

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 3 de septiembre de 2020

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

Actor: Vigías de Colombia SRL Limitada y Granadina de Vigilancia Limitada

Demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P

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

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

Posición de las demandantes

- 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** ante el “Juez Administrativo del Circuito (Reparto)” en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E. S. P (EAAB).
- Las **pretensiones definitivas** de la demanda fueron las siguientes (se transcribe):
 - “*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.*”
 - “*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.*”

- *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”.*
- En la demanda, la parte actora narró, en síntesis, los siguientes **hechos** relevantes:
 - 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.
 - 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*”.
 - 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.
 - 4) Al evaluar económicamente las ofertas de los interesados, la EAAB sí tuvo en cuenta los costos de los servicios agregados.
 - 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.
 - 6) El 29 de agosto de 2008, la EAAB profirió el “*acto*” por medio del cual aceptó la oferta de Serviconfor Ltda. (Serviconfor).
- La actora sustentó la pretensión de nulidad de la decisión de “*Aceptación de oferta*” en los siguientes cargos:
 - 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.
 - El acto fue expedido en forma irregular: la EAAB no siguió las reglas establecidas en la invitación. Además, el acto no fue motivado.
 - 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.
 - El acto violó los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la igualdad y al principio de confianza legítima.

- La Sección Tercera del Juzgado 31 Administrativo de Bogotá **inadmitió la demanda**. El 27 de noviembre de 2008, las demandantes **subsanaron** la demanda 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.
- 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 Tercera.
- El 20 de mayo de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B **inadmitió la demanda**, 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.
- Mediante memorial de 1 de junio de 2009, las actoras **subsanaron** 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 Tiempo 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**.

- Posición de la demandada

- El 18 de noviembre de 2009, la EAAB **contestó la demanda** 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”*.

- Sentencia de primera instancia

- 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:
- 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 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.
- 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.
- 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.

- La EAAB no actuó con desviación de poder, pues todas las ofertas fueron evaluadas, con base en los mismos requisitos, sin distinción alguna.
- 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.
- Recurso de apelación y trámite relevante de segunda instancia
- Las sociedades demandantes interpusieron **recurso de apelación** contra la sentencia de primera instancia. Las razones de su inconformidad se resumen así:
- La sentencia del Tribunal partía de un supuesto equivocado, en la medida en que las demandantes no pretendían que se reevaluaran las ofertas, sino que se definiera si los criterios de selección objetiva dispuestos por la EAAB habían sido empleados para la selección.
- 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.
- El 7 de marzo de 2018, el Consejero de Estado Ramiro Pazos presentó **impedimento** para conocer del asunto de la referencia, por estar incurrido 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.

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

Hechos probados

- Con base en las pruebas que obran en el expediente, están acreditados los siguientes hechos:
- 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 (...)”.

- 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

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'** (...)

- 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)

- El 5 de agosto de 2008, la EAAB emitió la "Modificación y/o Aclaración No. 04", 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, 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".

- El 8 de agosto de 2008, al cierre de la invitación, 8 proponentes presentaron oferta, entre ellos la Unión Temporal conformada por las demandantes y Serviconfor.
- 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 agregado. Serviconfor obtuvo el mayor puntaje.
- 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 económica, 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.

- El 28 de agosto de 2008, la EAAB respondió que la evaluación económica se había realizado de acuerdo con el numeral 2.4.
- El 29 de agosto de 2008, la EAAB decidió aceptar la oferta de Serviconfor (se transcribe):

“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”.

- 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-325-2008.
- El 4 de septiembre de 2008, la Personería de Bogotá envió una comunicación a la EAAB 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.
- El 5 de septiembre, la EAAB respondió el oficio enviado por la Personería, 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.
- El 30 de septiembre de 2008, la Contraloría de Bogotá envió un oficio a la EAAB, 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”.
- El 7 de octubre de 2008, la EAAB dio respuesta al oficio de la Contraloría, repitiendo los argumentos esgrimidos en los oficios de 5 de septiembre de 2008 dirigido a la Personería.

Problema a resolver

- 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.
- 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 administrativo (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.
- 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).

Asuntos que deben solucionarse para resolver el problema

- 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 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).
- Conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de la presente controversia
- 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.
 - 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. Cabe aclarar que la cláusula general de competencia difiere, evidentemente, de las normas de competencia contempladas en la Ley 142 de 1994.
 - 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.
 - En el presente caso, la EAAB detentaba la condición de empresa industrial y comercial del orden distrital 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.

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

- 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):

- *“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’.*

- *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):*

“[...] 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”.

- *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”.

(...)

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”.

- 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., 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 domiciliarios, dentro de los cuales se encuentra el acto precontractual de adjudicación, “se regirán 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.

- 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”.

- 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) y de 7 de septiembre de 2015 (exp. 36633), 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”.

- 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), 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.
- 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.
- 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.
 - Acción o medio de control que debía emplearse para proponer la presente controversia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo
- 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.
- 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 contractual. 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.
- 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.
- 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.
- 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.

- 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.
- En relación con este punto, resulta de gran relevancia la Sentencia de la Subsección A de 29 de noviembre de 2014 (exp. 31297) . Dicha providencia señaló que la responsabilidad precontractual 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.
- 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.
- 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 CCA.
- 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 acción.
- 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), 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.
- 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 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.
- 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.

- 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 evidente.
- 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.
- 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 demandar este tipo de actos ante esta jurisdicción, 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 administrativa, para luego determinar si tal decisión, efectivamente, causó un daño a la Unión Temporal, el cual deba ser indemnizado.

Solución del caso

- 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.
- 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.
- 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 “*antaoño, 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).
- 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 (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 reúne 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 ejusdem 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”.

- 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*”.
- 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*”. 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.

- 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.
- 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 administrativo.

- 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”*.
- 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.
- 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 generó un perjuicio o una afectación dañina, simplemente, no hay lugar a la reparación reclamada”*.
- 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.
- En ese sentido, cuando 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.
- 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 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.
- 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.
- 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.

- En igual sentido, la EAAB contravino los principios de la función administrativa de igualdad e imparcialidad, contemplados en el artículo 209 constitucional, así como el principio de transparencia. La contradicción de las “*Condiciones y Términos*” materializó la contravención al principio de transparencia, 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.
- 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 igualdad, 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.
- 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 imparcialidad, porque la entidad interpretó tal documento con base en un criterio que resultaba ser subjetivo.
- Observa la Sala que la demandada también inobservó su propio Manual de Contratación (“Resolución” 1016 de 2005), vigente para la época de los hechos. Precisamente, los principios de igualdad, imparcialidad y transparencia estaban contemplados en el artículo 4 de dicho Manual de Contratación. 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.
- 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.
- 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.
- 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 precontractual (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 atado a la acreditación de un proponente que presenta la mejor propuesta, en procedimientos de selección regidos por el Estatuto Contractual.
- 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.
- 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.
- 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.

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

Unificación de jurisprudencia

- 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 acudirse 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.

DECISIÓN

- 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:

- **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.
- **CONFIRMAR** la Sentencia de 29 de junio de 2011 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.
- Sin condena en costas.
- Por Secretaría, una vez ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

firmado electrónicamente

aclaración de voto

firmado electrónicamente
GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

aclaración de voto

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

(impedido)

firmado electrónicamente
RAMIRO PAZOS GUERRERO
aclaración de voto

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

firmado electrónicamente

aclaración de voto

firmado electrónicamente
NICOLÁS YEPES CORRALES
aclaración de voto

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

firmado electrónicamente

salvamento de voto

firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
salvamento de voto

MARÍA ADRIANA MARÍN

firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA