

NATURALEZA PRIVADA DE LOS ACTOS PRECONTRACTUALES EN EL RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO – Autonomía de la voluntad – No son actos administrativos – Improcedencia – Incumplimiento de obligaciones

En el presente asunto, el proceso de selección adelantado por parte de la compañía por acciones simplificadas denominada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta SA ESP – EIS Cúcuta SA ESP estuvo regido por el derecho privado de acuerdo con lo expresamente dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, toda vez que la entidad contratante tiene por objeto para prestación de los servicios públicos domiciliarios.

[...]

[...] la Sala analizará la controversia planteada desde la perspectiva que los actos precontractuales de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos, y que el contrato para la operación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento y gestión comercial de la infraestructura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de la ciudad de San José de Cúcuta, celebrado el 3 de mayo de 2006 con la sociedad Aguas Kpital Cúcuta SA ESP se rigen por el derecho privado.

Para la Sala es claro que, actualmente, se cuenta con una posición unificada sobre la naturaleza jurídica privada de los actos precontractuales, pues, se trata de una decisión reiterada considerar que los actos de una entidad, en cuyo régimen contractual se aplican las reglas del derecho privado, no constituyen actos administrativos y, en ese sentido, no procede la revisión de legalidad por vía de nulidad, sino que, se trata de un análisis respecto de los incumplimientos de las obligaciones derivados de la aplicación del negocio jurídico, de la garantía de la buena fe y de la autonomía de la voluntad.

EFFECTOS DE LAS DECISIONES DE ANULABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS – Naturaleza jurídica de los actos precontractuales – Cronograma – Autonomía de la voluntad

En cuanto a los efectos de las decisiones de anulabilidad de los actos administrativos, la Sección Tercera de esta Corporación en forma reiterada ha dispuesto con total claridad que "la única manera de que un acto se invalide desde el momento de su expedición es mediante una sentencia que así lo declare, dentro de una acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho; sentencia que por su naturaleza declarativa de una situación invalidante ab initio del acto que revisa, sí tiene efectos ex tunc o hacia el pasado.

[...]

Advierte la Sala que la naturaleza de los actos propios de la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios constituye actualmente una posición unificada por esta Corporación, en el sentido de establecer que no constituyen actos administrativos, sino que, se trata de actos jurídicos regidos por el derecho privado en aplicación de lo expresamente dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994.

[...]

En este preciso punto de análisis se tiene que, desde el cierre de la convocatoria, la empresa EIS Cúcuta SA ESP en modo alguno incluyó etapas adicionales a las ya dispuestas en el cronograma, lo que ocurrió fue una tardanza para la emisión de los resultados de la evaluación de las propuestas y a partir de allí las fechas dispuestas para la correspondiente adjudicación se trasladaron en el tiempo, circunstancia que no implica una vulneración que conlleve a la invalidación de la decisión de adjudicación.

De acuerdo con lo anterior, sin la objeción de parte de los interesados en la decisión sobre la modificación de la fecha para el cierre del proceso de selección, surge una clara manifestación en ejercicio de la autonomía de la voluntad de parte de los participantes del referido proceso de selección.

En esa perspectiva, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que rige el derecho privado, los efectos de la adjudicación fueron plenamente validados por los interesados, sin que en modo alguno las partes hubieran manifestado la configuración de vicio alguno en su consentimiento, en los términos de lo dispuesto en los artículos 1502, 1503 y 1508 del Código Civil.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá DC, diecinueve (19) de agosto de dos mil veinticinco (2025).

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 54001-23-31-000-2008-00148-01 (70.623)
Demandante: ADEINCO SA, PROACTIVA ORIENTE SA ESP,
PROACTIVA COLOMBIA SA, FANALCA SA E
INVERCO LTDA
Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO
DE CÚCUTA SA ESP (EIS CÚCUTA SA ESP) Y
AGUAS KPITAL CÚCUTA SA ESP
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA – NULIDAD DEL ACTO
DE ADJUDICACIÓN DEL PROCESO DE SELECCIÓN

Síntesis del caso: la parte actora pide que se declare la nulidad de las resoluciones mediante las cuales se adjudicó la convocatoria pública número EIS 001-2005; el tribunal de primera instancia denegó las súplicas de la demanda, por cuanto no se acreditó que los supuestos de hecho y derecho que sustentaron la decisión de adjudicación fueran falsos o que se hubiera incurrido en una violación del procedimiento establecido en el pliego de condiciones. Inconforme con la decisión, la parte actora se opuso a la sentencia e insistió en que con las pruebas que conforman el expediente estaba acreditada la violación del procedimiento establecido en el pliego de condiciones.

Temas: proceso de selección de empresa prestadora de servicio públicos - proceso de selección regido por el derecho privado – procedimiento técnico previsto en el pliego de condiciones.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de 7 de septiembre de 2023 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander que denegó las súplicas de la demanda en los siguientes términos:

“PRIMERO: Declárase no probada la excepción de indebida representación del demandante por insuficiencia de poder, propuesta por la empresa EIS CÚCUTA SA ESP, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Niéguese las pretensiones de la demanda de la referencia instaurada por las empresas Proactiva Oriente SA ESP, Proactiva Colombia SA, Fanalca SA, Adeinco SA e Inverco Ltda, conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

Expediente no. 54001-23-31-000-2008-00148-01 (70.623)

Actor: Adeinco SA y otros
Controversias contractuales
Apelación de sentencia

CUARTO: En firme esta sentencia, **archívese** el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor.” (fl. 772 vlto. cdno. ppal. – negrillas y mayúsculas fijas del original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito radicado el 22 de abril de 2008 en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Norte de Santander¹, las compañías Proactiva Oriente SA ESP, Proactiva Colombia SA, Fábrica Nacional de Autopartes SA (Fanalca SA), Administración e Inversiones Comerciales SA (Adeinco SA) e Inversiones y Cobranzas de Occidente Cia Ltda (Inverco Ltda), integrantes de la promesa de sociedad futura Proactiva Aguas del Norte de Santander SA ESP, actuando por intermedio de apoderado judicial interpusieron demanda en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta SA ESP – EIS Cúcuta SA ESP, y de la sociedad Aguas Kpital Cúcuta SA ESP en ejercicio del medio de control jurisdiccional de controversias contractuales (fls. 9 a 130 cdno. no. 1) con las siguientes súplicas:

“I. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 000071 del 19 de abril de 2006, expedida por el Agente Especial de la EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CÚCUTA – EIS CÚCUTA ESP – hoy EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE CÚCUTA SA ESP- el día 19 de abril de 2006, ‘Por la cual se decide sobre la selección de las propuestas presentadas dentro del proceso de Convocatoria ESI-001 de 2005.’.

La ilegalidad de este acto administrativo se invoca como fundamento de la declaración de nulidad absoluta del ‘Contrato para la operación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento y gestión comercial de la infraestructura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de la ciudad de San José de Cúcuta’, celebrado el 3 de mayo de 2006 entre la sociedad AGUAS KPITAL CÚCUTA SA ESP y la EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CÚCUTA – EIS CÚCUTA ESP- hoy EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE CÚCUTA SA ESP que se impetra en la pretensión 4ª siguiente de esta demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y en ejercicio de la acción

¹ Por auto del 10 de junio de 2008, la demanda fue inadmitida (fls. 237 y 238 cdno. no. 1), por cuanto, las pretensiones requerían una adecuación a lo dispuesto en el artículo 87 del CCA; luego de que la parte demandante procediera con la correspondiente subsanación, la demanda fue admitida el 21 de septiembre de 2009 (fls. 265 y 266 *ibidem*).

contractual allí consagrada.

2. Que se declare la nulidad del acto administrativo proferido por el Agente Especial de la EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CÚCUTA – EIS CÚCUTA ESP – hoy EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE CÚCUTA SA ESP- el día 19 de abril de 2008, por medio de la cual se adjudicó la Convocatoria ESI-001 de 2005, cuyo objeto era seleccionar la propuesta más favorable para celebrar un 'Contrato de operación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento y gestión comercial de la infraestructura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de la ciudad de San José de Cúcuta' y que está contenido en el Acta de Adjudicación en Audiencia Pública de la Convocatoria Pública EIS 001-2005 de fecha 19 de abril de 2006.

La ilegalidad de este acto administrativo se invoca como fundamento de la declaración de nulidad absoluta del 'Contrato para la operación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento y gestión comercial de la infraestructura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de la ciudad de San José de Cúcuta', celebrado el 3 de mayo de 2006 entre la sociedad AGUAS KPITAL CÚCUTA SA ESP y la EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CÚCUTA – EIS CÚCUTA ESP- hoy EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE CÚCUTA SA ESP que se impetra en la pretensión 4ª siguiente de esta demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y en ejercicio de la acción contractual allí consagrada.

3. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 000074 de 19 de abril de 2006, expedida por el Agente Especial de la EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CÚCUTA – EIS CÚCUTA ESP – hoy EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE CÚCUTA SA ESP- 'Por la cual se adjudica la Convocatoria Pública EIS 001 de 2005.'

La ilegalidad de este acto administrativo se invoca como fundamento de la declaración de nulidad absoluta del 'Contrato para la operación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento y gestión comercial de la infraestructura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de la ciudad de San José de Cúcuta', celebrado el 3 de mayo de 2006 entre la sociedad AGUAS KPITAL CÚCUTA SA ESP y la EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CÚCUTA – EIS CÚCUTA ESP- hoy EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE CÚCUTA SA ESP que se impetra en la pretensión 4ª siguiente de esta demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y en ejercicio de la acción contractual allí consagrada.

4. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se decrete la nulidad absoluta del 'Contrato para la operación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento y gestión comercial de la infraestructura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de la ciudad de San José de Cúcuta', celebrado el 3 de mayo de 2006 entre la sociedad AGUAS KPITAL CÚCUTA SA ESP y la EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CÚCUTA – EIS CÚCUTA ESP – hoy EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE CÚCUTA SA ESP-, por haberse celebrado con base en actos administrativos ilegales.

5. Que como consecuencia de lo solicitado en los numerales anteriores

se declare que la mejor propuesta para la Convocatoria Pública No. EIS 001- 2005 fue la presentada por la promesa de sociedad futura PROACTIVA AGUAS DEL NORTE DE SANTANDER SA ESP y que esta promesa de sociedad futura tenía derecho a que se le adjudicara la Convocatoria EIS 001-2005 por parte de la EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CÚCUTA – EIS CÚCUTA ESP – hoy EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE CÚCUTA SA ESP y a ejecutar el respectivo contrato.

6. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE CÚCUTA SA ESP antes EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CÚCUTA – EIS CÚCUTA ESP- a pagar a las sociedades PROACTIVA COLOMBIA SA, PROACTIVA ORIENTE SA ESP, FABRICA NACIONAL DE AUTOPARTES SA -FANALCA SA-, ADMINISTRACIÓN E INVERSIONES COMERCIALES SA -ADEINCO SA- e INVERSIONES Y COBRANZAS DE OCCIDENTE CIA LTDA -INVERCO LTDA-, integrantes de la promesa de sociedad futura PROACTIVA AGUAS DEL NORTE DE SANTANDER SA ESP y en proporción a su participación en ella, por concepto de perjuicios materiales causados con la irregular adjudicación, en la modalidad de lucro cesante, el valor de la utilidad que habrían percibido en caso de haberles sido adjudicado y haber podido ejecutar el contrato al que legítimamente tenían derecho.

7. La suma indicada en el numeral anterior se actualizará, aplicando los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, desde la fecha en que de conformidad con la ejecución contractual sería percibida por el proponente hasta la fecha de la sentencia, y a la misma se le aplicará una tasa de interés moratorio equivalente al doble del interés bancario corriente, debidamente certificado por la Superintendencia Bancaria, entre las mismas fechas.

8. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE CÚCUTA SA ESP antes EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CÚCUTA – EIS CÚCUTA ESP- a pagar a las sociedades PROACTIVA COLOMBIA SA, PROACTIVA ORIENTE SA ESP, FABRICA NACIONAL DE AUTOPARTES SA -FANALCA SA-, ADMINISTRACIÓN E INVERSIONES COMERCIALES SA -ADEINCO SA- e INVERSIONES Y COBRANZAS DE OCCIDENTE CIA LTDA -INVERCO LTDA-, integrantes de la promesa de sociedad futura PROACTIVA AGUAS DEL NORTE DE SANTANDER SA ESP, el equivalente en pesos de cinco mil salarios mínimos, para cada una de ellas, o la suma que el Honorable Tribunal valore en equidad, por concepto de los perjuicios materiales causados por no haber podido ejecutar el contrato, con la consiguiente imposibilidad de aumentar su capacidad en el RUP y su experiencia.

9. Que se condene a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE CÚCUTA SA ESP antes EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CÚCUTA – EIS CÚCUTA ESP- a pagar las costas procesales y agencias en derecho.

10. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo” (fls. 10 y 11 ibidem – negrillas y mayúsculas fijas del original).

2. Hechos

Como fundamento fáctico la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda, en síntesis, lo siguiente:

1) El 18 de noviembre de 2005, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta SA ESP – EIS Cúcuta SA ESP ², mediante Resolución no. 0470 dio apertura a la convocatoria pública número EIS 001-2005 con el fin de seleccionar a un contratista que adelante la operación, ampliación, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de la ciudad de San José de Cúcuta (Norte de Santander)³.

2) A la convocatoria se presentaron dos (2) proponentes: (i) la promesa de sociedad futura Aguas Kpital Cúcuta SA ESP integrada por las compañías Aguas Kpital SA ESP, Vergel y Castellanos SA, Inzett Sa, Arquitectos e Ingenieros Civiles SA y Oliequip SA, y (ii) la promesa de sociedad futura Proactiva Aguas del Norte de Santander SA ESP integrada por las sociedades Proactiva Colombia SA, Proactiva Oriente SA ESP, Fábrica Nacional de Autopartes SA – Fanalca SA-, Administración e Inversiones Comerciales SA – Adeinco SA e Inversiones y Cobranzas de Occidente SA -Adeinco SA.

3) Durante la verificación de experiencia de las promesas de sociedad futuras oferentes, se advirtió que Aguas Kpital Cúcuta SA ESP acreditó la experiencia con una sociedad domiciliada en Cuba, denominada Técnica Hidráulica SA que había operado el servicio de acueducto y alcantarillado de la Provincia de Holguín de Cuba desde el año 1996; sin embargo, no aportó los documentos que acreditaban tal experiencia.

4) El 9 de febrero de 2006, la empresa EIS Cúcuta SA ESP requirió a la promesa de sociedad futura Aguas Kpital Cúcuta SA ESP para que aportara los certificados

² En mayo de 2005, la Empresa Industrial y Comercial de Cúcuta ESP – EIS Cúcuta ESP se transformó en una sociedad por acciones simplificadas denominada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta SA ESP – EIS Cúcuta SA ESP, con participación superior al 51% del municipio de San José de Cúcuta y responsable de la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de la ciudad de San José de Cúcuta.

³ El 29 de septiembre de 1998, mediante la Resolución no. 07036 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tomó posesión de la Empresa Industrial y Comercial de Cúcuta EIS ESP, sus negocios, bienes y haberes para su liquidación.

de constitución de las compañías Técnica Hidráulica SA ESP domiciliada en las Islas Vírgenes Británicas y Técnica Hidráulica SA ESP domiciliada en Cuba, así como también para que explicara la relación existente entre las referidas sociedades y Aguas Kpital SA, y detallara el cumplimiento de la prórroga automática de la garantía de seriedad de la oferta.

5) El 28 de febrero de 2006, la promesa de sociedad futura Aguas Kpital SA ESP manifestó la relación existente entre las referidas compañías consiste en que la sociedad con domicilio en Cuba adquirió en el año 2002 las acciones de la casa matriz domiciliada en las Islas Vírgenes Británicas, actuación que convirtió a la sociedad Técnica Hidráulica SA ESP de las Islas Vírgenes en la controlante; además, aportó la garantía de seriedad de la oferta con la especificación de la prórroga automática.

6) No obstante la aclaración realizada, los documentos presentados demuestran que la sociedad mercantil cubana Técnica Hidráulica SA es la encargada de la operación, mantenimiento y gestión de aseo, agua y saneamiento de la Provincia de Holguín (Cuba) desde 1996, y en el referido documento de aclaración se establece que la empresa creada en el año 2001 operaba el acueducto de Holguín desde 1996.

7) El 19 de abril de 2006, a través de la Resolución no. 000071 la empresa EIS Cúcuta SA ESP declaró como elegibles las propuestas presentadas por las dos (2) promesas de sociedad futura concursantes.

8) El 20 de abril de 2006, por Resolución no. 000074 se adjudicó la convocatoria pública EIS 001-2005 a la promesa de sociedad futura Aguas Kpital Cúcuta SA ESP.

9) En cumplimiento de la adjudicación de la convocatoria EIS 001-2005, el 3 de mayo de 2006 la compañía Aguas Kpital Cúcuta SA ESP suscribió con la empresa EIS Cúcuta ESP el contrato para la operación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento y gestión comercial de la infraestructura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de la ciudad de San José de Cúcuta (Norte de Santander).

3. Fundamento de la demanda

En el texto de la demanda la parte actora presentó como fundamentos de derecho y concepto de violación normativa, en resumen, lo siguiente:

1) Con la expedición de las Resoluciones números 000071 y 000074, ambas proferidas el 19 de abril del año 2006 por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta SA ESP – EIS Cúcuta SA ESP, se vulneraron los artículos 209 Constitucional, 860 del Código de Comercio, 30 de la Ley 222 de 1995, 35 de la Ley 142 de 1994 y 1.3.5.1, 1.3.5.2, 1.3.5.3 y 1.3.5.5 de la Resolución 151 de 2 de marzo de 2001 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, porque en desarrollo de la evaluación de la experiencia dispuesta en el pliego de condiciones se modificaron las reglas dispuestas para el proceso y se permitió que la oferente adjudicataria modificara su propuesta a través de la incorporación de nuevos documentos e información, decisión que no fue adoptada por la mayoría de los miembros de la junta directiva de la empresa de servicios públicos sino por la mayoría de los asistentes a la sesión, lo cual, además, es contrario a lo dispuesto en los estatutos de la propia empresa.

2) La compañía Aguas Kpital SA ESP concurrió al proceso en condición de integrante de la promesa de sociedad futura Aguas Kpital Cúcuta SA, sin que existiera evidencia en el correspondiente certificado de existencia y representación de que su casa matriz o controlante fuera la sociedad denominada Técnica Hidráulica SA, contrario a lo afirmado en el proceso de selección.

3) La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta SA ESP – EIS Cúcuta SA ESP procedió a la adjudicación de la convocatoria pública EIS 001-2005 por fuera de los tiempos previstos en el cronograma del proceso de selección, pues, la referida decisión debía emitirse dentro de los veinte (20) días calendario siguientes al cierre de la convocatoria, lo cual sucedió el 7 de febrero de 2006; en ese sentido, la adjudicación debió haber sido emitida, a más tardar, el 27 de febrero de 2006 y no el 19 de abril como en efecto sucedió.

4. Posición de la parte demandada

4.1 Aguas Kpital Cúcuta SA ESP

A través de escrito radicado el 6 de octubre de 2010 contestó la demanda con oposición a las pretensiones, solicitó que estas fueran negadas y formuló excepciones (fls. 132 a 145 cdno. no. 1), con los siguientes argumentos:

1) La adjudicataria acreditó su experiencia, entre otros aspectos, con un socio operador durante los cinco (5) años previos a la apertura de la convocatoria EIS 001-2005, mediante la operación del acueducto y alcantarillado en la localidad de Holguín de la República de Cuba por el periodo comprendido entre los años de 1996 a 2004.

2) La compañía Técnica Hidráulica SA sucursal Colombia con NIT 830064681-1 y matrícula mercantil no. 00979556 de 19 de noviembre de 1999, de acuerdo con la información contenida en el certificado de existencia y representación, señala que es un establecimiento comercial domiciliado en las Islas Vírgenes Británicas, en cuyos estatutos se acordó el establecimiento en Colombia de una sucursal.

3) La sociedad mercantil cubana Técnica Hidráulica SA adquirió las acciones de la casa principal Técnica Hidráulica SA domiciliada en las Islas Vírgenes Británicas en el año 2002, protocolizada el 17 de noviembre 2003 con la escritura pública no. 6900 de la Notaría Novena de Bogotá.

4) No es cierto, como lo pretende la demanda, hacer creer que se trataba de varias sociedades y que durante el proceso de selección se modificó la información con la intención de incluir experiencia adicional, pues, se trató de una explicación sobre la relación societaria existente entre las compañías Técnica Hidráulica SA domiciliada en las Islas Vírgenes Británicas con la domiciliada en Cuba requerida por la empresa prestadora de los servicios públicos.

5) En el pliego no se estableció un quorum deliberatorio con la totalidad de los miembros que conformaban el comité, puesto que solo se refirió a la exigencia de que la decisión fuera adoptada por la mayoría de los miembros que asistieran a la

audiencia.

6) Propuso como excepciones las que denominó “[i]nexistencia de causa para la prosperidad de las pretensiones” y “[a]usencia de causales de anulación del acto administrativo de adjudicación y, en consecuencia del contrato”. Solicitó que se denieguen las súplicas de la demanda, toda vez que no existe prueba que acredite que la decisión adoptada como conclusión de la convocatoria pública EIS 001-2005 haya violado el principio de la función pública consagrado en el artículo 209 constitucional, ni el artículo 860 del Código de Comercio, el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, artículo 35 de la Ley 142 de 1994, ni los artículos 1.3.5.1, 1.3.5.2, 1.3.5.3 y 1.3.5.5 de la Resolución 151 de 2 de marzo de 2001 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

4.2 Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta SA ESP – EIS Cúcuta SA ESP

El 6 de octubre de 2010, mediante apoderado judicial se opuso a las súplicas de la demanda, solicitó que fueran desatendidas y formuló excepciones (fls. 379 a 405 cdno. no. 2).

Los argumentos principales, en síntesis, son los siguientes:

- 1) El comité evaluador era independiente y autónomo a la empresa; además, en forma unánime, encontró satisfactorias las explicaciones y documentos allegados por Aguas Kpital SA ESP y descartó las censuras de Proactiva Aguas del Norte de Santander.
- 2) La calificación de falta de idoneidad o rechazo de la propuesta presentada por Aguas Kpital SA ESP como lo pretende la parte demandante fue analizada por parte del comité evaluador, solo que no aceptó los argumentos propuestos como observaciones a la evaluación, pues, carecían de respaldo probatorio fáctico y legal.
- 3) La propuesta presentada por Proactiva Aguas del Norte de Santander no fue satisfactoria, el comité evaluador señaló que los documentos aportados no estaban autenticados de acuerdo con lo exigido en el pliego de condiciones.

4) No es cierto tampoco que se haya privado a la parte actora de la adjudicación de la convocatoria EIS 001-2005, pues, el proceso de selección se adelantó con plena observancia de lo dispuesto en el pliego de condiciones, sin que se haya acreditado una irregularidad que pueda conducir a la nulidad de las decisiones adoptadas.

5) La parte actora manifiesta que la decisión no fue adoptada por la mayoría del comité evaluador, puesto que, en el pliego se estableció que el comité estaría conformado por seis (6) miembros y que para adoptar decisiones se requería de la mayoría de sus integrantes, y como en el asunto de la referencia concurrieron cinco (5) de sus miembros la decisión adoptada en favor de Aguas Kpital SA ESP por tres (3) de ellos constituye la mayoría; en ese sentido, no tiene sustento el cargo de nulidad propuesto en la demanda.

6) Las circunstancias especiales de cada caso constituyen claras manifestaciones y expresiones de los intervinientes, como la anuencia manifestada en forma tácita por los oferentes y demás participantes de la audiencia de adjudicación de prorrogar el término de adjudicación, validar su desarrollo y consecuencias.

7) Propuso como excepciones las que se relacionan a continuación:

a) *“Indebida representación del demandante por insuficiencia del poder”*, en la medida en que, la demanda fue subsanada, pero el mandato conferido al profesional del derecho que representa a la parte actora quedó enmarcado en las pretensiones de la demanda inadmitida, sin establecer que lo que se pretendía con la demanda era la nulidad de los actos previos como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

d) *“Falta de prueba en que los demandantes concurren al proceso”*, por cuanto, las empresas demandantes concurren al proceso en condición de sociedades integrantes de la promesa de sociedad futura Proactiva Aguas del Norte de Santander SA ESP sin que se allegara con la demanda el documento que acredita dicha condición.

c) *“Buena fe”*, puesto que la empresa EIS Cúcuta SA ESP actuó de buena fe en todo el desarrollo del proceso de selección.

d) “La genérica”, según la cual, el juez puede declarar las excepciones que de oficio encuentre probadas.

5. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander en providencia del 7 de septiembre de 2023 (fls. 752 a 772 vlto. cdno. ppal.) denegó las súplicas de la demanda con fundamento en lo siguiente:

1) Las excepciones propuestas por la compañía Aguas Kpital Cúcuta SA ESP y EIS Cúcuta SA ESP no son en realidad excepciones que conlleven a la improcedencia de las pretensiones, motivo por el cual, se resuelven con el fondo de la controversia, salvo la excepción denominada “[i]ndebida representación del demandante por insuficiencia de poder”, en razón de la cual, el tribunal señala que la modificación de las pretensiones no altera o hace necesaria la corrección de los poderes conferidos al profesional del derecho que presentó la demanda ya que, en aquellos sí se facultó al abogado para demandar tanto la nulidad de los actos previos como la nulidad absoluta del contrato celebrado el 3 de mayo de 2006 entre Aguas Kpital Cúcuta SA ESP y la EIS Cúcuta SA ESP, por lo que se deniega.

2) En los términos del numeral 5.8 del pliego de condiciones, las propuestas podían rechazarse cuando la información y las declaraciones de la proponente resultara inexacta; sin embargo, se advierte que en el formulario no. 5 de la oferta presentada por la promesa de sociedad futura Aguas Kpital Cúcuta SA ESP se indicó que la experiencia de operación la acreditaba con la sociedad matriz Técnica Hidráulica SA, por el hecho de ser esta última la dueña de un 51% de la compañía Aguas Kpital SA ESP, como lo acredita con la certificación del 3 de febrero de 2006 expedida por el Revisor Fiscal, visible en el folio 100 del cuaderno de pruebas no. 10.

3) Se demostró igualmente que la compañía Técnica Hidráulica SA, domiciliada en Cuba, era la dueña y poseedora de las acciones de la sociedad Técnica Hidráulica SA con domicilio en las Islas Vírgenes Británicas.

4) En ese sentido, la promesa de sociedad futura Aguas Kpital Cúcuta SA ESP desde el inicio puso de presente que la experiencia de operación la acreditaba con

la sociedad Técnica Hidráulica SA con domicilio en las Islas Vírgenes Británicas, con la aclaración en el proceso de selección de que en el año 2001 se había creado la sociedad cubana Técnica Hidráulica SA y en el año 2002 esta había comprado la totalidad de las acciones de la compañía Técnica Hidráulica SA con domicilio en las Islas Vírgenes Británicas, aspecto que no constituye una modificación ni mejora de la propuesta presentada desde el inicio, por cuanto, se refiere a una aclaración procedente de acuerdo con lo previsto en el numeral 5.7 del pliego de condiciones.

5) En el numeral 2.1 del pliego de condiciones se determinó que el acto de adjudicación debía proferirse en la audiencia de apertura del sobre no. 2, hecho que ocurrió en la audiencia realizada el 19 de abril de 2006; es decir, no existió una prórroga del cronograma sin adenda, como erradamente pretendía la parte actora.

6) Por último, en relación con la decisión que adopte el comité evaluador, el numeral 5.2 del pliego de condiciones no determina *quorum* deliberatorio, para que el comité pudiera sesionar válidamente ya que, solo se determinó el número de personas que integraban el comité y que las decisiones serían adoptadas por la mayoría de los miembros de este, en efecto sucedió en el presente asunto.

7. El recurso de apelación

La parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia (fls. 776 a 781 vlto. cdno. ppal.) el cual fue concedido por el *a quo* mediante auto de 23 de octubre de 2023 (fls. 786 y vlyo. *ibidem*), impugnación que fue sustentada en los términos que se reseñan a continuación:

1) El tribunal de primera instancia pasó por alto lo evidenciado con los antecedentes administrativos de la convocatoria EIS 001-2005, por cuanto, con ellos se acredita el desconocimiento de lo dispuesto en el pliego de condiciones por el hecho de aceptar la modificación de la propuesta presentada por la promesa de sociedad futura Aguas Kpital Cúcuta SA ESP, con la excusa de dar cumplimiento al requerimiento realizado por parte de la EIS Cúcuta SA ESP.

2) La experiencia del operador presentada por la promesa de sociedad futura Aguas Kpital Cúcuta SA ESP inicialmente fue acreditada con un certificado de existencia y

representación de la sociedad con domicilio en las Islas Vírgenes Británicas Técnica Hidráulica SA sucursal Colombia; sin embargo, los documentos que aportó en cumplimiento del requerimiento están referidos a la sociedad comercial cubana Técnica Hidráulica SA, situación que conlleva a la demostración de la modificación y mejora de la propuesta.

3) De otra parte, no se comparte la decisión adoptada, en relación con la modificación del cronograma sin adenda que así lo autorizara y a la violación del *quorum* deliberatorio para la adopción de las decisiones por parte del comité evaluador.

8. Actuación surtida en segunda instancia

1) El 14 de febrero de 2024 se admitió el recurso de apelación (índice no. 3 SAMAI).

2) El 12 de febrero de 2025 (índice no. 12 SAMAI) se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días y, vencido este, por el mismo lapso correr traslado al Ministerio Público para emitir el respectivo concepto.

3) En dicho término la parte actora y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta EIS SA ESP reiteraron los argumentos presentados el recurso de apelación y contestación de la demanda, respectivamente (índices números 16 y 17 SAMAI).

4) Por su parte, el Ministerio Público y la compañía Aguas Kpital SA ESP guardaron silencio (índice no. 22 SAMAI).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado⁴, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de

⁴ La demanda fue presentada dentro del término que se tenía para ello, pues, el contrato celebrado como resultado del proceso de selección EIS 001-2005 fue suscrito el 3 de mayo de 2006 y como la demanda se radicó el 22 de abril de 2008 no se superaron los dos (2) años para la formulación en tiempo del medio de control jurisdiccional de controversias contractuales de la referencia, en los términos de lo dispuesto en el literal e) del numeral 10 del artículo 136 del CCA.

la decisión, 2) análisis de la impugnación, 3) conclusiones y, 4) condena en costas y agencias en derecho.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

La demanda está dirigida a obtener la nulidad de las resoluciones números 000071 y 000074, ambas proferidas el 19 de abril de 2006 por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta SA ESP – EIS SA ESP, con fundamento en la nulidad del contrato de operación de 3 de mayo de 2006 suscrito en cumplimiento de la decisión de adjudicación del proceso de selección identificado con el número EIS 001-2005 en favor de la compañía Aguas Kpital Cúcuta SA ESP, por cuanto, en criterio de la parte actora, la empresa contratante desconoció las reglas dispuestas en el pliego de condiciones por el hecho de permitir que la compañía adjudicataria cambiara su propuesta, modificara el cronograma del proceso sin que mediara adenda para ello y avalará la decisión del comité evaluador sin la comparecencia de la totalidad de los miembros.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el 7 de septiembre de 2023 denegó las súplicas de la demanda en atención a que la parte actora no logró acreditar (i) que la compañía adjudicataria, por la vía de cumplimiento de requisitos exigidos por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta SA ESP – EIS SA ESP, hubiese modificado y mejorado su propuesta, (ii) que se modificó el cronograma del proceso sin que mediara para ello adenda, y (iii) que no se hubiera cumplido con el *quorum* debiletorio exigido para que el comité evaluador pudiera adoptar decisiones.

En el presente asunto, la parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia sobre la base de sostener que con las pruebas que conforman el expediente se encuentra acreditado el desconocimiento de lo dispuesto en el pliego de condiciones, en el sentido de aceptar la modificación de la propuesta presentada por la promesa de sociedad futura Aguas Kpital Cúcuta SA ESP, con la excusa de dar cumplimiento al requerimiento realizado por parte de la EIS Cúcuta SA ESP, e insistió en la modificación del cronograma sin adenda que así lo autorizara y, en la violación del *quorum* deliberatorio para la adopción de las decisiones por parte del comité evaluador.

La Sala confirmará la decisión apelada, toda vez que, con los documentos y medios de convicción que conforman el expediente no se demostró la violación de lo dispuesto en el pliego de condiciones como lo pretendía la parte actora.

2. Análisis de la impugnación

2.1 Aspecto preliminar

1) En el presente asunto, el proceso de selección adelantado por parte de la compañía por acciones simplificadas denominada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta SA ESP – EIS Cúcuta SA ESP estuvo regido por el derecho privado de acuerdo con lo expresamente dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994⁵, toda vez que la entidad contratante tiene por objeto para prestación de los servicios públicos domiciliarios.

2) Adicionalmente, como en la demanda se formularon pretensiones de nulidad contra la decisión de adjudicación del proceso de selección y de nulidad del contrato suscrito como resultado del referido trámite, el fondo de la controversia se desatará con aplicación del artículo 90 de la Constitución Política en concordancia con las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil⁶⁷⁸.

3) En línea con lo decidido por el tribunal de primera instancia, la Sala analizará la controversia planteada desde la perspectiva que los actos precontractuales de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos, y que el contrato para la operación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento y gestión comercial de la infraestructura de los servicios públicos de

⁵ El texto de la norma en comento es como sigue: **“ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN.** Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.” (mayúsculas y negrillas sostenidas del original).

⁶ En cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia de unificación de la Sección Tercera de esta Corporación del 3 de septiembre de 2020 en el expediente con radicación no. 42.003, MP Alberto Montaña Plata, toda vez que la demanda de la referencia fue interpuesta el 22 de abril de 2008.

⁷ Sentencia de unificación de la Sección Tercera de esta Corporación del 3 de septiembre de 2020, en el expediente con radicación no. 42.003, MP Alberto Montaña Plata.

⁸ Al respecto, pueden consultarse entre otras decisiones, la sentencia de unificación de la Sección Tercera de esta Corporación del 3 de septiembre de 2020, en el expediente con radicación no. 42.003, MP Alberto Montaña Plata, y el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 13 de mayo de 2021, expediente 2456, MP Álvaro Namén Vargas.

acueducto y alcantarillado de la ciudad de San José de Cúcuta, celebrado el 3 de mayo de 2006 con la sociedad Aguas Kpital Cúcuta SA ESP se rigen por el derecho privado.

4) Para la Sala es claro que, actualmente, se cuenta con una posición unificada sobre la naturaleza jurídica privada de los actos precontractuales, pues, se trata de una decisión reiterada considerar que los actos de una entidad, en cuyo régimen contractual se aplican las reglas del derecho privado, no constituyen actos administrativos y, en ese sentido, no procede la revisión de legalidad por vía de nulidad, sino que, se trata de un análisis respecto de los incumplimientos de las obligaciones derivados de la aplicación del negocio jurídico, de la garantía de la buena fe y de la autonomía de la voluntad⁹.

2.2 Hechos probados

Examinadas las pruebas allegadas al proceso, se encuentran debidamente acreditados los siguientes hechos relevantes para la decisión que debe adoptarse:

1) El 19 de noviembre de 2005, la Empresa Industrial y Comercial de Cúcuta EIS ESP – EIS Cúcuta ESP publicó la convocatoria número EIS 001-2005 con el objeto de llevar a cabo la selección del ejecutor del “*CONTRATO PARA LA OPERACIÓN, AMPLIACIÓN, REHABILITACIÓN, MANTENIMIENTO Y GESTIÓN COMERCIAL DE LA INFRAESTRUCTURA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE LA CIUDAD DE SAN JOSÉ DE CÚCUTRA*” (fls. 390 a 506 cdno. no. 13 – mayúsculas sostenidas del original).

2) El 7 de febrero de 2006 se cerró la convocatoria a la cual concurren dos (2) oferentes, la promesa de sociedad futura Aguas Kpital Cúcuta SA ESP y la promesa de sociedad futura Proactiva Aguas del Norte de Santander SA ESP; se abrieron los sobres números 1 y se hizo la verificación de cumplimiento de los requisitos

⁹ En relación con este preciso punto, pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera: de la Subsección A la sentencia de 5 de julio de 2018, expediente no. 54688, MP Marta Nubia Velásquez Rico; de la Subsección B la sentencia de 19 de junio de 2019, expediente no. 39800, MP Alberto Montaña Plata y de la Subsección C las sentencias de 20 de febrero de 2017, expediente no. 56562, MP Jaime Orlando Santofimio, de 19 de julio de 2017, expediente no. 57394, MP Jaime Orlando Santofimio, de 19 de junio de 2018, expediente no. 61132, MP Jaime Orlando Santofimio y de 5 de julio de 2018, expediente no. 59530, MP Jaime Enrique Rodríguez Navas (E).

habilitantes, revisión que arrojó la necesidad de requerir a la proponente Aguas Kpital Cúcuta SA ESP para que detallara la relación existente entre ella y las compañías Técnicas Hidráulicas SA ESP con domicilio en Cuba y con domicilio en las Islas Vírgenes Británicas, así como también para que acreditara el cumplimiento de la prórroga automática de la garantía de seriedad de la oferta (fls. 38 a 82 cdno. no. 15).

3) El 28 de febrero de 2006, la promesa de sociedad futura Aguas Kpital SA ESP expresó que la relación existente entre las compañías Técnica Hidráulica SA ESP con domicilio en las Islas Vírgenes Británicas y Cuba consiste en que la sociedad con domicilio en Cuba adquirió en el año 2002 las acciones de la casa matriz domiciliada en las Islas Vírgenes Británicas, actuación que convirtió a la sociedad Técnicas Hidráulicas SA ESP de las Islas Vírgenes en la controlante; además, aportó la garantía de seriedad de la oferta con la nota aclaratoria sobre la prórroga automática (fls. 213 a 218 *ibidem*).

4) El 19 de abril de 2006, mediante la Resolución no. 000071 la empresa EIS Cúcuta ESP declaró como elegibles las propuestas presentadas por las dos (2) promesas de sociedad futura concursantes (fls. 162 y 163 cdno. no. 24).

5) El 19 de abril de 2006, a través de la Resolución no. 000074 000071 la empresa EIS Cúcuta ESP adjudicó la convocatoria pública EIS 001-2005 a la promesa de sociedad futura Aguas Kpital Cúcuta SA ESP (fls. 170 a 172 *ibidem*).

6) El 3 de mayo de 2006, la compañía Aguas Kpital Cúcuta SA ESP suscribió con la empresa EIS Cúcuta ESP el contrato para la operación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento y gestión comercial de la infraestructura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de la ciudad de San José de Cúcuta (fls. 174 a 228 vlto cdno. no. 24).

2.3 Valoración del dictamen pericial decretado y practicado

1) El 12 de abril de 2011, el profesional en economía Pedro Nel Álvarez Fontiveros presentó el dictamen pericial solicitado por la parte demandante con el objeto de determinar la utilidad que hubiera podido percibir la promesa de sociedad futura

Proactiva Aguas del Norte de Santander SA ESP en el evento de que hubiera sido la adjudicataria de la convocatoria EIS 001-2005 y, el valor de los perjuicios materiales ocasionados a los integrantes de la referida promesa de sociedad futura por la no adjudicación del proceso de selección, procedimiento que arrojó las siguientes conclusiones:

“1. UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR

A precios de dic. / 2011

\$87.889.518.550.00

2. INDEMNIZACIÓN POR NO HABER PODIDO

GENERAR EXPERIENCIA, GOOD WILL y OTROS

\$8.788.951.855.00

TOTAL DE PERJUICIO MATERIALES

\$96.678.470.405.00

*El valor de la indemnización por PERJUICIOS MATERIALES en la modalidad de Lucro Cesante por la UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR e igualmente la Indemnización por no haber podido generar Experiencia, capacidad en RUP y otros asciende a la cantidad de **NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA MIL CUATROCIENTOS CINCO PESOS COLOMBIANOS (\$96.678.470.405).**” (fl. 507 cdno. no. 23 – mayúsculas y negrillas del original).*

2) Por auto de 24 de abril de 2012, el magistrado conductor del proceso de primera instancia corrió traslado del dictamen pericial (fl. 517 *ibidem*), oportunidad en la que, tanto la empresa EIS Cúcuta SA ESP como la compañía Aguas Kpital SA ESP formularon sendas objeciones por error grave, aspecto que fue resuelto en la sentencia de primer grado en el acápite 5.1 en el sentido de denegarlo y no fue objeto de oposición en el correspondiente recurso de apelación (fls. 764 vlto a 767 cdno. ppal.).

En ese contexto, según lo acreditado en el expediente, procede la Sala a resolver el problema jurídico consistente en determinar si la compañía adjudicataria del proceso de selección EIS 001-2005, con la excusa de cumplir el requerimiento emitido por la entidad modificó su oferta y, si la empresa EIS Cúcuta SA ESP desconoció el pliego de condiciones por el hecho de haber modificado el cronograma previsto para el proceso sin que mediara adenda para ello y avaló la decisión sobre la evaluación de las ofertas sin la presencia de la mayoría de los miembros del comité evaluador.

3. Análisis de los cargos de apelación

3.1 La modificación y mejora de la oferta por parte de la promesa de sociedad futura Aguas Kpital Cúcuta SA ESP

La parte demandante aseguró que la sentencia apelada pasó por alto el análisis sobre las pruebas que conforman el expediente, puesto que, en su criterio, está plenamente acreditado que la promesa de sociedad futura Aguas de Kpital Cúcuta SA ESP, con la excusa de dar cumplimiento al requerimiento de la empresa EIS Cúcuta ESP, mejoró la oferta en claro desconocimiento a lo previsto en el pliego de condiciones; al respecto, es necesario precisar lo siguiente:

1) El pliego de condiciones de la convocatoria número EIS 001-2005 en relación con los participantes estableció los requisitos para que las personas jurídicas privadas colombianas participaran en el proceso de selección, así:

“3.1.1 Personas jurídicas civiles o mercantiles Colombianas (sic) de naturaleza privada

*Para participar como integrante de un **Proponente** plural bajo **Promesa de Sociedad Futura**, las personas jurídicas civiles o mercantiles de naturaleza privada, constituidas conforme a la legislación colombiana y con domicilio en Colombia, deberán cumplir con los siguientes requisitos:*

- a) Acreditar su existencia y representación legal.*
- b) Acreditar la capacidad del representante legal para la celebración del contrato de promesa de sociedad y del contrato de sociedad prometido para la presentación de la **Propuesta** y para la suscripción del **Contrato de Operación**.*
- c) Acreditar que su objeto social principal o conexo permite a la persona jurídica la celebración del contrato de promesa de sociedad y del contrato de sociedad prometido, así como la celebración y ejecución del **Contrato de Operación**.*
- d) Acreditar que se han constituido con anterioridad a la fecha de apertura de la presente **Convocatoria**, y que el término de duración es por lo menos igual al término máximo de duración del **Contrato de Operación** previsto en la cláusula 4 de la minuta del **Contrato** y un (1) año más. Solo para estos efectos se entiende que este término se extiende hasta el año 2027. En todo caso, el **Socio Operador** que acredite la experiencia exigida en el numeral 3.5.1 de este **Pliego** deberá demostrar que ha sido constituido con una anticipación no menor a (5) años a la fecha de presentación de la **Propuesta**.*

Las personas jurídicas de carácter civil o mercantil colombianas, deberán acreditar su existencia, personería jurídica y representación legal

*mediante la presentación del original del certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de su domicilio social en una fecha no anterior a los treinta (30) **Días Calendario** previos al cierre de la **Convocatoria**.*

*Cuando el representante legal tenga limitaciones estatutarias para la celebración del contrato de promesa de sociedad y del contrato de sociedad prometido, para presentar la **Propuesta**, suscribir el **Contrato** o realizar cualquier otro acto requerido para la contratación en caso de resultar **Adjudicatario**, de deberá presentar copia del acta en la que conste la decisión del órgano social correspondiente, que autorice la celebración del contrato de promesa de sociedad y del contrato de sociedad prometido, la presentación de la **Promesa**, la celebración del **Contrato** y la realización de los demás actos requeridos para la contratación en caso de resultar **Adjudicatario**.” (fls. 421 a 422 cdno. no. 13 – negrillas del original).*

2) En el presente asunto, la promesa de sociedad futura Aguas Kpital SA ESP se presentó a la convocatoria con la acreditación de la condición de proponente que exigía el pliego de condiciones, como se evidencia a continuación:

a) Se presentó como promesa de sociedad futura integrada por las compañías Aguas Kpital SA ESP con una participación del 51%, Vergel y Castellanos SA con una participación del 47,5%, Inzett SA con una participación del 0.5%, Arquitectos e Ingenieros Civiles Aqciviles SA con una participación del 0.5% y Oilequip Ltda con una participación del 0.5%.

b) Cada una de las compañías que integraron la promesa de sociedad futura acreditó su existencia y representación, la facultad para celebrar una promesa de sociedad futura y ejecutar el contrato de operación, que su constitución fue anterior a la fecha de apertura de la convocatoria y que el término de duración individual no era menor a cinco (5) años (fls. 25 a 27, 33 a 36, 42 a 44, 50 a 53 y 59 a 62 cdno. no. 10).

3) En relación con la experiencia exigida en el numeral 3.5.1 ordinales *i)*, *ii)*, *iii)*, *iv)* y *v)* del pliego de condiciones, la promesa de sociedad futura Aguas Kpital SA ESP presentó el formulario no. 5 con la siguiente información:

“1) Requisito del numeral 3.5.1 i) del Pliego de Condiciones:

SISTEMA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO OPERADO POR EL SOCIO OPERADOR DURANTE LOS CINCO (5) AÑOS PREVIOS A LA APERTURA DE LA CONVOCATORIA (1999-2005)

Expediente no. 54001-23-31-000-2008-00148-01 (70.623)
Actor: Adeinco SA y otros
Controversias contractuales
Apelación de sentencia

Servicio Público domiciliario	País	Localidad (ciudad o área servida)	Fecha de Inicio de la operación	Número de suscriptores al 31 de diciembre de 2004
Acueducto	Cuba	Holguín	1.996	289.938
Alcantarillado	Cuba	Holguín	1.996	213.207

2) Requisito del numeral 3.5.1 ii) del Pliego de Condiciones:

SISTEMA DE ACUEDUCTO OPERADO POR EL SOCIO OPERADOR DURANTE LOS CINCO (5) AÑOS PREVIOS A LA APERTURA DE LA CONVOCATORIA CON EL QUE SE ACREDITA EL REQUISITO DEL NUMERAL 3.5.1 I) DEL PLIEGO DE CONDICIONES				
Servicio Público domiciliario	País / Localidad (ciudad o área servida)	IANC de diciembre de 2004	Reducción de pérdidas (puntos)	Fecha de implementación del plan de reducción de pérdidas de agua
Acueducto	Cuba/Holguín	30%	IANC inicial: 75% IANC final: 30% Reducción: 45%	IANC inicial: 1.996 IANC final: 31 de diciembre de 2.004
Alcantarillado	Cuba	Holguín	1.996	213.207

3) Requisito del numeral 3.5.1 iii) del Pliego de Condiciones:

SISTEMA DE ACUEDUCTO OPERADO POR EL SOCIO OPERADOR DURANTE LOS CINCO (5) AÑOS PREVIOS A LA APERTURA DE LA CONVOCATORIA CON EL QUE SE ACREDITA EL REQUISITO DEL NUMERAL 3.5.1 I) DEL PLIEGO DE CONDICIONES		
Índice de recaudo de diciembre de 2004	Aumento en el índice de recaudo (puntos) 1995-2005	Fecha de implementación del plan de reducción de pérdidas de agua
97,6%	Índice de recaudo inicial Índice de recaudo final Aumento	Índice de recaudo inicial Índice de recaudo final

4) Requisito del numeral 3.5.1 iv) del Pliego de Condiciones:

PATRIMONIO NETO DEL SOCIO OPERDOR AL 31 DE DICIEMBRE DE 2004		
Moneda original	Tasa de cambio	Col \$
USD	2.310,00	57.736.478.185,00

5) Descripción de relación de subordinación de matriz a subordinada:

Según lo establecido en el numeral 3.5.2 del Pliego de Condiciones el socio operador AGUAS KPITAL SA ESP acredita la experiencia relacionada en este formulario de su sociedad matriz Técnica Hidráulica SA

La sociedad Técnica Hidráulica SA es la matriz de la sociedad Aguas Kpital SA ESP al ser el dueño del cincuenta y uno (51%) por ciento de su capital, como se puede verificar en la certificación adjunta expedida por el auditor externo de Aguas Kpital SA ESP” (fls. 204 y 205 cdno. No. 10 – mayúsculas, negrillas y subrayado del original).

Adicionalmente, aportó una certificación emitida por el revisor fiscal de la sociedad Aguas Kpital SA ESP en la que se señala que *“la compañía **TÉCNICA HIDRÁULICA SA**, identificada con el Nit **830.064.681-1** posee el **51%** de las acciones de esta sociedad, equivalente a 1.020.000 acciones”* fl. 100 cdno. no. 10 – mayúsculas sostenidas y negrillas del original)¹⁰.

4) En la fase de evaluación del proceso de selección, la empresa EIS Cúcuta ESP mediante oficio de 9 de febrero de 2006 requirió a la referida proponente para que aclarara en el correspondiente contrato de promesa de sociedad futura la participación del accionista operador durante toda la ejecución del futuro contrato, la experiencia del operador y la relación existente con este, y el cumplimiento de la prórroga automática de la garantía de seriedad de la oferta (fls. 213 a 218 cdno. no. 15).

5) El 28 de febrero de 2006 la referida promesa de sociedad futura hizo las siguientes aclaraciones:

a) A través de otrosí al contrato de promesa de sociedad futura Aguas Kpital Cúcuta SA ESP expresamente consignó que *“los socios de la sociedad prometida se comprometen a que la participación del Socio Operador en esta sociedad no podrá ser inferior al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital social, participación que deberá mantenerse durante toda la duración del contrato de operación (...)”* (fl. 121 *ibidem*).

b) Aportó la documentación que acredita:

¹⁰ Al respecto, advierte la Sala que en atención a lo expresamente dispuesto en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, cuando se configure una situación de control, *“la sociedad controlada lo hará constar en documento privado (...). Dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente (...). Si vencido el plazo a que se refiere el inciso anterior, no se hubiere efectuado la inscripción a que alude este artículo, la Superintendencia de Sociedades, o en su caso la de Valores o Bancaria, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, declarará la situación de vinculación y ordenará la inscripción en el Registro Mercantil, sin perjuicio de la imposición de las multas a que haya lugar por dicha omisión.”*

- La constitución de la compañía internacional Técnica Hidráulica SA domiciliada en las Islas Vírgenes Británicas el 21 de enero del año 1994 (fls. 225 a 244 cdno. no. 13)¹¹.

- La certificación de 26 de mayo de 1999 en la que consta que *“TÉCNICA HIDRÁULICA SA es una firma de Islas Vírgenes Británicas debidamente inscrita ante la Cámara de Comercio de la República de Cuba, y cumple su objeto conforme las leyes de este país”* (fl. 248 *ibidem*)¹².

- La prórroga automática de la garantía de seriedad de la oferta, en caso de que la *“propuesta que garantiza resultare favorecida con la adjudicación del contrato o hubiere ocupado el segundo lugar”* (fl. 295 cdno. no. 13).

6) De la revisión de la documentación a la que se ha hecho referencia, no se advierte una modificación de la información presentada por parte de la promesa de sociedad futura Aguas Kpital SA ESP, pues, desde el inicio señaló que:

a) El socio operador era Aguas Kapital SA ESP.

b) La experiencia del socio operador se acreditó con la sociedad Técnica Hidráulica SA, compañía matriz de Aguas Kpital SA ESP por el hecho de ser la dueña del 51% de su capital.

c) En el formulario no. 5 expresamente se detalló que la experiencia se acreditaba con la operación de los servicios de acueducto y alcantarillado de Holguín (Cuba) desde 1996.

7) De otra parte, con ocasión del requerimiento realizado por la empresa EIS Cúcuta ESP, Aguas Kpital SA ESP aclaró lo siguiente:

¹¹ Documento que se acompaña del certificado expedido por el Cónsul General de Colombia en Panamá no. 006.00 de 7 de septiembre de 2000 (fl. 225 cdno. no. 13).

¹² Documento que se acompaña del certificado expedido por el Cónsul General de Colombia en la Habana (Cuba) no. 000168 de 27 de febrero de 2006 (fl. 277 cdno. no. 13).

a) La compañía Técnica Hidráulica SA es una compañía internacional, constituida en las Islas Vírgenes Británicas el 21 de enero de 1994 (fls. 225 a 244 cdno. no. 15).

b) La otra compañía Técnica Hidráulica SA con domicilio en Cuba fue inscrita en la Cámara de Comercio de la República de Cuba el 24 de junio de 1994 (fls. 248 a 250 cdno. no. 15).

8) En tales condiciones, contrario a lo sostenido por la parte actora, la promesa de sociedad futura Aguas Kpital SA ESP no modificó la información inicialmente contenida en el formulario no. 5 correspondiente a la experiencia y, la aclaración solicitada por la empresa EIS Cúcuta SA ESP obedeció a la necesidad de ahondar en las fechas y relaciones entre la casa matriz y subordinada que presentaba la proponente.

Con la presentación del formulario no. 5 la promesa de sociedad futura Aguas Kpital SA ESP acreditó la experiencia de operación con la ejecución del contrato en Holguín (Cuba) a través de la experiencia de la compañía Técnica Hidráulica SA en condición de socio operador, razón por la cual, no hubo una modificación de la oferta inicialmente presentada.

De acuerdo con las pruebas que conforman el expediente es claro que, con ocasión del requerimiento realizado por la empresa EIS Cúcuta SA ESP a la promesa de sociedad futura Aguas Kpital SA ESP, en modo alguno se modificó la propuesta presentada por esta ya que, con la información presentada se logró tener claridad de las fechas, domicilio de cada compañía y la relación entre una y otra, pero no se dio la oportunidad de aportar certificaciones o constancias de ejecución de otros negocios jurídicos diferentes a los ya presentados.

9) Por consiguiente, en atención a que la parte demandante no logró acreditar que la promesa de sociedad futura Agura Kpital SA ESP, con la excusa de cumplir con el requisito de aclaración a la propuesta presentada modificó la experiencia inicialmente reportada, se impone negar este preciso cargo de apelación.

3.2 La modificación del cronograma sin adenda que lo autorizara

1) La parte actora igualmente sostiene que la adjudicación se realizó en forma extemporánea, puesto que la fecha prevista en el numeral 2.1 del pliego de condiciones no fue modificada por adenda y en ese sentido, la empresa EIS Cúcuta SA ESP infringió el principio de transparencia consagrado en el ordinal 4 del numeral 1.3.5.5 de la Resolución no. 151 de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua Potable, situación que acarrea la nulidad de los actos acusados.

2) Sobre esto último, es importante poner de presente que el artículo 1.3.5.5 de la Resolución no. 151 de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua Potable, fundamento de la petición de nulidad de la adjudicación adelantada por la empresa EIS Cúcuta Sa ESP, fue anulado por esta Corporación en sentencia de 5 de marzo de 2008¹³ mediante la cual se definió la controversia suscitada en ejercicio de la acción de nulidad simple, por el hecho de haberse extralimitado en el marco de sus competencias reglamentarias (artículo 365 Constitucional), decisión que implica su desaparición del ordenamiento jurídico desde el inicio, como si nunca hubiera existido, es decir, los efectos de dicho fallo son *ex tunc*.

En cuanto a los efectos de las decisiones de anulabilidad de los actos administrativos, la Sección Tercera de esta Corporación en forma reiterada ha dispuesto con total claridad que *“la única manera de que un acto se invalide desde el momento de su expedición es mediante una sentencia que así lo declare, dentro de una acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho; sentencia que por su naturaleza declarativa de una situación invalidante ab initio del acto que revisa, sí tiene efectos ex tunc o hacia el pasado”*¹⁴.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2008, expediente no. 11001-03-26-000-2001-00029-01 (20409), MP Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁴ Al respecto pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias proferidas por el Consejo de Estado: *i)* sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del 29 de enero de 2015, radicación no. 3077-13, MP Sandra Lisset Ibarra Vélez; *ii)* sentencia de la Sección Tercera del 16 de agosto de 1973, radicación no. 1973-N1302, MP Eduardo Martínez Méndez; *iii)* sentencia de la Sección Tercera del 10 de marzo de 2005, radicación no. 7961, MP María Elena Giraldo Gómez; *iv)* sentencia de la Sección Tercera del 27 de septiembre de 2006, radicación no. 18.402, MP Ramiro Saavedra Becerra; *v)* sentencia de la Sección Tercera del 20 de febrero de 2014, radicación no. 27.507, MP Danilo Rojas Betancourth; *vi)* sentencia de la Sección Tercera del 29 de mayo de 2014, radicación no. 33.832, MP Hernán Andrade Rincón (E); *vii)* sentencia de la Sección Cuarta del 3 de marzo de 2011, radicación no. 17.741, MP William Giraldo Giraldo, y sentencia de la Sección Cuarta del 3 de agosto de 2016, radicación no. 21.616, MP Martha Teresa Briceño de Valencia.

3) De otro lado, la empresa EIS Cúcuta SA ESP en la contestación de la demanda se opuso expresamente a lo pretendido con la demanda, por cuanto, en atención de lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 el procedimiento de contratación cuestionado se fundamenta en las normas del derecho privado, esto es, en el desarrollo de la autonomía de la voluntad.

Aduce, además, que ninguno de los oferentes que participaron de la audiencia de adjudicación manifestaron su inconformidad por el hecho de la extemporaneidad, razón por la cual, la parte actora junto con la compañía adjudicataria convalidaron la nueva fecha de adjudicación, su desarrollo y resultado.

4) Advierte la Sala que la naturaleza de los actos propios de la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios constituye actualmente una posición unificada por esta Corporación¹⁵, en el sentido de establecer que no constituyen actos administrativos, sino que, se trata de actos jurídicos regidos por el derecho privado en aplicación de lo expresamente dispuesto en los artículos 31¹⁶ y 32¹⁷ de la Ley 142 de 1994.

5) De la revisión del pliego de condiciones se extrae que mediante la adenda no. 5, comunicada a los participantes el 3 de febrero de 2006, el numeral 2.1 del pliego de condiciones fue modificado en el sentido de establecer que el cierre de la convocatoria era el 15 de febrero de 2006 (fls. 32 a 66 cdno. no. 6) y, en ese orden, la fecha para la apertura del sobre no. 2 y adjudicación del proceso correspondía al 2 de marzo de 2006, esto es, al cabo de los veinte (20) días calendario siguientes; sin embargo, la adjudicación se realizó el 19 de abril de 2006 (fls. 162 a 172 cdno. no. 1).

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de 3 de septiembre de 2020, expediente no. 42003, MP Alberto Montaña Plata.

¹⁶ El artículo 31 de la Ley 142 de 1994 es del siguiente tenor: “Artículo 31. “Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa (...).”

¹⁷ El texto del artículo 32 de la Ley 142 de 1994 es como sigue: “Artículo 32. “Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”.

6) En este preciso punto de análisis se tiene que, desde el cierre de la convocatoria, la empresa EIS Cúcuta SA ESP en modo alguno incluyó etapas adicionales a las ya dispuestas en el cronograma, lo que ocurrió fue una tardanza para la emisión de los resultados de la evaluación de las propuestas y a partir de allí las fechas dispuestas para la correspondiente adjudicación se trasladaron en el tiempo, circunstancia que no implica una vulneración que conlleve a la invalidación de la decisión de adjudicación.

De acuerdo con lo anterior, sin la objeción de parte de los interesados en la decisión sobre la modificación de la fecha para el cierre del proceso de selección, surge una clara manifestación en ejercicio de la autonomía de la voluntad de parte de los participantes del referido proceso de selección.

En esa perspectiva, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que rige el derecho privado, los efectos de la adjudicación fueron plenamente validados por los interesados, sin que en modo alguno las partes hubieran manifestado la configuración de vicio alguno en su consentimiento, en los términos de lo dispuesto en los artículos 1502¹⁸, 1503¹⁹ y 1508²⁰ del Código Civil.

7) En ese sentido, sin que la parte recurrente hubiera acreditado que el actuar de la entidad demandada fuera contrario a la garantía del principio de buena fe y a los postulados de la autonomía de la voluntad, no resulta jurídicamente válido revocar la decisión consistente en la denegación de las súplicas de la demanda emitida en la sentencia objeto de apelación.

8) Así las cosas, este preciso cargo de apelación tampoco tiene vocación de prosperidad y deberá denegarse.

¹⁸ El artículo 1502 es del siguiente tenor: “[p]ara que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.”.

¹⁹ El texto del artículo 1053 es como sigue: “[t]oda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces.”

²⁰ El texto del artículo 1508 es: “[l]os vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo.”.

3.3 La violación del *quorum* deliberatorio para la adopción de las decisiones por parte del comité evaluador

1) Desde otro punto de argumento, la parte actora sostiene que la decisión emitida por el comité evaluador transgredió lo dispuesto en el capítulo V del pliego de condiciones, por cuanto la decisión sobre la evaluación de las propuestas la adoptó la mayoría de los asistentes a la evaluación y no por la mayoría de los integrantes del referido comité.

2) El capítulo V del pliego de condiciones en relación con el *quorum* deliberatorio del comité de evaluación, señala lo siguiente:

**“CAPÍTULO V
CIERRE DE LA CONVOCATORIA Y EVALUACIÓN DE LAS
PROPUESTAS**

(...).

5.2. Grupo evaluador

*Para la evaluación de las **Propuestas** de integrará un Comité Evaluador que estará encargado de estudiar, evaluar y emitir su recomendación por escrito sobre la calificación y el orden de elegibilidad de las Propuestas presentadas en la **Convocatoria**, conforme a los términos y condiciones previstas en este **Pliego de Condiciones**, y en las **Adendas** que lo modifiquen o adicionen, de lo cual se elaborará un informe que se pondrá a disposición de los **Proponente**.*

Este Comité estará integrado por seis (6) miembros que serán elegidos de la siguiente manera: tres (3) serán designados por el Municipio de San José de Cúcuta y tres (3) serán designados por la Superintendente de Servicios Públicos y el Gobierno Nacional.

Las decisiones del comité serán adoptadas por mayoría de los miembros del Comité. En caso de empate el voto dirimente será dado por la Superintendente de Servicios Públicos (...).” (fl. 445 cdno. no. 2 - mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

3) En la forma en que fue redactado el pliego de condiciones, una cosa es la integración del comité y la elección de sus miembros y, otra, muy distinta, es la forma en que se adoptan las decisiones por parte del comité.

4) Nótese como en párrafo aparte e independiente, el pliego señala que las decisiones del comité “*serán adoptadas por la mayoría de los miembros del comité*”, sin que ello quiera decir que para que pueda existir mayoría deban estar presentes en la deliberación la totalidad de los miembros elegidos para conformar el comité.

La única regla diferente dispuesta en el pliego de condiciones, es la aplicable al caso en que la decisión quede en empate, circunstancia que deberá dirimir la Superintendencia de Servicios Públicos.

5) En ese sentido, en la medida en que la disposición contenida en el numeral 5.2 del capítulo V del pliego de condiciones no establece, expresamente, que para que la decisión del comité evaluador sea válida se requerirá de la asistencia de la totalidad de los miembros elegidos y que sea el resultado de la votación emitida por la mayoría de estos, no tiene fundamento lo pretendido por la parte actora, máxime si se tiene en cuenta que, en el caso concreto concurrieron cinco (5) de los miembros del comité, de los cuales tres (3) emitieron voto favorable a la propuesta presentada por la promesa de sociedad futura Aguas Kpital SA ESP, razón por la cual, no tiene sustento el cargo de apelación propuesto por la parte actora.

6) Así las cosas, no tienen ninguna vocación de prosperidad los argumentos de la recurrente en cuanto se afirma que con las pruebas que conforman el expediente está acreditado el desconocimiento del pliego de condiciones por el hecho de aceptar la modificación de la propuesta presentada por la promesa de sociedad futura Aguas Kpital Cúcuta SA ESP, así como tampoco la modificación del cronograma del pliego de condiciones sin mediar adenda y la violación del *quorum* deliberatorio para la adopción de las decisiones por parte del comité evaluador.

7) Por lo tanto, la Sala encuentra que la decisión adoptada por el *a quo* en el sentido de denegar las súplicas de la demanda fue acertada, por corresponder y encontrar la necesaria correspondencia con la realidad procesal y lo efectivamente probado, razón por la cual la sentencia apelada será confirmada.

4. Conclusiones

La demanda formulada por las compañías Proactiva Oriente SA ESP, Proactiva Colombia SA, Fabrica Nacional de Autopartes SA (Fanalca SA), Administración e Inversiones Comerciales SA (Adeinco SA) e Inversiones y Cobranzas de Occidente Cia Ltda (Inverco Ltda), integrantes de la promesa de sociedad futura Proactiva Aguas del Norte de Santander SA ESP, se dirigió a obtener la nulidad de las resoluciones números 000071 y 000074, ambas expedidas el 19 de abril de 2006

por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta SA ESP – EIS SA ESP, con fundamento en la nulidad del contrato de operación de 3 de mayo de 2006 suscrito en cumplimiento de la decisión de adjudicación del proceso de selección EIS 001-2005 a favor de la compañía Aguas Kpital Cúcuta SA ESP, mediante las cuales se adjudicó la referida convocatoria pública, por cuanto, en criterio de la parte actora, la empresa EIS Cúcuta SA ESP desconoció las reglas dispuestas en el pliego de condiciones por el hecho de permitir que la compañía adjudicataria cambiara su propuesta, modificar el cronograma del proceso sin que mediara adenda para ello y avalará la decisión del comité evaluador sin la comparecencia de la totalidad de los miembros.

La parte actora no logró desvirtuar lo pretendido con la demanda, pues, con las pruebas que conforman el expediente no se demostró que las decisiones adoptadas por la empresa EIS Cúcuta SA ESP fueran contrarias a derecho, circunstancias por la cual se impone confirmar la decisión adoptada por el tribunal de primera instancia.

5. Condena en costas y agencias en derecho

Por último, no habrá de condenarse en costas a la parte demandante porque no está probada en la actuación una conducta temeraria, situación cualificada exigida por la regulación procesal contenida al respecto en el artículo 55 de la ley 446 de 1998 para tal decisión.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Confírmase la sentencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander del 7 de septiembre de 2023.

2º) Sin condena en costas.

Expediente no. 54001-23-31-000-2008-00148-01 (70.623)

Actor: Adeinco SA y otros
Controversias contractuales
Apelación de sentencia

3º) Ejecutoriada esta providencia, por secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente

Aclara voto
(firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.