



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: **ALBERTO MONTAÑA PLATA**

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. relieva 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