

MEDIOS DE CONTROL – Nulidad – CCA artículo 84 – No tiene término de caducidad - Nulidad y restablecimiento del derecho – CCA artículo 85 – Plazo de cuatro meses para demandar – Reparación directa – CCA artículo 86 – Término de 2 años para demandar - Controversias Contractuales - CCA artículo 87 – Plazo de 2 años para demandar – Eventos

El Código Contencioso Administrativo, norma aplicable al caso *sub judice*, previó diferentes mecanismos de acceso a la administración de justicia, cuya elección depende de la finalidad que persiguen las pretensiones de la demanda, así como de la fuente del daño del cual éstas se derivan.

En este orden, si lo que se pretende es preservar el ordenamiento con ocasión de la expedición de un acto administrativo que lo vulnera, la acción procedente es la de simple nulidad, prevista en el artículo 84 *ibídem*, subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989 la cual, en principio, está desprovista de un término de caducidad, es decir, que se puede intentar en cualquier tiempo, comoquiera que a través de la misma se busca la defensa del interés general.

En cambio, si lo que se persigue es la nulidad de un acto administrativo de carácter particular y concreto que se considera ilegal, así como el restablecimiento de algún derecho amparado en una disposición normativa, en cuya violación se fundamenta la pretensión de nulidad, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del CCA, subrogado por el artículo 15 del 26 Decreto 2304 de 1989, requiriéndose para su prosperidad desvirtuar las presunciones de legalidad y de veracidad que lo revisten y que hacen obligatorio su cumplimiento. En este caso, dado que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho persigue el restablecimiento de un derecho particular y concreto, como consecuencia de la nulidad de un acto administrativo de la misma índole, la acción no puede ejercerse en cualquier tiempo, sino que, por regla general, tiene un límite temporal de cuatro (4) meses, contados de acuerdo con las reglas del artículo 136 del CCA.

Por otro lado, entre otras acciones previstas en el estatuto procesal administrativo, el artículo 87 del CCA, subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, también consagra la acción de controversias contractuales, mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Es así como resulta procedente utilizar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución y liquidación del contrato estatal, así como la legalidad de los actos administrativos proferidos dentro del desarrollo de éste. Así, cualquiera de las partes del contrato puede solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (iv) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (v) que se hagan otras declaraciones y condenas; no obstante, en virtud de la ley, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo pueden pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. En este caso, el término de caducidad para formular la demanda es de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirvan de fundamento a la acción, según las voces del inciso final del artículo 136 del CCA De igual modo, tratándose de los actos administrativos precontractuales, el

artículo 87 señaló que aquellos serían demandables a través de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación; sin embargo, una vez celebrado el contrato la legalidad de los actos previos únicamente puede controvertirse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

ESCOGENCIA INDEBIDA DE LA ACCIÓN – Relación directa con la causa petendi – Adecuación de la acción por parte del juez – Protección del derecho de defensa del demandado – Acción no haya caducado

[...] escoger indebidamente la acción procesal no puede entenderse como un simple defecto formal de la demanda, sujeto a la corrección del juez de conocimiento, en tanto que es un aspecto que tiene relación directa con la causa petendi y el objeto de la acción escogida y, por ende, afecta tanto la competencia del juez, como el debido proceso de la contraparte.

Excepcionalmente, el juez contencioso administrativo puede adecuar la acción indebidamente formulada, siempre que el derecho de defensa del demandado no resulte afectado, no exista una variación de la causa petendi ni de las pretensiones de la demanda y la acción a la que se adecua no haya caducado. En todo caso, la parte demandada debe contar con las oportunidades procesales para pronunciarse sobre aquello alegado por el demandante y sobre lo cual se edifica la adecuación de la acción.

ACTOS PRECONTRACTUALES Y MEDIO DE CONTROL PROCEDENTE - Sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado – Aplica para entidades con régimen de contratación sometido al derecho privado - Medio de control – Reparación directa – *Culpa in contrahendo*

Ahora bien, cabe señalar que en sentencia del 3 de septiembre de 2020 la Sección Tercera del Consejo de Estado **unificó** su jurisprudencia en lo que respecta a la naturaleza de los actos precontractuales proferidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, así como también frente a la acción procedente para demandarlos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. A este efecto, en la providencia referida se fijaron los siguientes criterios de unificación: *"Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa. -Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa. - Como garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, el juzgador de conocimiento de este tipo de controversias, en relación con las demandas presentadas antes de la notificación de esta providencia, resolverá la controversia de fondo, aunque no se haya empleado la acción (medio de control) que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos"*

Esta Sección ha considerado que la posición de unificación jurisprudencial fijada en esta sentencia resulta aplicable, no solo a las empresas de servicios públicos domiciliarios de naturaleza pública, sino también a otras entidades públicas que, en materia de su actividad contractual, están sometidas al derecho privado.

Se resalta, además, que de tiempo atrás esta Subsección, tratándose de casos en los que se cuestiona el desconocimiento de las reglas previstas en procesos contractuales adelantados por entidades públicas regidas por el derecho privado (siempre y cuando no comprendan ofertas según el artículo 845 del C.Co, ni licitaciones públicas reguladas en el artículo 860 del C.Co), ha considerado que la acción de reparación directa es el mecanismo adecuado para estudiar la responsabilidad bajo las reglas de la culpa in contrahendo.

RÉGIMEN JURÍDICO DE ECOPETROL – Derecho privado – Actos Contractuales – No son actos administrativos salvo que la ley disponga lo contrario

[...] de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1118 de 2006, se advierte que la actividad contractual de Ecopetrol está sometida al derecho privado y, por tanto, al encontrarse en la misma posición que un particular, las actuaciones que esta entidad lleva a cabo en la etapa precontractual son expresiones de la autonomía privada, configurándose como actos de gestión contractual que no pueden catalogarse como actos administrativos, salvo que la ley disponga lo contrario.

[...]

[...] lo primero que debe poner de presente la Sala es que la decisión del tribunal de declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por no haberse demandado el “acto de adjudicación” es equivocada, por lo cual se revocará. La decisión de Ecopetrol de celebrar el Contrato con CAM correspondió a un acto de naturaleza privada, que no acto administrativo, por lo cual no se podía exigir a GE presentar pretensiones de nulidad contra un acto que, en realidad, no existió.

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL – Culpa in contrahendo - Código de Comercio artículo 863 - Principio de buena fe – Culpa – Código Civil artículo 1603 – Código de Comercio artículo 871 – Buena fe impone respeto a los deberes de información, veracidad, lealtad y corrección – Daño antijurídico – Acreditación – Ausencia de prueba

[...]

[...] los actos precontractuales proferidos por Ecopetrol se sujetan al derecho privado, de tal suerte que el análisis del caso que ocupa la atención de la Sala no tendrá como referente el EGCAP, sino las disposiciones civiles y comerciales en el contexto de la responsabilidad precontractual por culpa in contrahendo, así como las CGC y las CEC, documentos que establecían las reglas y requisitos del Proceso de Selección.

En este sentido, según el artículo 863 del Código de Comercio las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen. Por tanto, para que se configure la responsabilidad precontractual del Estado, es menester que concurren los presupuestos aludidos, es decir, la actuación contraria a la buena fe y la culpa.

Al respecto, conviene señalar que a partir de lo expresamente consagrado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, a lo largo del *iter* contractual los intervinientes deben obrar de conformidad con los postulados de la buena fe, *la cual “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las*

obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato". Así, según ha tenido la oportunidad de precisar esta Sección, en la etapa precontractual o de formación del negocio jurídico la buena fe impone el respeto, entre otros, a los deberes de información, veracidad, lealtad y corrección.

Bajo este escenario, un oferente dentro de un proceso de selección de una entidad sometida al derecho privado puede sufrir un daño antijurídico con ocasión del incumplimiento por parte de la entidad en su deber de obrar de buena fe, daño que se podría materializar, entre otros, en la frustración a una expectativa legítima de que su oferta fuera evaluada bajo las reglas previamente definidas en el proceso de selección, o, por ejemplo, en la frustración a la expectativa de la celebración del contrato, toda vez que su propuesta cumplía con los requisitos del proceso de selección y debía ser seleccionada para celebrar el contrato.

Teniendo en cuenta lo anterior, cuando el daño antijurídico que reclama un oferente dentro de un proceso de selección sometido al derecho privado corresponde, como en este caso, a la frustración de la expectativa que tenía de celebrar el contrato por cumplir su oferta con todos los requisitos de los documentos del proceso de selección, la jurisprudencia de esta Subsección ha considerado que le incumbe a la parte demandante acreditar: **i)** el incumplimiento de la entidad de los términos y/o reglas respecto de la evaluación de las propuestas; **ii)** que de haberse aplicado correctamente las reglas del proceso de selección, su oferta hubiera sido seleccionada para la celebración del respectivo contrato.

[...]

la Sala estima que la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del CPC, "[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", de donde el daño alegado, consistente en la frustración de la expectativa que tenía GE de celebrar el contrato por cumplir su oferta con todos los requisitos de los documentos del proceso de selección, requiere de prueba, cuya omisión por la demandante, a quien corresponde tal onus, impide la declaratoria de responsabilidad precontractual.