

NUMERAL 6 DEL ARTÍCULO 195 DE LA LEY 100 – Definición – Derecho privado

El numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 establece que, en materia contractual, las empresas sociales del Estado (E.S.E.) se rigen <<por el derecho privado, pero podrá[n]discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública>>.

Esto implica que, en sede precontractual, las empresas sociales del Estado no pueden emitir actos administrativos. Por esto, no se podía desconocer la ratio decidendi de la sentencia de unificación sobre los actos precontractuales emitidos por prestadores de servicios públicos domiciliarios cuando les aplica el derecho privado¹. Aunque esa decisión sólo se refirió a las actuaciones de esas entidades, lo cierto es que las E.S.E. no aplican el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública antes de celebrar el contrato. No hay una razón válida para desconocer que, en este asunto, las E.S.E. son análogas a las empresas de servicios públicos domiciliarios.



Radicación: 47001-23-33-000-2015-00306-02 (66123)
Demandantes: Cumbre Asociados Ltda., Construcciones y Consultorías S.A.S. (Andy),
Ingeniería de Gestión de la Información y Óscar Emilio Silva Duque

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 47001-23-33-000-2015-00306-02 (66123)
Demandantes: Cumbre Asociados Ltda., Construcciones y Consultorías S.A.S. (Andy), Ingeniería de Gestión de la Información y Óscar Emilio Silva Duque (integrantes del Consorcio Omega)
Demandado: ESE Alejandro Próspero Reverend
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Temas: La demanda debió aplicar las normas del Código de Comercio sobre la oferta para negar las pretensiones.

Aclaración de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz

Estoy de acuerdo con la sentencia de la referencia que negó las pretensiones de la demanda porque no demostró que la propuesta de los demandantes fuera la mejor. Sin embargo, no comparto las consideraciones relativas al régimen jurídico aplicado. La sentencia da a entender que se debía aplicar la Ley 80 de 1993 para los actos precontractuales: sugiere que se debe estudiar su legalidad como si se trataran de actos administrativos.

1.- El numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 establece que, en materia contractual, las empresas sociales del Estado (E.S.E.) se rigen <<por el derecho privado, pero podrá[n] discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública>>.

2.- Esto implica que, en sede precontractual, las empresas sociales del Estado no pueden emitir actos administrativos. Por esto, no se podía desconocer la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación sobre los actos precontractuales emitidos por prestadores de servicios públicos domiciliarios cuando les aplica el derecho privado¹. Aunque esa decisión sólo se refirió a las actuaciones de esas entidades, lo cierto es que las E.S.E. no aplican el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública antes de celebrar el contrato. No hay una razón válida para desconocer que, en este asunto, las E.S.E. son análogas a las empresas de servicios públicos domiciliarios.

¹Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 3 de septiembre de 2020, exp. 42003, C.P. Alberto Montaña Plata. Salvaron voto los doctores María Adriana Marín y Martín Bermúdez Muñoz. Lo aclararon los doctores Jaime Rodríguez Navas, José Roberto SÁCHICA Méndez, Guillermo Sánchez Luque, Marta Nubia Velásquez Rico y Nicolás Yepes Corrales.



3.- El proyecto, sin embargo, parece abordar el caso como si se estuviera estudiando la nulidad de un acto administrativo precontractual. Lo anterior se infiere de los siguientes apartados:

<<1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

El centro de la controversia planteada radica en la discusión sobre la legalidad de los actos emitidos el 6 y 12 de agosto de 2014, así como también de la Resolución no. 0329 de 14 de agosto de 2014, mediante los cuales la ESE Alejandro Próspero Reverend realizó la calificación técnica de las propuestas, dio respuesta a las observaciones presentadas a dicha evaluación y adjudicó el proceso de selección, respectivamente, por cuanto fueron expedidos con desviación de poder y violación del debido proceso por el hecho de haber modificado la evaluación técnica en aspectos que ningún proponente había observado.

(...)

4) En cuanto al segundo problema jurídico planteado con el recurso de apelación, en torno a determinar si con las pruebas que **conforman el expediente se demuestra que la decisión adoptada en el acto de adjudicación es ilegal**, deben hacerse las siguientes consideraciones:

a) Esta Corporación, en un caso similar al presente, en relación con las exigencias requeridas para la prosperidad de las pretensiones señaló lo siguiente:

*“(...) El Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que la prosperidad de las **pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho** en relación con el acto de adjudicación del contrato depende del cumplimiento de una doble carga probatoria.*

*De una parte, se exige (i) **demostrar que el acto efectivamente lesionó el ordenamiento jurídico, es decir, la ocurrencia de la causal de nulidad que afectó el acto de adjudicación** y, de otra, (ii) probar que la propuesta del demandante ha debido ser objeto de la adjudicación del contrato, es decir, que es imperativo acreditar que de acuerdo con la ley y las reglas de la convocatoria -ajustadas a la ley-, el demandante presentó la propuesta mejor calificada y por tanto tiene el derecho a ser reparado por el razón del “despojo ilegal de la adjudicación del contrato, en la medida en que la celebración del mismo le habría reportado una utilidad”².*

(...)³⁴

(...)

3. Conclusiones

1) Para la Sala es claro que la demanda se centró en **la discusión acerca de la legalidad de los actos administrativos emitidos el 6 y 12 de agosto de 2014**, así como también de la Resolución no. 0329 de 14 de agosto de 2014, mediante los cuales la ESE Alejandro Próspero Reverend realizó la calificación técnica de las propuestas, dio respuesta a las observaciones presentadas a dicha evaluación, y adjudicó el proceso de selección,

²Nota de la cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 10 de febrero de 2016, radicación 25000-23-26-000-2003-00959 01, actor: Consorcio Alsacia 2003, demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

³Ibidem.

⁴Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 3 de abril de 2020 con radicación no. 61.847, MP Martha Nubia Velásquez Rico.



respectivamente, que según el demandante fueron expedidos con desviación de poder y violación del debido proceso, por el hecho de haber modificado la evaluación técnica en aspectos que ningún proponente había observado>>.

4.- No comparto ninguna de las consideraciones transcritas porque en este caso era suficiente analizar si surgía la responsabilidad precontractual de la E.S.E. Para ello, resultaba plenamente aplicable el artículo 860 del Código de Comercio que establece que <<En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás>>. Sin embargo, reitero que en este caso no se demostró que la E.S.E. hubiera desconocido esa norma porque los demandantes ni siquiera aportaron su propuesta.

Fecha *ut supra*,

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado