



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado número: 76001-23-31-000-2007-01179-01 (49509)
Demandantes: Indecon S.A., Conhydra S.A. E.S.P. y Gescomer S.A.
Demandado: Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P. (Acuavalle S.A. E.S.P.)
Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Responsabilidad precontractual de empresa de servicios públicos domiciliarios (E.S.P) al seleccionar un oferente diferente a la parte accionante. **Subtema 1:** Cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de las controversias en las que hagan parte la E.S.P. **Subtema 2:** Régimen de derecho privado para los actos precontractuales y contractuales que profieran las E.S.P (Ley 142 de 1994). **Subtema 3:** Acción procedente para demandar actos precontractuales emitidos por la E.S.P (reiteración jurisprudencial). **Subtema 4:** Responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*. **Subtema 5:** Buena fe precontractual y ejercicio abusivo del derecho.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Subsección resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el quince (15) de julio de dos mil trece (2013), en la que declaró infundada la excepción de caducidad de la acción; probada la indebida escogencia de la acción y, en virtud de ello, se inhibió para pronunciarse sobre el mérito del asunto.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Acuavalle E.S.P. adjudicó al Consorcio Comercial Acuavalle el contrato derivado de la invitación pública SUB-ADFI-001-2007, cuyo objeto consistía en *“la contratación de las actividades necesarias para cumplir con las metas del área comercial”*. Los accionantes, quienes conformaron la Unión Temporal Indecon Conhydra Gescomer y participaron en el proceso de selección, aducen que el acto de adjudicación –el cual se fundamentó en los resultados de una evaluación jurídica, técnica y financiera realizada por la propia empresa a las propuestas recibidas de manera oportuna– fue expedido con *“desconocimiento de las normas en que debía fundarse y desviación de poder”*, debido a que: *i)* la propuesta seleccionada no cumplía los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, por tanto, debió ser rechazada de plano; y *ii)* la propuesta presentada por la UT conformada por los actores no solo cumplía con los requisitos demandados sino que, además, debió ser calificada con la puntuación más alta y, consecuentemente, aquella debió ser la adjudicataria del contrato objeto de invitación.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda



2.1.1. El catorce (14) de agosto de dos mil siete (2007)¹, **Indecon S.A., Conhydra S.A. E.S.P. y Gescomer S.A.** (quienes integraron la **Unión Temporal Indecon Conhydra Gescomer**²) presentaron demanda en ejercicio de la **acción de nulidad y restablecimiento del derecho** en contra de la **Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P.** (en lo sucesivo, **Acuavalle E.S.P.**) con las siguientes pretensiones:

Primera: *Que se declare la nulidad del acto de adjudicación, efectuado mediante oficio sin número del 4 de julio de 2007, expedido por el gerente de Acuavalle S.A. E.S.P. en cuanto adjudicó al Consorcio Comercial Acuavalle el contrato derivado de la Invitación Pública SUB-ADFI-001-2007 (...).*

Segunda: *Que como consecuencia de la declaratoria anterior, se repare el daño causado a las sociedades accionantes, quienes conforman la Unión Temporal Indecon Conhydra Gescomer por la adjudicación del contrato derivado de la Invitación Pública SUB-ADFI-001-2007 en persona diferente a la de estos.*

Tercera: *Que como consecuencia de la orden de reparación del daño se condene a Acuavalle S.A. E.S.P. a reconocer y pagar en favor de los actores la suma de mil diecisiete millones trescientos cincuenta y tres mil treinta y ocho pesos (\$1.017.353.038) distribuidos entre las sociedades demandantes según el porcentaje de participación dentro de la Unión Temporal (...). La suma anterior corresponde a la utilidad del 20% que hubieran obtenido la Unión Temporal en caso de habersele adjudicado el contrato en mención (...) mas el porcentaje correspondiente al incremento de facturación de metros cúbicos estimados, de acuerdo a lo estipulado en el pliego (...).*

Cuarta: *Que se condene a Acuavalle S.A. E.S.P. a reconocer y pagar a los accionantes la suma de dinero referida en la pretensión inmediatamente anterior (...) la cual deberá hacerse en forma indexada con el IPC, certificado por el DANE, al momento de la condena.*

Quinta: *Que se condene a Acuavalle S.A. E.S.P. a reconocer y pagar a favor de los accionantes (...) como perjuicios morales, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos (...).*

Sexta: *Que la aquí accionada queda obligada a dar cumplimiento a la sentencia, dentro del término señalado por el artículo 176 del CCA.*

Séptima: *Que se condene en costas a Acuavalle S.A. E.S.P.*

2.1.2. La parte accionante expuso, como **sustento fáctico** de sus pretensiones, los hechos que la Sala resume a continuación:

2.1.2.1. El dieciocho (18) de mayo de dos mil siete (2007), Acuavalle E.S.P. dio apertura a la invitación pública SUB-ADFI-001-2007, cuyo objeto consistía en *“la contratación de las actividades necesarias para cumplir con las metas del área comercial y que dividimos en dos grupos: i) actividades para la medición y facturación del consumo: lectura de medidores, crítica automática y analítica, distribución de facturas; y ii) actividades para el control de pérdidas comerciales: análisis de consumo, detección de clandestinos y fraudes”.*

2.1.2.2. En el pliego de condiciones de la invitación referida se establecieron, entre otros aspectos: los requisitos que debían cumplir los interesados para participar en el proceso; los documentos jurídicos, técnicos y financieros que debían allegar con la propuesta y; los criterios de evaluación y calificación de las propuestas. Este último punto fue modificado, en varias ocasiones, mediante adendas, fijándose como calificación máxima 1000 puntos, divididos

¹ Folios 444 a 492 del cuaderno 1.

² Folios 23 a 27 del cuaderno 1. Acta de constitución de la Unión Temporal y otrosí modificatorio.



así: *i*) evaluación técnica, 500 puntos, de los cuales 350 correspondían a la experiencia técnica, 100 al sistema de calidad, y 50 a la capacidad tecnológica; y *ii*) evaluación financiera, 500 puntos, que se subdividían en 100 puntos para la capacidad de inversión, 100 para la capacidad financiera, y 300 para el valor de la oferta.

2.1.2.3. Dentro del proceso público de selección, seis (6) firmas adquirieron el pliego y presentaron, de manera oportuna, sus propuestas, entre las que se destacan: la UT Indecon Conhydra Gescomer (conformada por las sociedades accionantes) y el Consorcio Comercial Acuavalle (conformado por las sociedades Radian Colombia Ltda. y Aguaskapital S.A. E.S.P.).

2.1.2.4. El veinticinco (25) de junio de dos mil siete (2007), un comité evaluador interno de Acuavalle E.S.P. realizó la evaluación jurídica, técnica y financiera de las propuestas presentadas, publicada el veintisiete (27) de junio del mismo año. En esta evaluación, el Consorcio Comercial Acuavalle obtuvo la calificación mas alta, con 969 puntos, situándose en el primer orden de elegibilidad; mientras que la UT Indecon Conhydra Gescomer alcanzó 840 puntos, ubicándose así en el cuarto orden de elegibilidad.

2.1.2.5. El veintisiete (27) de junio de dos mil siete (2007), el representante legal de la UT Indecon Conhydra Gescomer formuló, en escrito dirigido a Acuavalle E.S.P., observaciones frente a la evaluación y calificación de las propuestas presentadas por los distintos oferentes y por ella misma, concluyendo que debía ser esta la adjudicataria del contrato, toda vez que su propuesta no solo era “*la única que cumplía con los requisitos técnicos y financieros*” contenidos en el pliego, sino que también debió ser calificada con la puntuación mas alta.

2.1.2.6. El cuatro (4) de julio de dos mil siete (2007), Acuavalle E.S.P. se pronunció sobre las observaciones formuladas por la UT, ratificándose en el puntaje y el orden de elegibilidad originalmente publicado. Con ello, Acuavalle E.S.P. *desconoció la impecabilidad de la propuesta* presentada por la UT, y que las otras propuestas, incluida la elegida, no cumplían con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

2.1.2.7. En la misma fecha referida en el párrafo precedente, Acuavalle E.S.P. adjudicó al Consorcio Comercial Acuavalle el contrato derivado de la invitación pública SUB-ADFI-001-2007, al considerar que esta había allegado la mejor propuesta, de conformidad con los resultados de la evaluación jurídica, técnica y financiera realizada por el comité evaluador.

2.1.2.8. El seis (6) de julio de dos mil siete (2007), Acuavalle E.S.P. y el Consorcio Comercial Acuavalle suscribieron el contrato de prestación de servicio No. 242 de 2007.

2.1.3. La demandante esgrimió como **normas violadas**: los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 83, 89, 90 y 123.2 de la Constitución Política; el artículo 85 del CCA; los artículos 3, 22, 24.5, 29 y 30.2 de la Ley 80 de 1993; el artículo 3 del Decreto 2170 de 2002; los artículos 1, 30, 31, 32 de la Ley 142 de 1994; y la Ley 689 de 2002.



2.1.4. Como **concepto de violación**, adujo que Acuavalle E.S.P. “*manejó un proceso de selección bajo criterios parcializados, dirigidos y amañados para adjudicar única y exclusivamente el contrato a un oferente cuya propuesta no satisface o no cumple con el lleno de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones*”, en tal virtud, el acto de adjudicación se encuentra viciado de nulidad por “*infringir las normas en que debía fundarse y por ser expedido con desviación o abuso de poder*”, debido a:

2.1.4.1. Que Acuavalle E.S.P., al evaluar y calificar la oferta del Consorcio Comercial Acuavalle (quien resultó adjudicatario del contrato), no tuvo en cuenta que la adjudicataria: **i)** no especificó la validez de la oferta en la carta de presentación; **ii)** no aceptó expresamente la forma de pago en su carta de presentación; **iii)** no presentó el Anexo 10 (declaración de multas o sanciones); **iv)** omitió anexar los balances financieros de los dos integrantes del consorcio, las notas, la certificación y el dictamen; y **v)** no presentó en debida forma el diagrama de la organización y del cronograma por actividades y, tampoco, cumplió cabalmente con el Anexo 3 (revisión de instalaciones para la detección y normalización de irregularidades y fraudes). Omisiones que –en su concepto– conllevaban el rechazo de la propuesta, por no cumplir con los requisitos exigidos en el pliego.

2.1.4.2. Que, como ya lo había advertido al formular observaciones, Acuavalle E.S.P. erró al asignarle a la UT Indecon Conhydra Gescomer un puntaje inferior al que realmente merecía, pues, de acuerdo con los requisitos de evaluación contenidos en el pliego, este debió tener la mayor calificación, debido a que: **i)** la convocante se equivocó al otorgarle a la UT 50 puntos de los 100 posibles en la “*evaluación de los sistemas de calidad*”, por considerar que en la certificación ISO 9000, versión 2000, aportada por Conhydra E.S.P. como sociedad perteneciente a la UT, no se afirmaba explícitamente que correspondiera a la “*gestión comercial*”, debido a que tal certificación ISO se encontraba “*vigente e incluye las actividades de prestación de servicios, diseño, administración, operación y mantenimiento de sistemas de acueducto y alcantarillado, lo cual está inmerso dentro del concepto de administración, dado que la prestación de los servicios públicos es por esencia onerosa y, por ende, su actividad comercial está comprendida dentro de dicha actividad*”; **ii)** en la “*evaluación de la experiencia técnica específica*”, Acuavalle E.S.P. consideró que el certificado presentado por Conhydra E.S.P (sociedad perteneciente a la UT) no tenía validez, por provenir de la misma empresa, con lo que “*violentó sus derechos pues era Conhydra, como empresa prestadora de servicios públicos, la única que podía certificar las actividades que desarrollan ya que no tienen un superior jerárquico u otro organismo a quien se les pueda solicitar certificación*”; **iii)** para la “*evaluación financiera*”, Acuavalle E.S.P solicitó en el pliego que se aportaran los balances financieros a 31 de diciembre de 2006 pero, al evaluarlos, utilizó como valor de conversión el del SMLM del año 2007, proceder que –en su concepto– resulta arbitrario, “*pues al requerir el balance a diciembre de 2006, lo lógico es que la conversión correspondiente al patrimonio total se efectúe con el valor del salario mínimo legal del año 2006*”, por lo que, al no hacerlo, “*generó un desequilibrio financiero que afectó la calificación de la UT conformada por los*



actores”; y **iv)** finalmente, la arbitrariedad e incongruencia expuesta en el numeral anterior también se presume en el cálculo realizado a la evaluación de “*capital de trabajo*”, pues dicha evaluación debía realizarse con base en el promedio de los balances de los años 2005 y 2006.

2.1.4.3. A partir de lo anterior, la actora concluyó “*que se violó la Constitución, la Ley y los propios pliegos, adjudicando a quien no era llamado a ser el beneficiario del objeto contractual, porque a pesar de recibir tal lugar en el informe evaluativo, ese lugar estaba reservado para la UT conformada por los actores, el cual de seguro lo habría obtenido si la entidad contratante no se inventa lo que legislador no ha creado, y asume un papel más serio, pero menos estelar, en defensa de las normas y de los pliegos, pues inútiles fueron los esfuerzos hechos por lo actores para defender sus derechos, quedando limitado su actuar defensivo al envío de una comunicación escrita, en virtud de la cual nada cambió, y no fue posible lograr que se atendieran sus súplicas, pues la entidad denegó sus justas aspiraciones y sin tener un soporte legal claro y ajustado a derecho, adjudicó en medio de los reclamaciones de los proponentes, quienes no entendían y aún no lo hacen, como se puede desconocer la Ley, de manera tan abierta, sin el más mínimo temor y precisamente por agentes del Estado llamados a respetar y hacer respetar los postulados legales*”.

2.2. El trámite procesal relevante en primera instancia

2.2.1. El Tribunal **admitió** la demanda³ y **notificó** el auto admisorio⁴.

2.2.2. Acuavalle E.S.P. **contestó la demanda**, con oposición a la totalidad de las pretensiones en ella formuladas⁵. Como argumentos defensivos arguyó que: **i)** el acto de adjudicación sobre el que se solicita nulidad fue expedido con observancia de la Ley 142 de 1994, el Estatuto de Contratación de Acuavalle E.S.P. y los principios de la contratación estatal, “*sin que ello suponga el sometimiento de dicha empresa al procedimiento establecido en el Estatuto General de la Contratación Pública*”, **ii)** el criterio empleado por el comité evaluador para la calificación de las propuestas obedeció “*en primera instancia al pliego de condiciones, en concordancia con las disposiciones constitucionales y legales aplicables, y, en segunda instancia a regla de la sana crítica, estableciéndose un procedimiento igualitario y equitativo frente a las consideraciones de cada caso particular*”; **iii)** la solicitud de nulidad del acto de adjudicación se fundamenta en consideraciones subjetivas de la accionante, “*sin que se haya expresado o señalado de forma clara un aspecto o hecho que constituya una violación tanto al pliego de condiciones como a las normas de contratación*”, **iv)** es la parte actora quien se ha considerado como primera elegible en el proceso de contratación bajo estudio, “*sin que exista fundamento serio para esta consideración*”; y **v)** al no existir el hecho dañoso alegado, tampoco puede determinarse responsabilidad de la demandada para el reconocimiento de las sumas reclamadas a título de indemnización, “*ya que las calificaciones obtenidas por la accionante en el proceso de invitación pública son responsabilidad de la misma, de*

³ Folios 500 a 501 del cuaderno 1.

⁴ Folio 505 del cuaderno 1.

⁵ Folios 520 a 540 del cuaderno 1.



conformidad con las calidades y capacidades con que participó en el proceso y que fueron objeto de evaluación”.

Finalmente, la parte demandada propuso como medios exceptivos: **i)** la caducidad de la acción; **ii)** la indebida escogencia de la acción; y **iii)** la falta de jurisdicción.

2.2.3. La autoridad judicial de primer grado **abrió a pruebas el proceso**⁶, y una vez concluida la etapa probatoria, **corrió traslado** a las partes y al Ministerio Público, para que aquellas alegaran de conclusión y este rindiera concepto de fondo⁷.

2.2.4. Acuavalle E.S.P. **presentó sus alegatos de conclusión**⁸, con reiteración de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

2.2.5. El Tribunal **integró el litisconsorcio necesario en la parte pasiva** con las sociedades Radian Colombia Ltda. y Aguaskapital S.A. E.S.P, quienes conformaron el Consorcio Comercial Acuavalle y fueron los adjudicatarios del contrato derivado de la invitación pública bajo estudio. Luego, **notificó** a los nuevos sujetos procesales dicha decisión con el propósito de que contestaran la demanda⁹.

2.2.6. Aguaskapital E.S.P., a través del curador *ad litem* designado¹⁰, **contestó la demanda**, bajo el argumento de que “*se atiene a lo que resulte probado en el proceso*”¹¹. Por su parte, Radian Colombia Ltda. guardó silencio.

2.3. La sentencia recurrida

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dictó sentencia de primera instancia¹², en la que declaró infundada la excepción de caducidad de la acción; probada la indebida escogencia de la acción y, en tal virtud, se inhibió para pronunciarse sobre el mérito del asunto.

En principio, afirmó que el término de caducidad de treinta (30) días, fijado en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (CCA), para promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos precontractuales debía contarse en días hábiles, conforme al artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal. En consecuencia, la demanda puesta a su consideración había sido presentada oportunamente.

Por otra parte, el *a quo* observó que, para la fecha en que la parte actora impetró la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ya se había celebrado el contrato 242-2007. Por lo tanto, según el artículo 87 del CCA, la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, cuando ya se hubiera celebrado el negocio jurídico, solo procedía como fundamento de la anulación del contrato, razón suficiente para concluir que la acción procedente era la de controversias contractuales.

⁶ Folios 542 a 544 y 556 a 557 del cuaderno 1.

⁷ Folio 578 del cuaderno 1.

⁸ Folios 586 a 592 del cuaderno 1.

⁹ Folios 596 a 615 del cuaderno 1.

¹⁰ Folios 620 a 625 del cuaderno 1.

¹¹ Folios 626 a 627 del cuaderno 1.

¹² Folios 631 a 642 del cuaderno principal.



2.4. El recurso de apelación interpuesto

La parte accionante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, con el propósito de que esta sea revocada y, en su lugar, se adopte una decisión de fondo, en la que se acceda a las súplicas de la demanda¹³. En el escueto escrito allegado, criticó los fallos inhibitorios y adujo: *i)* que el artículo 87 del CCA facultaba al juzgador para declarar la nulidad absoluta del contrato de manera oficiosa; y *ii)* que esa misma norma no exigía que la nulidad contractual fuera tramitada a través de la acción de controversias contractuales sino que, para tal fin, también procedía la de nulidad y restablecimiento del derecho –promovida en este proceso–, pues “*resulta lógico que la nulidad de los actos previos vicien el contrato en su integridad*”.

2.5. El trámite procesal relevante en segunda instancia

2.5.1. Esta Corporación **admitió** el recurso interpuesto¹⁴, y **corrió traslado** a las partes y al Ministerio Público, para que aquellas alegaran y este conceptuara en esta instancia¹⁵.

2.5.2. Acuavalle E.S.P. **alegó de conclusión en esta instancia**, con una reiteración sucinta de los argumentos expuestos tanto en la contestación de la demanda como en la alzada formulada¹⁶. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

III. PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA DE MÉRITO

3.1. En sentencia reciente, la Sección Tercera de esta Corporación unificó su jurisprudencia en relación con la jurisdicción que conocería de las controversias en las que hicieran parte las empresas de servicios públicos domiciliarios, estableciendo que en los eventos en que “*no exista norma expresa legal sobre la jurisdicción que debe conocer de controversias en las que haga parte un prestador de servicios públicos domiciliarios, deberá acudir a la cláusula general de competencia del artículo 82 del CCA*”¹⁷, que prescribe: “*la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% de las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado*”.

La parte demandada en este asunto, Acuavalle E.S.P, es “*una empresa oficial de servicios públicos domiciliarios, constituida como sociedad anónima, por acciones, entre entidades públicas*”¹⁸. Por ende, no existen dudas de su naturaleza pública, razón suficiente para concluir que **el conocimiento de esta controversia le corresponde a esta jurisdicción.**

¹³ Folios 650 a 652 del cuaderno principal.

¹⁴ Folio 661 del cuaderno principal.

¹⁵ Folio 663 del cuaderno principal.

¹⁶ Folios 670 a 672 del cuaderno principal.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 2020, expediente 42003.

¹⁸ Folios 9 a 11 del cuaderno 1. Certificado de Existencia y representación.



3.2. Conforme al artículo 129 del CCA¹⁹, **la Sala es competente para conocer el asunto de la referencia**, por tratarse de un recurso de apelación interpuesto contra un fallo proferido por un Tribunal Administrativo, en un proceso con vocación de doble instancia, dado que la cuantía de la demanda supera la exigida por el artículo 132.3 del CCA²⁰⁻²¹, en concordancia con el artículo 20.2. del Código de Procedimiento Civil (CPC)²².

3.3. **Por la parte activa**, se observa que los accionantes, quienes conformaron la Unión Temporal Indecon Conhydra Gescomer, acreditaron que le asiste interés directo en las resultas del proceso, pues estos participaron en la invitación pública SUB-ADFI-001-2007²³. **Por la parte pasiva**, se constata que, en este asunto, es Acuavalle E.S.P. la llamada a ejercer el derecho de contradicción y defensa, toda vez que fue esta quien expidió el acto de adjudicación cuestionado²⁴.

3.4. De conformidad con los motivos que fundaron la decisión de primera instancia y las razones de inconformidad exhibidas en el recurso de apelación interpuesto, se deberá establecer, si el Tribunal erró al declarar probada, en el *sub lite*, la excepción de indebida **escogencia de la acción**, por lo que, a continuación, se procederá al análisis de este presupuesto procesal.

3.4.1. En este asunto, las súplicas de la demanda van encaminadas a que se declare condene al Estado a responder patrimonialmente, como consecuencia de la nulidad del acto denominado de *“adjudicación del contrato”*, expedido por Acuavalle E.S.P. el cuatro (4) de julio de dos mil siete (2007), por medio del que se adjudicó el contrato derivado de la Invitación Pública SUB-ADFI-001-2007 al Consorcio Comercial Acuavalle. Para definir la acción procedente y, tras ello, si hubiere lugar, resolver sobre el fondo del asunto, se hace necesario determinar si, en efecto, dicho acto puede calificarse como administrativo y, en general, precisar cual es el régimen que debía observar esta prestadora de servicios públicos domiciliarios, para adoptar la decisión de contratar con alguien distinto a la actora, lo que, al entender de esta, se hizo con *“desconocimiento de las normas en que debía fundarse y [con] desviación o abuso de poder”*.

3.4.1.1. Como se expuso previamente²⁵, Acuavalle E.S.P. es una empresa de servicios públicos oficial²⁶, constituida como sociedad anónima, cuyo objeto es *“el estudio, diseño, planeación, construcción, prestación y administración de los*

¹⁹ Artículo 129 del CCA. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia: *“El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales administrativos (...)”*.

²⁰ Artículo 132 del CCA. Competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia. *“Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan Actos Administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales”*.

²¹ Según lo expuesto en la demanda, la pretensión mayor equivale a \$1.017.353.038 (2.345,75 SMLMV para el año 2007), monto superior a los 300 SMLMV exigidos por el artículo 132.3 del CCA.

²² Artículo 20 del CPC. Determinación de la cuantía. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 8 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> *“La cuantía se determinará así: (...) 2. Por el valor de la pretensión mayor, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones”*.

²³ Folios 1 a 664 de los cuadernos 5 y 6. Propuesta presentada por la UT Indecon Conhydra Gescomer.

²⁴ Folio 180 del cuaderno 3. Oficio sin número, del 4 de julio de 2007, denominado *“Adjudicación del Contrato – Invitación Pública SUB-ADFI-001-2007”* en favor del Consorcio Comercial Acuavalle.

²⁵ Apartado 3.1.2.

²⁶ Artículo 14.6 de la Ley 142 de 1994. *“EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL. Es aquella en cuyo capital la nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes”*.



*servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo y energía*²⁷. Dada su naturaleza y el ámbito de los servicios comprendidos en su objeto, resulta innegable que es un empresa que debe ceñirse a las disposiciones normativas que contempla la Ley 142 de 1994 que, en sus artículos 31²⁸ y 32²⁹, impone un régimen de derecho privado para los contratos y para los actos que estas profirieran.

La Ley 142 de 1994 contempló, además, la posibilidad de que en casos puntuales los prestadores de servicios públicos domiciliarios profirieran actos administrativos, lo que, como lo ha considerado la Sala, ocurre *“en las situaciones previstas en el artículo 33 (desarrollado por los artículos 56, 57, 116 y ss.); en materia contractual cuando el régimen de estos sea el derecho público y, en tal sentido se les aplique el Estatuto de Contratación Estatal (parágrafo del artículo 31, 39.1), contratos para la concesión de ASES (artículo 40), o limitado a lo relativo a cláusulas excepcionales (artículo 31). En materia precontractual, en cambio, no existe disposición legal alguna de la que se derive la posibilidad de expedir actos administrativos*³⁰. Así, por regla general, los actos precontractuales y contractuales emitidos por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, salvo los expresamente previstos por la Ley, se rigen por el derecho privado, lo cual no obsta *“para que se excluya la aplicación de los principios constitucionales que orientan la función administrativa, sino que debe acompasarse en todo aquello que no desvirtúe su naturaleza y régimen jurídico*³¹. Además, se aplican en este ámbito, los principios definidos en la Ley 142 de 1994³².

Del breve derrotero expuesto, orientado al caso *sub examine*, se puede colegir que Acuavalle E.S.P no estaba expresa, legal ni constitucionalmente habilitada para emitir actos administrativos y que, la selección de un contratista no está contemplada en la Ley como una de las excepciones en la que resulta valido dictarlo como tal. En consecuencia, el acto enjuiciado no tiene la calidad de administrativo (ni por regla general ni por vía de excepción), y debe comprenderse como una decisión que se enmarca en la lógica del derecho privado.

²⁷ Folios 9 a 11 del cuaderno 1. Certificado de Existencia y representación.

²⁸ Artículo 31, modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001. *“Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa. //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 por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, 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 y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.*

²⁹ Artículo 32. *“Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”.*

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 2020, expediente 42003.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia de 2 de diciembre de 2013, expediente 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP).

³² *“Artículo 13. Los principios que contiene este capítulo se utilizarán para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre los servicios públicos a los que esta u otras leyes se refieren, y para suplir los vacíos que ellas presenten”.*



3.4.1.2. Como lo ha advertido esta Subsección en providencias anteriores³³, la actividad contractual en el ámbito del derecho privado se funda, primordialmente, en la autonomía dispositiva o negocial, entendida como el poder o facultad que el ordenamiento jurídico le reconoce a las personas, para autorregular o disponer de sus intereses a través de actos o negocios jurídicos, acudiendo, para estos efectos, a las normas y principios del derecho comercial.

Así las cosas, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deben actuar, durante la etapa precontractual, siempre con profundo respeto a los derechos subjetivos de quienes aspiren a contratar con ellas, es decir, no pueden ir en contra de las normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe, ni pueden desarrollar actividades o adoptar decisiones que comporten el ejercicio abusivo de sus derechos, fundados en actuaciones culposas, sin la debida diligencia, cuidado, e incluso incurriendo en omisiones.

3.4.2. La jurisprudencia de esta Corporación ha sido pacífica en señalar *“que la fuente del daño determina la acción procedente para analizar los supuestos que fundan la controversia y ésta, a su vez, determina la técnica apropiada para la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional”*³⁴. En este sentido, las normas que regulan las condiciones para el ejercicio de cada tipo de acción no están dispuestas al libre arbitrio de la escogencia del interesado, al tratarse de normas de orden público y de imperativo cumplimiento.

Conforme a lo expresado anteriormente, en el *sub examine*, la fuente del daño es el acto precontractual, de naturaleza privada, por medio del que Acuavalle E.S.P. adjudicó el contrato derivado de la invitación pública SUB-ADFI-001-2007 al Consorcio Comercial Acuavalle. No obstante, se pone de presente que, durante los últimos años, ha existido dentro de la Sección Tercera disparidad de criterios respecto de la acción procedente para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo este tipo de actos. Esta problemática fue zanjada recientemente, en un fallo de unificación jurisprudencial³⁵, en el que se estableció que cuando en una demanda se controviertan decisiones de carácter precontractual de prestadores de servicios públicos domiciliarios, que no correspondan a actos administrativos, la acción a emplearse es la de reparación directa, *“no para controvertir su legalidad, sino para alegar el daño que se derivaría de ella y solicitar los perjuicios correspondientes”*.

Tal sentencia de unificación se aviene a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto esta entiende que la pretensión declarativa de responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* tiene fundamento en la normativa rectora de la responsabilidad extracontractual³⁶. Allaná así esta Sección el camino para que

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de febrero de 2017, expediente 56939, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 5 de julio de 2018, expediente 59530, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Auto de 11 de mayo de 2020, expediente 58562.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011. Expediente 26.758; Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección C, sentencia de 23 de abril de 2020. Expediente 48.444.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 2020, expediente 42003.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de mayo de 1970, Gaceta Judicial, Tomo CXXXIV, núm. 2326 - 2327 - 2328, pp. 112 a 134; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de agosto de 2014, exp. núm. 11001 3103 036 2004 00037 01.



las controversias surgidas en decisiones plasmadas en actos precontractuales sean trasegadas por la misma vía que se sigue en dicha modalidad de responsabilidad, que en esta jurisdicción tiene cauce por la acción de reparación directa³⁷.

3.4.3. En atención a los lineamientos expuestos en precedencia, la Sala advierte que, de acuerdo con el contenido, objeto y finalidad de la demanda puesta a consideración³⁸, resulta claro que el litigio planteado gira en torno a un debate relacionado con la culpa, falta de diligencia, cuidado, e incluso omisiones que se le atribuyen a la empresa demandada al adjudicar, en un proceso de selección que se rige por el derecho privado, el contrato derivado de la Invitación Pública SUB-ADFI-001-2007 al Consorcio Comercial Acuavalle y no a la UT que conformaron las partes presentes en este contencioso. Por consiguiente, el fundamento de las pretensiones, así planteado, encuadra en los cánones de la responsabilidad extracontractual y, por lo tanto, **la acción pertinente** para abordar el estudio del caso *sub judice* es el de **reparación directa**, contenida en el artículo 86 del CCA.

3.4.4. La unificación precitada estableció, además, que debido a la disparidad de criterios acerca de la acción a emplear para demandar dichos actos y para efectos de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, el juzgador de conocimiento de este tipo de controversias deberá resolverlas de fondo, aunque no se haya empleado la acción que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos. Así las cosas, la Sala encauza la acción procedente de acuerdo a las pretensiones exhibidas por la parte actora, que, como se dijo, es la de reparación directa.

3.5. Conforme al artículo 136.8 del CCA, el conteo del término de **caducidad** de dos (2) años de la acción de reparación directa inicia *“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”*.

3.5.1. En el *sub lite*, la fuente del daño es el acto precontractual, de naturaleza privada, por medio del que Acuavalle E.S.P. adjudicó el contrato derivado de la invitación pública SUB-ADFI-001-2007 al Consorcio Comercial Acuavalle, el cuatro (4) de julio de dos mil siete (2007)³⁹; decisión que solo fue notificada al adjudicatario, como constaba en el pliego de condiciones⁴⁰. No obstante, la parte actora afirma, en el escrito de demanda, haberla conocido ese mismo día.

3.5.2. En razón a ello, el término bienal para la presentación oportuna de la acción de reparación directa comenzó a correr desde el cinco (5) de julio de dos mil siete (2007). **Por consiguiente, el escrito presentado, el catorce (14) de agosto de dos mil siete (2007), fue oportuno.**

VI. SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Auto de 11 de mayo de 2020, expediente 58562.

³⁸ Apartado 2.1

³⁹ Folio 180 del cuaderno 3.

⁴⁰ Folio 100 del cuaderno 3. Numeral 1.25. del pliego: *“El gerente de Acuavalle E.S.P. enviará comunicación escrita el proponente favorecido con la presente invitación pública”*.



Con fines de facilitar el entendimiento de la metodología lógica que sigue este fallo, la Sala recuerda que, en síntesis, se ha considerado en esta providencia, que en este proceso es controvertida la responsabilidad por el eventual daño ocasionado con un acto jurídico, dictado durante la etapa precontractual (de *adjudicación* del contrato) que se rige por el derecho civil y comercial, y por principios, mas no por reglas, de derecho público. Aunque la parte actora no acertó en la denominación del acto generador del daño, al incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se realizará un análisis de fondo bajo la égida de la acción de reparación directa, teniendo en cuenta la ambigüedad que, sobre tales actos, existió en la jurisprudencia administrativa.

4.1. Atendiendo a las pretensiones y al concepto de violación propuesto por la parte actora, en consonancia con lo expuesto en precedencia, la Sala se plantea el siguiente **problema jurídico**:

¿La conducta desplegada por Acuavalle E.S.P., al seleccionar al contratista en la invitación pública núm. SUB-ADFI-001-2007, causó un daño antijurídico a la parte demandante, que debe ser indemnizado, por haberse apartado de los requisitos exigidos previamente y de reglas de calificación, para la selección de la oferta?

Sobre la responsabilidad en la actividad precontractual de las empresas prestadores de servicios públicos

4.2. Como se ha expuesto a lo largo de esta providencia, los actos precontractuales proferidos por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios —como el de selección del contratista— deben sujetarse a las reglas del derecho privado. Esto conduce, indefectiblemente, a que el análisis de la responsabilidad patrimonial no tenga como referente al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) y demás leyes que lo modifican o adicionan, sino las disposiciones comerciales, en el contexto de la responsabilidad extracontractual o por culpa *in contrahendo*⁴¹.

Al establecer un parámetro de conducta en la fase de tratativas, el artículo 863 del Código de Comercio (“CCo”)⁴² define, a *contrario sensu*, dos presupuestos de la responsabilidad precontractual, a saber: la actuación contraria a la buena fe y la culpa. Tales presupuestos, a su vez, se traducen en la exigencia constitucional de un daño antijurídico imputable a al Estado, por la acción u omisión de las autoridades, como asidero de su responsabilidad patrimonial. De esta forma, en un diálogo sinérgico de fuentes⁴³, la responsabilidad precontractual del derecho privado es compatible con el régimen general de responsabilidad del Estado que, como la manifestado esta Sección, “es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual”⁴⁴

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 5 de julio de 2018, expediente 59530.

⁴² “Artículo 863. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, auto del 11 de mayo de 2020, exp. 58562.

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1993, exp. 8163.



El principio de la buena fe impone el respeto de los actos propios. Este deber se remonta a sus orígenes en el Derecho romano, en el que «*la fides suponía siempre, en todos los ámbitos en que actuaba, un “hacer lo que se dice”, o “cumplir lo que se promete” o bien “tener palabra”, generándose así una confianza o un estado de confianza*»⁴⁵. Este postulado, como trasunto de la buena fe orientadora de la conducta del Estado y de los particulares⁴⁶, ha trascendido en el ordenamiento jurídico patrio, en el que “*la doctrina de los actos propios obliga [...] a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente, hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente*”⁴⁷, como sigue sosteniéndolo esta Sección⁴⁸.

La Corte Suprema de Justicia⁴⁹, por su parte, ha precisado que la doctrina de los actos propios presupone: “*i) una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular; ii) que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes plantados; iii) que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente; y, iv) que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio*”.

En este orden de ideas, cuando un sujeto convoque a otros a presentar ofertas, definiendo —de forma manifiesta, voluntaria y unilateral— los requisitos de los oferentes, así como unos criterios de calificación de las ofertas y el procedimiento a seguir para contratar, emite un acto jurídico unilateral⁵⁰, con el que, en ejercicio de la autonomía negocial, se obliga. Con tal acto, a su vez, se genera en los destinatarios de la invitación a ofertar, unas expectativas, por las cuales desarrollan unas actuaciones que pueden tener un contenido patrimonial. Tales destinatarios y eventuales oferentes no tienen, pues, el deber jurídico de soportar el menoscabo a los intereses jurídicos que puedan padecer, como consecuencia de una actuación del convocante contraria a sus propios actos, con la que es traicionada la buena fe. De esa forma, se configura el daño antijurídico, previsto en el artículo 90 de la Constitución, en la responsabilidad precontractual de entidades del Estado sujetas a un régimen contractual de derecho privado preponderante.

La culpa es el otro presupuesto de la responsabilidad precontractual, derivado del artículo 863 del CCo. Este es un criterio de imputación que gravita sobre la previsibilidad y evitabilidad del daño, con el que se quebranta el principio *alterum non laedere*. El demandado será así responsable, por el incumplimiento del deber general de cuidado, cuando previendo o pudiendo prever el daño, no lo haya

⁴⁵ BOETSCH GILLET, Cristian, *La Buena Fe Contractual*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015, Santiago, p. 27.

⁴⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA. “Artículo 83. *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas*”.

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 16 de mayo de 1991, exp. 5931.

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de junio de 2020, exp. 48945; Subsección A, sentencia del 19 de febrero de 2021, exp. 65277; y Subsección B, sentencia del 28 de abril de 2021, exp. 53250

⁴⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de enero de 2011, rad. núm. 11001-3103-025-2001-00457-01.

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de mayo de 2020, exp. 58562.



evitado, si contaba con los medios para ello⁵¹. En razón a lo anterior, bajo la concepción del Código Civil, el agente causal culpable responde únicamente por los perjuicios previstos o previsibles, a diferencia del agente doloso, cuya responsabilidad se extiende también a los imprevisibles⁵². En las tratativas, en las que no sea ha perfeccionado aún una relación jurídica con unas obligaciones recíprocas, es previsible que el oferente invitado haya desplegado una conducta encaminada a suscribir el contrato, con un contenido patrimonial⁵³.

4.3. Por otra parte, se presenta un abuso del derecho —como el aducido por el demandante— cuando los derechos son ejercidos en contra de los fines que le son propios, los cuales están determinados por la función específica que cumplen en la convivencia humana, que dan lugar a una regulación jurídica, de derecho público o privado⁵⁴. En la prestación de servicios públicos, tales fines deben

⁵¹ REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J.M. (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, 5ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 396-306.

⁵² CÓDIGO CIVIL. "Artículo 1616. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento".

⁵³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2006, expediente 1998-10363: «(...) la Sala ha puntualizado que, en la fase precontractual, "se realizan esfuerzos de la más variada índole, precisamente encaminados a cristalizar expectativas y planes económicos, notándose la presencia de una serie de encuentros, de contactos, de intercambios de opiniones y de consulta entre las partes, todo lo cual no puede resultar frustrado inicuamente y no más que respaldado por el principio de la libertad contractual; antes bien, la conducta que deben observar quienes así se contactan en pos de un designio contractual deben ajustarla al principio de la buena fe". (Cas. Civ., sent. de 31 de marzo de 1998). // De manera más reciente, esta Corporación, en sentencia de 13 de diciembre de 2001 (exp. 6775), señaló que "a menudo la celebración del contrato no se logra de un solo golpe, sino que está precedida de una serie de aproximaciones, encuentros e intercambios de opiniones y de consultas entre las partes -lo que autoriza a afirmar metafóricamente que el contrato es, desde esa perspectiva, el punto final de los desacuerdos-, y que es natural que en dicha fase se puedan presentar situaciones perjudiciales para los contratantes, si es que no ajustan su conducta al secular principio de la buena fe; y dado que sería cuando menos ingenuo atrapar todas las hipótesis que ofrece la realidad, el legislador prefirió una cláusula general con el fin de permitir al intérprete un criterio elástico de valoración, estatuyendo que las partes 'deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen' (art. 863 del código de comercio). // Es por ello por lo que los tratos preliminares, entendidos pues como el conjunto -o plexo- de actividades realizadas por quienes persiguen la celebración de un contrato en aras de concretar los posibles términos del mismo (reuniones, intercambio de opiniones, precisiones varias, etc.), están sujetos al milenar y justiciero principio *neminem laedere*, de forma tal, que cuando alguno vulnere o perjudique ilegítima o inconsultamente al otro potencial contratante, nace para quien así procede el inequívoco deber de reparar el correspondiente daño».

⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de agosto de 2000, expediente 5372. «Al disponer el artículo 830 del Código de Comercio que "El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause", acogió el ordenamiento legal colombiano, sin ambages, la regla denominada del "abuso del derecho" que de manera genérica señala que los derechos deben ejercerse en consonancia con los fines que les son propios, fines que están determinados por la función específica que cumplen en la convivencia humana, y en virtud de los cuales el derecho objetivo los regula y tutela. Mas, en cuanto postulado esencial del derecho, carácter que muy pocos se atreven a disputarle, trasciende del ámbito meramente extracontractual al cual se quiso restringir, para orientar, por el contrario, toda actividad humana amparada por el ordenamiento jurídico, de modo que, inclusive, el artículo 95 de la Constitución Política Colombiana lo considera uno de los deberes "de la persona y del ciudadano", amén que manifestaciones del mismo pueden percibirse en el derecho público en la medida en que éste reprime el ejercicio arbitrario del poder o su desviación. // Así, pues, es preciso destacar que aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo. // "Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, ha dicho la Corte, lo suministra el ejercicio del llamado 'poder de negociación' por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación..." (Casación del 19 de Octubre de 1994)».



determinarse atendiendo a los principios definidos en la Ley 142 de 1994, así como a los de la función pública.

¿Acuavalle E.S.P. debió rechazar la oferta presentada por el Consorcio Comercial Acuavalle, debido a que esta no cumplía con los requisitos exigidos en el pliego?

4.4. La parte actora alega que el proceder de Acuavalle E.S.P. fue contrario a la de buena fe precontractual y representó un ejercicio abusivo del derecho, pues aseguró que esta, seleccionó como contratista al Consorcio Comercial Acuavalle en la invitación pública SUB-ADFI-001-2007, a sabiendas de que su propuesta no cumplía con los requisitos predefinidos por la misma empresa, con la única intención de elegirla como su contratista.

Como cargos específicos arguyó que dicho Consorcio al presentar su propuesta económica: *i)* no especificó la validez de la oferta en la carta de presentación; *ii)* no aceptó la forma de pago en su carta de presentación; *iii)* no presentó el Anexo 10 (declaración de multas o sanciones); *iv)* omitió anexar los balances financieros de los dos (2) integrantes del consorcio, las notas, la certificación y el dictamen; *v)* no presentó en debida forma el diagrama de la organización y del cronograma por actividades y, tampoco, cumplió cabalmente con el Anexo 3 (revisión de instalaciones para la detección y normalización de irregularidades y fraudes). Omisiones que –en su concepto– conllevaban indefectiblemente al rechazo de la propuesta, por no cumplir con los requisitos exigidos en el pliego.

4.4. Procederá pues la Sala a determinar si, en este proceso, fueron acreditadas las hechos con que, según la actora, dan lugar a la responsabilidad patrimonial de la empresa de servicios públicos demandada. Como cuestión previa al estudio de los reproches exhibidos, se observa que en el trámite de primea instancia, el Tribunal recepcionó los testimonios de Jaime Alban Rivera⁵⁵, Jairo Gómez Agredo⁵⁶ y José Edilson Rueda Álvarez⁵⁷, quienes hicieron parte del comité evaluador de Acuavalle E.S.P. y que al ser preguntados sobre la exigencia referente a que los participantes debían aportar junto con su propuesta todos los documentos jurídicos, técnicos y financieros contenidos en el pliego para que aquella fuera evaluada y calificada, al unísono respondieron que se atenían a lo que contenía el pliego y a los documentos emitidos por el comité durante el proceso de selección, pues les era difícil recordar ese proceso específico por el volumen de trabajo que tenían para esa época y lo antiguo del mismo.

Esclarecido lo anterior, se procederá a estudiar individualmente cada uno de los cargos alegados, de conformidad las pruebas relevantes practicadas en este proceso:

4.5. *Sobre la omisión de especificar la validez de la oferta en la carta de presentación, se acreditó que:*

⁵⁵ Folios 13 a 17 del cuaderno 2.

⁵⁶ Folios 33 a 39 del cuaderno 2.

⁵⁷ Folios 54 a 58 del cuaderno 2.



4.5.1. En el numeral 1.14 del *pliego de condiciones*, Acuavalle E.S.P. previó el “*plazo de validez de la propuesta*”, así “*toda propuesta deberá ser válida por un término de ciento veinte (120) días calendario contados a partir de la fecha de cierre de la invitación pública*”⁵⁸; y en el numeral 1.18, sobre los “*documentos jurídicos de la propuesta*”, plasmó que “*con la propuesta, se debe presentar los siguientes documentos jurídicos: i) carta de presentación de la propuesta suscrita por el proponente en la que se indique el valor, el plazo y el número de folios que contiene la propuesta [...] ii) [g]arantía de seriedad de la propuesta por valor del diez por ciento (10%) del valor de la propuesta, con una validez de ciento veinte (120) días*”⁵⁹.

4.5.2. El Consorcio Comercial Acuavalle presentó la propuesta con su respectiva carta de presentación, en ella incluyó el valor, el plazo y el número de folios que contiene la oferta⁶⁰, y anexó la póliza única de cumplimiento emitida por Mapfre, con la que se garantizó la seriedad de la oferta entre el quince (15) de junio de dos mil siete (2007) y el treinta (30) de octubre del mismo año⁶¹.

4.5.3. Acuavalle E.S.P. realizó, a través de un comité evaluador interno, la evaluación jurídica de la propuesta presentada por el Consorcio Comercial Acuavalle, en el que manifestó que esta presentó, en debida forma, tanto la carta de presentación como la garantía de seriedad⁶².

4.5.4. El representante legal de la UT Indecon Conhydra Gescomer formuló algunas observaciones respecto de la evaluación y calificación realizada a la propuesta presentada por el Consorcio Comercial Acuavalle, entre ellas, que en la carta de presentación se omitió validar la oferta⁶³.

4.5.5. Acuavalle E.S.P. dio respuesta a la observación referida y afirmó que: “*En el Anexo No. 4 (modelo de presentación de la oferta) no se especificó este dato. De ninguna manera es procedente rechazar a los proponentes que se acogieron integralmente al formato dispuesto por Acuavalle en el pliego. Adicionalmente en el numeral 1.14 del pliego se exigió un término de validez de 120 días, obligatorio para todos los proponentes, y en el quinto inciso del numeral 1.18 se estableció la garantía de seriedad de la propuesta por igual lapso de 120 días*”⁶⁴.

4.6. De acuerdo con las pruebas enunciadas en precedencia, para la Sala es claro que en el pliego de condiciones nunca se solicitó como requisito sustancial que en la carta de presentación de las propuestas se *diera validez* a la misma, pues aun cuando, en efecto, se requirió que se debía garantizar su validez por el término de ciento veinte (120) días, tal garantía se constituía con la póliza única de cumplimiento requerida.

⁵⁸ Folios 90 a 91 del cuaderno 3.

⁵⁹ Folios 91 a 92 del cuaderno 3.

⁶⁰ Folio 142 del cuaderno 4.

⁶¹ Folios 148 a 152 del cuaderno 4.

⁶² Folio 141 del cuaderno 3.

⁶³ Folio 174 del cuaderno 3.

⁶⁴ Folio 160 del cuaderno 3.



Se concluye, entonces que el Consorcio Comercial Acuavalle cumplió a cabalidad con lo requerido en el pliego y, por tanto, el proceder de la demandada al encontrar cumplido este requisito y aceptar la propuesta está soportado en el mismo pliego y no constituye, una conducta con la que la demandada hubiera actuado contra sus propios actos, incurriendo así en una deslealtad o burla a la buena fe de las demás oferentes convocados, ni un ejercicio abusivo del derecho.

4.7. Sobre la no aceptación de la forma de pago en su carta de presentación, se probó que:

4.7.1. En numeral 1.21.3 del *pliego* se especificó que la “*evaluación financiera*” sólo “*se realizara a las propuestas que cumplan con los con los documentos y requisitos financieros contemplados en la presente invitación pública. Para realizarla, se tendrá en cuenta lo siguiente: (...) Se verificará que las propuestas acepten las condiciones de pago establecidas en esta invitación pública. Las ofertas que no acepten las condiciones de pago establecidas no serán tenidas en cuenta para selección*”⁶⁵.

4.7.2. El Consorcio Comercial Acuavalle presentó la propuesta con su respectiva carta de presentación, en la que manifestó: “*no estoy incurso en alguna inhabilidad e incompatibilidad para contratar y estamos totalmente de acuerdo con todas las condiciones contenidas en la solicitud de oferta*”⁶⁶ (subrayado propio).

4.7.3. Acuavalle E.S.P. realizó la evaluación jurídica de la propuesta presentada por el Consorcio Comercial Acuavalle, en el que manifestó que este allegó, en debida forma, la carta de presentación⁶⁷.

4.7.4. El representante legal de la UT Indecon Conhydra Gescomer formuló algunas observaciones respecto de la evaluación y calificación realizada a la propuesta presentada por el Consorcio Comercial Acuavalle, entre ellas, que en la carta de presentación no se aceptó la forma de pago⁶⁸.

4.7.5. Acuavalle E.S.P. dio respuesta a la observación referida y arguyó que “*en el pliego se estableció de manera precisa la forma de pago, la cual no es negociable ni modificable por los proponentes. Adicionalmente, en el Anexo 4 (modelo de presentación de la oferta) entregado por Acuavalle se consignó en su último inciso lo siguiente: ‘manifiesto que no estoy incurso en inhabilidad e incompatibilidad alguna para contratar y estamos totalmente de acuerdo con todas las condiciones contenidas en la solicitud de la oferta’. Con la firma (...) los oferentes manifiestan expresamente su aceptación de todas las condiciones del pliego, entre ellos la forma de pago. Por estas consideraciones, no hay lugar al rechazo de ninguna de las propuestas*”⁶⁹.

4.8. En atención a lo anterior, es claro que en el pliego de condiciones se exigió que los participantes aceptaran las condiciones de pago en su propuesta, por ello,

⁶⁵ Folio 95 del cuaderno 3.

⁶⁶ Folio 142 del cuaderno 4.

⁶⁷ Folio 141 del cuaderno 3.

⁶⁸ Folio 174 del cuaderno 3.

⁶⁹ Folio 160 del cuaderno 3.



incluyó en el anexo 4 (*modelo de presentación de la oferta*) un párrafo en el que se aceptaban las condiciones del pliego. En la carta de presentación de la propuesta del Consorcio Comercial Acuavalle, firmada por el representante legal, se mantuvo dicho párrafo. Por consiguiente, el proceder de la demandada al encontrar cumplido este requisito y aceptar la propuesta se acomoda a los requerimientos definidos por la misma, por lo que, con su conducta no actuó contra sus propios actos, incurriendo así en una deslealtad o burla a la buena fe de las demás oferentes convocados, ni un ejercicio abusivo del derecho.

4.9. *Respecto de la omisión de presentar el anexo 10, en el que se realizaba declaración de multas o sanciones, se demostró que:*

4.9.1. En el numeral 1.13.3.4 del *pliego de condiciones* Acuavalle E.S.P. previó que *“para participar en el proceso de evaluación, ponderación y selección, cada una de las personas jurídicas que integran el consorcio o unión temporal deberá aportar todos los documentos jurídicos, técnicos y financieros requeridos y cumplir con los demás requisitos exigidos en este pliego de condiciones”*⁷⁰. En los numerales 1.18⁷¹, 1.19⁷² y 1.20⁷³ se enunciaron los documentos jurídicos, técnicos y financieros requeridos. Sin embargo, en ninguno de ellos se mencionó la necesidad de aportar el anexo 10 (*declaración de multas y sanciones*).

4.9.2. El Consorcio Comercial Acuavalle presentó la propuesta sin el anexo 10. No obstante, las sociedades que lo integran, Radian Colombia Ltda. y Aguskapital S.A. E.S.P., anexaron el respectivo certificado de inscripción en el registro único de proponentes (RUP), expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, en el que se lee que *“no reportan multas o sanciones”*⁷⁴.

4.9.3. Acuavalle E.S.P. realizó, a través de un comité evaluador interno, la evaluación jurídica de la propuesta presentada por el Consorcio Comercial Acuavalle, en el que manifestó que esta presentó, en debida forma, la inscripción en el RUP⁷⁵.

4.9.4. El representante legal de la UT Indecon Conhydra Gescomer formuló algunas observaciones respecto de la evaluación y calificación realizada a la propuesta presentada por el Consorcio Comercial Acuavalle, entre ellas, que esta no debía admitirse *“por la no presentación del Anexo 10, debido a que el pliego de condiciones establece la necesidad de presentar todos los anexos del pliego con la propuesta”*⁷⁶.

4.9.5. Acuavalle E.S.P. dio respuesta a la observación antedicha y refirió que la declaración de multas y sanciones *“no hace parte de los documentos jurídicos objeto de evaluación señalados en el numeral 1.18. del pliego. Adicionalmente, en ningún lugar del pliego se previó que el hecho de no*

⁷⁰ Folio 85 del cuaderno 3.

⁷¹ Folios 91 a 92 del cuaderno 3.

⁷² Folios 92 a 94 del cuaderno 3.

⁷³ Folio 94 del cuaderno 3.

⁷⁴ Folio 224 a 231 del cuaderno 4.

⁷⁵ Folio 141 del cuaderno 3.

⁷⁶ Folio 174 del cuaderno 3.



presentarla era causal de inadmisión o rechazo de la propuesta. De otro lado, en los certificados de cámara de comercio adjuntados por los integrantes de este consorcio no [se] halla registrada multa o sanción”⁷⁷.

4.10. De conformidad con los hechos precedentes, el Consorcio Comercial Acuavalle no aportó el anexo 10, sobre declaración de multas o sanciones. No obstante, de una lectura armónica e integral de las cláusulas que componen el pliego de condiciones, se puede deducir que aun cuando no se exigió a los participantes aportar el anexo referido como requisito para participar en la invitación, estos sí tenían la obligación de acreditar que no estaban incurso en multas o sanciones.

Las sociedades integrantes del Consorcio seleccionado aportaron el certificado de inscripción en el RUP, en el que se acreditó que ninguna de estas reportaba multas o sanciones; documento que, por disposición del artículo 5.8. del Decreto 92 de 1998, vigente para el momento de los hechos, debía contener la “*información sobre multas y sanciones de los dos últimos años en términos de SMLMV*”. Por consiguiente, la conducta desplegada por Acuavalle E.S.P. al aceptar la propuesta presentada por el Consorcio Acuavalle se ciñó a los fines de la invitación pública adelantada y a los preceptos contenidos en el pliego de condiciones y, por lo tanto, no constituye una actuación contraria a sus propios actos, con la que incurriera una burla a la buena fe de las demás oferentes convocados, ni un ejercicio abusivo del derecho.

4.11. *En lo que se refiere a la omisión de anexar a los balances financieros de los dos (2) integrantes del consorcio, las notas, la certificación y el dictamen, se probó que:*

4.11.1. En el numeral 1.20 del *pliego*, sobre los “*documentos financieros*”, Acuavalle E.S.P. dispuso que “*el proponente aceptará las condiciones financieras y de pago señaladas en la presente invitación pública y en la minuta del contrato adjunto y acompañar (sic) los siguientes documentos: (...) Balance general comparativo a 31 de diciembre de 2005 y 2006. En caso de consorcios, uniones temporales o sociedades con patrimonio autónomo esta información deberá ser presentada por cada uno de los integrantes. || NOTA: No serán sujetos de ponderación de adjudicación, el proponente o proponentes que no cumpla con las condiciones financieras señaladas en la presente invitación pública*”⁷⁸.

4.11.2. Acuavalle E.S.P. adicionó al pliego de condiciones, mediante adenda núm. 5, el anexo 13 (*información financiera*), en la que precisó que este se utilizaría “*para establecer la información financiera del proponente [quien] deberá diligenciar y adjuntar el precitado Anexo, el cual debe contener la información tomada de los estados financieros a diciembre 31 de 2006. Acuavalle verificará la información suministrada en este anexo con la información del balance. Luego de dicha verificación Acuavalle calculará los indicadores financieros previstos en el pliego de condiciones. En caso de*

⁷⁷ Folios 159 a 160 del cuaderno 3.

⁷⁸ Folio 94 del cuaderno 3.



consorcios o UT, se deberá diligenciar un anexo para cada uno de sus integrantes”⁷⁹.

4.11.3. El Consorcio Comercial Acuavalle presentó junto con su propuesta: *i)* los balances generales comparativos de los años 2005-2006 de las sociedades que lo integran, es decir, Radian Colombia Ltda.⁸⁰ y Aguaskapital S.A. E.S.P.⁸¹; y *ii)* el anexo 13 “información financiera” de cada una de las sociedades antedichas⁸². Ambos documentos poseen la rúbrica del representante legal, contador público y del revisor fiscal.

4.11.4. Acuavalle E.S.P. realizó la evaluación financiera (*capacidad de inversión y capacidad financiera*) de la oferta del Consorcio Comercial Acuavalle, con base en los datos referidos en los balances generales comparativos allegados y el anexo 13⁸³.

4.11.5. El representante legal de la UT Indecon Conhydra Gescomer formuló algunas observaciones respecto de la evaluación y calificación realizada a la propuesta presentada por el Consorcio Comercial Acuavalle, entre ellas, que esta debía ser rechazada “*por no anexar a los balances de Radian Ltda. y Aguaskapital S.A. E.S.P. las notas, la certificación y el dictamen, pues de acuerdo a la Ley 222 de 1995, artículo 34, se establece como obligatorio, que al fin de cada ejercicio social y por lo menos una vez al año, el 31 de diciembre, la sociedad deberán cortar sus cuentas y preparar y difundir estados financieros de propósito general, debidamente certificadas y dictaminados. Igualmente el artículo 36, de esta misma Ley, establece que los estados financieros y las notas conforman un todo indivisible. Adicionalmente el pliego de condiciones lo especifica en el numeral 1.20 (...) no será sujeto de ponderación de ubicación, el proponente proponentes que no cumplan con las condiciones financieras en la presente invitación. Y ratificando lo establecido en la Ley 222, el balance comparativo de Aguaskapital E.S.P. menciona que las notas hacen parte integral del balance comparativo, y no las adjuntas, en consecuencia del balance comparativo por no presentado y rechazar la propuesta*”⁸⁴.

4.11.6. Acuavalle E.S.P. dio respuesta a la observación precitada y afirmó que en el adendo núm. 5 se incluyó el anexo 13 (*información financiera*), documento que “*contiene las firmas del representante legal, del contador y del revisor fiscal, en consecuencia reemplazó los requerimientos sobre esta materia que hasta ese momento se solicitaban en el pliego. En consecuencia, no hay lugar al rechazo de la propuesta de este consorcio*”⁸⁵.

4.12. De los hechos exhibidos, se impone concluir que en el pliego de condiciones, con sus adendas, la convocante, con el propósito de realizar la evaluación financiera, solicitó a los participantes aportar con sus propuestas económicas, únicamente: *i)* los

⁷⁹ Folios 136 a 137 del cuaderno 3.

⁸⁰ Folios 236 a 237 del cuaderno 4.

⁸¹ Folios 246 a 247 del cuaderno 4.

⁸² Folios 243 y 252 del cuaderno 4.

⁸³ Folio 146 del cuaderno 3.

⁸⁴ Folios 174 a 175 del cuaderno 3.

⁸⁵ Folios 160 a 161 del cuaderno 3.



balances financieros generales comparativos a 31 de diciembre de 2005 y 2006, sin que expresamente se haya exigido que estos estuvieran certificados o dictaminados y que se anexaran las notas que los soportan; y ii) el anexo 13 (*información financiera*).

El Consorcio Comercial Acuavalle adjuntó los balances o estados financieros, uno por cada una de las sociedades que lo conforman, con la firma del respectivo representante legal, contador público y revisor fiscal; proceder que resulta suficiente para deducir, aun cuando no fue solicitado en el pliego, que los estados financieros aportados se encuentran debidamente certificados y dictaminados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37⁸⁶ y 38⁸⁷ de la Ley 222 de 1995.

Ahora bien, aun cuando es cierto que con los estados financieros no se adjuntaron *sus notas* y que el artículo 36 de la citada Ley⁸⁸ establece que esos dos documentos conforman un todo indivisible, lo cierto es que esta Subsección ha precisado que la presentación de las notas no es obligatoria si la misma no se ha requerido expresamente, en los siguientes términos:

“(...) las notas, pese a ser parte integral de los estados financieros, no son de obligatoria presentación si el pliego de condiciones no las apremia expresamente. Ello es así, porque cuando se exige que dichos estados lleven las firmas de las personas competentes, esto es, las requeridas para la certificación y para tenerlos por dictaminados, la ley presume que están hechos conforme a lo que reposa en los libros; por lo tanto se hace innecesario allegar las notas, salvo que la misma entidad, por un interés particular, en el pliego de condiciones así lo haya exigido”⁸⁹.

En este orden de ideas, se concluye que, en el hipotético caso de que Acuavalle E.S.P. hubiera rechazado la oferta presentada por el consorcio Comercial Acuavalle, aduciendo que los estados financieros no estaban certificados y dictaminados, y que con ellos no se adjuntaron las notas, como lo alega la parte actora, habría significado un flagrante incumplimiento de lo previsto en el pliego de condiciones, puesto que, en primer lugar, la sola firma del contador y revisor fiscal hace suponer que estos tiene tales condiciones y, en segundo lugar, porque el requisito de las notas no fue expresamente establecido. Raciocinio que resulta suficiente para determinar que la actuación de la demandante no es contrario a la buena fe, ni constitutivo de un abuso de derecho.

4.13. *En lo que respecta a que el Consorcio no presentó en debida forma el diagrama de organización y el cronograma por actividades y, tampoco, cumplió cabalmente con lo establecido en el anexo 3, se observa que:*

4.13.1. En el numeral 1.19. del *pliego*, relativo a los “*documentos técnicos*”, se dispuso que “*con la propuesta, el oferente debe presentar los siguientes*

⁸⁶ “Artículo 37. El representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposición de los asociados o de terceros. La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros”.

⁸⁷ “Artículo 38. Son dictaminados aquellos estados financieros certificados que se acompañen de la opinión profesional del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas”.

⁸⁸ “Artículo 36. Los estados financieros estarán acompañados de sus notas, con las cuales conforman un todo indivisible. Los estados financieros y sus notas se prepararán y presentarán conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados”.

⁸⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, fallo del 15 de octubre de 2015. Expediente 42170.



documentos técnicos: (...) 1.19.5. Organización: En el diagrama de la organización, se deberá indicar mediante un diagrama jerárquico, la estructura general de la organización, y la estructura administrativa que el oferente debe cumplir para poder iniciar la ejecución del contrato (...), 1.19.9. Cronograma de trabajo general y por actividades⁹⁰. A su turno, el numeral 1.21.2., sobre la “evaluación técnica”, precisó que “se efectuará, previo cumplimiento de la totalidad de los requisitos jurídicos, adicionalmente la propuesta de la cumplir con todos los documentos y requisitos técnicos señalados en la presente invitación pública (...)”⁹¹.

4.13.2. Junto con el pliego, Acuavalle E.S.P. manifestó que los proponentes tenían que presentar el anexo 3 (revisión de instalaciones para la detección y normalización de irregularidades y fraudes)⁹², actividad que se describió de la siguiente manera:

“Revisar y detectar todas las irregularidades en la instalación del servicio de acueducto que presenten alguna anomalía, tanto en el terreno, como en su facturación, ya sean clientes o usuarios, atendidos comercialmente por Acuavalle E.S.P., llevando a cabo todas las acciones técnicas y comerciales para normalizar o corregir las anomalías encontradas, con el fin de recuperar las pérdidas no técnicas.

El proponente debe desarrollar un plan de trabajo para la revisión de las instalaciones de los clientes.

Programación de actividades

El proponente debe incluir en su propuesta la definición de un plan detallado de trabajo, incluyendo la planeación de ejecución de esta actividad, considerando: i) el cronograma específico, ii) diagrama con la programación de actividades, recursos y responsables, iii) estructura organizacional y logística, iv) requerimientos de recursos humanos, técnicos, suministros, equipos de cómputo y vehículos y telecomunicaciones, v) sistema de información a desarrollar y/o implementar.

El proponente deberá presentar la metodología a desarrollar y desagregar las tareas que considere se requiere realizar para ejecutar con éxito esta actividad.

El proponente debe ilustrar la estructura organizacional propuesta, identificando el ingeniero director de la actividad, los ingenieros de control e ingeniería, brigadas de levantamiento de inventario y los técnicos de actualización del sistema de información. Además de anexar las hojas de vida de todo el personal que requiera para el cumplimiento del contrato con certificado de experiencia específica y compromiso profesional aceptando su vinculación al contrato, en caso de ser adjudicado a la firma oferente.

Se debe incluir un organigrama con el nombre y profesión específica de los profesionales y el personal técnico, donde se observen los grupos de trabajo, cantidad de personal y funciones asignadas”.

4.13.3. Acuavalle E.S.P. aclaró, mediante adenda No. 5, el contenido del anexo 3 en lo concerniente a que “las actividades a realizar en cumplimiento del objeto de la invitación pública, son aquellas que están señalada en el

⁹⁰ Folio 93 del cuaderno 3.

⁹¹ Folio 94 del cuaderno 3.

⁹² Folios 118 a 121 del cuaderno 3.



Anexo 6 (Cuadro de cantidades y recios totales)⁹³, y son exclusivamente estas las que deben considerarse por los proponentes dentro de su oferta económica, y son solamente estas las que Acuavalle exigirá al contratista⁹⁴.

4.13.4. El Consorcio Comercial Acuavalle presentó un documento⁹⁵, con soportes, en el que consignó de manera condensada los requisitos establecidos en: *i)* el numeral 1.19 “documentos técnicos”, incluida la organización y el cronograma de trabajo general y por actividades, y *ii)* la programación de actividades contenida en el Anexo 3. Como se pasa a exhibir en lo relevante:

“(…) **INFRAESTRUCTURA**

ÍTEM	OBSERVACIÓN
OFICINA	
Sede operativa ubicada en Buga – Valle con acondicionamiento de puestos de trabajo e internet.	Alquiler
Sede administrativa ubicada en Buga – Valle con acondicionamiento de puestos de trabajo e internet.	Alquiler
MEDIOS DE TRANSPORTE	
2 vehículos tipo van que permiten el transporte de operarios por el área de influencia	Por adquirir
4 motos	Por adquirir
EQUIPOS DE COMUNICACIÓN	
6 equipos de comunicación Avantel	Contrato de servicios
3 equipos de comunicación celular	Contrato de servicios
EQUIPOS DE COMPUTO	
25 terminales portátiles Dolphin	Propios
25 impresoras portátiles	Propios
3 PC con requerimientos mínimos para oficina	Propios
2 impresoras estaciones de trabajo	Propios

CAPACIDAD TECNOLOGÍA

Es importante resaltar que Radian Colombia Ltda. como miembro del consorcio, cuenta con experiencia en montaje de proyectos de tecnología en empresas de servicios públicos. Contamos con representación de hardware especializadas para servicios públicos, con desarrollos propios de software especialmente en las áreas de lectura y crítica en diversas empresas del área de acueducto, energía y gas.

A continuación mostramos un esquema del sistema que se implementará para el manejo del proyecto:

GESTIÓN DEL PROCESO		INTERNET/INTRANET
GESTIÓN DE TERMINALES PORTÁTILES		
LECTURA	CRÍTICA	IMPRESIÓN
REPARTO	SUSPENSIONES/ CORTES/ REVIVIDAS/ RETIRO Y REINSTALACIÓN	CENSO Y ACTUALIZACIÓN
COMUNICACIONES “CLEAR PATH”/ SERVER CONSORCIO		

“(…) **Sistema de Gestión Consorcio**

El núcleo del sistema está compuesto por dos módulos principales que se encargan de soportar los módulos restantes Radian y gestión de terminales portátiles. El primero permite alimentar el sistema con la información proveniente de Acuavalle y a su vez enviar los resultados de los procesos para ser incorporados al sistema de información comercial propiedad de Acuavalle. El segundo apoya los módulos que involucran la toma de

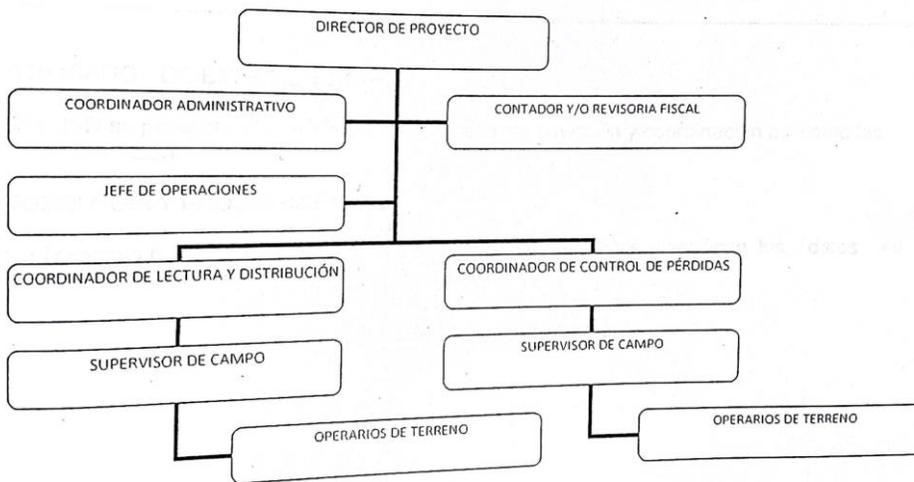
⁹³ Las actividades de acuerdo al Anexo 6 son: i) lecturas urbanas; ii) lecturas rurales; iii) volantes de lectura urbana; iv) volantes de lectura rural; v) reparto de factura urbana; vi) reparto de factura rural; vii) visita fraude urbana; viii) visita fraude rural. (Folio 124 del cuaderno 3),

⁹⁴ Folios 136 a 137 del cuaderno 3.

⁹⁵ Folios 165 a 175 del cuaderno 4.

DIAGRAMA ORGANIZACIÓN DEL PROYECTO

-2007-01179-01 (49509)
E.S.P. y Gescomer S.A.



información en el terreno, es decir, el uso de terminales portátiles. No hacemos diferencia entre terminales de uno y otro modulo (lectura, revisiones, corte, entrega de facturas etc.) ya que las aplicaciones estarán corriendo en todo los terminales portátiles siempre y cuando el hardware así lo permita. (...)

ORGANIZACIÓN

CARGO	FUNCIONES GENERALES	PERFIL	CANTIDAD
Director de proyectos	Planear, dirigir y evaluar las acciones encaminadas a la ejecución de los compromisos contractuales.	Ingeniero industrial, ingeniero civil, administrador de empresas con mas de 5 años de experiencia en proyectos similares	1
Jefe de operaciones	Coordinar y programar las actividades. Ejecutar las actividades de seguimiento y verificación de indicadores. Actividades de interventoría interna.	Profesional o técnico con mas de 4 años de experiencia en proyectos similares.	1
Coordinador Administrativo	Apoyar a la dirección en el manejo de recursos financieros y ejecutar todas las actividades que garanticen la seguridad social del personal.	Contador, administrador de empresas o ramas afines con más de 3 años de experiencia en proyectos similares.	1
Coordinador de lectura y distribución	Coordinar, organizar la logística y ejecutar las actividades de lectura y distribución.	Profesional o técnico profesional con más de 3 años de experiencia en proyectos similares.	1
Coordinador de control de pérdidas	Coordinar, organizar la logística y ejecutar las actividades de control de pérdidas.	Profesional o técnico profesional con más de 3 años de experiencia en proyectos similares.	1
Supervisor de campo	Supervisar la buena ejecución de las actividades en terreno, reportar cualquier anomalía con el personal.	Profesional o técnico profesional con más de 3 años de experiencia en proyectos similares.	3
Operarios de terreno	Ejecutar en terreno las actividades asignadas; lectura, distribución o inspecciones.	Técnico o bachiller con 2 años de experiencia. Conocimiento de Zona.	25

CERTIFICADOS DE EXPERIENCIA PROFESIONAL

Anexo II-D se presentan hojas de vida personal de dirección y coordinación así como las cartas de intención⁹⁶.

METODOLOGÍA Y PROCEDIMIENTOS

Todo el proceso parte de un calendario de facturación en donde se especifican los datos en tiempo de cada actividad.

PROCESOS DE LECTURA INTEGRAL

Subproceso	Responsable	Metodología	Controles
Generación de archivos de	Acuavalle	La empresa de Acuavalle se encarga internamente de correr el proceso que	Control interno Acuavalle.

⁹⁶ Folios 177 a 187 del cuaderno 4.



rutas y archivos auxiliares.		genera los archivos correspondientes a las rutas de lectura y a los archivos del proceso de crítica (...).	
Transmisión y validación de rutas por leer y archivos de auxiliares.	Acuavalle – Consorcio	La transmisión de los archivos se hará a través de internet o medio magnético. Previa coordinación del Departamento de lectura/crítica, del operador de sistemas que se encarga del proceso anteriormente descrito de Acuavalle y del administrador de la base de datos del consorcio se define la fecha y la hora del proceso.	Se devuelve e-mail, fax o comunicado de confirmación de recibo de la información y de la integridad de la misma.
Proceso de lectura integral.	Consorcio	Las rutas de lectura provenientes que fueron transmitidas en el paso inmediatamente anterior ya recibidas son almacenadas en el servidor del consorcio. Una vez cargadas las terminales portátiles: i) el coordinador de lectura, con el apoyo de los supervisores entregará las TPL a cada lector, de acuerdo con la programación establecida.; ii) el lector efectuará y verificará todo lo pertinente (...); iii) El coordinador de lecturas en cada Distrito, hará diariamente el descargue de las TPL:	Los permitidos a través del software (aplicación de lectura y crítica).
Transmisión y validación de rutas por leídas y/o consumo calculado.	Consorcio – Acuavalle	La transmisión se hará a través de internet o medio magnético. Previa coordinación del Departamento de Lectura/crítica, del operador de sistemas que se encarga del proceso anteriormente descrito de Acuavalle y del administrador de la base de datos del consorcio se define la fecha y hora del proceso.	Se devuelve e-mail, fax o comunicado de confirmación de recibo de la información y de la integridad de la misma.
Actualización de parámetros y solución de anomalías	Consorcio	Durante el proceso de lectura de medidores, los lectores deben capturar, reportar cualquier cambio en los parámetros y datos de la cuenta en la que se está realizando el trabajo. Al mismo tiempo debe entrar a reportar cualquier anomalía en terreno y así generar la orden de trabajo para la solución de la misma.	Los permitidos a través de software (aplicación de lectura y crítica) y los establecidos en el plan de aseguramiento de calidad.

PROCESOS DE DISTRIBUCIÓN DE FACTURAS

Subproceso	Responsable	Metodología	Controles
Envío de facturas impresas	Acuavalle	La empresa de Acuavalle entregará al consorcio las facturas a distribuir, debidamente enrutadas.	Control interno Acuavalle.
Alistamiento de facturas	Consorcio	El consorcio hará la división de los grupos de entrega según las rutas de lectura y distribución de Acuavalle. Cada grupo se dividirá según la capacidad y los itinerarios de distribución	Se devuelve e-mail, fax o comunicado de confirmación de recibo de la información y de la integridad de la misma.
Proceso de distribución	Consorcio	El coordinador de lectura, con el apoyo de los supervisores entregará las facturas de cada lector, de acuerdo con la programación establecida. El lector efectuará lo pertinente (...).	Los permitidos a través del software (aplicación de lectura y crítica).

PROCESOS DE CONTROL DE PÉRDIDAS COMERCIALES



Subproceso	Responsable	Metodología	Controles
Recepción de anomalías	Consortio	El consorcio recibe las anomalías de terreno de los diferentes procesos, sea por información del propio personal como de personal de Acuavalle que ejecute otras actividades.	Verificación coordinadores de procesos.
Programación de visitas	Consortio	El consorcio hará el enrutamiento y programación de las visitas de verificación de las anomalías.	Registro de visitas.
Visitas a terreno	Consortio	Personal del consorcio ejecutará las visitas en terreno, levantará las pruebas correspondientes (fotos, testimonios o videos). En caso de necesitar investigaciones adicionales tales como geofonía se reprogramará la visita.	Registro de visitas.
Reporte de hallazgos	Consortio	El consorcio reportará semanalmente a través de informes, las visitas ejecutadas y las evidencias levantadas. Se hará seguimiento de las mismas a través de la apertura de cada del cumplimiento por parte de Acuavalle de la solución de las anomalías.	Control de casos.

4.13.5. Acuavalle E.S.P. realizó la evaluación técnica de la propuesta presentada por el Consorcio Comercial Acuavalle, en la que no se hizo referencia específica al debido cumplimiento del diagrama de organización, del cronograma por actividades y del anexo 3, pero del que se infiere que estos requisitos fueron cumplidos, pues de lo contrario, no se hubiera podido realizar la evaluación técnica⁹⁷.

4.13.6. El representante legal de la UT Indecon Conhydra Gescomer formuló algunas observaciones respecto de la evaluación técnica realizada a la propuesta del Consorcio Comercial Acuavalle, entre ellas, que: **i)** en el diagrama de la organización no se presentaron todas las áreas y nombres de los cargos directivos y tampoco se realizó el cronograma por actividades, tal y como lo establecían los numerales 1.19.5 y 1.19.9.⁹⁸; y que **ii)** no cumplió cabalmente con lo especificado en la adenda 3 (programación de actividades), pues –aseguró– tales documentos “son un requisito de participación y evaluación de propuesta para el proponente y no para la celebración del contrato con contratista adjudicatario, con lo cual es claro que todos los oferentes lo debían cumplir, como parte de los requisitos del numeral 1.21.2”⁹⁹.

4.13.7. Acuavalle E.S.P. respondió los reproches precitados, al punto consideró: **i)** por la no presentación en debida forma del diagrama de la organización y del cronograma por actividades que “se trata de una apreciación subjetiva que de ninguna manera puede dar origen al rechazo de la propuesta”¹⁰⁰; **ii)** en relación con que el Consorcio Comercial Acuavalle no elaboró en debida forma el anexo 3, el cual se relaciona con el plan de trabajo para la ejecución del objeto de la invitación, precisó que “no comparte ni acoge este punto de vista, y por tanto se abstiene de rechazar la propuesta”¹⁰¹.

⁹⁷ Folios 139 a 140 del cuaderno 3.

⁹⁸ Folio 175 del cuaderno 3.

⁹⁹ Folios 172 a 173 del cuaderno 3.

¹⁰⁰ Folios 161 del cuaderno 3.

¹⁰¹ Folios 160 del cuaderno 3.



4.15. Como especificó en los anteriores documentos y, particularmente, en el documento anexo a la propuesta presentado por el Consorcio Comercial Acuavalle, este cumplió a cabalidad con los requisitos exigidos en el pliego, ya fueren en los acápite referidos a los “documentos técnicos” o en lo establecido en el cuerpo del anexo 3, tales como: *i)* la especificación de la estructura organizacional propuesta, con identificación de los cargos a suministrar y las hojas de vida del personal de dirección y coordinación; *ii)* el cronograma de trabajo general y por actividades (proceso de lectura integral, procesos de distribución de facturas, procesos de control de perdidas); *iii)* el sistema de información a implementar; y *iv)* la especificación de los recurso humanos, técnicos, suministro, equipos de computo, vehículos y telecomunicaciones.

En este estado de cosas, las afirmaciones de la actora, concernientes a la omisión de entrega íntegra del anexo 3 por el Consorcio seleccionado, así como del diagrama de la organización y del cronograma por actividades, al momento de presentar su propuesta económica, son meras apreciaciones subjetivas que carecen de sustento probatorio. En tales condiciones, el proceder de Acuavalle E.S.P al aceptar, en la evaluación realizada a la propuesta plurimencionada, que todos los requisitos técnicos habían sido cumplidos es acorde con sus actuaciones previas, por lo que este argumento, como todos los anteriores, tampoco tiene sustento probatorio.

4.16. Una vez despachados desfavorablemente cada uno de los reproches estudiados en precedencia, la Sala concluye que Acuavalle E.S.P, al momento de aceptar la propuesta económica presentada por el Consorcio Comercial Acuavalle y derivar de ese estudio la adjudicación del contrato objeto de invitación, actuó conforme a las normas imperativas, así como los requisitos previamente especificados por la misma, sin que exista asomos de mala fe o ejercicio abusivo del derecho.

¿Acuavalle E.S.P. debió calificar la oferta presentada por la Unión Temporal Indecon Conhydra Gescomer con la mayor puntuación y, en consecuencia, elegir aquella como adjudicataria del contrato objeto de invitación?

4.17. Sobre este cargo, vale destacar que el objetivo de su estudio, de conformidad con los fundamentos de la demanda, es que se declare que la propuesta presentada por la Unión Temporal conformada por los actores debía obtener la calificación mas alta, no obstante, como bien se expresó en el libro introductorio –hecho que además se encuentra debidamente acreditado¹⁰²– a

¹⁰² Folios 139 a 140 del cuaderno 3. Evaluación jurídica, técnica y financiera de las propuestas presentadas por los participantes de la invitación Pública SUB-ADFI-001-2007 expedida por Acuavalle E.S.P. Que tuvo como resultado:

Nombre de los proponentes	Aspecto financiero	Aspecto técnico	Total puntaje	Orden de elegibilidad
UT Indecon Conhydra Gescomer	465	375	840	4
UT Proensyc	430	310	740	5
Deltec S.A	490	360	850	3
Consorcio Comercial Acuavalle	469	500	969	1
UT Aguas del Valle	495	360	855	2
Consorcio Aquacontrol	495	135	630	6

Folios 165 a 166 del cuaderno 3. Oficio expedido por el Gerente de Acuavalle E.S.P., en el que se ratificó en la calificación y el orden de elegibilidad de la propuestas allegas a la invitación Pública SUB-ADFI-001-2007.



dicha oferta se le asignó el cuarto (4º) orden de elegibilidad. .Por tanto, para poder realizar un estudio integral, imparcial y juicioso de lo solicitado, este juzgador debe tener a su disposición las propuestas de los demás participantes en la invitación pública, con el propósito de contrastarlas, documentos que en este expediente brillan por su ausencia. Por consiguiente, forzoso es concluir que los accionantes, quienes tenían la carga de demostrar los hechos que servían como fundamento de sus pretensiones¹⁰³, no allegaron las pruebas necesarias para realizar el estudio pretendido y, en tales condiciones, la Sala se abstendrá de realizar el análisis de este cargo.

4.18. Con todo lo anterior, **esta Colegiatura revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negará las pretensiones de la demanda**, en atención a los argumentos expuestos a lo largo de este proveído.

V. Esta Colegiatura considera que no hay lugar a la imposición de **costas**, debido a que no se observó en el caso concreto actuación temeraria de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el quince (15) de julio de dos mil trece (2013), y en su lugar:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: NO IMPONER costas

TERCERO: En firme este fallo, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 30 de septiembre de 2019, expediente. 46239. "(...) según lo establecido en el artículo 177 del CPC es al actor a quien le corresponde demostrar el hecho que pretende notar a su favor. No basta, entonces, para sustentar un cargo, hacer uso de referencias, sino acompañar las afirmaciones con la certeza derivada de los hechos probados, pues son estos los que permiten resolver en uno u otro sentido el fondo del asunto".



Radicado número: 76001-23-31-000-2007-01179-01 (49509)
Demandantes: Indecon S.A., Conhydra S.A. E.S.P. y Gescomer S.A.

www.contrataciononlinea.co