

ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN – Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Proceso de selección – Régimen jurídico aplicable – Autonomía de la voluntad – Capacidad creadora - Límites

[...] Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. decidió adoptar el procedimiento de licitación pública regulado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 para adelantar el proceso de selección. Por ello, aunque el régimen de contratación de Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. era el derecho privado, como se explicará enseguida, la entidad decidió que el proceso de selección se rigiera –en lo pertinente– por la Ley 80 de 1993 –antes de las modificaciones de la Ley 1150 de 2007 y 1882 de 2018.

[...] Las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993, con fundamento en la autonomía de la voluntad, pueden establecer reglas de selección, es decir, trámites que garanticen la oportunidad de que varios o muchas personas participen de la contratación de los bienes y servicios que requieren las entidades del Estado. En efecto, la ley autoriza a los contratantes a subordinar los efectos de sus manifestaciones a formalidades voluntarias o condiciones lícitas y posibles (arts. 1530 del CC y ss.). Luego en ejercicio de la autonomía privada o negocial, los sujetos de derecho tienen la libertad de celebrar de manera inmediata el negocio jurídico o luego de surtir un procedimiento formativo diferido en el tiempo, sin perjuicio de las formalidades legales que la ley exige para el perfeccionamiento de ciertos actos. Una entidad que no se rige por el Estatuto de Contratación Pública está habilitada para someter la escogencia del contratista a solemnidades o condiciones que, en principio no se requerirían, siempre que no contraríen el orden público ni tengan objeto ilícito (arts. 6, 16, 1502, 1519, 1741 y 1523 del CC).

No obstante, la jurisprudencia señala que la «*capacidad creadora*» tiene límites muy precisos, en la medida en que no es posible afectar la «*reserva legal*» que tienen muchas materias como, por ejemplo, la capacidad para contratar, la atribución de poderes exorbitantes o el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN –Procesos de selección – Posibilidad de aplicar reglas el estatuto general de contratación – Ley 80 de 1993 – Código Civil artículos 15, 16, 1502 y 1519 – Garantía de principios de la contratación pública – Regímenes exceptivos - Aplicabilidad

Las entidades de regímenes especiales pueden remitirse a las reglas de la licitación pública para orientar los procesos de selección (arts. 15, 16, 1502 y 1519 del CC), lo que puede contribuir a que el contrato se celebre con el oferente que presenta la oferta más favorable para la entidad, como nuestra legislación lo previó desde las primeras normas sobre contratación pública (artículos 9, 13, 21 y 27 de la Ley 110 de 1912) y lo ha reconocido de vieja data esta Corporación, al resaltar la importancia de la licitación pública.

Nada se opone a que la entidad, cuyo régimen de contratación es especial, decida remitirse a la licitación pública de la Ley 80 de 1993 con el objeto de garantizar una elección objetiva, libre de arbitrariedad, conforme a unos criterios y procedimientos establecidos previamente. Ello no quiere decir, en cualquier caso, que el régimen jurídico de los actos o del contrato se modifique ni mucho menos la naturaleza jurídica de la entidad contratante.

Sobre el particular, conviene señalar que esta Subsección consideró, en reciente decisión, por una parte, que la *«categorización como regímenes exceptivos o especiales consistió en la posibilidad de establecer en los reglamentos internos de las entidades (manuales de contratación), los procesos de selección de los contratistas, y en algunos casos como el artículo 76 de la ley [80 de 1993], en la incorporación de cláusulas excepcionales al derecho común.*

REGÍMENES EXCEPTUADOS – Tipos – Facultad de reglamentación– Aplicación del proceso de licitación contemplada en la Ley 80 de 1993 – Mixtura de regímenes – Consecuencias

[...] Por otra, la Sala estimó que dada esa facultad que caracteriza a los regímenes exceptuados, pueden existir distintos tipos: i) aquellos que por facultad legal reglamentaron en sus manuales de contratación la totalidad de las modalidades de selección de contratistas, es decir, se apartaron completamente de la aplicación de las reglas de la Ley 80 de 1993 y sus reformas; ii) aquellos que por facultad legal reglamentaron en sus manuales de contratación las modalidades de selección frente a su objeto misional, pero regresaron a la Ley 80 de 1993 y sus reformas para los demás asuntos (contratación atinente a la administración y funcionamiento) y iii) aquellos derivados de la aplicación del artículo 105 literal A del CPACA –que no estaba vigente a la fecha de interposición de la demanda–, esto es, entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuyos contratos y sus controversias, en la medida que correspondan al giro ordinario de sus negocios, serán de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Así, en los casos en que una entidad –cuyo régimen de contratación es especial– decide adoptar el mecanismo de licitación pública regulado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se presenta una combinación o una mixtura de regímenes que, en esencia, trae las siguientes consecuencias: por un lado, la entidad excluida se sujeta a determinadas reglas de selección, es decir, debe seguir el trámite dispuesto en la ley para adelantar el respectivo procedimiento de licitación pública. Por otra parte, la aplicación del derecho privado, en la fase de formación del contrato, implica que, aunque tiene que escoger un contratista mediante licitación pública, no ostenta la competencia para emitir actos administrativos.

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Ley 142 de 1994 – Regla general – Se rigen por el derecho privado Aplicación del derecho público – Eventos especiales previstos en la ley – Expedición de actos administrativos – Eventos en los que procede aplicación del derecho público – Ley 142 de 1994 artículos 33 y 40 -

La Ley 142 de 1994 introdujo normas para promover la competencia en la prestación de servicios públicos domiciliarios, las cuales sometieron a un mismo marco jurídico a todos los operadores con independencia de su naturaleza jurídica. Con sujeción a esos postulados, los artículos 319 y 32 de la Ley 142 de 1994 dispusieron que los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se regirían por el derecho privado. [...]

La remisión al derecho privado excluye la aplicación del derecho público, salvo en aquellos casos puntuales previstos en la ley en los que se entiende pueden proferirse

actos administrativos Así ocurre en las hipótesis reguladas por el artículo 33 de la Ley 142 –desarrollado por los artículos 56, 57, 116 y siguientes–. También lo hizo en los contratos para la concesión de Áreas de Servicio Exclusivo (art. 40) y en los contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente (art. 39.1).

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Aplicación del derecho público – Ley 142 de 1994 artículo 31 – Antes de la modificación de la Ley 689 de 2001 artículo 3 – Facultad de las Comisiones de Regulación – Inclusión de cláusulas excepcionales en determinados contratos – Ley 142 de 1994 artículo 35 – Facultad de las Comisiones de Regulación – Obligación de celebrar en ciertos contratos licitación pública

Además, la regulación del inciso segundo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 – antes de la modificación del artículo 3 de la Ley 689 de 2001– facultó a las Comisiones de Regulación para hacer obligatoria, por vía general, la inclusión de cláusulas excepcionales en determinados contratos de cualquier empresa de servicios públicos y también autorizó a las comisiones para facultar, previa consulta expresa por parte de los operadores, que se incluyeran en los demás.

En la misma línea, el artículo 35 de la Ley 142 de 1994 autorizó a las comisiones de regulación a exigir, por vía general, que ciertos tipos de contratos se celebren previa licitación pública. Estos aspectos se regirían, en lo pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

En tal sentido, si bien la característica de los regímenes exceptuados es que las entidades pueden definir en sus reglamentos internos –manuales de contratación– las reglas de selección de los contratistas, particularmente, en lo que atañe a los servicios públicos domiciliarios, no hay una libertad absoluta para, simplemente, remitirse a la Ley 80 de 1993 toda vez que, precisamente, el artículo 35 de la Ley 142 establece en cabeza de las comisiones de regulación la habilitación de tal posibilidad.

Así, la aplicación de los procedimientos de selección del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en materia de servicios públicos domiciliarios, depende de dichas comisiones y de los requisitos que fijen a efectos de que las empresas de este sector deban o puedan acudir a su regulación.

[...]

En este contexto, es importante señalar que, aunque en el acto de apertura, el pliego de condiciones y el informe de evaluación de las propuestas se haya indicado que la normativa aplicable es la Ley 80 de 1993, tal disposición no tiene la virtualidad de variar la naturaleza jurídica de los actos proferidos con ocasión de la actividad precontractual de una entidad con régimen exceptuado. Ello, por cuanto no había regulación de la comisión que exigiera la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En la medida en que Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. no debía acudir a la licitación pública regulada en la Ley 80 de 1993 para escoger al operador del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Rionegro, la Sala considera que el acto de adjudicación demandado se rige por el derecho privado y corresponde a los denominados «*actos de gestión contractual*».

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL PROCESO DE SELECCIÓN DE ENTIDADES CON RÉGIMEN EXCEPTUADO –Posturas del Consejo de Estado - Empresa de Servicios Públicos Domiciliario - Régimen jurídico contractual –Acto Administrativo – Acto de naturaleza contractual - Responsabilidad precontractual – Sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado – Decisiones durante la fase de formación del contrato - Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios – No son actos administrativos – Excepciones – Régimen jurídico – Derecho Privado – Actos contractuales – Medio de control – No es aplicable el medio de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho

Ahora bien, por ser relevante para efectos de determinar el régimen jurídico aplicable al proceso de selección, es importante precisar que esta Corporación sostuvo inicialmente dos posturas respecto de la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de aquellas entidades que tienen regímenes exceptuados de la Ley 80 de 1993 y, en especial, de los actos proferidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios, según las cuales, *i)* se pueden producir efectivos actos administrativos y, como tales, deben ser juzgados y *ii)* otra que retoma la postura prevista en el fallo del 23 de septiembre de 1997, de la que se deriva la naturaleza privada de estos y, por ende, la necesidad de juzgarlos en el marco de la responsabilidad precontractual y sus reglas aplicables en los estatutos civil y comercial.

Con esta perspectiva, esta Sección, en fallo de unificación, definió que las decisiones durante la etapa de formación del contrato adoptadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios son expresiones de la autonomía privada como las que adoptan los particulares durante la fase de negociación y, por lo mismo, no son actos administrativos, salvo aquellos casos en los cuales la ley disponga expresamente lo contrario. Asimismo, el fallo de unificación señaló que, como el régimen jurídico del contrato es el derecho privado, los actos precontractuales no son susceptibles de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho (acciones en el CCA), porque el daño no proviene de un acto administrativo ni lo que se pretende es adelantar un juicio de legalidad sobre una prerrogativa que refleje el poder de imperio del Estado.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO – 3 de septiembre de 2000 - Aplicable a los casos pendientes de decisión – Efectos de las sentencias de unificación – No son actos administrativos – Salvo excepciones – Facultad de la CRA indicar los contratos que están sometidos a licitación pública - Ley 142 de 1994 artículo 35

Valga precisar que, a pesar de que para la época en que transcurrieron los hechos, es decir, entre la apertura de la «licitación pública n°. 001 de 1996» el 28 de octubre de 1996 [...] y el acto de adjudicación el 27 de junio de 1997 [...] no había sido proferida la sentencia de unificación, es necesario reconocer que –en términos generales– la unificación de jurisprudencia afecta a todos los casos pendientes de decisión.

En este orden de ideas, pese a la variedad de criterios en relación con la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de las empresas prestadoras de servicios públicos y la acción procedente, desde la sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020

se fijó una regla en el sentido en que los actos de los futuros contrayentes –sometidos a regímenes exceptuados– no son actos administrativos y, por ende, no pueden ser estudiados en nulidad y restablecimiento del derecho, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley.

Al respecto, se insiste en que la interpretación fijada en la sentencia de unificación, que se refiere a la naturaleza de los actos proferidos en la etapa precontractual por las entidades con régimen exceptuado de la Ley 80 de 1993, reconoció expresamente que la ley puede disponer casos en los cuales dichos actos tienen la connotación de actos administrativos.

Por lo tanto, la Sala considera que una de estas excepciones a la regla, es decir, uno de los casos en los que la ley expresamente reconoce la posibilidad en cabeza de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para proferir actos administrativos es precisamente cuando las comisiones de regulación –con fundamento en lo regulado en el artículo 35 de la Ley 142 de 1994– establecen los tipos de contratos que deben celebrarse previa licitación pública. Ello, por cuanto los actos que allí se produzcan tendrán la connotación de actos administrativos en los términos de la Ley 80 de 1993.

En esta medida, corresponde al juez del contrato, para efectos de establecer la aplicación o no de los escenarios previstos en la referida sentencia de unificación, determinar si, para la fecha de inicio del proceso de selección, la comisión de regulación respectiva –en desarrollo de lo previsto en el artículo 35 de la Ley 142 de 1994– dispuso los contratos que debían celebrarse previa licitación pública, en cuyo caso, el proceso de selección se regirá, en lo pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y, por lo tanto, el acto de adjudicación sería un verdadero acto administrativo en los términos del artículo 24.7 y 77 de la Ley 80 de 1993 y contra él procedería la acción (medio de control en el CPACA) de nulidad y restablecimiento del derecho.

COMISIÓN DE REGULACIÓN – CRA – Facultad de definir contratos celebrados a través de proceso de licitación pública – Resolución 03 de 1995 – Resolución 18 de 1995 – Modificó tipo de contratos celebrados previo una licitación pública – Actos contractuales – Inaplicación del EGCAP

[...] de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 142 de 1994, la Comisión de Regulación de Agua Potable –CRA– expidió la Resolución n°. 03 de 1995 [...] El artículo 4.2 de la resolución dispuso que se someterían a licitación pública los contratos que celebren las entidades estatales que tengan por objeto encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo.

Posteriormente, a través de la Resolución n°. 18 de 1995, que empezó a regir a partir de su publicación el 16 de enero de 1996 en la Gaceta n°. 106 del Ministerio de Desarrollo Económico [art. 2] [...] la CRA eliminó el segundo inciso del artículo 4º de la Resolución n°. 03 de 1995.

[...]

Como se indicó ya, para el momento en que se dio apertura al proceso de selección estaba vigente la Resolución n°. 03 de 1995 de la CRA –modificada por la Resolución n°.

18 de 1995–, según la cual, debían someterse a licitación pública los contratos mediante los cuales i) se crea un Área de Servicio Exclusiva; ii) los que tengan por objeto la adquisición de agua para la distribución, entre una empresa con posición dominante en el mercado y quien haya de captar y, eventualmente, tratar el agua y iii) los contratos que celebraran las entidades estatales con el objeto de otorgar la prestación de un servicio público.

[...]

[...] visto el objeto de la «licitación pública n°. 001/96» y los contratos previstos en la Resolución n°. 03 de 1995 de la CRA –modificada por la Resolución n°. 18 de 1995–, la Sala considera que la entidad demandada no estaba obligada a acudir a la licitación pública.

[...]

En este contexto, es importante señalar que, aunque en el acto de apertura, el pliego de condiciones y el informe de evaluación de las propuestas se haya indicado que la normativa aplicable es la Ley 80 de 1993, tal disposición no tiene la virtualidad de variar la naturaleza jurídica de los actos proferidos con ocasión de la actividad precontractual de una entidad con régimen exceptuado. Ello, por cuanto no había regulación de la comisión que exigiera la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS – Invitación a contratar – Carácter de oferta - Código de Comercio artículo 845 – Carácter irrevocable de la oferta – Responsabilidad patrimonial – Código de Comercio artículo 846 – Aceptación de la oferta – Medio de control de controversias contractuales – Propuesta sin cumplimiento de elementos esenciales - Acción Procedente – Responsabilidad extracontractual - Culpa *in contrahendo* – Reparación Directa

Con el fin de establecer la acción procedente en el marco del régimen aplicable a la entidad demandada definido con anterioridad, resulta indispensable que se identifique si la invitación a contratar es susceptible de calificarse –o no– como una oferta en los términos del artículo 845 del C.Co. En efecto, dado –por regla general– el carácter «*irrevocable*» de la oferta, se desprende que este acto unilateral constituya en una fuente obligacional, y su retracto injusto, es un acto ilegal susceptible de configurar la responsabilidad patrimonial (art. 846 del C.Co), de suerte que su aceptación implica la celebración del negocio –cuando su perfeccionamiento no es sometido a solemnidades legales o convencionales, escenario donde será procedente el medio de control de controversias contractuales (art. 141 del CPCA).

Por otro lado, una propuesta para contratar que no reúna los elementos esenciales del negocio jurídico que se busca celebrar «*precisión de la oferta*» y no exprese la voluntad de su autor de obligarse, en caso de aceptación «*firmeza de la oferta*», no es susceptible de apreciarse como una oferta. Así, una invitación para contratar que no sea precisa y/o firme, no será susceptible de calificarse como una licitación, en los términos del artículo 860 del C.co; y, por el contrario, se deberá tener como una invitación para iniciar tratativas o formular ofertas. En todo caso, en este último escenario, aún resulta posible que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado, cuando se verifica una

ruptura injustificada de las negociaciones, en los términos del artículo 863 del C.Co, en otras palabras, verificando si la conducta contractual de la entidad oferente vulneró los postulados de la buena fe exenta de culpa.

Tal como lo ha reconocido esta Sección, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el escenario de la culpa *in contrahendo* no toda intención dirigida a la formación de un contrato, incluso cuando haya invitación pública, supone la existencia de una oferta, ya que puede ocurrir que se trate simplemente de una invitación a contratar o formular ofertas. En este caso, la invitación pública no tendrá los efectos de la oferta, porque no tiene los elementos esenciales del artículo 845 C. Co. y, por ende, la sola respuesta a esa invitación no implica la formación del contrato. Esta respuesta será una oferta que podrá ser aceptada por quien invitó a los demás a participar en el proceso, luego de surtido un procedimiento que se caracteriza por un anuncio –que no es oferta–, el concurso en sí mismo y «la escogencia del concursante que reúne las mejores condiciones».

[...]

Así las cosas, en la medida en que la entidad no formuló una oferta en los términos del artículo 845 del C. Co, no se puede tratar como una licitación pública de las reguladas en el artículo 860 de ese código. La intención de la entidad era invitar a que se presentaran «*propuestas*» para estudiar, de acuerdo con las reglas que estableció en esa invitación, con quiénes de esos oferentes celebraría el contrato. Eso quiere decir que los invitados eran los oferentes y la sola presentación de su oferta no suponía el nacimiento del contrato, puesto que debían seguirse las reglas previstas por la entidad.

Toda vez que la invitación a contratar hecha por la entidad no constituyó una oferta, la presentación de las propuestas no supuso la celebración del contrato en los términos del artículo 860 del C. Co. y, por ello, la propuesta realizada por la demandante no resulta susceptible de configurar la aceptación de la misma, y por ende un contrato, en los términos del artículo 864 del C.Co.

En tal sentido, conviene aclarar que la demanda se presentó en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, dado el régimen legal aplicable al proceso de selección y al hecho de que se reclama responsabilidad por una conducta asumida durante la fase de formación del contrato –culpa *in contrahendo*– la acción idónea para obtener los perjuicios, conforme a la jurisprudencia unificada ya referida, es la de reparación directa.

Así las cosas, la demanda presentada será interpretada para estudiar la apelación bajo las reglas de la culpa precontractual [*in contrahendo*], y no bajo los parámetros de la nulidad de los actos administrativos.

CADUCIDAD – Medio de control de reparación directa- Término – Artículo 136 del CCA

El término para formular pretensiones en reparación directa, según el inciso cuarto del artículo 136 del CCA –antes de la modificación del artículo 44 de la Ley 446 de 1998–, es de dos años, que se cuentan a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa. La demandante alega que no fue seleccionada para celebrar el contrato, a pesar de

presentar la mejor propuesta. El término se contará desde el momento en que la demandante tuvo conocimiento del acto de adjudicación. Como la demanda se presentó el 23 de octubre de 1997 [...] fue presentada en tiempo.

ENTIDADES CON RÉGIMEN EXCEPTUADO – Culpa *in contrahendo* – Indemnización – Acreditación del daño cierto

Ahora bien, para acceder a una indemnización por el daño derivado de la responsabilidad de una entidad con «*régimen exceptuado*» [culpa *in contrahendo*], se requiere que la demandante acredite la configuración de un daño cierto con las características que más adelante se precisarán. En este orden de ideas, en la medida en que la demandante, en el recurso de apelación, reprochó que el Tribunal hubiera considerado que el daño que se reclama en la demanda no existió, es sobre este punto que debe recaer el análisis en esta instancia. Es decir, resulta necesario verificar si se acreditó un daño indemnizable en cabeza de la demandante, a fin de determinar si procede reconocer los perjuicios que se reclaman en la demanda.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Constitución Política artículo 90 – Elementos – Existencia del daño – Imputación – Daño – Alcance – Carácter cierto – Personal – Determinado o determinable Conforme lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En desarrollo de este postulado constitucional y con el fin de estructurar la responsabilidad patrimonial del Estado, corresponde el análisis sobre la existencia de un daño que, estando debidamente demostrado, determina el posterior juicio de imputación para efectos de imponer la eventual obligación reparatoria en cabeza del demandado.

En ese orden y para satisfacer la finalidad primaria de la responsabilidad patrimonial de Estado, el primer elemento que debe analizarse es la configuración de un daño, sin cuya existencia resulta improcedente adentrarse en el estudio de los demás requisitos estructurales de la responsabilidad, pues no habrá objeto para un juicio de imputación que incluye, entre otros, la calificación de antijuridicidad a las voces del artículo 90 de la Constitución.

De esta manera, entonces, el daño entendido como la afectación, vulneración o lesión a un interés legítimo y lícito es el primer elemento que debe quedar certera y suficientemente probado –en tanto no es posible presumirlo–, sin cuya existencia y demostración no surge la obligación indemnizatoria.

[...]

El daño –para que sea indemnizable– debe ser cierto, es decir, que su existencia sea real, demostrada sin duda alguna y no eventual o hipotética; debe ser personal, es decir que solo quien lo sufre puede demandar su reparación. Y también debe ser determinado o determinable, esto es, que se puedan concretar claramente sus características.

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL – Análisis de la relación causa y efecto – Acreditación de daño y hecho dañoso – Culpa *in contrahendo* – Escenarios – Interés positivo – Interés negativo o de confianza – Alcance – Lógica indemnizatoria distinta y mutuamente excluyente

Ahora bien, bajo el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad precontractual derivada del rompimiento injustificado de las tratativas negociales, la reparación del daño dependerá del análisis causal, es decir, de la relación de causa y efecto que debe existir entre el daño probado y el hecho dañoso. Para ello es indispensable analizar la estructuración de las reglas que las entidades fijan libremente para la elección de sus contratistas, los cuales obedecen a necesidades que no pueden tenerse como homogéneas, más aún en escenarios de tipicidad y atipicidad de los contratos. Por ello, en el contexto de la culpa *in contrahendo* pueden presentarse dos escenarios desde la perspectiva del análisis causal:

Si el daño consiste en la imposibilidad de celebrar el negocio podrá reclamarse lo que se esperaba recibir por la ejecución de las prestaciones («*interés positivo*»). Para ello será necesario demostrar unas tratativas lo suficientemente sólidas –que se concretan en unas reglas de participación libremente definidas por la entidad– y su consecuente rompimiento cuando el contrato ya estaba a punto de ser perfeccionado y no había dudas de que el oferente, bajo esas reglas de la entidad, era con quien procedía, sin ninguna otra consideración adicional, la celebración del negocio jurídico.

Lo anterior, depende de cada estructuración, el objeto y su alcance, la modalidad de selección, el número de oferentes, la fórmula de habilitación, las fórmulas de evaluación e incluso de desempate. Es allí donde la labor del juez debe obedecer al análisis probatorio de la controversia a partir de las bases estructurales de cada negocio.

Por el contrario, si el daño consiste en la privación de una expectativa legítima de presentar la propuesta podrán pedirse como perjuicios los gastos derivados específicamente de su preparación y presentación, así como de la frustración comprobada de oportunidades para celebrar otros negocios jurídicos por atender la negociación frustrada («*interés negativo o de confianza*»).

En este caso, deberá acreditarse que el hecho dañoso fue un error de tal magnitud, gravedad y notoriedad que frustró la expectativa legítima de presentar la propuesta y de que esta fuera analizada y evaluada de conformidad con los términos de la negociación y bajo las reglas autoimpuestas por la entidad. No corresponde a una indemnización automática por cualquier falencia del proceso o por discusiones propias del debate precontractual, sino a una clara e indudable actuación que rompió con las tratativas de manera abrupta y grosera que afectó la confianza y la buena fe negocial de los oferentes.

Conviene precisar que no es posible el reconocimiento simultáneo de ambos tipos de interés, porque cada uno responde a una lógica indemnizatoria distinta y mutuamente excluyente. Mientras el «*interés positivo*» procura reconocer lo que se habría recibido con la celebración del negocio, el «*interés negativo o de confianza*», por el contrario, propende por dejar al demandante en la posición que se encontraba antes de iniciar la negociación. De ahí que, en el primer caso, deberá estar acreditado que a la entidad le correspondía celebrar el negocio con la demandante y no lo hizo y, en el segundo caso, que hubo un desconocimiento de las reglas de participación de tal magnitud que frustró la expectativa de presentar la propuesta. Valga precisar que no cualquier discusión propia del devenir precontractual da lugar al reconocimiento del «*interés negativo o de confianza*», sino que el hecho dañoso debe tener la capacidad de haber frustrado una expectativa legítima de quien demanda.

INTERÉS POSITIVO – Falta de acreditación del nexo causal entre el daño y la inobservancia de los deberes precontractuales

Por todo lo anterior, en la medida en que *i)* la evaluación que la entidad realizó no se ajustó a las reglas de la selección; *ii)* el dictamen pericial no evaluó todas las propuestas que hicieron parte del proceso y *iii)* en el expediente no obra la propuesta económica de EPM, no es posible comparar todas las propuestas recibidas, requisito indispensable, según la estructuración del negocio, para determinar con quién debía celebrarse el contrato.

Como correspondía al demandante demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la inobservancia de los deberes precontractuales, debió allegar al proceso todas las propuestas y no limitarse a afirmar que con ella debía celebrarse el contrato. No obstante, esta instancia no cuenta con elementos de juicio suficientes para realizar nuevamente la evaluación de las propuestas y determinar cuál ofrecía las mejores condiciones para la entidad.

Por esta razón, para la Sala no es posible constatar con quién correspondía celebrarse el contrato, porque, como quedó anotado, no obra en el expediente la propuesta económica de EPM, lo que aunado a la falta de otras pruebas que permitan determinar la propuesta que cumplía en mejor medida las reglas de participación, hace improcedente el reconocimiento del «*interés positivo*» que se reclama en la demanda.

INTERÉS NEGATIVO – Acreditación - Evidente afectación a una expectativa legítima de quien demanda – Vulneración a la buena fe - Afectación directa y grave – Riesgo de ofertar – Yerrores menores – Ausencia de acreditación del daño

[...] La Sala considera que de encontrarse debidamente soportado un gasto asociado directamente a la preparación o presentación de la propuesta – que es el perjuicio que reclama la demanda– aquel debe ser reconocido, siempre y cuando esté acreditado un desconocimiento de los términos de la negociación de tal connotación, gravedad y notoriedad, que frustró una expectativa legítima de la demandante a presentar su propuesta y que esta fuera evaluada de conformidad con los términos de la negociación. Se descarta, por tanto, que sea una indemnización automática solo por desaciertos durante el proceso.

La Sala reitera que, ante las discusiones propias del debate precontractual, como lo pueden ser, por ejemplo, simples inconsistencias aritméticas en la evaluación de las propuestas, no procede el reconocimiento del «*interés negativo o de confianza*». El análisis causal frente a la inobservancia de las reglas de la negociación debe arrojar una evidente afectación a una expectativa legítima de quien demanda.

Es decir, que no corresponda al riesgo normal de un proceso de selección, en el que hay calificaciones y discusiones de magnitud menor, sino que se trate de una verdadera vulneración de la buena fe consistente en que los oferentes vieron alterada la confianza por una clara e indudable actuación que rompió con las tratativas de manera abrupta y grosera, por desconocimiento de las reglas autoimpuestas por la entidad, que trae como consecuencia la violación de la lealtad contractual.

[...]

Así, las diferencias aritméticas presentadas no constituyen un evidente desconocimiento de los términos de la negociación que haya afectado de manera directa y grave a la demandante. Se trató del resultado del proceso de evaluación, frente al que se asume el riesgo de ofertar, o de yerros menores, que no demuestran una evidente alteración del proceso.

Las discusiones presentadas son propias de la evaluación de las propuestas, las cuales afectaron a todos los participantes de la negociación. Son discusiones relativas al normal devenir de la etapa precontractual que no frustraron la expectativa de la demandante, relativa a que su propuesta fuera considerada.

[...]

La conducta de la entidad no evidencia una ruptura abrupta de la expectativa de la demandante, sino el desarrollo normal de un procedimiento de evaluación que, aunque imperfecto, no frustró la expectativa legítima de la demandante, ni tampoco desnaturalizó el proceso competitivo.

En efecto, no se acreditaron errores o incumplimientos en los términos de la negociación que tuvieran la magnitud de frustrar una expectativa legítima de la demandante. Es decir, inconsistencias que hayan afectado de forma directa a la demandante y con la connotación de impedir que su propuesta fuera considerada. Por el contrario, se tiene que las decisiones de la entidad frente a la evaluación de las propuestas beneficiaron a todos los proponentes, aunque a Lysa. S.A en mayor medida y, por ello, fue la adjudicataria del contrato.

Asimismo, se tiene que todas las propuestas fueron habilitadas y con ello la demandante tuvo la posibilidad de que la suya fuera evaluada y considerada. Se reitera que no cualquier discusión en la etapa precontractual configura el «*interés negativo o de confianza*», sino solamente procede cuando esté acreditado un error de tal consideración que haya frustrado una expectativa legítima de la demandante, lo cual no sucedió en este caso, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente.

[...]

La Sala reitera que no todo error en la evaluación de las propuestas constituye un hecho dañoso desde la perspectiva del análisis causal necesario para el reconocimiento del «interés negativo o de confianza». Solo aquellas falencias que, por su gravedad y notoriedad, tengan la virtualidad de frustrar de manera directa y efectiva la expectativa legítima de quien demanda, abren paso a la obligación indemnizatoria que se deriva del reconocimiento del «interés negativo».



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente: WILLIAM BARRERA MUÑOZ

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 05001-23-31-000-1997-02637-02 (51.381)
Actor: Aguas de Manizales S.A. E.S.P. y otros
Demandado: Aguas de Rionegro S.A. E.S.P.
Proceso: Nulidad y restablecimiento del derecho

APELANTE ÚNICO-Límites de la apelación. RÉGIMEN EXCEPTUADO DE LA LEY 80-No se limita a la ejecución, sino que aplica también a la fase precontractual. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS-Régimen exceptuado de contratación. OFERTA EN RÉGIMEN EXCEPTUADO-Contiene los elementos esenciales del negocio jurídico. ACEPTACIÓN DE LA OFERTA EN RÉGIMEN EXCEPTUADO-No puede ser condicionada. LICITACIONES PÚBLICAS O PRIVADAS EN CÓDIGO DE COMERCIO-Si la invitación a participar contiene los elementos de una oferta, según el artículo 860 del C.Co., cada postura implica una aceptación y el negocio se formará con el mejor postor. INVITACIÓN A OFERTAR EN RÉGIMEN EXCEPTUADO-No contiene los elementos de una oferta y supone un concurso y la decisión de seleccionar al contratista. RESPONSABILIDAD EN FASE DE FORMACIÓN DEL CONTRATO DE RÉGIMEN EXCEPTUADO-Culpa in contrahendo. CULPA IN CONTRAHENDO-Aplicación a la responsabilidad de futuros contratantes es el régimen de derecho privado. CULPA IN CONTRAHENDO EN RÉGIMEN EXCEPTUADO-Debe demostrarse que se separó injustificadamente de las reglas del concurso. DAÑO EN CULPA IN CONTRAHENDO-Análisis de causalidad. INTERÉS POSITIVO Y NEGATIVO-Concepto. INTERÉS POSITIVO Y NEGATIVO-Su reconocimiento varía según la estructuración del negocio. COSTAS EN CCA-Improcedencia cuando no se actúa con temeridad o mala fe.

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 20 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. La decisión fue la siguiente:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Admitir la renuncia del poder presentado por el Doctor Pedro José Noreña Mira y no reconocer personería al Doctor Leonel Giraldo Álvarez por cuanto no se acreditó la calidad en que actúa el poderdante.

CUARTO: En firme esta providencia archívese el expediente. (f. 826 c. p.pal).

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 28 de octubre de 1996, Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. abrió «licitación pública» para seleccionar a la empresa que administraría, mantendría y operaría el sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Rionegro. El 27 de junio de 1997, la entidad seleccionó a Lyonnaise Des Eaux Services Associes-Lysa S.A. Un proponente que no fue seleccionado consideró que la propuesta vencedora no cumplió con los requisitos del pliego de condiciones y que presentó la mejor propuesta.

II. ANTECEDENTES

Pretensiones

El 23 de octubre de 1997¹, Aguas de Manizales S.A. E.S.P., Empresas Públicas de Pereira S.A. E.S.P., Sagas Ltda., Hydra Ingeniería Ltda. y Juan Bernardo Botero Botero –integrantes de la unión temporal Aguas de la Montaña–, a través de apoderado judicial, formularon demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. y Lyonnaise Des Eaux Services Associes-Lysa S.A. como litisconsorte necesario. El 18 de noviembre siguiente adicionaron los hechos de la demanda con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

- 1) Que se declare la nulidad de la Resolución Nro.04 del 27 de julio de 1997, expedida por el presidente de la Junta Directiva y el Gerente General de la Sociedad Aguas de Rionegro S.A. E.S.P.

2) Que en virtud de esa declaración, solicito se hagan las siguientes condenas en contra de la Sociedad demandada:

A. Se ordene pagar a título de indemnización y como Restablecimiento del Derecho, a favor de la **UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE LA MONTAÑA**, una suma superior a SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$680.000.000,00) MONEDA CORRIENTE, traídos a valor presente, que equivale a los ingresos que esperaba percibir durante los Quince (15) años de concesión.

B. Subsidiariamente y en caso de no lograrse condena en los términos expresados en el acápite anterior, solicito se condene al pago de la suma superior a SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$680.000.000,00) MONEDA CORRIENTE, traídos a valor presente, en favor de cada uno de los miembros de la **UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE LA MONTAÑA**, en proporción a su participación, así:

AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.

30%

EMPRESAS PÚBLICAS DE PEREIRA

30%

JUAN BERNARDO BOTERO BOTERO

20%

SAGAS LIMITADA

10%

HYDRA INGENIERÍA LIMITADA

10%
- ¹ Según da cuenta el sello de radicación del Tribunal Administrativo de Antioquia, f. 377 reverso c. 1.
- 2

- C.

En el evento de no prosperar ninguna de las dos pretensiones citadas en los literales A y B, solicito se ordene pagar en favor de la **UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE LA MONTAÑA**, una suma superior a TRESCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS (\$360.000.000,00) MONEDA CORRIENTE, llevados a valor presente, como indemnización y a título de Restablecimiento del Derecho, suma equivalente al valor de los Perjuicio sufridos por la **UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE LA MONTAÑA**, en razón de la adjudicación irregular de la Licitación Pública a que se refieren los hechos de la demanda y siguiendo las pautas jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado en materia de tasación de perjuicios para casos como este.
- D.

De no tener asidero la pretensión antedicha, ruego al Honorable Tribunal, condenar al pago de la suma superior a TRESCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS (\$360.000.000,00) MONEDA CORRIENTE, llevados a valor presente en favor de cada uno de los integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE LA MONTAÑA**, en proporción a su participación así:

AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.

EMPRESAS PÚBLICAS DE PEREIRA

JUAN BERNARDO BOTERO BOTERO

SAGAS LIMITADA

HYDRA INGENIERÍA LIMITADA

30%

30%

20%

10%

10%
- 3)

Que se condene al pago de la suma de NOVENTA MILLONES DE PESOS (90.000.000,00) MONEDA CORRIENTE, en favor de la **UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE LA MONTAÑA**, por concepto de Gastos ocasionados con motivo de preparación de la propuesta.
- B.

Subsidiariamente en caso de no ordenarse el pago en favor de la Unión, le ruego hacerlo en favor de los Unidos en proporción a su participación, de la suma de NOVENTA MILLONES DE PESOS (\$90.000.000,00) MONEDA CORRIENTE, por concepto de gastos ocasionados con motivo de la preparación de la propuesta, así:

AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.

EMPRESAS PÚBLICAS DE PEREIRA

JUAN BERNARDO BOTERO BOTERO

SAGAS LIMITADA

HYDRA INGENIERÍA LIMITADA

30%

30%

20%

10%

10%
- 4)

Que se condene en costas a la **SOCIEDAD AGUAS DE RIONEGRO S.A. E.S.P.**
- 5)

Que se dé cumplimiento a la Sentencia, en el término establecido por el Artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y se reconozcan los intereses consagrados en el inciso final del artículo 177 ibídem.
- 6)

Que las sumas que se reconozcan sean debidamente indexadas al momento de proferirse la sentencia respectiva. (fls. 245-247 c. 1)

Hechos

En apoyo de las pretensiones, la parte actora indicó que Aguas de Rionegro S.A. E.S.P., mediante «Resolución n°. 002 de 28 de octubre de 1996», ordenó la apertura de la «licitación pública n°. 001 de 1996», con el objeto de seleccionar a la empresa que administraría, mantendría y operaría el sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Rionegro.

Se presentaron tres propuestas dentro del referido proceso de selección, entre ellas, la de la unión temporal Aguas de la Montaña. Señaló que, a pesar de que su

propuesta era la mejor, la entidad incurrió en varios errores al momento de evaluar las ofertas y, por ello, resultó en el segundo lugar. En efecto, hizo consistir los errores de la entidad demandada al momento calificar las propuestas en los siguientes: *i)* interpretó el número de personas a contratar de manera favorable a Lysa S.A.; *ii)* interpretó de manera «errónea y *amañada*» la propuesta de la Unión Temporal Aguas de la Montaña respecto a las prácticas de bienestar laboral; *iii)* asignó erróneamente puntaje a precios FOB, como si se tratara de precios DDP; *iv)* evaluó erróneamente el flujo de caja presentado por la Unión Temporal Aguas de la Montaña y *v)* interpretó de forma «*amañada*» la propuesta económica de la Unión Temporal Aguas de la Montaña y la ajustó con un supuesto aporte al que jamás se comprometió, lo cual afectó el puntaje en la financiación de las inversiones.

Adujo que la propuesta que fue seleccionada –Lysa S.A.– no reunió los requisitos del pliego de condiciones, porque: *i)* no se comprometió con las capacitaciones exigidas; *ii)* no cumplió con los requisitos de control de calidad de agua potable; *iii)* no cumplió con los índices de gestión; *iv)* no cumplió con los requisitos de facturación; *v)* no cumplió lo relativo al control de recaudo, macromedición y micromedición; *vi)* no cumplió con los compromisos de atención y trato a los usuarios; *vii)* no presentó los balances proyectados; *viii)* presentó unos recursos de crédito más costosos y *ix)* presentó tarifas no autorizadas por la Comisión de Regulación de Agua Potable. Señaló que, aun así, la entidad no descalificó la propuesta de Lysa S.A. y, por el contrario, interpretó las disposiciones del pliego –con posterioridad el cierre de la licitación– en favor de Lysa S.A. y en perjuicio de los demás proponentes.

Agregó que la entidad demandada desconoció el debido proceso y los principios de transparencia (artículos 23 y 24 de la Ley 80 de 1993) e igualdad, toda vez que los pliegos de condiciones fueron interpretados en favor de Lysa S.A. También se vulneró el principio de selección objetiva, ya que Lysa S.A. resultó como adjudicataria sin haber presentado la mejor oferta. Además, se vulneró el postulado de buena fe y los artículos 2 y 30 de la Ley 142 de 1994, porque se le adjudicó el contrato a un proponente sin experiencia y que no cumplía con las condiciones de calidad del servicio.

Contestación de la demanda

El 21 de septiembre de 1999 (fls. 439-483 c.1), Aguas de Rionegro S.A. E.S.P., al oponerse a las pretensiones, formuló la excepción de falta de jurisdicción, porque la entidad demandada no ejerce función administrativa y el régimen jurídico del contrato era el derecho privado. Asimismo, formuló la excepción que denominó «*inexistencia del daño*», porque la demandante no acreditó que su propuesta fuera la mejor y la más favorable para la entidad. Señaló que el término «*licitación pública*» debe entenderse por fuera del contexto del derecho público, puesto que el régimen jurídico del proceso de selección es el derecho privado. Agregó que si bien la entidad modificó los pliegos, no se hizo con el propósito de favorecer a ningún participante.

Lysa S.A. –en su calidad de **litisconsorte necesario**–, al contestar la demanda a través de curador ad-litem, se atuvo a lo que resultara probado en el proceso (fls. 437-438 c. p.pal.).

Fundamentos de la providencia recurrida

El 20 de agosto de 2013 (fls. 812-826 c. p.pal), el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión negó las pretensiones, al estimar que la parte demandante no acreditó que su propuesta fuera la mejor y la más favorable para la entidad.

Consideró que la entidad, con fundamento en supuestas ambigüedades en los pliegos de condiciones, varió la forma de calificación de las propuestas en favor de la ganadora y en perjuicio de los demás participantes. Así, con posterioridad al cierre de la licitación, la entidad decidió *i)* trasladar el ítem del estado del parque automotor de la evaluación técnica a la evaluación económica; *ii)* variar la fórmula establecida en el pliego de condiciones para el orden de elegibilidad de las propuestas y *iii)* modificar el puntaje mínimo en la calificación técnica para clasificar a la evaluación económica.

Estimó que, de acuerdo con el dictamen pericial y el informe de evaluación, la propuesta de Lysa S.A. –propuesta ganadora– no obtuvo el puntaje mínimo establecido para el componente técnico en el pliego de condiciones y, por ello, no debió ser evaluada su propuesta económica. Adicionalmente, tal como se acreditó con el dictamen pericial, Lysa S.A. no presentó con su propuesta la documentación requerida y, por tal motivo, debió ser descalificada su propuesta.

Sin perjuicio de lo anterior, señaló que en el proceso no obra la propuesta económica de Empresas Públicas de Medellín –el otro participante en la licitación–, lo que impide realizar la comparación de las propuestas para determinar cuál era el ofrecimiento más favorable a la entidad. Asimismo, el dictamen pericial se limitó a realizar una nueva evaluación, pero únicamente de las propuestas de Lysa S.A. y la unión temporal Aguas de la Montaña, lo que tampoco permite comparar todos los ofrecimientos recibidos.

Con fundamento en lo anterior, aun cuando el Tribunal encontró acreditado que la entidad demandada se apartó de las reglas que ella misma definió para la calificación de las propuestas, negó las pretensiones de la demanda, porque la demandante no demostró que su propuesta fuera la mejor y, por lo mismo, tampoco procedía el reconocimiento de los gastos asociados a la presentación de la propuesta.

Recurso de apelación

La demandante interpuso recurso de apelación, que fue concedido el 7 de octubre de 2013 (f. 836 c. p.pal). Esgrimió que el Tribunal vulneró el debido proceso, porque a pesar de reconocer irregularidades en la evaluación de las propuestas y de considerar que la propuesta económica de Lysa S.A. no debió ser evaluada, negó las pretensiones de la demanda, lo que provocó una «*incoherencia*» entre la motivación de la decisión y la parte resolutive.

Señaló que el Tribunal omitió valorar «*la totalidad de la prueba documental allegada al proceso*», dentro de la cual obra la propuesta de Empresas Públicas de Medellín, según da cuenta la misma relación de pruebas que el Tribunal hizo en la sentencia. Agregó que el Tribunal «*se extralimitó*» en la valoración del dictamen pericial y que no corresponde al perito evaluar todas las propuestas, ya que es el juez –con fundamento en todas las pruebas– el que debe realizar la evaluación de las ofertas y determinar la más favorable. Finalmente, esgrimió que corresponde a la entidad demandada demostrar que la propuesta de la unión temporal Aguas de la Montaña no era la más favorable, reprochó que el Tribunal hubiera concluido la inexistencia del daño reclamado en la demanda e insistió en que se concedan las pretensiones de la demanda.

Trámite de segunda instancia

El 10 de julio de 2014, el Despacho admitió el recurso de apelación (f. 841 c. p.pal.) y, el 13 de agosto siguiente, se corrió traslado para alegar de conclusión en segunda instancia (f. 848 c. p.pal.). Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. reiteró lo expuesto (fls. 851-855). La parte demandante, el litisconsorte necesario y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

1. Como la demanda se presentó el 23 de octubre de 1997 (f. 377 reverso c. 1) el régimen aplicable es el Código Contencioso Administrativo –en adelante CCA–. Conforme al artículo 266 del CCA, en los procesos iniciados antes de la vigencia de ese código, los recursos interpuestos, los términos que comenzaron a correr y las notificaciones en curso, se regían por la ley vigente al momento de esas actuaciones. Por su parte, el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –que empezó a regir desde el 2 de julio de 2012– prevé que las actuaciones administrativas, las demandas y procesos en curso a la vigencia de dicho código seguirán rigiéndose y culminarán conforme al régimen jurídico anterior, esto es, el CCA. Adicionalmente, conforme al artículo 267 del CCA, en los aspectos no regulados se seguirá el Código de Procedimiento Civil –en adelante CPC– en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Jurisdicción y competencia

2. La jurisdicción administrativa conoce de las controversias derivadas de la actividad precontractual de las entidades públicas, según el artículo 82 del CCA². El Consejo de Estado es competente en segunda instancia para estudiar este asunto de conformidad con el artículo 129 del CCA, según el cual conoce de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Así mismo, esta Corporación es competente en razón a la cuantía,

² Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. al momento en que ocurrieron los hechos y se presentó la demanda era una empresa de servicios públicos mixta –con participación pública superior al 50%– (fls. 84-103 c. 1). Valga precisar que esta Corporación se pronunció sobre la jurisdicción aplicable al caso objeto de la litis, mediante auto del 8 de febrero de 2007 (fls. 571-595 c.2). Consideró que las controversias suscitadas contra Aguas de Rionegro S.A. E.S.P., salvo los procesos ejecutivos de facturas del servicio, debían ser conocidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa (f. 595 c. 2).

porque, de conformidad con el artículo 20.2 del CPC, el valor de la pretensión mayor –\$680.000.000 (f. 245 c. 1)– supera la suma prevista en el artículo 132.3 del CCA³.

Acción procedente

3. Como en las pretensiones de la demanda se pidió el reconocimiento de perjuicios con fundamento en la ilegalidad de un supuesto «*acto administrativo*» de selección de un contratista dictado por una empresa de servicios públicos, la Sala se ve obligada a precisar, con el fin de determinar la acción procedente, es decir, el tipo de responsabilidad que se persigue y, como se verá más adelante, con miras a establecer el tipo de daño indemnizable, que constituye el objeto de la apelación, el régimen del proceso de selección y la naturaleza de la invitación a ofertar que hizo la entidad demandada.

Régimen jurídico aplicable al proceso de selección de Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. y la naturaleza del acto de adjudicación

4. Se acreditó en el proceso que en el acto de apertura de la licitación se autorizó al gerente general de la sociedad a «*dar trámite a la licitación n°. 001 de 1996 bajo los términos del Estatuto General de Contratación Pública de la República de Colombia (Ley 80/93)*». Asimismo, varias de las disposiciones contenidas en el pliego de condiciones hicieron expresa referencia a normas de la Ley 80 de 1993. En efecto, el numeral 4.5 del pliego dispuso que «*las causales para prorrogar el término de la adjudicación de la licitación están fijados en la Ley 80 de 1993 (...)*» (f. 156 respaldo c. 1) y en el numeral 7.1 se dispuso que el contrato se adjudicaría en audiencia pública en los términos de la Ley 80 de 1993 (f. 563 c. 1).

En similar sentido, en el documento denominado «*informe de respuesta a las objeciones presentadas a la licitación 001 de 1996*» y que además contiene el informe de evaluación definitivo de las propuestas, se consignó expresamente lo siguiente:

La Ley 142 de 1994 en su artículo 35 estableció un preciso parámetro de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas con el fin de proceder a la

³ Se aplican las cuantías previstas en el Decreto 597 de 1988, ya que era la norma vigente a la fecha de presentación de la demanda –23 de octubre de 1997–. Según esta norma los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho cuando la cuantía exceda de \$800.000, que según el artículo 265 del CCA se reajustará en un 40% cada dos años y para el momento de presentación de la demanda era \$3'080.000.

selección del OPERADOR del respectivo servicio público domiciliario, ese procedimiento fue precisamente el de la LICITACION PUBLICA, y para tal efecto la Sociedad Aguas de Rionegro se ciñó a lo establecido en la Ley 80 de 1993 o Ley de Contratación administrativa y de allí se tomó el procedimiento tendiente a garantizar los principios de TRANSPARENCIA, ECONOMIA Y RESPONSABILIDAD, igualmente se agotaron cada uno de los pasos que exige la licitación pública (f. 144 c. 1).

De conformidad con lo anterior, Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. decidió adoptar el procedimiento de licitación pública regulado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 para adelantar el proceso de selección (f. 144 c. 1). Por ello, aunque el régimen de contratación de Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. era el derecho privado, como se explicará enseguida, la entidad decidió que el proceso de selección se rigiera –en lo pertinente– por la Ley 80 de 1993 –antes de las modificaciones de la Ley 1150 de 2007 y 1882 de 2018–.

5. Esta circunstancia impone a la Sala precisar el régimen jurídico aplicable al proceso de selección. Para tal efecto, se referirá: *i)* a los regímenes exceptuados y *ii)* en particular al régimen de los servicios públicos domiciliarios.

5.1. Las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993, con fundamento en la autonomía de la voluntad, pueden establecer reglas de selección, es decir, trámites que garanticen la oportunidad de que varios o muchas personas participen de la contratación de los bienes y servicios que requieren las entidades del Estado. En efecto, la ley autoriza a los contratantes a subordinar los efectos de sus manifestaciones a formalidades voluntarias o condiciones lícitas y posibles (arts. 1530 del CC y ss.). Luego en ejercicio de la autonomía privada o negocial, los sujetos de derecho tienen la libertad de celebrar de manera inmediata el negocio jurídico o luego de surtir un procedimiento formativo diferido en el tiempo, sin perjuicio de las formalidades legales que la ley exige para el perfeccionamiento de ciertos actos. Una entidad que no se rige por el Estatuto de Contratación Pública está habilitada para someter la escogencia del contratista a solemnidades o condiciones que, en principio no se requerirían, siempre que no contraríen el orden público ni tengan objeto ilícito (arts. 6, 16, 1502, 1519, 1741 y 1523 del CC).

No obstante, la jurisprudencia señala que la «*capacidad creadora*» tiene límites muy precisos, en la medida en que no es posible afectar la «*reserva legal*» que tienen muchas materias como, por ejemplo, la capacidad para contratar, la atribución de

poderes exorbitantes o el régimen de inhabilidades e incompatibilidades⁴.

Las entidades de regímenes especiales pueden remitirse a las reglas de la licitación pública para orientar los procesos de selección (arts. 15, 16, 1502 y 1519 del CC), lo que puede contribuir a que el contrato se celebre con el oferente que presenta la oferta más favorable para la entidad, como nuestra legislación lo previó desde las primeras normas sobre contratación pública (artículos 9, 13, 21 y 27 de la Ley 110 de 1912) y lo ha reconocido de vieja data esta Corporación, al resaltar la importancia de la licitación pública⁵.

Nada se opone a que la entidad, cuyo régimen de contratación es especial, decida remitirse a la licitación pública de la Ley 80 de 1993 con el objeto de garantizar una elección objetiva, libre de arbitrariedad, conforme a unos criterios y procedimientos establecidos previamente. Ello no quiere decir, en cualquier caso, que el régimen jurídico de los actos o del contrato se modifique ni mucho menos la naturaleza jurídica de la entidad contratante.

Sobre el particular, conviene señalar que esta Subsección⁶ consideró, en reciente decisión, por una parte, que la *«categorización como regímenes exceptivos o especiales consistió en la posibilidad de establecer en los reglamentos internos de las entidades (manuales de contratación), los procesos de selección de los contratistas, y en algunos casos como el artículo 76 de la ley [80 de 1993], en la incorporación de cláusulas excepcionales al derecho común»*.

Por otra, la Sala estimó que dada esa facultad que caracteriza a los regímenes exceptuados, pueden existir distintos tipos: *i)* aquellos que por facultad legal reglamentaron en sus manuales de contratación la totalidad de las modalidades de selección de contratistas, es decir, se apartaron completamente de la aplicación de las reglas de la Ley 80 de 1993 y sus reformas; *ii)* aquellos que por facultad legal reglamentaron en sus manuales de contratación las modalidades de selección frente a su objeto misional, pero regresaron a la Ley 80 de 1993 y sus reformas para los demás asuntos (contratación atinente a la administración y funcionamiento) y *iii)* aquellos derivados de la aplicación del artículo 105 literal A del CPACA –que no

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de octubre de 2016, rad. n°. 45607 [fundamento jurídico 6.1].

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, rad n°. SCA 1916-05-15 del 15 de mayo de 1916 [fundamento jurídico párr. 19 y 24].

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, rad n°. 71752 del 18 de junio de 2025 [fundamento jurídico 9].

estaba vigente a la fecha de interposición de la demanda—, esto es, entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuyos contratos y sus controversias, en la medida que correspondan al giro ordinario de sus negocios, serán de conocimiento de la jurisdicción ordinaria⁷.

Así, en los casos en que una entidad —cuyo régimen de contratación es especial— decide adoptar el mecanismo de licitación pública regulado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se presenta una combinación o una mixtura de regímenes que, en esencia, trae las siguientes consecuencias: por un lado, la entidad excluida se sujeta a determinadas reglas de selección, es decir, debe seguir el trámite dispuesto en la ley para adelantar el respectivo procedimiento de licitación pública. Por otra parte, la aplicación del derecho privado, en la fase de formación del contrato, implica que, aunque tiene que escoger un contratista mediante licitación pública, no ostenta la competencia para emitir actos administrativos.

5.2. Particularmente, en lo que atañe a los servicios públicos domiciliarios, conviene señalar que esta posibilidad que caracteriza a los regímenes exceptuados de adoptar en sus manuales internos las reglas de selección, merece precisiones puntuales dado el origen constitucional de su regulación y las particularidades que sobre el mismo determinó la Ley 142 de 1994.

La Constitución de 1991 introdujo un cambio radical en la regulación de los servicios públicos domiciliarios al apartarse de la noción tradicional de servicio público como una extensión de la función administrativa y adoptar un enfoque basado en un «*nuevo servicio público*» competitivo⁸, aunque intervenido por el Estado en su papel de director de la economía (arts. 365 y 370 de la CN). Con esta regulación se superó la teoría clásica de los servicios públicos, que los asimilaba a una función administrativa, para reformularla como una actividad económica inherente a las finalidades sociales de nuestro Estado de Derecho.

La modificación sustancial de la concepción de los servicios públicos en el derecho administrativo conllevó cambios significativos en los instrumentos legales que los

⁷ Ibídem

⁸ María Teresa Palacio Jaramillo, *Parámetros Constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia*, en Revista de Derecho Público n°. 14, junio de 2002, Universidad de los Andes.

regulan. Antes de las leyes 142 y 143, los servicios públicos se entendían como una actividad monopolística del Estado, pero la nueva perspectiva promovida por la Ley 142 los concibe como una actividad en la que participan diversos operadores, sujetos a un marco legal común que fomenta la competencia, la eficiencia y la libre iniciativa.

La Ley 142 de 1994 introdujo normas para promover la competencia en la prestación de servicios públicos domiciliarios, las cuales sometieron a un mismo marco jurídico a todos los operadores con independencia de su naturaleza jurídica. Con sujeción a esos postulados, los artículos 31⁹ y 32¹⁰ de la Ley 142 de 1994 dispusieron que los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se regirían por el derecho privado. En tal sentido, como bien lo afirma CASSAGNE:

«Es evidente que el aspecto finalista de la función administrativa ha de orientarse a la realización del bien común, satisfaciendo las exigencias tanto de la comunidad como de los individuos que la integran. Pero, no obstante que el bien común puede alcanzarse por medio de formas y regímenes jurídicos reglados por el derecho privado, deben excluirse de la función administrativa en sentido material todas aquellas actividades típicamente privadas, especialmente la actividad industrial y comercial. Ello no es óbice para admitir la existencia, en tales casos, de actos de régimen jurídico entremezclado, que no trasuntan plenamente el ejercicio de la función materialmente administrativa (...)»¹¹.

La remisión al derecho privado excluye la aplicación del derecho público, salvo en aquellos casos puntuales previstos en la ley en los que se entiende pueden proferirse actos administrativos¹². Así ocurre en las hipótesis reguladas por el artículo 33¹³ de la

⁹ ARTÍCULO 31 (sin la modificación de la Ley 689 de 2011). CONCORDANCIA CON EL ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

¹⁰ ARTÍCULO 32 (original). RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. 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. La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce. Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas y todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares.

¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos. *Los grandes principios del Derecho Público*, Editorial Temis, Bogotá, 2018 Pág. 111.

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 23 de septiembre de 1997 rad. n°. S-701 [fundamento jurídico f]; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 20 de febrero de 2017, rad. n°. 56562 [fundamento jurídico 1]; sentencia de 8 de junio de 2018, rad. n° 38120 [fundamento jurídico 3.6]; sentencia de 30 de septiembre de 2019, rad. n°. 43036 [fundamento jurídico 3.4.1] y Consejo de

Ley 142 –desarrollado por los artículos 56, 57, 116 y siguientes–. También lo hizo en los contratos para la concesión de Áreas de Servicio Exclusivo (art. 40)¹⁴ y en los contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente (art. 39.1)¹⁵.

Además, la regulación del inciso segundo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 – antes de la modificación del artículo 3 de la Ley 689 de 2001– facultó a las Comisiones de Regulación para hacer obligatoria, por vía general, la inclusión de cláusulas excepcionales en determinados contratos de cualquier empresa de servicios públicos y también autorizó a las comisiones para facultar, previa consulta expresa por parte de los operadores, que se incluyeran en los demás¹⁶.

Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 3 de septiembre de 2020, rad. n°. 42003 [fundamento jurídico 61].

¹³ Artículo 33. FACULTADES ESPECIALES POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. *Quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta Ley u otras anteriores, confieren para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio; pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos, y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos.*

¹⁴ ARTÍCULO 40. ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO. *Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.*

PARÁGRAFO 1o. *La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.*

¹⁵ 39.1. *Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente. El contrato de concesión de aguas, es un contrato limitado en el tiempo, que celebran las entidades a las que corresponde la responsabilidad de administrar aquellas, para facilitar su explotación o disfrute. En estos contratos se pueden establecer las condiciones en las que el concesionario devolverá el agua después de haberla usado.*

El acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse por medio de un contrato de concesión, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las leyes especiales pertinentes, pero sin que se aplique el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 a bienes distintos de los estatales.

La remuneración que se pacte por una concesión o licencia ingresará al presupuesto de la entidad pública que celebre el contrato o expida el acto.

Cuando las autoridades competentes consideren que es preciso realizar un proyecto de interés nacional para aprovechamiento de aguas, o para proyectos de saneamiento, podrán tomar la iniciativa de invitar públicamente a las empresas de servicios públicos para adjudicar la concesión respectiva.

Las concesiones de agua caducarán a los tres años de otorgadas, si en ese lapso no se hubieren hecho inversiones capaces de permitir su aprovechamiento económico dentro del año siguiente, o del período que determine de modo general, según el tipo de proyecto, la comisión reguladora.

Los contratos de concesión a los que se refiere este numeral se regirán por las normas especiales sobre las materias respectivas. (...)

¹⁶ La Resolución CRA 01 de 1995 –vigente al momento de celebración del contrato– previó que las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo debían incluir cláusulas exorbitantes en los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pudiera traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la ley (art. 1).

En la misma línea, el artículo 35 de la Ley 142 de 1994 autorizó a las comisiones de regulación a exigir, por vía general, que ciertos tipos de contratos se celebren previa licitación pública. Estos aspectos se regirían, en lo pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993. En efecto, el referido artículo dispuso:

Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.

El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-066 de 1997, al considerar que la Constitución no prohíbe que las comisiones de regulación dicten normas de carácter general, por el contrario, las «comisiones derivaron esa competencia directamente de la ley y ésta fue facultada por los artículos 365 y 367 de la Constitución para organizar lo relativo a los servicios públicos en general, y a los domiciliarios en particular, lo cual incluye, desde luego, la posibilidad de desarrollar dentro del marco legal lo referente a los contratos de manera independiente de la ley 80 de 1993 (...)» y, por tanto, «(...) no existe el traslado de competencias del legislador al presidente de la República, sino que se trata, se repite, de una facultad atribuida por el legislador directamente a las comisiones de regulación, que en este sentido son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y en la ley»¹⁷.

En tal sentido, si bien la característica de los regímenes exceptuados es que las entidades pueden definir en sus reglamentos internos –manuales de contratación– las reglas de selección de los contratistas, particularmente, en lo que atañe a los servicios públicos domiciliarios, no hay una libertad absoluta para, simplemente, remitirse a la Ley 80 de 1993 toda vez que, precisamente, el artículo 35 de la Ley 142 establece en cabeza de las comisiones de regulación la habilitación de tal posibilidad.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1997 de 11 de febrero de 1997 [fundamento jurídico 4]. Posteriormente, la Corte Constitucional declaró estarse a lo resuelto en sentencia C-066 de 1997, mediante sentencia C-150-03 del 25 de febrero de 2003. Después, la Corte Constitucional se declaró inhibida de fallar sobre el aparte subrayado del artículo 35 de la Ley 142 de 1994 por ineptitud de la demanda, mediante sentencia C-150-03 de 25 de febrero de 2003.

Así, la aplicación de los procedimientos de selección del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en materia de servicios públicos domiciliarios, depende de dichas comisiones y de los requisitos que fijen a efectos de que las empresas de este sector deban o puedan acudir a su regulación.

6. Ahora bien, por ser relevante para efectos de determinar el régimen jurídico aplicable al proceso de selección, es importante precisar que esta Corporación sostuvo inicialmente dos posturas respecto de la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de aquellas entidades que tienen regímenes exceptuados de la Ley 80 de 1993 y, en especial, de los actos proferidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios, según las cuales, *i)* se pueden producir efectivos actos administrativos y, como tales, deben ser juzgados¹⁸ y *ii)* otra que retoma la postura prevista en el fallo del 23 de septiembre de 1997¹⁹, de la que se deriva la naturaleza privada de estos y, por ende, la necesidad de juzgarlos en el marco de la responsabilidad precontractual y sus reglas aplicables en los estatutos civil y comercial²⁰.

Con esta perspectiva, esta Sección, en fallo de unificación²¹, definió que las decisiones durante la etapa de formación del contrato adoptadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios son expresiones de la autonomía privada como las que adoptan los particulares durante la fase de negociación y, por lo mismo, no son actos administrativos, salvo aquellos casos en los cuales la ley disponga expresamente lo contrario. Asimismo, el fallo de unificación señaló que, como el régimen jurídico del contrato es el derecho privado, los actos precontractuales no son susceptibles de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho (acciones en el CCA), porque el daño no proviene de un acto administrativo ni lo que se pretende es adelantar un juicio de legalidad sobre una prerrogativa que refleje el poder de imperio del Estado.

Sobre el particular, en la sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020 esta

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de abril de 2005, rad. n°. 14519 [fundamento jurídico 3]; Subsección A, sentencias de 9 de octubre de 2013, rad. n°. 30763 [fundamento jurídico 7.5], sentencia de 12 de febrero de 2014, rad. n°. 28209 [fundamento jurídico 4], entre otras.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 23 de septiembre de 1997, rad. n°. S-701 [fundamento jurídico f].

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias de 20 de febrero de 2017, rad. n°. 56562 [fundamento jurídico 1], sentencia de 8 de junio de 2018, rad. n°. 38120 [fundamento jurídico 3.6], sentencia de 30 de septiembre de 2019, rad. n°. 43036 [fundamento jurídico 3.4.1], auto de 11 de mayo de 2020, rad. n°. 58562 [fundamento jurídico 2.6] y Subsección A, sentencia de 19 de junio de 2019 [fundamento jurídico 2.4].

²¹ Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia de 3 de septiembre de 2020, rad. n°. 42003 [fundamento jurídico párr. 84 y 120].

Sala discurrió de la siguiente manera:

Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa. Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa. Negrillas fuera del texto.

Valga precisar que, a pesar de que para la época en que transcurrieron los hechos, es decir, entre la apertura de la «licitación pública n°. 001 de 1996» el 28 de octubre de 1996 (f. 142 c. 1) y el acto de adjudicación el 27 de junio de 1997 (fls. 48-53 c. 1) no había sido proferida la sentencia de unificación, es necesario reconocer que –en términos generales– la unificación de jurisprudencia afecta a todos los casos pendientes de decisión. La Sala, en una reciente decisión²², se refirió a los efectos generales e inmediatos de los fallos de unificación y precisó que:

Los fallos de unificación jurisprudencial emanados de los tribunales de cierre tienen, por regla, unos efectos generales e inmediatos a partir de su adopción, incluso respecto de casos pendientes de fallo, es decir, efectos retrospectivos. Tal entendimiento, que defiende la aplicación inmediata del precedente, responde a la necesidad de adaptación y evolución constante del Derecho, y toma en consideración que la revocación de la regla jurisprudencial debe estar antecedida de una fuerte argumentación que, por un lado, refleje las razones que justifican el apartamiento y, por otro, demuestre por qué el nuevo criterio concuerda mejor con los principios, valores y garantías constitucionales (Corte Constitucional, sentencia C-364 de 24 de agosto de 2011).

(...) con la regla general del efecto retrospectivo de los cambios jurisprudenciales y el carácter excepcional del efecto prospectivo cuando anteriormente existiera un precedente consolidado, se concilia la necesidad de poner inmediatamente en práctica el criterio interpretativo que se considera más adecuado para la protección de los intereses legítimos, así como el respeto institucional de las reglas que motivan el comportamiento de las partes. Además, este criterio mueve al juzgador a considerar las consecuencias de la variación del precedente frente a los asuntos en curso, para evitar que la operatividad inmediata de las subreglas jurisprudenciales dé lugar, en determinados casos, a la vulneración de derechos y garantías fundamentales (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto de 29 de agosto de 2022, rad. n°. 54338).

7. En este orden de ideas, pese a la variedad de criterios en relación con la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de las empresas prestadoras de servicios públicos y la acción procedente, desde la sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020 se fijó una regla en el sentido en que los actos de los futuros

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 24 de abril de 2024, rad. n°. 53937 [fundamento jurídico 5.4.1.3 y 5.4.1.5].

contrayentes –sometidos a regímenes exceptuados– no son actos administrativos y, por ende, no pueden ser estudiados en nulidad y restablecimiento del derecho, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley.

Al respecto, se insiste en que la interpretación fijada en la sentencia de unificación, que se refiere a la naturaleza de los actos proferidos en la etapa precontractual por las entidades con régimen exceptuado de la Ley 80 de 1993, reconoció expresamente que la ley puede disponer casos en los cuales dichos actos tienen la connotación de actos administrativos.

Por lo tanto, la Sala considera que una de estas excepciones a la regla, es decir, uno de los casos en los que la ley expresamente reconoce la posibilidad en cabeza de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para proferir actos administrativos es precisamente cuando las comisiones de regulación –con fundamento en lo regulado en el artículo 35 de la ley 142 de 1994– establecen los tipos de contratos que deben celebrarse previa licitación pública. Ello, por cuanto los actos que allí se produzcan tendrán la connotación de actos administrativos en los términos de la Ley 80 de 1993.

En esta medida, corresponde al juez del contrato, para efectos de establecer la aplicación o no de los escenarios previstos en la referida sentencia de unificación, determinar si, para la fecha de inicio del proceso de selección, la comisión de regulación respectiva –en desarrollo de lo previsto en el artículo 35 de la Ley 142 de 1994– dispuso los contratos que debían celebrarse previa licitación pública, en cuyo caso, el proceso de selección se regirá, en lo pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y, por lo tanto, el acto de adjudicación sería un verdadero acto administrativo en los términos del artículo 24.7 y 77 de la Ley 80 de 1993 y contra él procedería la acción (medio de control en el CPACA) de nulidad y restablecimiento del derecho.

En caso contrario, es decir, de aplicarse la sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020 en los términos ya referidos, la conclusión será que no se trata de un acto administrativo –contra el que procede la nulidad y restablecimiento del derecho– y la responsabilidad deberá analizarse bajo los parámetros de la culpa precontractual [culpa *in contrahendo*].

8. De conformidad con el panorama descrito, la Sala estudiará lo acontecido en el trámite de la «licitación pública n°. 001 de 1996», en relación con los tipos de contratos que debían celebrarse previa licitación pública, en aras de determinar el régimen aplicable al proceso de selección y si el acto de adjudicación aquí demandado –«Resolución n°. 04 del 27 de julio de 1997»– corresponde a un verdadero acto administrativo, o si, por el contrario, es de aquellos actos de naturaleza contractual señalados en la sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020.

8.1 Con fundamento en el desarrollo legislativo ya expuesto, en particular, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 142 de 1994, la Comisión de Regulación de Agua Potable –CRA– expidió la Resolución n°. 03 de 1995, publicada en la Gaceta n°. 84 de 1995 del Ministerio de Desarrollo Económico (fls. 530-533 c. 1 y 655 c. 3). El artículo 4.2 de la resolución dispuso que se someterían a licitación pública los contratos que celebren las entidades estatales que tengan por objeto encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo. En efecto, la transcripción original del artículo 4 de la Resolución 03 de 1995 es el siguiente:

ARTICULO 4o. CONTRATOS QUE DEBEN CELEBRARSE POR MEDIO DE LICITACIÓN PÚBLICA. Se someterán a licitación pública:

4.1. Aquellos contratos que celebren las entidades territoriales que incluyan cláusulas por medio de las cuales se crea un 'área de servicio exclusiva', o los que tengan por objeto modificar algunas de las cláusulas de los contratos que hayan creado tales áreas, en el sentido de modificar el concesionario, las tarifas, el área, su tamaño, el programa de inversiones o el término de duración de la misma.

4.2. Aquellos contratos de concesión y administración delegada o los que celebren las entidades estatales que tengan por objeto encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo.

4.3. Los contratos que tengan por objeto la adquisición de agua para la distribución, entre una empresa con posición dominante en el mercado y quien haya de captar y, eventualmente, tratar el agua. (Negrillas por fuera del texto).

Posteriormente, a través de la Resolución n°. 18 de 1995, que empezó a regir a partir de su publicación el 16 de enero de 1996 en la Gaceta n°. 106 del Ministerio de Desarrollo Económico [art. 2] (fls. 534-535 c. 1 y 660 c. 3), la CRA eliminó el segundo inciso del artículo 4º de la Resolución n°. 03 de 1995 y dispuso que solo debían someterse a licitación pública los siguientes contratos:

4.1.- Aquellos contratos que celebren las entidades territoriales que incluyan cláusulas por medio de las cuales se crea un "área de servicio exclusiva", o los que tengan por objeto modificar algunas de las cláusulas de los contratos que hayan creado tales áreas, en el sentido de modificar el concesionario, las tarifas, el área, su tamaño, el programa de inversiones o el término de duración de la misma.

4.2.- Los contratos que tengan por objeto la adquisición de agua para la distribución, entre una empresa con posición dominante en el mercado y quien haya de captar y, eventualmente, tratar el agua.

Parágrafo: Los contratos que celebren las entidades estatales con el objeto de otorgar la prestación de un servicio público, se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública²³.

8.2 Está acreditado que el 28 de octubre de 1996, el presidente de la Junta Directiva de Aguas de Rionegro S.A. E.S.P., mediante «Resolución n°. 002 de 1996» dio apertura a la «licitación pública n°. 001/96» que tenía por objeto «la selección del operador del sistema de Acueducto y Alcantarillado del municipio de Rionegro la cual se realizará a través de la Sociedad Aguas de Rionegro S.A. E.S.P.» (f. 142 c. 1). En consonancia, en la sección 3.2 del pliego de condiciones se dispuso que «el objeto de esta licitación es la selección de la persona natural, jurídica nacional o extranjera, que opere, mantenga y administre los sistemas de acueducto y alcantarillado del municipio de Rionegro» (f. 22 c. 6).

Como se indicó ya, para el momento en que se dio apertura al proceso de selección estaba vigente la Resolución n°. 03 de 1995 de la CRA –modificada por la Resolución n°. 18 de 1995–, según la cual, debían someterse a licitación pública los contratos mediante los cuales i) se crea un Área de Servicio Exclusiva; ii) los que tengan por objeto la adquisición de agua para la distribución, entre una empresa con posición dominante en el mercado y quien haya de captar y, eventualmente, tratar el agua y iii) los contratos que celebraran las entidades estatales con el objeto de otorgar la prestación de un servicio público.

Así las cosas, visto el objeto de la «licitación pública n°. 001/96» y los contratos previstos en la Resolución n°. 03 de 1995 de la CRA –modificada por la Resolución n°. 18 de 1995–, la Sala considera que la entidad demandada no estaba obligada a acudir a la licitación pública, por las siguientes razones:

i) Los contratos a través de los cuales se crea un «área de servicio exclusiva», que es la hipótesis prevista en el artículo 4.1, son celebrados por las entidades territoriales (no por las empresas), en los términos del artículo 40 de la Ley 142 de

²³ Parágrafo derogado por el artículo 25 de la Resolución CRA 136 de 2000.

1994, *ii*) el objeto de la «licitación pública n°. 001/96» consistió en seleccionar al operador que se encargaría de la administración y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Rionegro, con lo cual, el objeto a contratar excede y no se encuentra en la hipótesis prevista en el artículo 4.2 de la resolución, relativa a la captación y distribución de agua y *iii*) el objeto de la licitación tampoco consistió en el otorgamiento de la prestación de un servicio público –que por lo demás corresponde a los municipios en los términos del artículo 5 y parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994–, sino que radicó en la selección del operador del sistema, con lo cual tampoco se encuadra en la situación descrita en el parágrafo del artículo 4 de la mencionada resolución.

8. En este contexto, es importante señalar que, aunque en el acto de apertura, el pliego de condiciones y el informe de evaluación de las propuestas se haya indicado que la normativa aplicable es la Ley 80 de 1993, tal disposición no tiene la virtualidad de variar la naturaleza jurídica de los actos proferidos con ocasión de la actividad precontractual de una entidad con régimen exceptuado. Ello, por cuanto no había regulación de la comisión que exigiera la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

En la medida en que Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. no debía acudir a la licitación pública regulada en la Ley 80 de 1993 para escoger al operador del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Rionegro, la Sala considera que el acto de adjudicación demandado se rige por el derecho privado y corresponde a los denominados «*actos de gestión contractual*».

El carácter de invitación pública a presentar ofertas realizada por Aguas de Rionegro S.A. E.S.P.

9. Con el fin de establecer la acción procedente en el marco del régimen aplicable a la entidad demandada definido con anterioridad, resulta indispensable que se identifique si la invitación a contratar es susceptible de calificarse –o no– como una oferta en los términos del artículo 845 del C.Co. En efecto, dado –por regla general– el carácter «*irrevocable*» de la oferta²⁴, se desprende que este acto unilateral constituya en una fuente obligacional, y su retracto injusto, es un acto ilegal

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de agosto de 2002, expediente No. 6111.

susceptible de configurar la responsabilidad patrimonial²⁵ (art. 846 del C.Co), de suerte que su aceptación implica la celebración del negocio –cuando su perfeccionamiento no es sometido a solemnidades legales o convencionales²⁶–, escenario donde será procedente el medio de control de controversias contractuales (art. 141 del CPCA).

Por otro lado, una propuesta para contratar que no reúna los elementos esenciales del negocio jurídico que se busca celebrar «*precisión de la oferta*» y no exprese la voluntad de su autor de obligarse, en caso de aceptación «*firmeza de la oferta*»²⁷, no es susceptible de apreciarse como una oferta. Así, una invitación para contratar que no sea precisa y/o firme, no será susceptible de calificarse como una licitación, en los términos del artículo 860 del C.co; y, por el contrario, se deberá tener como una invitación para iniciar tratativas o formular ofertas²⁸. En todo caso, en este último escenario, aún resulta posible que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado, cuando se verifica una ruptura injustificada de las negociaciones, en los términos del artículo 863 del C.Co²⁹, en otras palabras, verificando si la conducta contractual de la entidad oferente vulneró los postulados de la buena fe exenta de culpa.

Tal como lo ha reconocido esta Sección³⁰, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el escenario de la culpa *in contrahendo* no toda

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2023, rad n°. 56.445 [fundamento jurídico 5.1].

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de junio de 2022, SC1303-2022, rad. 110013103004201100840-01 «(...) En el caso concreto, las formalidades establecidas por el proponente -especialmente, la aprobación de una proforma y la suscripción de un contrato- se pueden recibir como verdaderas reservas formales. Esto es, en la negociación se afincó una verdadera formalidad *ad solemnitatem*, <<que es precisamente lo mismo que ocurre cuando el contrato es solemne por disposición directa de la ley; sólo que en la hipótesis lo que es por voluntad de las partes, quienes han querido que el contrato “no produzca ningún efecto civil” sin la observancia de la formalidad especial de otorgarse el instrumento» (GJ CLXVI p. 183).76 (...)»

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de junio de 2022, SC1303-2022, rad. 110013103004201100840-01, «(...) 3. En primer término, la oferta es una propuesta firme de celebrar un contrato, presentada en condiciones precisas, de suerte que la mera aceptación es suficiente para la formación del contrato⁶⁶. De manera puntual, en los términos del artículo 845 del Código de Comercio, la propuesta «deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario (...)». En la referida decisión la Corte hizo referencia a doctrina francesa, que en el mismo sentido ha definido como elementos constitutivos de la oferta su **precisión y firmeza**. Terré F. Simler P., Lequette Y. y Chenéde F., Droit Civil, les obligations, Dalloz, 12^e édition p . 199 «(...) Pour qu’une proposition de contracter puisse être qualifiée d’offre, il faut que sa seule acceptation suffise á former le contrat. Là encore, la solution (...) Par conséquent, une proposition ne saurait constituer une offre, alors même qu’elle renferme les éléments essentiels du contrat projeté si son auteur a marqué sa volonté de ne pas être lié en cas d’acceptation. Ainsi en va-t-il lorsque l’auteur de la proposition se réserve la possibilité d’acquiescer a son cocontractant. (...)»

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de noviembre de 1989, sentencia del 27 de junio de 1990, rad. 239, citadas en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de julio de 2023, rad: 55644 [fundamento jurídico 5], Subsección C, sentencia del 19 de febrero de 2024 rad: 60126 [fundamento jurídico 7.1.5].

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19, de febrero de 2024, rad. n°. 60126, [fundamento jurídico 7.1.5].

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de octubre de 2021, rad. n°. 36320 [fundamento jurídico 7].

intención dirigida a la formación de un contrato, incluso cuando haya invitación pública, supone la existencia de una oferta, ya que puede ocurrir que se trate simplemente de una invitación a contratar o formular ofertas³¹. En este caso, la invitación pública no tendrá los efectos de la oferta, porque no tiene los elementos esenciales del artículo 845 C. Co. y, por ende, la sola respuesta a esa invitación no implica la formación del contrato. Esta respuesta será una oferta que podrá ser aceptada por quien invitó a los demás a participar en el proceso, luego de surtido un procedimiento que se caracteriza por un anuncio –que no es oferta–, el concurso en sí mismo y «*la escogencia del concursante que reúne las mejores condiciones*».³²

10. Está acreditado que el 28 de octubre de 1996, el presidente de la Junta Directiva de Aguas de Rionegro S.A. E.S.P., mediante «*Resolución n°. 002 de 1996*» dio apertura a la «*licitación pública n°. 001/96*» que tenía por objeto «*la selección del operador del sistema de Acueducto y Alcantarillado del municipio de Rionegro la cual se realizará a través de la Sociedad Aguas de Rionegro S.A. E.S.P.*» (f. 142 c. 1).

Según las «*reglas de participación*» contenidas en el pliego de condiciones, los proponentes debían elaborar una propuesta que cumpliera con todos los requisitos previstos por la entidad. Esa oferta debía permanecer vigente por noventa días [numeral 3.14 (f. 153 c. 1)] y la entidad, después de evaluar las propuestas en dos fases [evaluación técnica y evaluación económica (sección 6 en adelante, fls.161 y ss. c. 1)], establecería el orden de elegibilidad de conformidad con la fórmula matemática prevista en la sección 6.8 del pliego. El proponente ganador tendría 15 días hábiles para firmar el contrato (f. 170 reverso c. 1).

Así las cosas, en la medida en que la entidad no formuló una oferta en los términos del artículo 845 del C. Co, no se puede tratar como una licitación pública de las reguladas en el artículo 860 de ese código. La intención de la entidad era invitar a que se presentaran «*propuestas*» para estudiar, de acuerdo con las reglas que estableció en esa invitación, con quiénes de esos oferentes celebraría el contrato. Eso quiere decir que los invitados eran los oferentes y la sola presentación de su oferta no suponía el nacimiento del contrato, puesto que debían seguirse las reglas previstas por la entidad.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de noviembre de 1989, [fundamento jurídico 1 (a) segundo cargo], en G.J. 2435, p. 114.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de noviembre de 1989, [fundamento jurídico 1 segundo cargo], en G.J. 2435, p. 114.

Toda vez que la invitación a contratar hecha por la entidad no constituyó una oferta, la presentación de las propuestas no supuso la celebración del contrato en los términos del artículo 860 del C. Co. y, por ello, la propuesta realizada por la demandante no resulta susceptible de configurar la aceptación de la misma, y por ende un contrato, en los términos del artículo 864 del C.Co.

En tal sentido, conviene aclarar que la demanda se presentó en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, dado el régimen legal aplicable al proceso de selección y al hecho de que se reclama responsabilidad por una conducta asumida durante la fase de formación del contrato –culpa *in contrahendo*– la acción idónea para obtener los perjuicios, conforme a la jurisprudencia unificada³³ ya referida, es la de reparación directa.

Así las cosas, la demanda presentada será interpretada para estudiar la apelación bajo las reglas de la culpa precontractual [*in contrahendo*], y no bajo los parámetros de la nulidad de los actos administrativos.

Caducidad

11. El término para formular pretensiones en reparación directa, según el inciso cuarto del artículo 136 del CCA –antes de la modificación del artículo 44 de la Ley 446 de 1998–, es de dos años, que se cuentan a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa. La demandante alega que no fue seleccionada para celebrar el contrato, a pesar de presentar la mejor propuesta. El término se contará desde el momento en que la demandante tuvo conocimiento del acto de adjudicación, es decir, desde el 27 de junio de 1997 (f.48 c.1). Como la demanda se presentó el 23 de octubre de 1997, según da cuenta el sello de radicación del Tribunal Administrativo de Antioquia (f. 377 reverso c. 1), fue presentada en tiempo.

Legitimación en la causa

12. Aguas de Manizales S.A. E.S.P., Empresas Públicas de Pereira S.A. E.S.P.,

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de septiembre de 2020, Rad. 42003 [fundamento jurídico 2.5], con votos particulares y disidentes.

Sagas Ltda., Hydra Ingeniería Ltda. y Juan Bernardo Botero Botero están legitimadas en la causa por activa, porque participaron en el proceso de selección del contratista y presentaron oferta como integrantes de la unión temporal Aguas de la Montaña (fls. 202-206 c.1). Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. está legitimada en la causa por pasiva, debido a que fue la entidad que abrió el proceso de selección y evaluó las ofertas (fls. 142, 202-206 c. 1 y 3-5 c. 6).

II. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se acreditó un daño indemnizable en cabeza de la demandante, porque la entidad prefirió celebrar el negocio jurídico con otra persona según lo concluido en primera instancia y que no fue motivo de reparo. Para ello, la Sala precisará, conforme al régimen jurídico aplicable y definido previamente *i)* si a partir de esas tratativas y de la estructuración del negocio es posible concluir que el contrato debió celebrarse con la demandante y *ii)* si hay lugar al reconocimiento de los gastos asociados a la presentación de la propuesta en razón a que la demandante tenía una expectativa legítima a ofertar que fue frustrada.

Análisis de la Sala

13. Las copias simples serán valoradas, porque la Sección Tercera de esta Corporación, en fallo de unificación, consideró que tenían mérito probatorio³⁴.

14. En el expediente obran recortes de prensa (fls. 46-47 c. 1 y 1-8 c. 14). Las informaciones difundidas en los medios de comunicación no dan certeza sobre los hechos en ellos contenidos, sino de la existencia de la noticia y en esas condiciones serán valoradas en este proceso³⁵.

15. La parte demandante, en el recurso de apelación, esgrimió que el Tribunal vulneró el debido proceso, porque la sentencia es «*incoherente*». Explicó que, a pesar de que el Tribunal reconoció que la entidad se apartó de las reglas de selección que ella misma definió y las modificó en favor de uno de los participantes, negó las pretensiones de la demanda.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, rad. 25.022 [fundamento jurídico 1].

³⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de mayo de 2012, rad. n°. 2011-01378 [fundamento jurídico 4] y sentencia del 1 de marzo de 2006, rad. n°. 16.587 [fundamento jurídico 3.2].

La motivación de las decisiones judiciales constituye un deber de los jueces y un elemento constitutivo de la garantía al debido proceso que involucra el examen crítico de las pruebas sobre los hechos y la formulación de los razonamientos legales necesarios para fundamentar la decisión, como se deduce del artículo 304 del CPC.

No basta tener razones para adoptar la decisión, sino que hace falta expresarlas analíticamente. Las razones que justifican la decisión corresponden a las premisas fácticas (los hechos probados) y a las premisas jurídicas (las normas aplicables al caso). En este orden de ideas, la decisión no estará justificada sino se deriva lógicamente de las premisas expresadas en el razonamiento; así lo ha determinado la jurisprudencia de esta Corporación³⁶.

El Tribunal, con base en las pruebas obrantes en el proceso, especialmente, con sustento en el dictamen pericial, consideró que *«quedó demostrado que en el trámite de la licitación pública se presentaron algunas irregularidades (f. 824 c. p.pal)(...)»*, puesto que la entidad demandada no se ajustó a las reglas que ella misma definió y que sirvieron de parámetro a los proponentes para formular sus propuestas. En efecto, señaló que la demandada incurrió en *«modificaciones realizadas a la forma de calificación del pliego en los siguientes aspectos: [i] el estado del parque automotor se excluye de la parte técnica y se incluye en la parte económica; [ii] el puntaje mínimo de la calificación técnica, para clasificar a la económica, [pasó] de 750 puntos [a] 675 puntos y [iii] se modific[ó] la fórmula del orden de elegibilidad»* (f. 825 c.pal.).

A partir de lo expuesto, el Tribunal concluyó que se benefició a la propuesta de Lysa S.A. –en perjuicio de las demás– y que la demandada incurrió en *«una inadecuada variación del pliego de condiciones que, no obstante se dio a conocer a todos los proponentes, pone entredicho la claridad, responsabilidad, y objetividad que debe tener la administración frente a los proponentes»* (f. 826 c. p.pal). Estas consideraciones, en efecto, corresponden a parte de los argumentos esgrimidos en la demanda.

Sin embargo, a pesar de que la sentencia de primera instancia censuró el proceder de la demandada, la Sala observa que en la parte motiva del fallo el Tribunal

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. rad. nº. 27.345. [fundamento jurídico 3.1].

consideró que no se configuraron los presupuestos que la jurisprudencia tiene definidos para declarar la responsabilidad precontractual en los procesos de selección que se rigen por la Ley 80 de 1993, por cuanto la demandante no demostró que su oferta era la mejor.

Dado el régimen jurídico aplicable al proceso de selección y la naturaleza del acto de adjudicación que, tal como se indicó ya, se rigió por el derecho privado y correspondió a los denominados «*actos de gestión contractual*», el análisis de la responsabilidad que correspondía en este caso era bajo el supuesto de la culpa *in contrahendo* y, por ello, en la medida en que el *a quo* consideró que la entidad demanda actuó con falta de lealtad, puesto que no se ajustó a la realidad del proceso de selección, frente a las reglas obligatorias contenidas en la invitación a participar, así debió declararlo en la parte resolutive.

Valga precisar que la parte perjudicada no formuló recurso de apelación y, por ello, cualquier variación sobre este punto supondría una reforma en perjuicio del apelante único [no *reformatio in peius*] (art. 357 CPC). Por lo tanto, de cara a la resolución del caso, se excluirá del análisis del objeto de la apelación la conducta de la entidad demandada, por cuanto, se reitera, esto ya fue definido en la sentencia de primera instancia y la parte perjudicada no formuló recurso de apelación.

16. Ahora bien, para acceder a una indemnización por el daño derivado de la responsabilidad de una entidad con «*régimen exceptuado*» [culpa *in contrahendo*], se requiere que la demandante acredite la configuración de un daño cierto con las características que más adelante se precisarán. En este orden de ideas, en la medida en que la demandante, en el recurso de apelación, reprochó que el Tribunal hubiera considerado que el daño que se reclama en la demanda no existió, es sobre este punto que debe recaer el análisis en esta instancia. Es decir, resulta necesario verificar si se acreditó un daño indemnizable en cabeza de la demandante, a fin de determinar si procede reconocer los perjuicios que se reclaman en la demanda.

En este punto es importante señalar que, si bien el recurso de apelación no se refirió expresamente a los perjuicios que se reclaman en la demanda, en particular, lo referente al reconocimiento de los gastos asociados a la presentación de la propuesta, la Sala estima que dicho asunto quedó cobijado dentro del marco de la apelación.

En efecto, el Consejo de Estado unificó su criterio frente al alcance del artículo 357 del CPC. Sobre el particular, sostuvo que la competencia del juez en segunda instancia estaba limitada a *«los aspectos que señale expresamente el recurrente o que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso, siempre que favorezcan al apelante único»*³⁷. En consecuencia, la Sala estableció que si se apelaba un aspecto global de la sentencia, el juez adquiriría competencia para revisar todos los asuntos que hicieran parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se hubiera referido a ellos el apelante único.

El Tribunal afirmó que ante la ausencia de la propuesta económica de EPM no había forma de establecer que el demandante debió celebrar el contrato, por lo que no procedía reconocer *«ningún valor por indemnizaciones sobre ingresos dejados de percibir o por perjuicios sufridos»* (f. 825 c. 1). Por su parte, el recurrente reiteró que cumplió con todas las reglas de participación y pidió acceder a las pretensiones de la demanda (fls. 834 y 835 c. p.pal), con lo cual es claro que, de quedar desvirtuado el argumento del *a quo*, lo procedente será el reconocimiento de los perjuicios solicitados.

La demostración del daño indemnizable

17. Conforme lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En desarrollo de este postulado constitucional y con el fin de estructurar la responsabilidad patrimonial del Estado, corresponde el análisis sobre la existencia de un daño que, estando debidamente demostrado, determina el posterior juicio de imputación para efectos de imponer la eventual obligación reparatoria en cabeza del demandado.

En ese orden y para satisfacer la finalidad primaria de la responsabilidad patrimonial de Estado, el primer elemento que debe analizarse es la configuración de un daño, sin cuya existencia resulta improcedente adentrarse en el estudio de los demás requisitos estructurales de la responsabilidad, pues no habrá objeto para un juicio de imputación que incluye, entre otros, la calificación de antijuridicidad a las voces del artículo 90 de la Constitución.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de abril de 2018, rad. n°. 46005 [fundamento jurídico 5].

De esta manera, entonces, el daño entendido como la afectación, vulneración o lesión a un interés legítimo y lícito³⁸⁻³⁹ es el primer elemento que debe quedar certera y suficientemente probado –en tanto no es posible presumirlo–, sin cuya existencia y demostración no surge la obligación indemnizatoria. En este sentido la doctrina nacional expone:

[E]l daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil⁴⁰.

El daño –para que sea indemnizable– debe ser cierto⁴¹, es decir, que su existencia sea real, demostrada sin duda alguna y no eventual o hipotética; debe ser personal, es decir que solo quien lo sufre puede demandar su reparación⁴². Y también debe ser determinado o determinable, esto es, que se puedan concretar claramente sus características.

18. Ahora bien, bajo el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad precontractual derivada del rompimiento injustificado de las tratativas negociales, la reparación del daño dependerá del análisis causal, es decir, de la relación de causa y efecto que debe existir entre el daño probado y el hecho dañoso. Para ello es indispensable analizar la estructuración de las reglas que las entidades fijan libremente para la

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A., sentencia del 2 de junio de 2023, rad. n°. 61.340.

³⁹ Por su parte, el doctrinante Juan Carlos Henao define el daño como (...) *toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil – imputación y fundamento del deber de reparar– se encuentran reunidos.* En: *Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit français*, tesis doctoral, Universidad de París 2 Panthéon-Assas, sustentada el 27 de noviembre de 2007. Definición reiterada en el artículo: Las formas de reparación en la responsabilidad del estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el estado, publicado en la Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015; y en la obra colectiva *La responsabilidad extracontractual del Estado. XVI jornadas internacionales de derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 35. Esta definición de daño fue adoptada, además, por la Corte Constitucional en sentencia SU-080 de 2020.

⁴⁰ Hinestrosa, F. Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa. Citado por Henao, Juan Carlos. El daño, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 36.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Exp: 13.186: (...) *el perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública*". Ver en el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de abril de 2000, Exp: 11.892: *En el caso concreto, sin embargo, no es necesario avanzar en el análisis de la antijuridicidad del daño sufrido, pues como se dejó expuesto antes, no hay lugar a reparar el perjuicio moral reclamado porque no se probó su existencia.*

⁴² Henao, J.C. El Daño. Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, julio 1998. p. 88 y 104.

elección de sus contratistas, los cuales obedecen a necesidades que no pueden tenerse como homogéneas, más aún en escenarios de tipicidad y atipicidad de los contratos⁴³. Por ello, en el contexto de la culpa *in contrahendo* pueden presentarse dos escenarios desde la perspectiva del análisis causal:

18.1 Si el daño consiste en la imposibilidad de celebrar el negocio podrá reclamarse lo que se esperaba recibir por la ejecución de las prestaciones («*interés positivo*»). Para ello será necesario demostrar unas tratativas lo suficientemente sólidas –que se concretan en unas reglas de participación libremente definidas por la entidad– y su consecuente rompimiento cuando el contrato ya estaba a punto de ser perfeccionado y no había dudas de que el oferente, bajo esas reglas de la entidad, era con quien procedía, sin ninguna otra consideración adicional, la celebración del negocio jurídico.

Lo anterior, depende de cada estructuración, el objeto y su alcance, la modalidad de selección, el número de oferentes, la fórmula de habilitación, las fórmulas de evaluación e incluso de desempate. Es allí donde la labor del juez debe obedecer al análisis probatorio de la controversia a partir de las bases estructurales de cada negocio.

18.2 Por el contrario, si el daño consiste en la privación de una expectativa legítima de presentar la propuesta podrán pedirse como perjuicios los gastos derivados específicamente de su preparación y presentación, así como de la frustración comprobada de oportunidades para celebrar otros negocios jurídicos por atender la negociación frustrada («*interés negativo o de confianza*»).

En este caso, deberá acreditarse que el hecho dañoso fue un error de tal magnitud, gravedad y notoriedad que frustró la expectativa legítima de presentar la propuesta y de que esta fuera analizada y evaluada de conformidad con los términos de la negociación y bajo las reglas autoimpuestas por la entidad. No corresponde a una indemnización automática por cualquier falencia del proceso o por discusiones propias del debate precontractual, sino a una clara e indudable actuación que rompió con las tratativas de manera abrupta y grosera que afectó la confianza y la buena fe negocial de los oferentes.

⁴³ Al respecto establece GRAGH, Gaetan: *El objeto del contrato es el negocio jurídico previsto en él. Este negocio jurídico varía en tantos contratos como la práctica o la legislación hayan podido o puedan imaginar. El negocio jurídico previsto debe evaluarse en la fase de formación del contrato.* En *L'unité des contrats privés et des contrats publics*. ANRT. Aix Marseille Université, 2014, Francia, pág. 383.

18.3 Conviene precisar que no es posible el reconocimiento simultáneo de ambos tipos de interés, porque cada uno responde a una lógica indemnizatoria distinta y mutuamente excluyente. Mientras el «*interés positivo*» procura reconocer lo que se habría recibido con la celebración del negocio, el «*interés negativo o de confianza*», por el contrario, propende por dejar al demandante en la posición que se encontraba antes de iniciar la negociación. De ahí que, en el primer caso, deberá estar acreditado que a la entidad le correspondía celebrar el negocio con la demandante y no lo hizo y, en el segundo caso, que hubo un desconocimiento de las reglas de participación de tal magnitud que frustró la expectativa de presentar la propuesta. Valga precisar que no cualquier discusión propia del devenir precontractual da lugar al reconocimiento del «*interés negativo o de confianza*», sino que el hecho dañoso debe tener la capacidad de haber frustrado una expectativa legítima de quien demanda.

Por lo anterior, bajo la culpa *in contrahendo* el análisis causal y de la estructuración del negocio resultan especialmente relevantes en la determinación del interés susceptible de ser reconocido como perjuicio, en caso de configurarse la responsabilidad patrimonial. De tal modo que, si se reclaman ambos tipos de interés, al juez le corresponde empezar por indagar si procede el reconocimiento del «*interés positivo*» y, solamente si no hay lugar a este, se habilitará el reconocimiento del «*interés negativo o de confianza*», siempre y cuando se cumplan los presupuestos antes anotados.

Con esta perspectiva, la Sala procede a analizar, en primer lugar, si hay lugar a reconocer el «*interés positivo*», reclamado en la demanda, en cuyo caso será necesario determinar, a partir de las tratativas y estructuración del negocio, si es posible concluir que no bastaba sino el perfeccionamiento del contrato en razón a que el oferente cumplía las reglas que se estructuraron para la selección y ofrecía las mejores condiciones para la entidad. En segundo lugar, la Sala definirá si procede el reconocimiento de los perjuicios consistentes en los gastos asociados a la presentación de la propuesta, siempre y cuando esté acreditado que se frustró una expectativa legítima a ofertar y esté demostrado que el desconocimiento de los términos de la negociación fue de tal envergadura que afectó directamente las expectativas de la demandante, o lo que es igual, que el error no corresponde a un aspecto propio del debate precontractual.

El «*interés positivo*» reclamado en la demanda

19. En la pretensión segunda de la demanda se pidieron \$680'000.000 correspondientes a los ingresos que esperaba recibir la demandante con la celebración del contrato. Como pretensión subsidiaria a esa misma pretensión solicitaron \$360'000.000 «*en razón a la adjudicación irregular de la licitación pública a que se refieren los hechos de la demanda*» [pretensiones subsidiarias 2.C y 2.D].

Aunque la demandante no precisó el concepto por el que reclama el valor de \$360'000.000, la Sala observa que dicha pretensión es subsidiaria al valor que reclama por la utilidad esperada con la celebración del contrato, por lo que resulta claro que las sumas que componen la pretensión segunda de la demanda corresponden al mismo concepto, es decir, los ingresos que la demandante esperaba recibir con la celebración del contrato. Así, se evidencia que la pretensión segunda de la demanda se dirigió a solicitar el reconocimiento del llamado «*interés positivo*».

20. Está acreditado que Aguas de Rionegro S.A., mediante el documento que denominó «*Resolución n°. 002 de 28 de octubre de 1996*», ordenó la apertura de la «*licitación pública n°. 001 de 1996*» (fls. 142 c. 1). En el «*pliego de condiciones*» de la licitación se consignó expresamente que se celebraría el contrato con aquel proponente que ofreciera las mejores condiciones económicas y financieras para la sociedad. Adicionalmente, en el glosario del pliego aparece la definición de propuesta, donde se precisa que era la «*oferta presentada por el proponente en el plazo y lugar establecido, que comprende los sobres A y B y las aclaraciones posteriores si correspondiere*» (f.147 c.1).

En efecto, el pliego indicó que la propuesta técnica correspondía al sobre A y la propuesta económica correspondía al sobre B (f.147 c.1). En la sección 3.24.1 del pliego se señalaron todos los documentos que se debían incluir en el sobre A o propuesta técnica (f.154 c.1) y en el numeral 3.24.2 se relacionaron todos los documentos necesarios para evaluar la oferta económica (f.155 c.1).

Asimismo, la evaluación de las propuestas se realizaría en dos fases: la evaluación técnica y la evaluación económica [sección 6 del pliego (fls. 161 y ss. c. 1)]. La primera otorgaría un total de 1.000 puntos y evaluaría los siguientes componentes: i)

organización y gestión administrativa y controles; *ii*) gestión y operativa y de mantenimiento⁴⁴; *iii*) gestión comercial; *iv*) atención al usuario y *v*) cronograma de recibo y puesta en marcha. Cada uno de esos ítems otorgaría determinado puntaje y la propuesta se consideraría como aceptable si el total de la evaluación técnica era igual o superior a 750 puntos. En caso contrario, no se analizaría la propuesta económica.

Por otra parte, la evaluación de la propuesta económica se calcularía a partir de la propuesta que obtuviera el mayor puntaje y las demás obtendrían un puntaje inversamente proporcional. Así se calificaría el porcentaje de retribución [sección 6.4.1]; el flujo de caja [sección 6.4.2]; la liquidez [sección 6.5.1]; la rotación de cartera [sección 6.5.1.2]; el índice de endeudamiento y solvencia y la rentabilidad [sección 6.5.2.1]. De modo que la evaluación económica dependería, por una parte, de la propuesta que obtuviera la mayor calificación y, por otra parte, de la cantidad de propuestas habilitadas.

Finalmente, el orden de elegibilidad se establecería a través de la siguiente fórmula (f. 168 c. 1) :

$$Ex = 0.50 PTx + 0.30 PEx + 0.10 PFx + 0.10 PXx$$

En donde:

Ex = Orden de elegibilidad de la propuesta x.

PTx = Puntaje total de la propuesta técnica

PEx = Puntaje total de la propuesta económica x.

PFx= Puntaje total de la evaluación de la solvencia financiera del proponente

PXx = Puntaje total de la evaluación de la solvencia técnica del proponente x.

21. En cuanto a la calificación de las propuestas, se acreditó lo siguiente:

21.1 Está acreditado que tres sociedades presentaron oferta: Lyonnaise Des Eaux Services Associes-Lysa S.A., unión temporal Aguas de la Montaña y Empresas Públicas de Medellín. (fls. 202-206 c.1). El 28 de abril de 1997, el subcomité evaluador técnico de Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. hizo una evaluación inicial de las ofertas y, según el informe de evaluación, Empresas Públicas de Medellín presentó la mejor propuesta técnica –961 puntos–, seguido de la unión temporal Aguas de la Montaña –766 puntos– y Lysa S.A. –308 puntos–. De conformidad con dicha calificación, la propuesta de Lysa S.A. no estaría habilitada para pasar a la fase

⁴⁴ Dentro de este ítem estaba el estado del parque automotor y del equipo de limpieza el cual otorgaría 100 puntos [sección 6.2.2.3 del pliego].

de la evaluación económica. (fls. 78-93 c.17).

21.2 El 29 de abril de 1997, el gerente general de Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. remitió un oficio a los tres proponentes, según el cual, era necesario modificar los criterios de evaluación (fls.108-113 c.17). En la misma fecha, el gerente general comunicó al presidente de la Junta Directiva de Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. que recibido el informe de evaluación técnica del 28 de abril de 1997 advirtió que se omitió una clara instrucción en el sentido de *«desplazar lo correspondiente al numeral de los pliegos 6.2.2.3 “Estado del Parque automotor y del Equipo de limpieza” de la parte técnica a la parte económica para ser calificada en dicha parte debido al componente financiero que dicho numeral posee»*. Asimismo, el gerente señaló que *«lo anterior desvirtúa la calificación emitida por dichas personas y parece necesario entrar a reevaluar lo consignado en tal informe»* (f. 107 c. 17).

21.3 El 13 de mayo de 1997 se llevó a cabo una reunión entre el subcomité evaluador técnico y el comité integrador de la Junta Directiva de Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. con el propósito de revisar el informe de la evaluación técnica (fls. 78-93 c.17). Según el acta que se levantó de la reunión, el subcomité evaluador técnico ratificó los resultados de la primera evaluación (f. 93 c. 17).

21.4 El 17 de mayo siguiente, el comité integrador de la Junta Directiva se reunió para revisar la precalificación del subcomité técnico de la Licitación n.º001/96 (f. 207-220 c.1). En el texto del acta que se levantó se aprecia que el comité concluyó que existía ambigüedad en los pliegos, lo que provocó *«unos indicadores desfasados de la realidad que no garantizan el cumplimiento de las coberturas y de las disminuciones de agua no facturada y de recaudo de cartera»* (fls. 207-220 c. 1). Por ello, el comité integrador de la Junta Directiva decidió modificar la evaluación preliminar del subcomité evaluador técnico y otorgar a todos los proponentes el máximo puntaje en los criterios de *i)* gestión operativa y de mantenimiento (numerales 6.2.2.1, 6.2.2.2 y 6.2.2.3 del pliego de condiciones), *ii)* gestión comercial (numeral 6.2.3.2 del pliego de condiciones) y *iii)* cronograma (numeral 6.2.5 de los pliegos de condiciones), con lo cual, el consolidado de la propuesta técnica varió de la siguientes manera: unión temporal Aguas de la Montaña –401 puntos–, Lysa S.A. –367 puntos– y Empresas Públicas de Medellín –364 puntos–.

21.5 El 10 de junio de 1997 se emitió el informe de evaluación económica por el subcomité económico designado por la Junta Directiva de la Sociedad Aguas Rionegro S.A. E.S.P (fls. 221- 232 c.1). Una vez culminada la evaluación económica, se consolidó con la evaluación técnica y el puntaje fue el siguiente:

Concepto	LYSA	EPM	ADEM
PROPUESTA TÉCNICA	367	364	401
PROPUESTA ECONÓMICA	307	154	261
SUBTOTAL	674	538	662
SOLVENCIA FINANCIERA	100	100	100
SOLVENCIA TECNICA	100	100	100
CALIFICACIÓN DEFINITIVA	874	738	862

21.6 Posteriormente, el 27 de junio de 1997, la entidad reconoció que *«de buena fe y amparados en una fórmula financiera se llegó a una aplicación errónea del principio de interpretación de los pliegos»*, lo que implicó realizar de nuevo la evaluación de las propuestas con los siguientes resultados (fls 121 y ss. c. 1):

Concepto	LYSA	EPM	ADEM
PROPUESTA TÉCNICA	407	469	449
PROPUESTA ECONÓMICA	260	131	180
SUBTOTAL	667	600	629
SOLVENCIA FINANCIERA	100	100	100
SOLVENCIA TECNICA	100	100	100
CALIFICACIÓN DEFINITIVA	867	800	829

22. De conformidad con lo expuesto, la entidad realizó tres evaluaciones distintas y con resultados diferentes en cada una. En efecto, en la primera evaluación que realizó el subcomité técnico la propuesta con mayor puntaje era la de EPM. Sin embargo, el comité integrador de la Junta Directiva dispuso modificar los criterios de evaluación establecidos en el pliego de condiciones, con lo cual fue necesario volver a evaluar las propuestas, tanto en el componente técnico como en el económico, y por consiguiente la calificación varió y la propuesta con mayor puntaje fue la de Lysa S.A., seguida de la propuesta de la unión temporal de Aguas de la Montaña y EPM. Posteriormente, la entidad reconoció haber cometido *«errores de buena fe»* en la evaluación de las propuestas y nuevamente procedió a realizar la calificación, por lo que nuevamente variaron los puntajes obtenidos.

Así las cosas, en la última evaluación la demandante quedó en el segundo lugar, por encima de la propuesta de EPM. No obstante, en el caso de haberse rechazado la

propuesta que resultó adjudicataria del contrato, tal como el *a quo* consideró que debió hacerse, no es posible concluir que la propuesta de la unión temporal Aguas de la Montaña se hubiera mantenido por encima de la propuesta de EPM, según se pasa a explicar.

Tal como se esgrimió en la demanda y fue reconocido por el Tribunal en primera instancia, la evaluación de las propuestas fue producto de interpretaciones irregulares del pliego de condiciones. Es decir, la calificación de las propuestas que la entidad realizó, además de no ajustarse a las reglas del pliego de condiciones, se fundamentó en determinaciones equivocadas para asignar los puntajes, por lo que no se puede pretender que a partir de esa única prueba se concluya que la propuesta de la unión temporal de Aguas de la Montaña ofrecía las mejores condiciones para la entidad.

A pesar de que podría pensarse que en la última evaluación la entidad corrigió los errores que reprochó el Tribunal, puesto que en *«en el informe de respuesta a las objeciones a la licitación 001 de 1996»* la entidad reconoció que en la última evaluación de las propuestas se volvió *«al criterio de calificación de aspectos financieros en la propuesta técnica tal como lo consagraban textualmente los pliegos de condiciones [y] en síntesis la fórmula para evaluar se hizo tal cual aparece en el numeral 6.8 de los pliegos de condiciones»*, lo cierto es que la última evaluación de las propuestas tampoco cumplió con las reglas de participación, tal como se desprende del dictamen pericial que se practicó en el proceso.

23. En efecto, en el proceso se practicó un dictamen pericial elaborado por el perito Humberto Morales –experto financiero– para que conceptuara sobre *«el cumplimiento del pliego de Condiciones en las propuestas presentadas por los dos primeros proponentes en orden de elegibilidad señaladas en el acto de adjudicación demandado»* (f. 372 c.1).

El 17 de febrero de 2011, el perito financiero rindió su dictamen (fls. 690-776 c.2). Indicó que el objeto del dictamen era *«(...) verificar el cumplimiento del pliego de condiciones en la elección de los dos primeros candidatos a operador del sistema en la licitación 001/96, soportado en la ley 80/93, los gastos ocasionados en la presentación de la propuesta y las utilidades dejadas de percibir por uno de los proponentes (...)*» (fls. 690-691 c.2).

A partir del análisis de la evaluación final que la entidad realizó, el perito consideró que se había generado un beneficio para algunos proponentes con ocasión de los criterios aplicados por el comité integrador de la Junta Directiva de Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. En particular, frente al factor puntuable denominado «*cronograma*». En efecto, el perito explicó que se omitieron los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y, en su lugar, se otorgó el máximo puntaje a los proponentes (f. 730 c.2). De conformidad con las conclusiones del dictamen, la propuesta de Lysa S.A. estuvo mal evaluada y se le concedió más puntaje del que merecía, a tal medida, que de haber respetado los criterios de evaluación del pliego de condiciones dicho proponente no habría superado el puntaje mínimo que se exigía para la propuesta técnica, lo que impedía que fuera evaluada su oferta económica (f.744 c.2).

Para llegar a sus conclusiones el perito realizó una nueva evaluación de la siguiente manera: en el numeral 3.3 del dictamen señaló las dos propuestas que revisó, esto es, la de Lysa S.A. y la de la unión temporal Aguas de la Montaña (f.694 c.2). En el numeral 6.2 se indicó que la evaluación se realizó comparando el puntaje que otorgó el subcomité de Aguas de Rionegro S.A. E.S.P., que constaba en la columna del lado izquierdo versus la que realizó el perito en el lado derecho (f.715 c.2); conforme a lo cual, se evaluaron las ofertas de Lysa S.A. E.S.P. y de la unión temporal Aguas de la Montaña (fls.716-744 c.2). Incluso en el cuadro n.º 6 (fls.743-744 c.2), el perito realizó una evaluación consolidada tanto de la oferta de Lysa S.A. E.S.P. como de la unión temporal Aguas de la Montaña, para llegar finalmente a la conclusión de que la entidad no siguió las reglas previstas en el pliego para la evaluación de las propuestas. En efecto, el puntaje obtenido en la evaluación definitiva que realizó la entidad no coincide con el puntaje que obtuvo el perito, tal como se evidencia en el siguiente cuadro (f. 744 c. 3):

Concepto	Calificación aguas de Rionegro		Calificación peritazgo	
	Aguas de la Montaña (ADEM)	Lysa	Aguas de la Montaña (peritazgo)	Lysa (peritazgo)
<i>PROPUESTA TÉCNICA</i>	449	407	387	207
<i>PROPUESTA</i> <i>ECONÓMICA</i>	180	260	300	181
<i>SUBTOTAL</i>	629	667	687	388

SOLVENCIA FINANCIERA	100	100	0	0
SOLVENCIA TECNICA	100	100	100	100
CALIFICACIÓN DEFINITIVA	829	867	787	488

24. De este modo, la Sala observa numerosas inconsistencias en la evaluación que la entidad realizó, lo que impide concluir que de haberse seguido las reglas definidas en el pliego de condiciones la propuesta de la demandante se hubiera mantenido por encima de la propuesta de EPM. Lo anterior, sumado al hecho de que el dictamen pericial se limitó a evaluar dos de las tres propuestas recibidas, impide verificar si la propuesta de la unión temporal Aguas de la Montaña ofrecía las mejores condiciones para la entidad, según las reglas de estructuración del negocio y, por tanto, si con ella correspondía celebrar el contrato.

Dadas las características de la estructuración del negocio, consistente en una fórmula de elegibilidad que suponía una evaluación de todas las propuestas de conformidad con las reglas de participación, era necesario cotejar todos los ofrecimientos recibidos a partir de la ponderación precisa, detallada y concreta de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

Por todo lo anterior, en la medida en que *i)* la evaluación que la entidad realizó no se ajustó a las reglas de la selección; *ii)* el dictamen pericial no evaluó todas las propuestas que hicieron parte del proceso y *iii)* en el expediente no obra la propuesta económica de EPM, no es posible comparar todas las propuestas recibidas, requisito indispensable, según la estructuración del negocio, para determinar con quién debía celebrarse el contrato.

Como correspondía al demandante demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la inobservancia de los deberes precontractuales, debió allegar al proceso todas las propuestas y no limitarse a afirmar que con ella debía celebrarse el contrato. No obstante, esta instancia no cuenta con elementos de juicio suficientes para realizar nuevamente la evaluación de las propuestas y determinar cuál ofrecía las mejores condiciones para la entidad.

Por esta razón, para la Sala no es posible constatar con quién correspondía celebrarse el contrato, porque, como quedó anotado, no obra en el expediente la propuesta económica de EPM, lo que aunado a la falta de otras pruebas que

permitan determinar la propuesta que cumplía en mejor medida las reglas de participación, hace improcedente el reconocimiento del «*interés positivo*» que se reclama en la demanda.

El «*interés negativo o de confianza*» reclamado en la demanda

25. Por otra parte, en la pretensión tercera se pidieron \$90'000.000 por «*concepto de gastos ocasionados con motivo de preparación de la propuesta*» (fls. 246-247 c. 1), pero la demanda no especificó los valores que componen el perjuicio que reclama y mucho menos sustentó la cifra en la que cuantificó dichos gastos.

A pesar de lo anterior, la Sala considera que de encontrarse debidamente soportado un gasto asociado directamente a la preparación o presentación de la propuesta – que es el perjuicio que reclama la demanda– aquel debe ser reconocido⁴⁵, siempre y cuando esté acreditado un desconocimiento de los términos de la negociación de tal connotación, gravedad y notoriedad, que frustró una expectativa legítima de la demandante a presentar su propuesta y que esta fuera evaluada de conformidad con los términos de la negociación. Se descarta, por tanto, que sea una indemnización automática solo por desaciertos durante el proceso.

La Sala reitera que, ante las discusiones propias del debate precontractual, como lo pueden ser, por ejemplo, simples inconsistencias aritméticas en la evaluación de las propuestas, no procede el reconocimiento del «*interés negativo o de confianza*». El análisis causal frente a la inobservancia de las reglas de la negociación debe arrojar una evidente afectación a una expectativa legítima de quien demanda.

Es decir, que no corresponda al riesgo normal de un proceso de selección, en el que hay calificaciones y discusiones de magnitud menor, sino que se trate de una

⁴⁵ En la jurisprudencia de esta Corporación, en armonía con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia⁴⁵, se ha establecido que las afectaciones susceptibles de reclamarse bajo la figura del «*interés negativo*» o «*interés de confianza*» corresponden al daño emergente y al lucro cesante derivados, específicamente, de la elaboración de la propuesta o cotización, así como de la frustración comprobada de oportunidades para celebrar otros negocios jurídicos, para atender la negociación frustrada. En efecto, al respecto, se lee en el antecedente de la Corporación: (...) *Esta Corporación ha señalado que el interés negativo es aquel que compensa los perjuicios generados ante las negociaciones frustradas, lo cual incluye el daño emergente –gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones– y el lucro cesante, pero no aquel derivado del “incumplimiento de la propia relación comercial proyectada ... sino de la pérdida que significa el ... haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado. Por su parte, el interés positivo se materializa en la expectativa de cumplimiento de las prestaciones que surgen del contrato válidamente celebrado y los eventuales beneficios que pueda reportar la cabal ejecución de sus prestaciones; de ahí que este tipo de perjuicios apunta a la defraudación del interés positivo o ejecución exacta del contrato, y en la práctica implica ser colocado patrimonialmente como si el contrato hubiera desplegado su efecto principal: el cumplimiento.*(...) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de octubre de 2024, rad. n°. 68.643 [fundamento jurídico 68 y 69].

verdadera vulneración de la buena fe consistente en que los oferentes vieron alterada la confianza por una clara e indudable actuación que rompió con las tratativas de manera abrupta y grosera, por desconocimiento de las reglas autoimpuestas por la entidad, que trae como consecuencia la violación de la lealtad contractual.

Con esta perspectiva, la Sala procede a determinar, en primer lugar, si está acreditada la configuración del hecho dañoso y el daño con las características ya mencionadas, en cuyo caso, se pasará a determinar si están acreditados los perjuicios que reclama la demanda.

26. Merece un comentario lo consignado en la sección 4.1 del pliego de condiciones, según lo cual, *«la propuesta debe presentarse, advirtiendo que el oferente asume exclusiva responsabilidad sobre los costo (sic) que conlleve la presentación de la misma, sin reconocimiento alguno por parte de la Sociedad Aguas de Rionegro S.A. E.S.P.»* (f. 34 c. 6).

Al respecto, la Sala considera que los efectos de las previsiones de tal naturaleza deben analizarse en el contexto de las circunstancias ordinarias, es decir, en aquellos casos en que la entidad se ajusta a las reglas de la negociación y, en consecuencia, la adjudicación es producto del estricto cumplimiento de las disposiciones previstas para tal fin, lo cual, de conformidad con lo analizado por el Tribunal –que no fue objeto de apelación–, no sucedió en este caso.

27. En la medida en que no se acreditó el interés positivo, la Sala procede a analizar si hay lugar a condenar por interés negativo. En esta instancia quedó acreditado [numerales 22, 23 y 24] que la entidad demandada interpretó el pliego de condiciones y no se ajustó con total exactitud a las reglas definidas para la evaluación de las propuestas.

Así, el dictamen pericial, cuyo mérito probatorio ya fue definido por la Sala, concluyó que se había generado un beneficio para algunos proponentes con ocasión de los criterios aplicados por el comité integrador de la Junta Directiva de Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. En particular, frente al factor puntuable denominado *«cronograma»*. El perito explicó que no se evaluaron los sistemas informáticos ofrecidos y que se omitieron algunos de los requisitos exigidos en el pliego de

condiciones y, en su lugar, se otorgó el máximo puntaje a los proponentes. En este orden de ideas, de haberse respetado los criterios de evaluación del pliego de condiciones la propuesta de Lysa S.A. no habría superado el puntaje mínimo que se exigía para la propuesta técnica, lo que impedía que fuera evaluada su oferta económica.

Ahora bien, en lo que respecta a falencias que pudieran afectar directamente a la demandante, es decir, que no se refirieron exclusivamente a la propuesta de Lysa S.A., el dictamen señaló que se presentaron las siguientes imprecisiones – exclusivamente aritméticas– en perjuicio de la unión temporal Aguas de la Montaña:

Por una parte, en la evaluación de la propuesta técnica: *i)* en el componente de desarrollo personal y comercial el perito otorgó una calificación de 41 puntos, mientras que la entidad asignó 36 puntos; *ii)* en el componente de la política de selección de personal el perito otorgó 29 puntos, pero la entidad asignó 5 puntos y *iii)* en el estado del parque automotor el perito calificó a la demandante con 61 puntos, mientras que la entidad otorgó 22.

Por otra parte, en la evaluación de la propuesta económica, en particular, en el componente de flujo de caja, el perito calificó con 400 puntos a la demandante, mientras que la entidad otorgó 0 puntos. Al respecto, el dictamen explicó que esta calificación se obtenía a partir de la valoración del costo de crédito, optimización del plan, información y mejor flujo de caja (f. 738 c. 2). Así, según el perito, el puntaje de la unión temporal Aguas de la Montaña en el consolidado de la propuesta económica debió ser de 300 y no de 180, como la entidad consideró.

28. La valoración del dictamen pericial y de las demás pruebas que obran en el proceso permiten concluir que se presentaron discusiones en torno a la evaluación de las propuestas, pero que consistieron en diferencias aritméticas al momento de otorgar el puntaje.

El dictamen concluyó que la propuesta de Lysa S.A. –propuesta ganadora– no debió ser habilitada, pero lo cierto es que, frente a la propuesta de la demandante, las conclusiones del perito demuestran únicamente una diferencia en el puntaje. En efecto, el perito se limitó a recalcular el puntaje otorgado por la entidad y a identificar diferencias numéricas entre los puntajes asignados, pero no valoró si tales

discrepancias tenían la capacidad de frustrar la expectativa legítima de la demandante a que su propuesta fuera considerada.

Adicionalmente, es importante precisar que *i)* en otros de los aspectos de la evaluación el perito valoró la propuesta de la demandante con una puntuación menor a la asignada por la entidad y *ii)* las variaciones en los puntajes también se presentaron en la calificación de la propuesta de Lysa S.A., lo que demuestra que los errores detectados afectaron de manera general a todos los puntajes y no fueron exclusivamente desfavorables a la demandante.

La inexactitud del puntaje fue una circunstancia que afectó a todas las propuestas, por cuanto la entidad partió de una interpretación imprecisa del pliego. Aun así, dichas inconsistencias no revelan una grave afectación a la expectativa legítima de que las propuestas fueran evaluadas de conformidad con las reglas de la negociación. Las diferencias en el puntaje no trascendieron las discusiones del normal devenir de la etapa precontractual, por cuanto únicamente demuestran que a la demandante –así como a la adjudicataria– se le restaron puntos en algunos de los aspectos a evaluar.

Así, las diferencias aritméticas presentadas no constituyen un evidente desconocimiento de los términos de la negociación que haya afectado de manera directa y grave a la demandante. Se trató del resultado del proceso de evaluación, frente al que se asume el riesgo de ofertar, o de yerros menores, que no demuestran una evidente alteración del proceso.

Las discusiones presentadas son propias de la evaluación de las propuestas, las cuales afectaron a todos los participantes de la negociación. Son discusiones relativas al normal devenir de la etapa precontractual que no frustraron la expectativa de la demandante, relativa a que su propuesta fuera considerada. La conducta de la entidad no evidencia una ruptura abrupta de la expectativa de la demandante, sino el desarrollo normal de un procedimiento de evaluación que, aunque imperfecto, no frustró la expectativa legítima de la demandante, ni tampoco desnaturalizó el proceso competitivo.

En efecto, no se acreditaron errores o incumplimientos en los términos de la negociación que tuvieran la magnitud de frustrar una expectativa legítima de la

demandante. Es decir, inconsistencias que hayan afectado de forma directa a la demandante y con la connotación de impedir que su propuesta fuera considerada. Por el contrario, se tiene que las decisiones de la entidad frente a la evaluación de las propuestas beneficiaron a todos los proponentes, aunque a Lysa .S.A en mayor medida y, por ello, fue la adjudicataria del contrato.

Asimismo, se tiene que todas las propuestas fueron habilitadas y con ello la demandante tuvo la posibilidad de que la suya fuera evaluada y considerada. Se reitera que no cualquier discusión en la etapa precontractual configura el «*interés negativo o de confianza*», sino solamente procede cuando esté acreditado un error de tal consideración que haya frustrado una expectativa legítima de la demandante, lo cual no sucedió en este caso, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente.

En este orden de ideas, la Sala considera que las diferencias en el puntaje, aun cuando evidencian unas diferencias aritméticas en la calificación obtenida por la demandante, no tienen la magnitud y trascendencia necesarias, con las características antes anotadas, que se requieren para la procedencia del «*interés negativo*». No se trató de una clara y unívoca actuación en perjuicio de la demandante, sino de discrepancias aritméticas propias de la fase de evaluación. De allí que las diferencias advertidas carecen de la entidad suficiente para configurar una frustración a una expectativa legítima de la demandante.

La Sala reitera que no todo error en la evaluación de las propuestas constituye un hecho dañoso desde la perspectiva del análisis causal necesario para el reconocimiento del «*interés negativo o de confianza*». Solo aquellas falencias que, por su gravedad y notoriedad, tengan la virtualidad de frustrar de manera directa y efectiva la expectativa legítima de quien demanda, abren paso a la obligación indemnizatoria que se deriva del reconocimiento del «*interés negativo*».

En este caso, a pesar de que se verificaron imprecisiones aritméticas en los puntajes otorgados por la entidad, tales diferencias no impidieron que la propuesta de la demandante participara y fuera evaluada, de modo que no se configuró una privación real de su posibilidad de competir. Toda vez que no obra algún otro medio de prueba que ofrezca certeza a la Sala de errores que hayan frustrado la expectativa de la demandante, no obra prueba del hecho dañoso con las características antes

explicadas y, por ello, no procede el reconocimiento del «*interés negativo*» en este caso.

Consideración final

29. De conformidad con todo lo expuesto, la Sala reitera que, dado el régimen de selección, la naturaleza del acto demandado y la estructuración propia del negocio, el análisis de la responsabilidad era bajo el presupuesto de la culpa *in contrahendo* y, por tanto, la acción idónea era la de reparación directa. Por ello, la Sala modificará la sentencia de primera instancia para declarar que Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. incurrió en culpa *in contrahendo*, pero se abstendrá de reconocer los perjuicios que se reclaman en la demanda, según lo anotado en los capítulos precedentes.

Lo anterior, se reitera, es porque el Tribunal definió, en la sentencia de primera instancia, que Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. se apartó parcialmente de las reglas de selección que ella misma definió y las modificó en favor de uno de los participantes, lo cual supone que el actuar de la entidad demandada no revistió de la seriedad, la lealtad ni la buena fe exenta de culpa de quien auspicia una invitación pública para contratar. Aspecto frente al cual la parte perjudicada no formuló recurso alguno y, por lo tanto, cualquier variación sobre este punto supondría una reforma en perjuicio del apelante único [no *reformatio in peius*] (art. 357 CPC).

Costas

30. De conformidad con el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas, porque no se evidencia que la parte haya actuado con temeridad o mala fe.

31. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión el 20 de agosto de 2013, la cual quedará como sigue:

PRIMERO: DECLÁRASE que *Aguas de Rionegro S.A. E.S.P. incurrió en culpa in contrahendo.*

SEGUNDO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Admitir la renuncia del poder presentado por el Doctor Pedro José Noreña Mira y no reconocer personería al Doctor Leonel Giraldo Álvarez por cuanto no se acreditó la calidad en que actúa el poderdante.

QUINTO: En firme esta providencia archívese el expediente.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE⁴⁶
NICOLÁS YEPES CORRALES
Aclaración de voto

⁴⁶ Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.
VF