



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA
JURÍDICA
DISTRITAL



El Retorno a la Esencia Privada: Crítica y Análisis del Nuevo Paradigma para la Contratación de las Empresas de Servicios Públicos en el marco de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado 25000-23-26-000-2009-00131-01

*Return to the Private Essence: Critique and Analysis of the New Paradigm for
Public Utility Procurement under the Colombian Council of State's Unification
Ruling 25000-23-26-000-2009-00131-01*

Santiago Londoño Camacho: Abogado de la Universidad Sergio Arboleda (1996), especialista en Derecho Comercial y Financiero, Magister en Derecho Procesal y Probatorio, y profesor en Especialización y Maestría en Derecho Administrativo con énfasis en Servicios Públicos. Correo electrónico: slondono@acueducto.com.co

RESUMEN (ABSTRACT)

El presente comentario a jurisprudencia tiene como objetivo presentar de manera concisa el problema jurídico actual, la metodología y las conclusiones a las cuales ha llegado el Consejo de Estado en la formulación y solución al problema jurídico detallado a continuación, con relevantes consecuencias en el marco de las acciones judiciales que pueden iniciarse en el marco de la responsabilidad precontractual, contractual y post contractual al interior de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, desde la óptica de del derecho administrativo y el derecho privado.

Específicamente, este artículo analiza la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado (Rad. 25000-23-26-000-2009-00131-01), desglosando tanto las consideraciones iniciales del problema jurídico que suscitó la controversia, como el análisis de fondo del Consejo de Estado para apalancar el argumento del derecho privado en la toma de decisiones contractuales de estas empresas, sus consecuencias y en especial los salvamentos de voto adoptados, los que plantean criterios necesarios para el futuro académico de la discusión, aún más cuando la propia ley de servicios públicos domiciliarios plantea potestades excepcionales de la administración en cabeza de particulares.

Para ello, se plantean una serie de interrogantes de las actuaciones de las ESPD que nacen en la formación de sus actos, no administrativos, y su relevancia desde el análisis de un marco legal de derecho privado. Todo esto el punto de vista de las consecuencias que se desarrollan bajo el marco normativo actual.

I. INTRODUCCIÓN

Describir la histórica incertidumbre jurídica y la “schizophrenia jurisprudencial” —usando la metáfora de uno de los Consejeros— sobre la competencia y naturaleza de los actos de las ESPD constituye el punto de partida de este ejercicio académico, que no pretende más que rejuvenecer la discusión sobre si las decisiones contractuales de las Empresas de Servicios Públicos de carácter público, es decir, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, son o no actos administrativos. No es menor la relevancia de este debate, pues de ello depende en gran medida, desde la perspectiva litigiosa, la correcta selección del medio de control o el enfoque adecuado de la categoría y especialidad de la acción encaminada a obtener la reparación de un perjuicio derivado de la decisión de la Empresa.

Desde la expedición de la Ley de Servicios Públicos se produjo la transición de las Empresas Públicas de Servicios Públicos hacia las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, esto es, “las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que, al momento de expedirse esta Ley, estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17”. De igual manera, el artículo 15.6 de la misma norma dispone: “Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17. PARÁGRAFO 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado”.

Esta disposición fue el producto de un pensamiento práctico y bien fundamentado del legislador, en la búsqueda de la forma en que mejor garantizara la libre competencia y los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; pero que en especial favoreciera la continuidad y calidad en la prestación de los servicios, bajo un esquema de Empresas competitivas en un mercado específico¹, lo que en realidad es una falacia técnica y normativa, pues se han anquilosado en peligrosos monopolios estatales sin limitaciones en su contratación, baja calidad en sus servicios y ausencia absoluta de posibilidades – reales – de entrar en mercados competitivos. Dentro de esta estructura, las entidades estatales que optaron por mantener su capital sin representación en acciones debían adoptar la forma de EICE (Empresas Industriales y Comerciales del Estado), dotándolas de un régimen especial.

1 La figura de las EICE responde a los lineamientos del Estado Interventor (en oposición al Estado liberal abstencionista), que interviene en la actividad de los particulares no solo mediante reglamentos, sino también con su participación directa en la economía. Las EICE fueron concebidas para desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, las cuales el Estado ha optado por desarrollar, a menudo, en competencia con agentes económicos privados. El Decreto 1050 de 1968 Determina la naturaleza jurídica y las características de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y define las funciones que estas realizan. Este Decreto fue fundamental para diferenciar la EICE de otras entidades descentralizadas. La Constitución Política de 1991 le otorga rango constitucional a la figura, al establecer en su Artículo 115 que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (EICE) forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Además, el Artículo 210 le da la potestad al Legislador para configurar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas, incluyendo las EICE, y la Ley 489 de 1998, es la norma marco actual que regula la organización y el funcionamiento de las EICE (Artículos 85 a 94) esta ley define a las EICE como organismos creados o autorizados por la ley, con personería jurídica y autonomía administrativa y financiera.

Dicho lo anterior, y bajo amparo de la Ley 142 de 1994 (Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios), que en Artículo 31 (modificado por la Ley 689 de 2001) determina que las entidades que presten servicios públicos domiciliarios no están sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) y que, en consecuencia, sus contratos se rigen por las normas del derecho privado, no obstante, deviene en una segunda condición plasmada en la ley 1150 de 2007 y ley 1474 de 2011, normas que complementan y precisan el régimen de las EICE, reafirmando la obligación de que estas entidades apliquen los principios de la función administrativa (Art. 209 C.P.) y de la gestión fiscal (Art. 267 C.P.), y se sometan al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal, reiterando que la excepción al Estatuto General de Contratación se justifica en que deben actuar en el mercado en términos equivalentes a los particulares, especialmente cuando desarrollan actividades comerciales en competencia o en mercados regulados.

Son entonces empresas públicas, bajo la vigilancia de los órganos del Estado, con libertad de contratación, pero en el marco de las reglas de la función administrativa, y un régimen de inhabilidades e incompatibilidades propias del Estatuto de la Contratación Pública, resultado de esta mezcla, dualidad interpretativa sobre la naturaleza de sus decisiones en el marco de la contratación, pues no hay sobre la mesa discusión sobre la calidad de administrativos de sus actos de ordenación interna, respecto de los que no se tiene, a la fecha, posiciones jurídicas que debatan la calidad de actos administrativos todos aquellos que tienen relación con su regulación interna, que claramente se producen por medio

de resoluciones, díganse, nombramientos, manuales de contratación y todo lo relacionado con su reglamentación interna.

El problema jurídico se encuentra anclado en la discusión si los actos precontractuales y algunos posteriores o de la ejecución del negocio jurídico corresponden a verdaderos actos administrativos o se entienden actos privados. El asunto surge como controversia con la sentencia de Unificación del Consejo de Estado al estudiar la demanda.

El objeto central de la controversia se centró en la presunta ilegalidad e irregularidad de la decisión precontractual adoptada por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. (EAAB), una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Distrital, en un proceso de selección de contratista.

Los demandantes, Vigías de Colombia SRL Limitada y Granadina de Vigilancia Ltda., quienes conformaron Unión Temporal para participar en el proceso de adjudicación de un contrato de vigilancia, alegaron que la EAAB violó las reglas del concurso al seleccionar a otro proponente.

A continuación, se detallan los elementos centrales de la controversia planteada por las demandantes:

- Todo se originó en la “invitación ISG-325-2008” que la EAAB emitió en julio de 2008 con el objeto de “Contratar el servicio de vigilancia y seguridad privada” en sus diferentes sedes administrativas y operativas.

- La pretensión principal de los demandantes era que se declarara la **nulidad del acto administrativo de ‘ACEPTACIÓN DE OFERTA’** de fecha 29 de agosto de 2008”, por medio del cual la EAAB, actuando a través de su Director de Seguridad, aceptó la oferta de Serviconfor Ltda.
- Las demandantes sustentaron su pretensión de nulidad en varios cargos, siendo el principal *la violación de las normas en las que debía fundarse y la expedición en forma irregular del acto*, por contravención del Pliego de Condiciones y su propio Manual de Contratación (“Resolución” 1016 de 2005).
- Irregularidad en la Calificación Económica (El Eje de la Disputa):
- El foco de la controversia radicaba en la metodología de evaluación económica. El capítulo 2 de la invitación había definido que la calificación económica se haría mediante el cálculo de la “media aritmética”. Sin embargo, la EAAB incurrió en una contradicción al considerar para la evaluación económica elementos que no debían incluirse. Los demandantes manifestaron su inconformidad con la evaluación, aduciendo que la EAAB sí tuvo en cuenta los costos de los “servicios de valor agregado” para la evaluación.
- Las sociedades demandantes argumentaron que, si no se hubiesen tenido en cuenta esos valores agregados en la evaluación económica, su Unión Temporal “hubiese obtenido

el mayor puntaje” y, por lo tanto, la EAAB debió haber aceptado su oferta.

- Como consecuencia de la supuesta irregularidad de la decisión de “Aceptación de oferta”, las demandantes solicitaron: **(eje de la sentencia)**
- *1. La nulidad del contrato No 1-05-11500-404-2008 que la EAAB suscribió con Serviconfor Ltda..*
- *2. La consecuente indemnización de perjuicios por no haberse celebrado el contrato con ellas. Los perjuicios solicitados consistían en la utilidad dejada de percibir por la no celebración del contrato.*
- Este caso sirvió de plataforma para que el Consejo de Estado abordara tres problemas jurídicos fundamentales para la unificación jurisprudencial en relación con las EICE prestadoras de servicios públicos domiciliarios: la competencia de la jurisdicción; la naturaleza del acto precontractual (si era un acto administrativo o de derecho privado) y el medio de control judicial procedente.
- **Justificación:** La importancia de la sentencia para la seguridad jurídica de contratistas y entidades, y su impacto en el control judicial de la administración, no solamente desde el punto de vista de los contratistas, sino del propio ejercicio judicial con los medios de control actuales.

Así las cosas, dentro de los objetivos del presente comentario a jurisprudencia se encuentran:

1. Exponer la evolución jurisprudencial que antecedió a la unificación.
2. Analizar dogmáticamente cada uno de los cuatro puntos de unificación.
3. Evaluar los argumentos esgrimidos en los votos salvados y aclarados.
4. Valorar las implicaciones prácticas y los desafíos futuros que plantea el nuevo precedente.

II. MARCO JURISPRUDENCIAL

Primera Etapa (Criterio Material): Competencia de lo contencioso administrativo solo para controversias resueltas con derecho público (Auto S-701 de 1997²). Evidenciadas las primeras discusiones sobre el vacío dejado por la ley 142 de 1994 al dejar un régimen jurídico mixto (público-privado):

se concibió que, como la regla general en servicios

2 Los actos y los contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria, no obstante esto, las empresas privadas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso administrativos, entre los que puede citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación (art. 154 inc 1o), asimismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulados en los arts. 128 y ss y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las Comisiones de Regulación, en los cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de la jurisdicción administrativa (art. 31 inc 2o), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe, por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas, El ejercicio de las facultades previstas en los arts. 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la ley 142, darán lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción administrativa, y los contratos especiales enunciados en el artículo 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa.

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.

Segunda Etapa (Criterio Orgánico-

Cualificado): Competencia de lo contencioso administrativo para contratos estatales “especiales” de entidades públicas, aun regidos por derecho privado, que en los aspectos del conocimiento de la controversia por parte esta jurisdicción, se tomaría la cláusula general de competencia, desde 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, lo que supuso cerrar la brecha de interpretación sobre la jurisdicción.

Tercera Etapa (Criterio Orgánico Puro y Solución Positiva):

Aplicación de la cláusula general de competencia (art. 104 CPACA) para resolver el vacío, llevando al juez contencioso-administrativo a conocer de controversias de derecho privado. Aquí se enmarca la sentencia objeto de estudio, que es el punto de donde se observa que si bien el contrato corresponde al derecho privado, el juez será el contencioso administrativo, quien deberá estudiar el caso bajo la óptica del derecho civil y comercial, lo que implica el reto de no configurar la estructura del daño desde los postulados del Estatuto de Contratación Pública y su amplia doctrina y jurisprudencia, e igualmente los componentes de la ilegalidad o no de la conducta u omisión del servidor público.

Así las cosas, un contrato de una entidad pública que se funda en los principios de la actuación administrativa, pero se basa en el derecho privado,

y que supone el no uso de las prerrogativas especiales del Estado, conlleva a poner de presente un plano de igualdad contractual. Aquí nace un problema jurídico que abordaremos en otro momento, los fundamentos del pacta sunt servanda versus el abuso del derecho.

III. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS DE UNIFICACIÓN: UN CAMBIO DE PARADIGMA

“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.” Recordando el contenido de las pretensiones de la demanda, el actor partía del supuesto que el acto enunciado, era un acto administrativo, y así el Tribunal Administrativo de Cundinamarca lo consideró.

Lo anterior generó el siguiente pronunciamiento de fondo por parte del Alto Tribunal:

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.

Además, en el párrafo 67, se concluye:

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.” A lo que se suma la siguiente afirmación de la sentencia.

Respecto al medio de control, en el párrafo 80, se dice:

*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.” (negrillas y subraya fuera de texto). Como se analizará más adelante, y en especial en los salvamentos de voto, esta conclusión del fallo es contradictoria en si misma, porque debe separarse la consideración de “ilegalidad*

del acto administrativo”, por ilegalidad de la actuación de adjudicación o aceptación de la oferta presentada, producto de un acto de carácter privado, pero amparado por garantías legales y constitucionales como la actuación administrativa, lo que implicaba la imperiosa necesidad de ir un poco más allá en el análisis de la acción u omisión de la Empresa en el fundamento de la toma de la decisión, ello independientemente del error en la selección del medio de control, dejando una reflexión para futuros análisis, ¿debe darse una adecuación del medio de control cuando prima un interés en la legalidad de las actuaciones de la Administración?, ello bajo la misma premisa expresada por el Consejo de Estado cuando afirma que, “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. (negrilla y subraya no corresponden al texto original).

Finalmente, en el caso concreto, aunque se encontró que la EAAB actuó con irregularidades, no se probó el daño, como se indica en los párrafos 115 y 118:

115. 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.

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.

Por lo tanto, el problema central respecto a las pretensiones de la demanda fue que se utilizó un medio de control incorrecto (controversias contractuales y nulidad) para impugnar un acto que no era administrativo, y que además no se probó el daño requerido para la reparación directa, que era el medio adecuado.

IV. PUNTOS CENTRALES DE LA DECISIÓN DE UNIFICACIÓN:

1. Competencia: Se define el juez natural.

Regla: Cuando no haya una norma expresa que señale la jurisdicción competente para controversias de prestadores de servicios públicos domiciliarios, se debe acudir a **la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo** (art. 104 del CPACA).

Consecuencia: La jurisdicción contencioso-

administrativa se erige como el juez natural para estas controversias, incluso cuando se aplique derecho privado, siempre que la entidad demandada sea pública.

2. Naturaleza Jurídica: Los actos precontractuales son privados, no administrativos.

Regla: Por regla general, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios NO son actos administrativos.

Fundamento: El principio de legalidad exige una habilitación expresa para emitir actos administrativos, la cual no existe en la Ley 142 de 1994 para estos actos. Por lo tanto, se rigen por la normatividad civil y comercial (Arts. 31 y 32 de la Ley 142 de 1994).

3. Medio de Control Procedente: La vía es la reparación directa.

Regla: Las controversias sobre estos actos precontractuales de naturaleza privada deben tramitarse a través del medio de control de reparación directa.

Fundamento: La pretensión no es la nulidad de un acto administrativo (que no existe), sino la indemnización de un daño derivado de una conducta que violó la buena fe y los deberes precontractuales, lo que se encuadra en la responsabilidad extracontractual.

4. Garantía Procesal Transitoria: Aplicación

del Iura Novit Curia para casos anteriores.

Regla: Como garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, para las demandas presentadas antes de esta sentencia, el juez debe resolver el fondo de la controversia, aun cuando se haya utilizado un medio de control incorrecto.

Objetivo: Evitar que la falta de claridad jurisprudencial anterior perjudique a los demandantes que actuaron de buena fe, aplicando el principio de que el juez conoce el derecho (iura novit curia).

5. Análisis de los salvamentos de voto.

Como lo hemos desarrollado a lo largo del presente análisis, y previo a los desarrollos de las posiciones jurídicas de los H. Consejeros que plantearon discrepar sobre los argumentos del pensamiento central de unificación, es pertinente abordar nuevamente conceptos generales y especiales sobre el Acto Administrativo en Colombia.

Doctrinalmente, los actos administrativos son las “manifestaciones de la voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos³”. Estas manifestaciones de la voluntad se expresan formalmente a través de

3 Dice el profesor Libardo Rodríguez “los actos administrativos son las manifestaciones de la voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos”, ahora esas manifestaciones de la voluntad que son las expresiones o medios por los cuales el ente administrativo hace conocer su voluntad toma forma en decretos, resoluciones, ordenanzas o acuerdos, de quienes se predica su legalidad por el sujeto o autor del acto y el cumplimiento de los procedimientos, requisitos de legalidad propios de la decisión de la administración y en muchas ocasiones causales de nulidad.

decretos, resoluciones, ordenanzas o acuerdos.

El Acto Administrativo es la declaración de voluntad que crea unilateralmente e impone consecuencias jurídicas a un sujeto o sujetos por presumirse, con presunción *iuris tantum*, su legalidad⁴.

Es toda manifestación unilateral y externa de voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública, y que crea, reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos u obligaciones de los administrados⁵.

Se puede definir el acto administrativo como la manifestación de la voluntad de la administración pública, en ejercicio de una función administrativa, que produce efectos jurídicos directos e inmediatos, creando, modificando, extinguiendo o reconociendo situaciones jurídicas, siempre de conformidad con el ordenamiento legal⁶.

a) Salvamento de Voto de la Consejera María Adriana Marín

La Consejera Marín centró su disidencia en dos grandes frentes: el error en la identificación del medio de control adecuado y la defensa de la naturaleza administrativa de las decisiones estatales, incluso cuando se rigen por el derecho privado.

La Consejera disiente de la conclusión mayoritaria que calificó la decisión de “aceptar una oferta” como un mero acto precontractual,

no administrativo, y que, por lo tanto, la acción idónea era la Reparación Directa (artículo 86 del CCA).

La Consejera argumenta que el primer análisis que debió realizar la Sala era determinar si la aceptación de la oferta por la entidad perfeccionó el contrato estatal. Dado que la actuación se regía primordialmente por el derecho privado, la concurrencia de la oferta del elegido y la aceptación de la entidad hizo surgir el contrato de forma ipso iure (acto bilateral) el mismo día.

Al existir un contrato estatal perfeccionado, el medio de control adecuado era el de Controversias Contractuales. El demandante acertó al solicitar la nulidad absoluta del negocio jurídico, pues la ilegalidad del acto precontractual es un presupuesto necesario e inevitable para solicitar la nulidad del contrato, conforme al régimen procesal (tanto del CCA -modificado por Ley 446 de 1998- como del CPACA). El error integral de la providencia fue, por ende, enfocar el caso como un problema de nulidad y restablecimiento del derecho de actos precontractuales, y no como una controversia contractual pura.

Independientemente de si el acto perfeccionó el contrato, la Consejera sostiene que la decisión de aceptar la oferta siempre debe catalogarse como un Acto Administrativo, manifestando que:

- Mientras las entidades públicas ejerzan la función administrativa, estas deben pronunciarse a través de actos administrativos. Esta es la forma jurídicamente concebida para plasmar la voluntad de los órganos del Estado.
- Si bien el régimen de contratación se rige

4 Vidal Perdomo, J. (2004). Derecho administrativo. Legis.

5 Younes Moreno, D. (1998). Curso de derecho administrativo. Temis.

6 Rodríguez Rodríguez, L. (2020). Derecho administrativo general y colombiano. Temis.

por el derecho privado (Ley 142 de 1994), la actuación estatal está intrínsecamente ligada a los principios de la función administrativa (igualdad, imparcialidad y transparencia). Afirmar que estas decisiones son Actos Administrativos no compromete la agilidad que la Ley 142/94 buscó, sino que, por el contrario, precisa el cuestionamiento de sus actuaciones, pues, finalmente, quien actúa y decide es la Administración Pública.

La Magistrada Marín lamentó que la Sala, a pesar de advertir que la entidad demandada (EAAB) vulneró los principios de la función administrativa (igualdad, imparcialidad y transparencia) al aceptar la oferta, se abstuviera de tomar cualquier medida o declarar la nulidad del contrato, escudándose en la falta de prueba del daño. Le asiste razón al argumentar que la evidencia de una conducta contraria a los postulados de la contratación debe conllevar la nulidad de los actos viciados.

b) Salvamento de Voto del Consejero Martín Bermúdez Muñoz

El Consejero Bermúdez, aunque coincide en la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la sujeción de las ESPD a los principios de la función administrativa, criticó el confuso marco de referencia fijado por la mayoría y, especialmente, la decisión de desplazar el medio de control idóneo.

El Consejero Bermúdez señaló que la sentencia incurrió en un esfuerzo por estudiar requisitos propios de un proceso de selección sometido al derecho público (obligación de adjudicar o declarar desierta, selección objetiva) utilizando

normas de derecho privado (violación del deber de lealtad y buena fe precontractual), lo que resultó en un marco de referencia poco claro y seguro para la interpretación judicial.

El punto central de su disidencia procesal es la defensa de la Nulidad y Restablecimiento del Derecho como el medio idóneo para controvertir la adjudicación indebida del contrato, tal como lo establecía la jurisprudencia anterior:

Al acogerse la tesis de la Reparación Directa, los proponentes pierden la posibilidad fundamental de solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto y, de solicitar el restablecimiento del derecho (como la adjudicación del contrato o la anulación de la decisión), limitándose únicamente a la reparación de los perjuicios.

La línea jurisprudencial anterior ofrecía mayor seguridad jurídica, indicando a los proponentes vencidos que debían instaurar la acción de nulidad y restablecimiento dentro de los cuatro meses, un plazo perentorio para determinar la legalidad de la decisión.

El Consejero Bermúdez calificó esta parte del fallo como una contradicción: ***“La sentencia termina borrando con el codo lo que escribió con la mano.”***

La Sala reconoció que la empresa incumplió su obligación de establecer reglas claras y violó el “derecho” del proponente a una adjudicación legal, pero **no condenó al pago de perjuicios** (daño emergente o interés negativo del contrato) alegando la falta de acreditación de tales daños.

El Consejero sugiere que, para salvaguardar la sujeción a los principios de la función administrativa, que sería aconsejable que las empresas decidieran las adjudicaciones

mediante un “acto” (incluso si no se le llama Acto Administrativo) para dejar constancia de cómo se sujetaron a los principios a la luz de los cuales serán juzgadas.

El debate jurídico en torno a la naturaleza de los actos emitidos por las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios (ESPD) estatales exige un replanteamiento por parte del Consejo de Estado. La necesidad de control jurisdiccional se impone bajo el criterio orgánico y funcional: al ser órganos que ejecutan función administrativa y están dirigidos por servidores públicos, sus decisiones no pueden ser catalogadas como actos privados revestidos de una inmunidad judicial o de un control disminuido.

El riesgo principal de la tesis mayoritaria radica en permitir que decisiones que afectan derechos o potenciales derechos (como en la etapa precontractual) eludan el control de legalidad del juez administrativo bajo el mero amparo del derecho privado.

Limitar la controversia al medio de control de Reparación Directa genera una grave distorsión procesal y probatoria:

1. Carga Probatoria Desproporcionada: La Reparación Directa exige la demostración del perjuicio o daño antijurídico, un estándar probatorio inherente al derecho civil y diferente al del contencioso administrativo.
2. Incongruencia Sustantiva: Una conducta u omisión infractora de los principios de la función administrativa (e.g., transparencia, selección objetiva, buena fe), esencial para establecer la ilegalidad

en el derecho público, no se traduce *necesariamente* en un hecho generador de responsabilidad extracontractual bajo el prisma del derecho privado.

En consecuencia, sin la posibilidad de declarar la nulidad del acto viciado (propia de la Nulidad y Restablecimiento del Derecho o de las Controversias Contractuales), el medio de Reparación Directa se torna ineficaz para garantizar la prevalencia del ordenamiento jurídico.

Resulta indispensable que el Alto Tribunal reafirme que el vehículo idóneo para asegurar la legalidad de las decisiones que afectan el proceso contractual de las ESPD es, en última instancia, el medio de control de Controversias Contractuales o la Nulidad y Restablecimiento del Derecho, asegurando así el control pleno sobre los actos que materializan el ejercicio de la función pública.