la ley ha determinado, teniendo en cuenta su naturaleza.

17.- El Código de Procedimiento Civil disponía en el numeral 6 del artículo 144, que la nulidad se entendería saneada cuando <<un asunto que debía tramitarse por el

proceso especial se tramitó por el ordinario y no se produjo la correspondiente adecuación de trámite en la oportunidad debida>>. La Corte Constitucional al declarar inexecutable esta norma señaló:

<<Tampoco es válido argumentar que la constitucionalidad de las normas acusadas se basa en que el proceso ordinario garantiza mejor que los demás el derecho de defensa, porque en él se cumple un debate más amplio. Aparentemente acertado, este razonamiento pierde su fuerza si se tiene en cuenta, en primer lugar, que si así fuera solamente existiría un procedimiento: el ordinario. Y si, además, se tiene presente que todos los procedimientos especiales respetan el derecho de defensa: si no lo hicieran no podrían existir. Sus diferencias nacen de las que existen entre los diversos asuntos. Tales procedimientos especiales consultan esa diversidad, como ya se ha dicho.>>¹⁰⁰

18.- A la fundamentación de la solución adoptada le encuentro los siguientes inconvenientes:

a.- La decisión de adjudicar un contrato es un ACTO JURÍDICO, porque es una declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos. No es un HECHO JURÍDICO (acción u omisión) que provenga de la voluntad de una persona que genera un daño que le es imputable, que es lo que debe ser juzgado mediante la acción de reparación directa, prevista simplemente para acreditar el DAÑO y la IMPUTACIÓN a la entidad demandada: no para juzgar si la *decisión adoptada* se sujetó a la ley y para determinar, luego de lo anterior, si con ella se causó un perjuicio al demandante.

Si se admite, como efectivamente se hace en la segunda parte de las consideraciones de la sentencia, que existe una *decisión de adjudicación* que debe confrontarse con las reglas aplicables (manual de contratación, principios de la función administrativa) como presupuesto para decidir si el proponente tiene derecho a la reparación de perjuicios, no puede concluirse que la acción procedente sea la *reparación directa*, en la cual basta acreditar un daño antijurídico imputable a la entidad demandada para obtener la reparación. En el caso de los *actos jurídicos* (declaraciones de voluntad dirigidas a producir efectos jurídicos), que cuando son expedidos por las entidades públicas se denominan *actos administrativos*, el derecho a la reparación (o al restablecimiento) depende de demostrar que tales actos fueron expedidos *violando* las reglas a las que estaban sujetos. Y para resolver las controversias que requieran este análisis está prevista la acción (o medio de control) de nulidad y restablecimiento.

b.- La acción de reparación directa no permite solicitar la *suspensión* provisional de los efectos del acto, y mucho menos permite solicitar el *restablecimiento* del derecho. Lo que permite solicitar es la *reparación de los perjuicios*.

7.

8.

9. **III.- Los mensajes que transmite la sentencia de primera instancia, que, a mi modo de ver, aplica la línea jurisprudencial vigente hasta ahora.**

19.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca le dio aplicación a lo que consideró era la *jurisprudencia vigente* según la cual, aunque los *actos y los contratos* de estas empresas están sometidos al *derecho privado* en virtud de que, también por

¹⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia C- 407 de 1997, M.M. Jorge Arango Mejía.

disposición de la ley, sus actuaciones están sometidas a lo dispuesto en los artículos 209 y 267 de la C.P., y su conocimiento fue adjudicado a esta jurisdicción, el acto de adjudicación de un contrato es un <<acto administrativo>> que debía ser juzgado conforme con las reglas previstas en el C.C.A., según las cuales era necesario demostrar la nulidad del <<acto de adjudicación>> y demandar la nulidad del contrato, si para el momento de la demanda este ya había sido celebrado.

20.- Esta tesis jurisprudencial aplicada por el tribunal había sido expuesta en varias sentencias del Consejo de Estado. Cito la sentencia del 24 de octubre de 2016 (exp. 45607) C.P. Marta Nubia Velásquez, que recoge decisiones anteriores sobre este particular y expone de manera completa el tema:

<<2. Control judicial a los actos pre-contractuales expedidos por las entidades excluidas de la Ley 80. Referencia concreta a las ESPD de carácter estatal

Para revisar la procedencia de la acción que se formula, prima facie resulta necesario examinar la naturaleza del acto que se enjuicia, expedido por la entidad demandada, esto es, si corresponde a un acto susceptible de ser demandado ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Antes de pronunciarse sobre el caso concreto, la Sala no puede pasar por alto el estudio acerca de la naturaleza y la posibilidad de controlar judicialmente las actuaciones propias del trámite precontractual que adelantan las entidades estatales excluidas de la Ley 80 de 1993. La cuestión es importante, pese a que ninguna de las partes objeta esta posibilidad, porque el juez de primera y de segunda instancia deben esclarecer de dónde proviene su jurisdicción y su competencia.

*Para empezar, se parte de reconocer que las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 tienen un régimen contractual que vincula dos ordenamientos: el privado, de manera preponderante, como ordenador y determinante del aspecto sustantivo del negocio jurídico; y **los principios de la función administrativa, los principios de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como organizadores supletorios del anterior régimen cuando aplica al Estado.***

Esta combinación de ordenamientos es clara en vigencia del artículo 13 de la Ley 1150^o, pero no lo fue antes de esta fecha, sin embargo, fue ampliamente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, de allí que impulsaron al legislador para recoger ese clamor.

Esta circunstancia ofrece en la actualidad problemas genuinos, poco imaginables en el pasado, concretamente: ¿qué naturaleza tienen los actos pre-contractuales, qué naturaleza tiene el contrato y qué naturaleza tienen los actos contractuales y hasta los post-contractuales, cuando los expiden entidades excluidas de la Ley 80? En torno a esta inquietud, y por lo menos desde el punto de vista lógico, son admisibles tres respuestas:

i) Primera, que como la actividad pre-contractual de las entidades excluidas no se rige por la Ley 80 de 1993, sino por el derecho privado y los principios de la función administrativa, los actos tienen naturaleza civil o mercantil, y su juez es la justicia ordinaria.

ii) Segunda, que la actividad pre-contractual de las entidades excluidas se expresa en actos civiles o mercantiles, pero su juez es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, porque las partes del proceso y no el régimen del acto son las que definen la jurisdicción.

iii) Tercera, que la actividad pre-contractual de las entidades excluidas se expresa en actos administrativos y que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es quien los controla.

Las tres posturas tienen diferencias parciales, pero también semejanzas, y conviene precisar la posición del Consejo de Estado, de la cual procede la definición de la jurisdicción para conocer de estos asuntos.

En una sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 13 de abril de 2011 – exp. 37.423, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa-, la Sala juzgó la validez del reglamento interno de contratación de la Empresa de Teléfonos de Bogotá. La entidad pública se defendió en el proceso negando la naturaleza administrativa del acto que contenía el procedimiento de contratación, por tanto, desconociendo la posibilidad de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo controlara a través de la acción de simple nulidad. La Subsección C concluyó que se trata de un acto administrativo, concretamente de un reglamento, por las siguientes razones:

“Para la Sala resulta indispensable pronunciarse sobre este punto por dos razones. En primer lugar, porque la entidad demandada, al interponer el recurso de apelación, alegó que los actos demandados habían sido expedidos por la Junta Directiva de la ETB en cumplimiento de una disposición estatutaria amparada por el derecho privado y, por tanto, no se habían expedido en ejercicio de función administrativa. (...).

“Así las cosas, la intervención del Estado en materias ligadas con los fines sociales de este, hace que la normatividad aplicable no pueda ser en términos absolutos de derecho común, sino por el contrario, un régimen jurídico con un alto contenido de un derecho especial, esto es, el de derecho administrativo. (...)

“Así las cosas, la Sala encuentra que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los **actos necesarios para su administración**, en consecuencia, los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital 100% público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá este sólo se aplicará de manera excepcional. (...)

“En conclusión, el régimen jurídico al que se encuentran sometidos los servicios públicos domiciliarios en Colombia es especial, porque aunque la regla general es la aplicación de las normas del derecho privado, las características antes señaladas justifican que en algunos casos y para determinadas actuaciones se aplique el derecho público. **Así las cosas, no es extraño que en determinados aspectos se deban adelantar verdaderos procedimientos administrativos y a las decisiones tomadas dentro de los mismos se les de la naturaleza de actos administrativos.**

“Por todo lo expuesto, a juicio de la Sala, los actos demandados deben ser calificados como actos administrativos”.

Para la Sala, el hecho de que una actividad se rija por un ordenamiento jurídico u otro –público o privado- no afecta la naturaleza de los actos que se producen a su amparo, es decir, que una cosa es el régimen sustantivo aplicable a un acto y otra la naturaleza jurídica del acto producido. Por ejemplo, buena parte del régimen de la seguridad social –Ley 100 de 1993- rige en el sector privado y en el sector público, no obstante, cuando la Administración lo aplica, para conceder o negar prestaciones sociales o de salud, el acto que lo contiene es administrativo. En este evento no importa si la norma laboral es privada o pública, porque en cualquier caso el acto que concreta una situación jurídica particular o subjetiva es administrativo.

Lo mismo sucede con los contratos estatales, cuya naturaleza se intentó diferenciar hace muchos años. En la década de los 90' algunos pensaron que si el negocio se regía por el derecho privado el contrato era civil o mercantil –según el caso-, y si se regía por el derecho público el contrato era estatal. Rápidamente el Consejo de Estado concluyó que el régimen jurídico no determina su naturaleza y que era la calidad de las partes la que lo hacía.

Como consecuencia, para precisar la naturaleza resulta intrascendente que el contrato se rija por la Ley 80 o por el derecho privado, lo determinante es que una de las partes del negocio tenga el carácter de entidad estatal.

Aplicadas estas ideas al tema general que se examina, la inquietud que emerge es si los actos del trámite pre-contractual de las entidades excluidas son administrativos

o tienen naturaleza civil o mercantil, con la incidencia que esto representa sobre el control judicial de los mismos y sobre los medios de control que admiten.

Para la Sala, se trata de actos administrativos, bien de trámite o bien definitivos, porque esta naturaleza no depende –se insiste- del régimen jurídico sustantivo que rija la cuestión que se decide en el acto, sino de otras variables, esencialmente de la presencia de una entidad estatal, en ejercicio de una función administrativa, que define una situación jurídica y produce efectos jurídicos. Si el acto cumple esta definición es administrativo y es controlable por la justicia administrativa, si concurren las condiciones del artículo 82 del CCA -hoy artículos 103 a 105 del CPACA-.

Para confirmar esta conclusión, la Sección Tercera, en la sentencia del 20 de abril de 2005 –exp. 14.519, CP. Ramiro Saavedra Becerra-, ya había declarado que la adjudicación de un procedimiento de contratación de una entidad estatal regida por normas privadas es un acto administrativo:

“Se observa, en efecto, que recibidas y calificadas las propuestas por parte de la Universidad del Tolima, ésta decidió contratar con el señor Sierra, lo que significa que le adjudicó el contrato a este cotizante; aunque tal decisión no esté contenida en una resolución que así lo declare de manera expresa, constituye un acto administrativo cuya existencia se deduce de varios documentos:
“(…).

“Ya la sala en un caso similar en el que se comunicó a uno de los proponentes mediante un oficio del representante legal de la entidad, la decisión que había adoptado con **relación a su propuesta y le informaba a quién había adjudicado el contrato, consideró que ese oficio cumplía con los atributos propios del acto administrativo, como quiera que provenía del funcionario competente, definía las expectativas del proponente frente a la adjudicación y culminaba la etapa de selección, (sentencia del 6 de noviembre de 1998, Exp. 10.832). 12 Auto del 14 de agosto de 2003. Expediente 25000232600020012509 01 (22.848)”.**

En un supuesto idéntico al del caso sub iudice -auto del 1 de febrero de 2011, Sección Tercera, Subsección C, exp. 42.109. CP. Olga Mélida Valle de Dela Hoz- un consorcio demandó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá porque no le adjudicó un proceso de contratación. La Sala calificó el acto demandado como administrativo, y expresó que: “En el sub lite, se demandó la nulidad del acto administrativo proferido por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá de fecha 08 de noviembre de 2010 que declaró desierta la licitación No. ICGH-0248-2010...”. Agregó que: “...**resulta claro el hecho de que el acto administrativo que declara desierta una licitación, como el que aquí se demanda, es un acto previo al contrato y que por tanto el término para intentar la acción es el de 30 días...**”.

Esta perspectiva la reiteró la Subsección A en la sentencia del 12 de febrero de 2014 –exp. 28.209, CP. Mauricio Fajardo Gómez-. Sostuvo que la decisión de una entidad financiera de naturaleza pública de no adjudicar un contrato, producto de una invitación privada formulada al amparo del derecho comercial, contenía una manifestación unilateral de la Administración que produjo efectos jurídicos, puesto que fue a partir de su conocimiento que el interesado vio frustrado su interés legítimo en la contratación:

“Todo lo anterior basta para concluir que el oficio No. 193 del 1 de febrero de 2000, en cuanto contuvo la decisión de no adjudicar el contrato a alguno de los proponentes y, por ende, produjo efectos jurídicos en la medida en que puso fin al procedimiento de selección e impidió al oferente que tenía el legítimo derecho a celebrar el contrato, constituyó un verdadero acto administrativo, por tanto susceptible de ser enjuiciado a través de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho que ahora se decide en segunda instancia”.

De conformidad con lo expresado, toda actuación administrativa, expresada o no bajo la forma de procedimiento, sin importar si el régimen sustantivo que la inspira es el derecho administrativo o el privado, forma parte de la actividad productora de actos administrativos -siempre que contengan una decisión que produzca efectos jurídicos-, por tanto, es susceptible de ser controlada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹⁰. **Esta conclusión, respaldada en múltiples providencias, asegura la racionalidad de la actuación del Estado, el principio de legalidad, el control al ejercicio de la actividad pública y los derechos fundamentales.**

La naturaleza del acto y su control se conecta con el primer principio, porque la existencia de un procedimiento no sólo resulta útil a quien lo realiza, para tomar una buena decisión, sino que sirve a la sociedad para garantizar que la entidad estatal que lo adelanta cumpla con las normas que lo regulan.

En relación con el principio de legalidad, no se desvanece porque la Administración se rija por el derecho privado, aunque no se niega que se relaja sustancialmente – so pretexto de acertar en la toma de ciertas decisiones que conviene regir por este sistema de derecho-. Sin embargo, los principios de la función administrativa siguen vinculados a la actuación contractual del Estado sin importar el régimen sustantivo del negocio jurídico, cuestión que justifica, adicionalmente, que el principio de legalidad se incorpore a ese sistema y por tanto se utilice para que la jurisdicción controle a la Administración.

Sobre el control al ejercicio de la actividad administrativa, los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho dependen de que el acto enjuiciado sea administrativo, así que otra clase de decisión no tiene control a través de estos medios procesales. El juez administrativo, consciente de la función de apertura y cierre que tiene la calidad de acto administrativo o de acto civil o mercantil de las decisiones de la Administración, no puede declinar ante el deber constitucional que tiene de controlar el poder público, para lo cual debe favorecer los instrumentos y los medios que aseguren la racionalidad y la libertad que garantiza el ejercicio del control sobre las decisiones de la Administración.

Finalmente, los derechos fundamentales también se encuentran involucrados en la respuesta que el Consejo de Estado le ha dado a la pregunta por la naturaleza de los actos propios del procedimiento pre-contractual y contractual de las entidades excluidas de la Ley 80. En efecto, calificar un procedimiento de administrativo o dejar de hacerlo, y calificar un acto de administrativo o de mercantil tiene incidencia en la intensidad de la vigencia y protección de los derechos fundamentales: si la actuación y el acto son administrativos se intensifica el grado de vinculación de la entidad excluida a los derechos fundamentales.

*La jurisdicción de lo contencioso administrativo reconoce conscientemente esa relación, y apoyada en un juicio de ponderación elige la calificación o naturaleza jurídica que más garantías ofrece al sistema constitucional completo: el procedimiento es administrativo porque **lo realiza la administración para cumplir una función administrativa asignada por el ordenamiento; y el acto es administrativo porque contiene una decisión enjuiciable ante la jurisdicción.***

Esta elección, en todo caso, respeta el régimen sustantivo de derecho privado aplicable a las entidades excluidas -atenuado con la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, más la vigencia de los derechos fundamentales-. Por eso, se trata de una verdadera ponderación de valores y principios, porque el sacrificio de unos y otros no afecta la esencia de cada institución, pero se armonizan para que cada uno aporte lo mejor de su contenido, para construir una alternativa de derecho aplicable a la Administración>>

21.- La anterior *orientación jurisprudencial*, que fue la aplicada en la sentencia de primera instancia, transmitía varios mensajes:

a.- A las ESP sometidas al juzgamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa les señalaba que (i) debían establecer (de modo general o particular) términos de referencia que garanticen la igualdad en el tratamiento de los proponentes y la selección objetiva del contratista; y (ii) debían adoptar de manera expresa y fundamentada la decisión de adjudicar el contrato sujetándose a las reglas establecidas con tal objeto.

Sobre la necesidad de que el acto de adjudicación sea una determinación motivada, la jurisprudencia ha dicho:

<<el acto de adjudicación es reglado y para efectuarla se requiere una valoración de conjunto, según los criterios de selección establecidos para ello en el pliego de condiciones y la ponderación precisa, detallada y concreta que de tales factores de

selección o escogencia también establezca con claridad el respectivo pliego de condiciones.

<<Ahora bien, debe recordarse que la Sala ha considerado que la motivación del acto de adjudicación no implica que en su texto deban encontrarse consignadas todas y cada una de las razones que determinaron su expedición puesto que, aunque la parte considerativa no sea muy explícita, hay que entender incorporada a su motivación las razones analizadas en la reunión de la Junta de Licitaciones o debatidas en la Audiencia Pública de Adjudicación

<<Teniendo en cuenta lo señalado, resulta de vital importancia que en el procedimiento administrativo de selección, evaluación y adjudicación se incorporen los elementos de juicio necesarios que orienten y faciliten positivamente el ejercicio de la competencia para adjudicar **y permitan un adecuado control del acto administrativo en sede judicial.**>>¹⁰¹

b.- A los proponentes les indicaba que, toda vez que la jurisdicción competente para atender su reclamación por la adjudicación indebida del contrato era la jurisdicción contencioso-administrativa, y que lo que debía determinarse era la legalidad de una decisión, debían instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro meses contados desde la comunicación de la *decisión de adjudicación*, en la cual tenían la posibilidad de solicitar la *suspensión provisional* de los efectos del acto.

c.- Esa acción les permitía a los proponentes vencidos obtener a *anulación* de la y solicitar la reparación de los perjuicios (utilidades que aspiraban conseguir), cuando probaran que:

- La decisión fue adoptada por quien no tenía la competencia para hacerlo
- La decisión fue adoptada sin motivación.
- La decisión fue adoptada con motivación falsa o sea fundada en hechos contrarios a la realidad.
- La decisión fue adoptada con un propósito distinto del que aparece formalmente expuesto en ella.
- La decisión fue adoptada sin *seguir el procedimiento* previsto en los términos de referencia o en el manual de contratación de la entidad; o desconociendo las normas sustanciales (de derecho privado) a la cuales ella está sujeta.

22.- Si se tiene en cuenta que la legalidad de la decisión de adjudicación debe estudiarse en relación con las normas establecidas por la entidad para adelantar el proceso de selección (términos de referencia o manual de contratación) y con el derecho aplicable a la misma, no podía afirmarse que dicha decisión no estuviese sometida, *en lo sustancial*, al derecho privado: las E.S.P. no están obligadas a aplicar el proceso de selección establecido en el estatuto de contratación pública de acuerdo con la naturaleza o la cuantía del contrato; no están obligadas a incluir los criterios de selección previstos en dicha ley; y los contratos que pretenden celebrar están sujetos a las normas del Código Civil y de Comercio.

23.- Sin embargo, en la medida en que estas entidades tienen también el deber de acatar los principios de la *función administrativa*, deber que implica cumplir los requisitos antes señalados, cuyo acatamiento resulta también necesario para permitir su control por la jurisdicción contenciosa, la jurisprudencia concluía que la decisión de adjudicar el contrato tenía la naturaleza de acto administrativo. Ello

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección A. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 12 de septiembre de 2012. Exp. 24.938

indicaba a las entidades que debían adoptarla cumpliendo las formalidades propias de dichos actos, y a los particulares que podían demandar esas decisiones mediante la acción de nulidad y restablecimiento.

10.

11.IV.- La objeción a partir de la cual se modifica la línea jurisprudencial: ¿puede la *jurisprudencia* <<establecer>> que el acto de adjudicación es un <<acto administrativo>> cuando la *ley* dispone que los *actos y contratos de las ESP* están sujetos al derecho privado?

24.- Ese es el primer sustento de la sentencia de unificación que a mi juicio debió presentarse como una *modificación* jurisprudencial a la línea antes expuesta. Creo que, en aras de la transparencia, se debió decir que en la línea jurisprudencial vigente del Consejo de Estado hasta el momento se considera al acto de adjudicación como un acto administrativo, pero que a partir de ahora el Consejo de Estado concluye que no tiene tal carácter, razón por la cual *establece*, mediante esta nueva unificación, que la acción para reclamar los perjuicios derivados de la indebida adjudicación es la acción de reparación directa.

25.- En el proyecto se hace un gran esfuerzo para referir y citar las providencias y aclaraciones que adhieren a la tesis que se acoge en la unificación, en las que, a mi modo de ver simplemente repite el mismo argumento (que luce de mucho peso) que es la alusión a que esta es la solución legal porque estos actos –conforme con la ley– están sometidos al derecho privado.

26.- Sin embargo, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que las <<entidades estatales **que por disposición legal cuentan con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.**>>

27.- Por tal razón, la sentencia de unificación debía responder la pregunta de cómo deben las empresas de servicios públicos domiciliarios que tienen el carácter de entidades estatales aplicar en forma armónica y sistemática las reglas de la Ley 142 de 1994 según la cual estas empresas aplican –por regla general– el derecho privado en su actividad contractual, y la regla legal que acabo de citar según la cual también deben aplicar los principios de la gestión fiscal y la función administrativa. Adicionalmente, debía indicar cómo deben orientar su actuación para facilitar el ejercicio del control disciplinario y fiscal al cual están sujetas. Y creo que la respuesta a este interrogante no es clara en la medida en que en el fallo lo que se hace primero es un juzgamiento con base en el derecho privado y luego un juzgamiento con base en el derecho público, que priva de relevancia el primero.

28.- La jurisprudencia de esta Sección ya había advertido la necesidad de dar aplicación armónica a estas dos reglas legales, para señalar que las empresas de

servicios públicos de carácter estatal no se rigen de manera *exclusiva por el derecho privado*.

29.- En sentencia del 28 de junio de 2019, la Subsección C señaló:

<<Aunque no fue un tema específicamente tratado por las partes, ni por el fallo de instancia, la Sala estima necesario precisar que el régimen jurídico que cobijaba la constitución de una sociedad de economía mixta, en asocio con un operador privado, que se encargaría del alumbrado público y la semaforización de San Andrés era exclusivamente de derecho privado. Así lo dispone el artículo 97 de la Ley 489 de 1998: (...)

Es decir que, en estricto rigor, el procedimiento de selección adelantado por el Departamento en este asunto no se regulaba por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino que se sometía a un régimen excepcional. (...)

En todo caso, conforme al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, el proceso de selección del socio privado para constituir una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta se rige por los principios de la función administrativa y de gestión fiscal.

<<Por otra parte, es necesario precisar que las manifestaciones unilaterales de voluntad de la administración, en el marco del procedimiento de selección que dio lugar a las resoluciones controvertidas, se profieren en el ejercicio de competencias administrativas asignadas por la Constitución y la Ley, y tienen naturaleza de acto administrativo y no de acto de derecho privado, lo que no riñe con la naturaleza y régimen jurídico del acto de constitución y del contrato de sociedad como tales, que son de carácter eminentemente privado.¹⁰²

Y en la sentencia del 27 de mayo de 2015, la Subsección A, precisó:

“No obstante, el hecho de que la contratación estuviera regida por el derecho privado no le permitía a la entidad estatal desconocer las finalidades y los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución, pues la actividad contractual del Estado, cualquiera sea la autoridad que la desarrolle y cualquiera sea el régimen jurídico al que se deba ceñir su actuación (público o privado), encarna propiamente el ejercicio de una función administrativa que está concebida como instrumento para cumplir las más altas finalidades del Estado, entre ellas, la promoción de la prosperidad general (artículo 2 de la Constitución), a través de la satisfacción o la prestación eficiente y continua de los servicios públicos y la efectividad de los derechos y deberes consagrados en el texto constitucional (ibídem); por consiguiente, se debe desarrollar: (i) con estricta observancia de los principios que informan el Estado Social de Derecho, entre ellos, los de legalidad, de igualdad, del debido proceso y de la buena fe y (ii) con sujeción a los postulados finalísticos y funcionales que rigen la función administrativa (artículo 209 de la Constitución), a los principios generales del derecho y a los del derecho administrativo (artículo 3 del C.C.A).

En ese sentido, todas las entidades públicas, sin excepción, deben acatar estos postulados de origen constitucional, al margen –reitera la Sala- de si están exceptuadas o no del régimen de contratación de la Ley 80 de 1993, pues cuando el legislador consagró tales excepciones lo hizo para que las entidades pudieran realizar de forma más expedita sus procesos de contratación y, de esta forma, pudieran competir con las personas de derecho privado en condiciones similares de forma eficaz y eficiente; pero, de ninguna manera quiso con ello que se soslayaran los más caros principios constitucionales que informan la función administrativa o

¹⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de junio de 2019), exp: 42326, MP: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

que los procesos contractuales se manejan de forma absolutamente discrecional o al arbitrio del funcionario de turno.

Hoy día, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 dice expresamente que “Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, (sic) aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”, lo cual, sin duda, constituye una limitante al ejercicio desbordado del poder por parte de los funcionarios encargados de regentar la contratación estatal a través de regímenes distintos al de la Ley 80 de 1993.”¹⁰³

30.- Tal como lo advierte la sentencia que acabo de citar, dar aplicación al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en relación con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad que orientan las actuaciones administrativas, implica aplicar al artículo 3 del CPACA, que determina el alcance de dichos principios.

<<**ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS.** Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus* y *non bis in idem*.

2. **En virtud del principio de igualdad**, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

3. **En virtud del principio de imparcialidad**, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera: Subsección A (27 de mayo de 2015) Rad: 30690 [MP: Carlos Alberto Zambrano Barrera], Pp. 27-28

5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.

10. En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.

11. **En virtud del principio de eficacia**, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

12. **En virtud del principio de economía**, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

13. **En virtud del principio de celeridad**, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.>>

31.- Y en relación con los principios de la gestión fiscal (artículo 267 de la C.P.), dar aplicación al artículo 3 del Decreto Ley 403 de 2020, que dispone:

<<ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS DE LA VIGILANCIA Y EL CONTROL FISCAL. La vigilancia y el control fiscal se fundamentan en los siguientes principios:

a) **Eficiencia:** En virtud de este principio, se debe buscar la máxima racionalidad en la relación costo-beneficio en el uso del recurso público, de manera que la gestión fiscal debe propender por maximizar los resultados, con costos iguales o menores.

b) **Eficacia:** En virtud de este principio, los resultados de la gestión fiscal deben guardar relación con sus objetivos y metas y lograrse en la oportunidad, costos y condiciones previstos.

c) **Equidad:** En virtud de este principio, la vigilancia fiscal debe propender por medir el impacto redistributivo que tiene la gestión fiscal, tanto para los receptores del bien o servicio público considerados de manera individual, colectivo, o por sector económico o social, como para las entidades o sectores que asumen su costo.

d) **Economía:** En virtud de este principio, la gestión fiscal debe realizarse con austeridad y eficiencia, optimizando el uso del tiempo y de los demás recursos públicos, procurando el más alto nivel de calidad en sus resultados.

e) **Concurrencia:** En virtud de este principio, la Contraloría General de la República comparte la competencia de la vigilancia y control fiscal sobre los sujetos y objetos de control fiscal de las contralorías territoriales en los términos definidos por la ley.

f) **Coordinación.** En virtud de este principio, el ejercicio de competencias concurrentes se hace de manera armónica y colaborativa, de modo que las acciones entre la Contraloría General de la República y los demás órganos de control fiscal resulten complementarias y conducentes al logro de los fines estatales y, en especial, de la vigilancia y el control fiscal.

g) **Desarrollo sostenible:** En virtud de este principio, la gestión económico-financiera y social del Estado debe propender por la preservación de los recursos naturales y su oferta para el beneficio de las generaciones futuras, la explotación racional, prudente y apropiada de los recursos, su uso equitativo por todas las comunidades del área de influencia y la integración de las consideraciones ambientales en la planificación del desarrollo y de la intervención estatal.

Las autoridades estatales exigirán y los órganos de control fiscal comprobarán que en todo proyecto en el cual se impacten los recursos naturales, la relación costo-beneficio económica y social agregue valor público o que se dispongan los recursos necesarios para satisfacer el mantenimiento de la oferta sostenible.

h) **Valoración de costos ambientales:** En virtud de este principio el ejercicio de la gestión fiscal debe considerar y garantizar la cuantificación e internalización del costo-beneficio ambiental.

i) **Efecto disuasivo:** En virtud de este principio, la vigilancia y el control fiscal deben propender a que sus resultados generen conciencia en los sujetos a partir de las consecuencias negativas que les puede acarrear su comportamiento apartado de las normas de conducta que regulan su actividad fiscal.

j) **Especialización técnica:** En virtud de este principio, la vigilancia y el control fiscal exigen calidad, consistencia y razonabilidad en su ejercicio, mediante el conocimiento de la naturaleza de los sujetos vigilados, el marco regulatorio propio del respectivo sector y de sus procesos, la ciencia o disciplina académica aplicable a los mismos y los distintos escenarios en los que se desarrollan.

k) **Inoponibilidad en el acceso a la información.** En virtud de este principio, los órganos de control fiscal podrán requerir, conocer y examinar, de manera gratuita, todos los datos e información sobre la gestión fiscal de entidades públicas o privadas, exclusivamente para el ejercicio de sus funciones sin que le sea oponible reserva alguna.

l) **Tecnificación:** En virtud de este principio, las actividades de vigilancia y control fiscal se apoyarán en la gestión de la información, entendida como el uso eficiente de todas las capacidades tecnológicas disponibles, como inteligencia artificial, analítica y minería de datos, para la determinación anticipada o posterior de las causas de las malas prácticas de gestión fiscal y la focalización de las acciones de vigilancia y control fiscal, con observancia de la normatividad que regula el tratamiento de datos personales.

m) **Integralidad**: En virtud de este principio, la vigilancia y control fiscal comprenderá todas las actividades del respectivo sujeto de control desde una perspectiva macro y micro, sin perjuicio de la selectividad, con el fin de evaluar de manera cabal y completa los planes, programas, proyectos, procesos y operaciones materia de examen y los beneficios económicos y/o sociales obtenidos, en relación con el gasto generado, los planes y sus metas cualitativas y cuantitativas, y su vinculación con políticas gubernamentales.

n) **Oportunidad**. En virtud de este principio, las acciones de vigilancia y control fiscal, preventivas o posteriores se llevan a cabo en el momento y circunstancias debidas y pertinentes para cumplir su cometido, esto es, cuando contribuyan a la defensa y protección del patrimonio público, al fortalecimiento del control social sobre el uso de los recursos y a la generación de efectos disuasivos frente a las malas prácticas de gestión fiscal.

o) **Prevalencia**. En virtud de este principio, las competencias de la Contraloría General de la República primarán respecto de las competencias de las contralorías territoriales, en los términos que se definen en el presente decreto ley y demás disposiciones que lo modifiquen o reglamenten. En aplicación de este principio, cuando la Contraloría General de la República inicie un ejercicio de control fiscal, la contraloría territorial debe abstenerse de actuar en el mismo caso; así mismo, si la contraloría territorial inició un ejercicio de control fiscal y la Contraloría General de la República decide intervenir de conformidad con los mecanismos establecidos en el presente decreto ley, desplazará en su competencia a la contraloría territorial, sin perjuicio de la colaboración que las contralorías territoriales deben prestar en estos eventos a la Contraloría General de la República.

p) **Selectividad**: En virtud de este principio, el control fiscal se realizará en los procesos que denoten mayor riesgo de incurrir en actos contra la probidad administrativa o detrimento al patrimonio público. Así mismo, en virtud de este principio, el control fiscal podrá responder a la selección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades, que lleve a obtener conclusiones sobre el universo respectivo.

q) **Subsidiariedad**. En virtud de este principio, el ejercicio de las competencias entre contralorías debe realizarse en el nivel más próximo al ciudadano, sin perjuicio de que, por causas relacionadas con la imposibilidad para ejercer eficiente u objetivamente, la Contraloría General de la República pueda intervenir en los asuntos propios de las contralorías territoriales en los términos previstos en el presente decreto ley.>>

32.- La decisión de unificación no podía mantenerse *ajena* a esta realidad normativa: ¿de qué manera una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter estatal puede garantizar la observancia de los anteriores principios, si no es mediante la motivación de sus decisiones y la garantía de publicidad de sus actos? admitir que estas empresas pueden hacer <<invitaciones a emprender negociaciones>>, que es lo que se infiere de la primera parte de las consideraciones del fallo, impide la posibilidad de garantizar la observancia de estos principios.

33.- Lo único que puede concluirse a partir de la aplicación sistemática de las normas que he citado en este capítulo, es que las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter estatal no profieren actos administrativos sujetos exclusivamente al derecho público, pero sí deben decidir la adjudicación mediante la expedición de una declaración de voluntad que debe calificarse de *acto jurídico*, el cual está sometido a un régimen jurídico especial, conformado por las reglas de derecho privado y la garantía de los principios de la función administrativa y la

gestión fiscal. Esta es una de las conclusiones a las que se llega en las reglas de unificación.

12.

13.

14.V.- Los fundamentos para considerar que las ESP sometidas a los principios de la función administrativa y a la jurisdicción contencioso-administrativa pueden proferir actos administrativos precontractuales si en ellos no se imponen determinaciones unilaterales que comporten el ejercicio de *facultades excepcionales*.

34.- En la línea jurisprudencial que se deja atrás, la Sala había considerado que el acto de adjudicación proferido por estas empresas, aunque debe sujetarse en lo sustancial al derecho privado, debe considerarse como un acto administrativo porque debe cumplir los principios de la función administrativa y ser juzgado por la jurisdicción contencioso-administrativa. No era la jurisprudencia la que autorizaba a las EPS a proferir estos actos: era la ley la que conducía a tal determinación al obligarlas a aplicar los *principios de la actuación administrativa* y someter sus decisiones al juzgamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

35.- Como sometemos la declaración de la EPS a las mismas *exigencias legales* que las que tiene un acto administrativo y puesto que la ley ha señalado que tal declaración debe ser juzgada por la jurisdicción contencioso administrativa, optamos por denominarla *acto administrativo*.

Es posible que aquí faltara clarificar o sustentar mejor esta posición antes que abandonarla, que es lo que se hace en la sentencia de unificación.

36.- Primera pregunta: ¿era indispensable calificar esta decisión de *acto administrativo*? La respuesta de la jurisprudencia era afirmativa: si no se calificaba como acto administrativo, esta decisión no podía ser juzgada por la jurisdicción contencioso-administrativa que solo juzga –conforme con lo dispuesto en la ley- la legalidad de *los actos administrativos*.

37.- Si embargo, ni el CCA ni el CPACA cuando se refieren a esta acción hablan de *actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato*. El artículo 87 del CCA dispone que <<los **actos** proferidos antes de la celebración de un contrato con ocasión de la actividad contractual serán demandables mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento>>. Y el artículo 141 del CPACA dispone que <<los **actos** proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este código>>

38.- Creo que habría podido señalarse que cuando el acto de adjudicación emana de una ESP sometida a la jurisdicción contenciosa, en la medida en que es un acto proferido <<antes de la celebración de un contrato y con ocasión de la actividad contractual>>, es un *acto jurídico* que debe enjuiciarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento cuando el proponente pretenda reclamar perjuicios derivados de su *ilegalidad*.

39.- Segunda pregunta: ¿en realidad la ley prohíbe que las ESP que de acuerdo con la ley están sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa y al control fiscal, profieran <<actos administrativos>>?

40.- Lo que dispone la ley (art. 32 de la ley 142) en una norma aplicable a las ESP con capital mayoritariamente público es que <<salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan lo contrario los actos de todas las empresas de servicios públicos ... en lo no dispuesto por esta ley se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado>>.

41.- Esa ley no *prohíbe* que una ESP con participación de capital mayoritariamente público expida un acto administrativo para decidir la adjudicación de un contrato: lo que prohíbe es que al expedir dicho acto, *el mismo se sujete al derecho público y no a las reglas del derecho privado*; en la línea jurisprudencial que se abandona se había explicado que una cosa es cómo se expide un acto (bajo cuáles reglas procedimentales y con qué requisitos) y otra cosa el derecho al que dicho acto se somete y con base en el cual es juzgado.

42.- Es cierto que esta norma es aplicable <<*inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce* >>. Pero en este punto debe tenerse en cuenta (i) que esas empresas están sometidas al control de la jurisdicción contenciosa y (ii) tienen la obligación de aplicar los principios de la función administrativa. Si el legislador estableció estas reglas y no determinó cómo debían estas empresas adoptar estas decisiones (ni prohibió la expedición de actos administrativos) la *jurisprudencia* podía *llenar una laguna normativa* y establecer que ellas deben considerarse como *actos administrativos* y adicionalmente podía señalar que tales actos debían ser juzgados mediante la acción (medio de control) de nulidad y restablecimiento prevista en el CPACA.

43.- Si la expedición de actos administrativos que se sujeten al derecho privado y a los principios de la función pública y se juzguen conforme con dicha normativa no está prohibida, era legítimo –a mi modo de ver- considerar que sí podían expedirse incorporando una limitación en el sentido de que en dichos actos tales entidades no pueden ejercer *facultades exorbitantes o excepcionales*. Porque si se permite lo anterior (por ejemplo, hacer efectiva la garantía de seriedad de la propuesta mediante acto unilateral), se estaría violando el propósito del artículo 32 de la Ley 142 antes citado: se estaría introduciendo la *discriminación* por parte de la jurisprudencia, que es lo que la norma quiere evitar.

44.- Al referirse a los actos contractuales, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha distinguido aquellos en los que se ejercen facultades excepcionales (solo juzgables por la jurisdicción contenciosa) de aquellos que *también* pueden ser expedidos por los particulares y que por ende *también* pueden ser juzgados por los árbitros. Lo que debería haberse señalado es que los *actos administrativos* precontractuales que profieran las ESP sometidas a la jurisdicción contencioso administrativa no pueden comportar el ejercicio de facultades excepcionales; que están sujetos a los requisitos y cargas derivados de su sujeción a los principios de la función administrativa, pero en ellos no pueden ejercerse *prerrogativas o poderes*

excepcionales: no pueden imponer decisiones unilaterales dotadas de ejecutividad que, entre particulares, solo pueden imponerse por el juez competente.

45.- No creo que la línea jurisprudencial aplicada hasta ahora fuera perfecta, ni creo que la única alternativa válida fuera conservarla, pero creo que en vez de cambiarla hemos debido mantenerla. Creo que las reglas que debieron establecerse, para estas empresas y para quienes tienen relaciones negociales con ellas, debieron ser las siguientes:

- 1) Las ESP en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital, cuyas controversias están sometidas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo de conformidad con el artículo 104 del CPACA, deberán establecer reglas para la selección de los contratistas que garanticen su selección objetiva, incluyendo la obligación de pronunciarse de manera motivada sobre la admisión y calificación de los participantes.
- 2) Las decisiones que adopten en la etapa precontractual cumplirán los requisitos previstos en la ley para los actos administrativos, lo que no implica que tales empresas cuenten con prerrogativas de derecho público o con facultades excepcionales no previstas para los particulares.

46.- No obstante que estas no fueron las reglas acogidas en la sentencia de unificación que no comparto, reitero lo dicho al iniciar este escrito: en la medida en que en la segunda parte de las consideraciones del fallo se habla de una <<*decisión de adjudicar el contrato*>>¹⁰⁴ conforme con los principios de la función administrativa ¿no será mejor que, en vez de obrar como lo hizo la entidad demandada en este caso, las entidades optaran por (i) adelantar sus procesos de contratación con base en reglas particulares o generales incluidas en manuales de contratación, que garanticen la selección objetiva y (ii) adoptar las decisiones en actos jurídicos motivados que permitan verificar que se ajustaron a dichas reglas? Y, aunque queda claro que la acción de los proponentes vencidos es la de <<*reparación directa*>> que puede interponerse dentro de un término más amplio (dos años, se supone que después del conocimiento de la decisión de no adjudicarles), ¿no será prudente que al interponerla y reclamar los perjuicios señalen las normas violadas y el concepto de la violación?

Fecha *ut supra*

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

¹⁰⁴ Párrafo 111.