



Radicación: 76001233100020060332003 (53962)
Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SALA PLENA

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación: 76001233100020060332003 (53962)
Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.
Demandado: Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali –EMSIRVA ESP–
Acción: Controversias contractuales

Tema: PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Se unifica la jurisprudencia sobre el régimen de los actos jurídicos contractuales.

Salvamento de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz

No estoy de acuerdo con las reglas ni con las decisiones adoptadas en la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera el 9 de mayo de 2024.

Creo que una sentencia de unificación debe precisar la interpretación de las disposiciones legales aplicables o llenar vacíos normativos cuando ello sea necesario para resolver el caso concreto; en tal caso debe enunciar una regla clara, precisa y fundada en el ordenamiento jurídico, con la cual puedan resolverse también los casos posteriores con características similares. Y considero que la sentencia no cumple tal propósito por los siguientes motivos:

- En la regla de unificación se establece que las decisiones unilaterales que adoptan las ESP durante el contrato no deben proferirse mediante acto administrativo. No se precisa a cuáles decisiones se refiere la regla, ni cuál es la consecuencia jurídica que corresponde aplicar cuando tales decisiones se expidan mediante acto administrativo, que fue lo que ocurrió en este caso. En vez de partir de las disposiciones legales de acuerdo con las cuales tales actos son nulos por ser expedidos sin competencia, lo que se hace en la regla es determinar que <<no son actos administrativos>> y conservan vigencia, como si fueran actos jurídicos particulares. No se establece qué ocurre con sus efectos (cobro coactivo de la cláusula penal, o efectividad de la garantía); y esta solución no es clara porque en la regla también se indica que <<el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación>>, de donde se deduce también que *puede* pedirse su anulación.
- Del enunciado de la regla se deduce que las ESP, al ejercer facultades unilaterales, no están sometidas a los principios de la función administrativa: este era un tema que no era objeto de unificación y al cual no era necesario referirse para resolver el caso



Radicación: 76001233100020060332003 (53962)

Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.

concreto. Y de sus consideraciones se infiere también que, en los contratos de derecho privado, no se le puede pedir al juez que liquide el contrato ni que se pronuncie sobre los perjuicios causados por la parte que tenía la obligación contractual de hacerlo: esta consideración tampoco fue incluida ni aprobada por la Sala como regla de unificación.

Al decidir el caso concreto, la Sala no aplica la regla de unificación en los siguientes aspectos:

- No resuelve la petición de anulación del acto de liquidación proferido por la ESP en el cual se impuso la cláusula penal y se hizo efectiva la garantía. De acuerdo con la regla, el demandante no tenía la *carga* de hacerlo, pero en este caso efectivamente lo hizo, luego tal petición debía resolverse. El demandante tenía derecho a que esta resolución, que se expidió extemporáneamente, se anulara para suprimir los efectos derivados de la misma, lo que implicaba ordenar las correspondientes restituciones y sobre esto no se tomó ninguna determinación.
- Si se iba a «adecuar e interpretar la demanda y reconducirla para fallarla de fondo», como se señaló en las reglas adoptadas, ello implicaba estudiar la liquidación como un acto de derecho privado, y lo primero que había que hacer era estudiar si las estipulaciones en las que se pactaron las facultades unilaterales que utilizó la ESP eran válidas; sin embargo, esto no se hizo en la sentencia. En ella tampoco se estudió si tales decisiones fueron adoptadas conforme al contrato o si se incurrió en incumplimiento porque se desconoció lo ocurrido en su desarrollo; y no se tomó ninguna decisión al respecto porque el demandante (que no conocía la nueva jurisprudencia) no hizo ninguna petición al respecto.
- Lo que se hizo en la sentencia fue estudiar las pretensiones de perjuicios del contratista y concluir que sus fundamentos no estaban demostrados. Pero frente a las decisiones adoptadas por la contratante y frente a los efectos del acto administrativo de liquidación, no se adoptó ninguna decisión en las resoluciones de la sentencia. Se hizo una unificación para proteger a los contratistas del ejercicio de poderes exorbitantes por las ESP que expedían irregularmente actos administrativos contractuales, y terminamos dejando al demandante en la misma situación porque no se tomó ninguna decisión sobre la resolución de liquidación unilateral expedida de ese modo.

Plan de exposición: En la primera parte me refiero a los requisitos generales para la adopción de los precedentes y las razones por las cuales considero que fueron desatendidos en esta providencia. En la segunda, a las reglas de unificación adoptadas. En la tercera, a su aplicación al caso concreto.

I.- La elaboración de las reglas jurisprudenciales

a. La unificación de la jurisprudencia mediante la adopción de reglas

1.- La doctrina reciente estima que la noción de *precedente* puede aplicarse, en general, a toda decisión judicial que sea relevante para tomar otra decisión y se refiere también a dos



tipos de *precedente*¹: (i) un precedente denominado *legislativo*, en el cual la Corte enuncia una regla general y abstracta con base en la cual se decide el caso concreto y deben decidirse los casos futuros que tengan supuestos fácticos similares mediante una aplicación deductiva; este modelo se acerca a la noción de jurisprudencia de los sistemas de derecho escrito; y (ii) un precedente de *aplicación del caso*, en el cual la Corte simplemente resuelve un caso en la forma como ha sido decidido los casos anteriores teniendo en cuenta similitudes y diferencias mediante la aplicación de un método principalmente *inductivo*, que se acerca más a la noción de precedente del derecho anglosajón²:

«Conforme con el estilo de las cortes, es frecuente que sus decisiones contengan reglas de derecho a partir de fórmulas «canónicas»; se desarrolla un modelo legislativo en decisiones que versan sobre el pasado. Este modelo se implementa cuando la jurisdicción suprema utiliza un lenguaje abstracto y la regla jurisprudencial se formula independientemente del contexto del caso y se eleva por encima de sus características contingentes. Según ese modelo la jurisdicción tiene la autoridad no solo de decidir el asunto concreto que está fallando sino de proclamar una regla general que vincula a las cortes de rango inferior e igual: la regla funciona como una ley».

«Al lado de este modelo existe otro de aplicación del caso, en el cual es determinante el carácter de los hechos. No se trata tanto de dirigir la reflexión sobre los precedentes en tanto que ellos contengan explícita o implícitamente una regla general y abstracta, sino de focalizarse específicamente sobre ellos en tanto que solucionan un caso de especie y esa solución estará reducida a los elementos de la causa. El precedente constituye una razón justificativa sobre la base de circunstancias fácticas del caso que son tomadas en consideración para la argumentación»³.

2.- Lo anterior no quiere decir que no deban advertirse diferencias entre las dos formas del precedente, que resultan muy importantes al momento de elaborarlo y de interpretarlo. Bustamante señala que, en el derecho italiano, donde la Corte publica las *máximas*, lo que prevalece es la regla: «La decisión judicial italiana no siempre menciona claramente los hechos de la causa, lo que puede ser producto de nuestra tendencia a expresar la *ratio decidendi* en términos abstractos». Por el contrario, el juez del *common law* expone de modo claro y preciso los hechos. «La diferencia hace referencia a la mayor atención que se da a los hechos del caso sub iudice o a las reglas universales que aparecen en la justificación de las decisiones tomadas como paradigma... el Juez (del *common law*), alcanza una conclusión a partir de los hechos *tal como él los ve*. Es en esos hechos que fundamenta su juicio y no en

¹ En general, se acepta que están regidos por principios e incluso técnicas similares, con lo cual hoy puede estar conformada una «teoría general del precedente» que comprende las dos formas; esto se resalta particularmente en los trabajos de Thomas da Rosa de Bustamante y Álvaro Núñez Baquero. Este último define el precedente como «aquellas decisiones de carácter jurisdiccional dotadas de relevancia para otros casos, provenientes de algún órgano, creado o reconocido por algún ordenamiento jurídico, que decide la calificación normativa de casos genéricos o individuales y que contiene una norma general (*ratio decidendi*)» (Precedentes, una aproximación analítica, Marcial Pons, 2022, p. 99).

² «El precedente propiamente tal es un procedimiento de producción normativa, mientras que la jurisprudencia lo es de aplicación del acervo legislado preexistente. La naturaleza primaria del precedente lo constituye en fuente de prescripciones en un sistema que carece de ellas, mientras que la jurisprudencia no es otra cosa que el resultado de la interpretación que la autoridad judicial hace de las normas establecidas por un legislador distinto de ella misma. Dicho de otra manera: la creación propiamente tal es objetivo directo e inmediato del precedente, mientras que la jurisprudencia es un efecto residual, un subproducto, del proceso gradual de generación-ampliación de normas cada vez menos generales, a partir de la más abstracta de todas hasta aquellas a la que conviene en propiedad el nombre de "*norma singular*" en qué consiste la sentencia, según la irremplazable concepción de Kelsen y Merkl». (Hernando Yepes Arcila, prólogo a la obra El precedente judicial en Colombia).

³ Leroy, Guillaume, La pratique du précédent en droit français, LGDJ, Paris, 2023, p. 74.



cualesquiera otros. Es por su elección de los hechos materiales que el juez crea derecho»⁴.

«Las culturas jurídicas angloamericana y continental difieren probablemente más en la forma de entender los precedentes que en la fuerza vinculante propiamente dicha que cada una de ellas atribuye a una decisión anterior... Mientras que el juez del *common law* compararía los hechos considerados materiales en el caso tomado como precedente y en el caso aún pendiente de resolución, el jurista continental buscaría en el precedente solamente un pronunciamiento en forma de regla con alto grado de autoridad. Aquello que la doctrina convencional del *common law* desvalorizaría, tratando como mero *dictum* es bien recibido precisamente porque tiene sustentación independiente de la concreta constelación de los hechos del caso ...En las compilaciones jurisprudenciales italianas la motivación de las decisiones judiciales viene, según Gorla “presentada n como solución de un caso concreto, sino casi como una motivación o explicación de una máxima abstracta»⁵.

b. La adopción de reglas en las sentencias de unificación del Consejo de Estado

3.- En la mayoría de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado se ha optado por adoptar «reglas de unificación» enunciadas como normas generales y eso es lo que se hace en este caso: se enuncian reglas de unificación como normas generales, con base en las cuales debe decidirse el caso concreto.

4.- La Sala ejerce una competencia regulada en la ley para *unificar* la jurisprudencia, en la cual está prevista la expedición de una providencia para avocar el conocimiento del proceso por la Sala Plena de la Sección Tercera y se indican los temas que serán objeto de unificación. Existe entonces una regla del precedente que le otorga al Consejo de Estado la competencia para adoptar una regla general que se anuncia formalmente como regla de unificación en el fallo y que, de acuerdo con el reglamento del Consejo de Estado, puede ser *votada* de manera independiente a la decisión (lo que no se hizo en este caso)⁶.

«Aquello que no parecen ser propiedades dependientes de cada ordenamiento acerca de lo que se entiende por *rationes decidendi* es que se trata de normas generales y abstractas dotadas de relevancia no únicamente para el caso concreto en el que son dictadas. En efecto nadie confundiría la *ratio decidendi* de un caso con la norma contenida en la parte dispositiva de la decisión jurisdiccional, la cual tiene carácter individual y concreto. Pese a todo conviene no perder la vista que las propiedades de generalidad y abstracción, cuando son predicados respecto de normas, pueden tener significados diferentes. Para la mayor parte de la literatura una norma será general y abstracta toda vez que tenga como destinatarios una clase de sujetos y regule un tipo de comportamiento descrito mediante propiedades universalizables (...)

En este mismo sentido frecuentemente se afirma que las normas provenientes del legislador deben ser generales y abstractas. Lo mismo se ha dicho respecto de las *ratione decidendi*: la *ratione decidendi* debe ser general y abstracta. En efecto una de las razones a favor del precedente, antes que el propio principio de igualdad, sería que el de universalidad que impele al órgano jurisdiccional que dicta la decisión considerada como precedente a emplear una norma de carácter general y abstracto»⁷.

⁴ Cfr. Thomas da Rosa de Bustamante, Teoría del precedente judicial, Legales ediciones, Lima 2016, p. 136 y s.s.

⁵ Cfr. Bustamante p. 121.

⁶ En otro voto disidente expliqué las razones por las cuales estimo que las reglas de unificación deben anunciarse y adoptarse en la parte motiva del fallo (función jurisprudencial) y no deben incluirse en la resolutive, donde se ejerce la función jurisdiccional y que considero que debe incluirse solo la decisión del caso concreto (salvamento de voto al auto del 12 de septiembre de 2023, en el proceso con radicado 11001-03-15-000-2023-00857-00, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo).

⁷ Cfr. Núñez Vaquero, op. cit. p. 220.



5.- En ese contexto, no estoy de acuerdo con quienes consideran que el Consejo de Estado no puede adoptar reglas generales en las que interprete las disposiciones legales o –de ser necesario– llene lagunas normativas cuando tal interpretación resulte necesaria para resolver el caso concreto; debe hacerlo adoptando reglas *generales* para aplicarse al caso que se resuelve y a los casos similares, lo que lo obliga indudablemente a hacer consideraciones sobre cuáles son sus efectos y sobre cómo debe delimitarse la regla. Esas consideraciones deben hacerse –como lo explica la doctrina– teniendo en cuenta el principio de universalidad que implica considerar cuál es el ámbito de aplicación de la regla y establecer si la solución es correcta para todos ellos.

6.- Las diferencias de la función jurisprudencial que ejerce el Consejo de Estado y la función legislativa que ejerce el Congreso de la República, son varias: (i) La regla de unificación que adopta el Consejo de Estado está sujeta al ordenamiento jurídico: lo interpreta o lo integra, razón por la cual se le tiene como una fuente de derecho derivada. (ii) La regla jurisprudencial tiene como limitación el caso concreto en el que se profiere: el Consejo de Estado solo tiene legitimación para expedirla en la medida en que sea necesaria para resolverlo. (iii) La fundamentación de la regla por el Consejo de Estado no es la conveniencia de la disposición: es su sujeción al ordenamiento jurídico y, en relación con los efectos de la regla (dado su carácter general y su carácter vinculante a los casos futuros similares), el análisis debe centrarse en determinar si estamos convencidos de que se debe aplicar la misma solución a los casos futuros a los cuales ella sería aplicable. Esto último es lo que determina la necesidad de establecer con toda claridad el supuesto de la norma y su consecuencia.

c. Las reglas de unificación adoptadas en esta sentencia

7.- En este caso, la Sala Plena de la Sección Tercera profirió una providencia en la que dispuso avocar competencia para dictar sentencia de segunda instancia y unificar la jurisprudencia en relación (i) con el régimen y naturaleza de los actos proferidos por las empresas de servicios públicos durante la ejecución de los contratos y (ii) sobre la pretensión de liquidación judicial de los contratos celebrados por tales empresas, que están regidos por el derecho privado.

8.- En las reglas de unificación, además de adoptarse normas expresas sobre la forma como deben expedirse los actos contractuales de las ESP, que era un tema pertinente para adoptar la decisión, se señala que el régimen legal al cual están sometidos dichos actos es el del derecho privado; y aunque de la interpretación de la sentencia se deduce que ellos no están sometidos a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, tal determinación no se incluye expresamente en la regla.

8.1.- Creo que, si estamos ejerciendo una competencia para adoptar una regla, ella debe ser precisa y debe ser enunciada de manera expresa, indicando cómo deben interpretarse las disposiciones legales pertinentes. Si de las normas que regulan la función de las ESP se infiere que a ellas no les son aplicables los principios aludidos en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, esto debió decirse expresamente para no dejar dudas acerca de si este era el contenido de la regla que se estaba votando. Las reglas no deben ser crípticas pues ello genera que cada cual les dé una interpretación distinta, o que haya discusión incluso respecto



de qué fue lo que finalmente se aprobó en la Sala.

8.2.- De otra parte, en la sentencia también se exponen consideraciones relativas a la regulación de la liquidación unilateral de los contratos de derecho privado, que era el otro aspecto objeto de unificación y que, además, era pertinente para decidir el caso concreto. Pero esas consideraciones generales no fueron incluidas dentro de las reglas de unificación que expresamente se aprobaron y acogieron en el fallo.

8.3.- Este procedimiento es muy problemático porque, aunque podría pensarse que lo que le da fuerza vinculante a un precedente es que haya sido aprobado expresamente como regla de unificación por la mayoría de la Sala, no puede desconocerse que las *consideraciones* incluidas en una sentencia de unificación que se aprueba por esa misma mayoría también son vinculantes. Frente a ellas habría que adoptar una metodología de análisis distinto y preguntarse si forman parte de la *ratio decidendi* porque eran pertinentes para la decisión del caso concreto y también determinar su alcance frente a las determinaciones que efectivamente se adoptaron.

9.- En síntesis, si la adopción de reglas de unificación está sujeta a un procedimiento en el que se anuncia la decisión de unificar y en la sentencia se anuncian expresamente las reglas que se adoptan, el procedimiento debería respetarse determinando con claridad cuáles son las reglas de unificación que fueron aprobadas y elaborado reglas precisas que no dejen tantas dudas sobre su alcance.

d. La sujeción de la regla a las disposiciones legales

10.- Este tipo de precedente o de reglas jurisprudenciales debe tener como propósito fundamental interpretar los textos legislativos o llenar los vacíos normativos, cuando ello resulte necesario para resolver el caso concreto. Y, al hacerlo, debe expresar con claridad tanto el fundamento de la regla como su alcance.

«El interés decisivo del precedente reside entonces en su carácter interpretativo del texto normativo y se presenta como solución general. Teniendo en cuenta la imprecisión del texto normativo o la distancia que se presenta entre el mismo con los hechos del caso, solo la existencia de los precedentes informa el verdadero estado del derecho positivo⁸.

«El sistema de normas generales que constituye el ordenamiento no está completo, tiene zonas de penumbra y se construye con un lenguaje de textura abierta, que conlleva a menudo una acción creadora del juez en su aplicación al caso concreto y que, incluso, se puede elevar a creación con carácter más general, convirtiéndose el juez en creador-aplicador del derecho. Así, la creación judicial de derecho es consecuencia de la actuación del legislador que, en muchas ocasiones, de forma voluntaria o involuntaria deja en manos de la jurisprudencia la concreción del régimen jurídico de aplicación a una materia... El derecho de origen judicial es fruto de la existencia de normas inacabadas o demasiado abiertas, e incluso contradictorias, y del reconocimiento expreso de la prohibición de *non liquet*... Así, respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, la formación de jurisprudencia cumpliría la función de reducir la zona de penumbra de dicho concepto, interpretando y facilitando la aplicación de la norma donde se contiene, en definitiva «complementando» el enunciado normativo que corresponda.

⁸ Leroy, Guillaume, op. cit., p. 108.



Radicación: 76001233100020060332003 (53962)

Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.

«A pesar de lo dicho en apartados anteriores, el poder judicial no cuenta con legitimidad de origen para la creación de normas en un sentido equiparable a aquella de la que goza el poder legislativo..., la actuación del poder judicial, en los casos en que debe ir más allá de lo dispuesto literalmente en las normas escritas y, en consecuencia, crear Derecho, debe someterse a un estricto control -legitimidad del ejercicio- tanto respecto del sentido de su decisión como del proceso a través del cual ha adoptado la misma. Así, sus resoluciones deben: adoptarse exclusivamente de acuerdo con criterios jurídicos y en el marco del ordenamiento jurídico vigente y ser racionales y razonables, resultando clave en el cumplimiento de esta última condición su motivación. Sobre su necesidad se ha pronunciado, en reiteradas ocasiones, el Tribunal Constitucional señalando que “son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico -una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico -una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios...

«En la regla de creación jurisprudencial es posible diferenciar uno o varios presupuestos de hecho y una o varias consecuencias jurídicas. Respecto de los primeros, hay que recordar su estrecha relación con los hechos -relevantes- que concurren en el supuesto que se está ventilando (...): en base a ellos, se enuncian los presupuestos de aplicación de una nueva regla o se complementan/matizan aquellos que conforman una ya existente, modificándola.

«Sin embargo, el establecimiento de la consecuencia jurídica está sujeto a una serie de límites. No cabe hablar de una posición concreta de la jurisprudencia en el sistema de fuentes, sino que, tal y como indica el Código Civil, se trata de una fuente complementaria, cuyo producto tendrá el mismo valor que la norma cuya aplicación facilita. No se aborda en este trabajo la cuestión de si la jurisprudencia es o no fuente formal del Derecho, sino que, partiendo de la concepción del Código Civil, se trata de determinar la función que está tiene o debe tener atribuida en el ordenamiento jurídico administrativo -su calificación o no como fuente formal del derecho es independiente del hecho de que pueda reconocérsele, por ejemplo, cierto valor normativo-, pero no al margen de la norma (ley, reglamento), sino como complemento de la misma y a partir del supuesto litigioso planteado>> ... Como ha señalado Santamaría Pastor: “La doctrina jurisprudencial se adhiere a las normas como una segunda piel, limitando o ampliando su sentido, en todo caso concretándolo y modificándolo, de tal forma que las normas no dicen lo que dice su texto, si no lo que los Tribunales dicen que dice”. De forma inevitable, consciente o no, la doctrina jurisprudencial termina creando derecho.

«En particular, de entredichos límites, es necesario destacar el que García de Enterría ha denominado interdicción del criterio interpretativo *contra cives*, según el cual es inconstitucional emplear los poderes interpretativos y aplicativos de las leyes -en el caso que nos ocupa, ostentados por la jurisprudencia- para crear impedimentos o limitaciones a los derechos fundamentales, en general, y, en particular, al derecho a la tutela judicial efectiva. Tal y como señala este autor, desde un punto de vista meramente formal, parece indudable la posibilidad de censurar constitucionalmente una determinada doctrina jurisprudencial ya que, según sostiene, las normas de creación jurisprudencial no pueden beneficiarse de inmunidad frente a la Constitución y, por tanto, ante el Tribunal Constitucional -intérprete supremo- de la que no disfrutaban las leyes aprobadas por Cámaras legislativas»⁹.

e. Las consideraciones necesarias para ejercer la función de expedir reglas generales de unificación

11.- Si el Consejo de Estado entiende que la competencia legal de dictar sentencias de unificación debe ejercerse mediante la enunciación de *reglas*, como efectivamente lo hace en

⁹ Santiago Iglesias, Diana, La jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídico administrativo, Marcial Pons, 2021, p. 144.



este caso, creo que es necesario que también tenga en cuenta que el ejercicio de esta función (similar a la legislativa) implica aplicar metodologías de trabajo, de argumentación y de exposición particulares y distintas. Tanto para elaborar la regla como para justificarla. Esta <<es una actividad de creación de sentidos y, por lo tanto, más un proceso constructivo de significado que un acto de puro conocimiento>>¹⁰.

Marina Gascón señala que la técnica del precedente requiere una carga de argumentación en la que los cambios deben advertirse expresamente en la motivación de manera «razonada y razonable, es decir no simplemente enunciada sino explicada mediante argumentos capaces de justificarla y por tanto susceptibles de un control de razonabilidad» y agrega que «ha de presentarse con vocación de futuro; no basta con que se considere mejor en el caso concreto, sino que ha de poder ser querida como ley general, lo que a su vez implica aportar en su favor razones jurídicas objetivas»:

«Cuando el precedente mira hacia el futuro, esto es, cuando se pregunta si el criterio particular puede y debe valer como regla general, entonces es difícil prescindir de un razonamiento sustantivo o sobre valores, pues se requiere mostrar las razones de por qué ese criterio resulta mejor que los demás para regular cierta clase de casos; y este razonamiento dista de ser una argumentación formal: más bien se asemeja a la que debe hacer el legislador cuando dicta una ley... Una sentencia que tenga en cuenta la regla del precedente no es, por tanto, aquella, que «repite» otra anterior, sino aquella que pretende justificarse en un criterio general, en una regla que considera deseable para regular un futuro caso semejante disipando toda sospecha de parcialidad o de arbitrariedad.

«La exigencia de universalización puede considerarse propiamente como un reforzamiento o refinamiento de las condiciones de la motivación; ya no vale cualquier razón para fundar una decisión particular, sino solo aquella razón que está en la base de un criterio que podamos querer como ley general... Hay que interpretar y aplicar el derecho conforme a criterios que, por considerarse correctos, se estuviera dispuesto a utilizar en la resolución de todos los casos iguales que puedan presentarse en el futuro» (...)¹¹

Bustamante explica de la siguiente manera la vinculación del principio de universalidad a los precedentes:

«En cualquier sistema jurídico un precedente judicial solamente podría constituir un patrón para resolver casos futuros en el supuesto que fuese posible extraer de él una regla universal a la cual los casos futuros puedan y deban ser subsumidos siempre que se repitan las condiciones presentes en la *hipótesis de incidencia* de dicha regla jurídica. Como explica Cruz y Tucci, el elemento crucial que efectivamente justifica la recepción analógica de la decisión anterior para la solución de la hipótesis posterior es el principio de universalidad entendido como una exigencia natural de que casos sustancialmente iguales sean tratados de modo semejante... “El hombre es capaz de situarse en una posición de imparcialidad y no simplemente de conflicto de intereses legítimos. La norma representa la incorporación escrita de esta imparcialidad; representa la creación de un punto de vista superior a aquel de las partes en la causa” (Ricoeur)¹².

12.- La función *jurisprudencial* dirigida a adoptar una regla de unificación reviste entonces exigencias distintas de las propias de la función *jurisdiccional*, la cual está dirigida

¹⁰ Bustamante, op. cit., p. 33.

¹¹Cfr- Gascón Abellán, Marina, La técnica del precedente y la argumentación racional, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.

¹² Bustamante, op. cit., p. 142.



simplemente a resolver un caso concreto mediante la aplicación de una norma. Las *reglas de unificación jurisprudencial* pretenden regular una *categoría de casos*, razón por la cual es necesario determinar con precisión cuáles son los casos o supuestos fácticos a los que se aplica y establecer claramente la consecuencia jurídica que corresponde¹³. Solo de este modo la regla de unificación aportará la claridad o precisión necesarias para resolver los casos similares, superando las dificultades del lenguaje ambiguo o incompleto del legislador.

13.- Al respecto, la doctrina señala que la aplicación del derecho en estos casos también se hace mediante un silogismo en el que en la premisa mayor se incluye la regla jurisprudencial, lo que implica que esta debe cumplir las mismas características del texto legislativo que interpreta o integra.

«Neil McCormick observa que la forma silogística de la argumentación es central en la aplicación del derecho. Afirma que el hecho de que el silogismo judicial constituya la estructura recurrente de la argumentación jurídica está ligado a la adhesión del cuerpo judicial a un principio de justicia formal, que consiste a obligarse a tratar los asuntos similares de manera similar. El principio de justicia formal constituye, según él, una exigencia mínima para rendir justicia conforme con el derecho. El respeto de este principio exige entonces que “la justificación de las decisiones adoptadas en los casos de especie particulares se funde siempre en proposiciones universales que el juez está dispuesto a aplicar en todos los otros casos de especie similares.

«El precedente desplaza la premisa mayor del fundamento textual. Es habitual que el precedente en el modelo de jurisprudencia legislativa contenga explícitamente una solución general. La *ratio*, es explícita. La jurisdicción ha aportado una respuesta general en el precedente. No hay ninguna dificultad a admitir el desplazamiento de la premisa: el silogismo jurisprudencial funciona entonces sobre el mismo modelo silogístico que funcionaría teniendo como premisa normativa una disposición legal...

«En todo caso en un sistema jurídico donde las jurisdicciones supremas tienen la misión de unificar la jurisprudencia puede afirmarse que el recurso a la argumentación del precedente jurisprudencial como premisa mayor de silogismo es ciertamente el mejor, sobre todo para garantizar el respeto de la regla formal de justicia que implica el tratamiento idéntico de los casos similares, lo que explica la recurrencia de su uso»¹⁴.

14.- La consecuencia jurídica que se establezca debe ser completa en el sentido de indicar con claridad la solución que se adopta y su fundamento normativo; si la regla jurisprudencial se adopta con el propósito de superar vacíos o ambigüedades de la ley, ella debe ser especialmente clara y completa de forma tal que logre, en la mayor medida posible, excluir interpretaciones diversas sobre su enunciado.

«Teniendo en cuenta la potencia imprecisión semántica de un texto, las significaciones que él oculta deben ser decantadas por el filtro de la interpretación. Los precedentes juegan un papel decisivo para desentrañar la interpretación del texto cuestionado por la aparición del caso. La

¹³ <<El juez debe resolver el caso concreto, pero en primer lugar debe enunciar una regla a la cual este sea reconducible, una solución susceptible de ser aplicada a un número indefinido de situaciones que presenten los mismos elementos, aun cuando no reproduzcan plenamente el caso para el cual el juez está fungiendo de legislador>>. (Pietro Rescigno, la actividad <<creadora>> del juez, en La génesis de la sentencia, Ed. Zela, Perú 2023, p. 65). La aceptación de la función legislativa implica entonces hacer una seria reflexión sobre los efectos de la regla de unificación en la medida en que ella será aplicada teniendo en cuenta su *texto* al igual que ocurre con una disposición legislativa: será necesario saber en qué casos se aplica y cómo funciona, frente a todos ellos, dicha consecuencia.

¹⁴ Leroy, Guillaume, op cit, p. 112.



superioridad que puede tener la regla resultante de la jurisprudencia proviene justamente de la lentitud de su formación y de la duración de su mantenimiento. Por ese motivo Ripert alude a la figura de un juez prudente cuyas construcciones jurisprudenciales aparecen parsimoniosas y razonadas... Por lo tanto, si la decisión de la alta jurisdicción permanece equívoca y no dirime la cuestión de derecho de manera explícita, la incertidumbre continuará reinando... La resolución de problemas de cualificación participa a la construcción del edificio jurisprudencial en el sentido de que la solución adoptada permita afinar el inventario de casos a los cuales la regla es susceptible de aplicar... Toda cualificación jurídica reposa sobre la precepción y la clasificación de similitudes pertinentes entre los hechos; se sigue de lo anterior que la analogía es una categoría de base del conocimiento jurídico: ella enriquece la norma de elementos empíricos»¹⁵.

«La claridad solamente se logra mediante una serie de informaciones. La falta de información causa inseguridad: sin la especificación apropiada en la norma de conducta que ha de adoptar el destinatario está incapacitado para obedecerla, pues no está fijado el comportamiento a seguir. El destinatario sabe que debe hacer algo, pero ese algo no está definido... Si el derecho sirve para guiar a las personas, estas deben tener condiciones de conocer su significado. Por ello su sentido debe ser claro puesto que un derecho ambiguo, vago, oscuro o impreciso acaba engañando o confundiendo, al menos, a quienes desean cumplir. Por ello se afirma que la inteligibilidad de las normas requiere claridad y precisión, de forma que esta es condición de la existencia de aquella»¹⁶.

f. La vinculación al caso concreto

15.- Aunque se opte por elaborar *reglas* o por lo que se ha denominado un *precedente legislativo*, no puede desconocerse que esas reglas deben ser necesarias para resolver el caso concreto, pues esto es lo que legitima que un juez las adopte; y tampoco puede ignorarse (sobre todo cuando la regla no es suficientemente clara) que la decisión del caso concreto sirve para fijar su alcance. Por este motivo debe existir una estricta coherencia entre la regla y la resolución del caso. No se trata aquí de utilizar las técnicas de la distinción para no aplicar el precedente cuando los hechos no sean idénticos, tal como ocurre en el derecho anglosajón en el que se toman las decisiones caso por caso. En el sistema en el que estamos formados, se trata de interpretar su alcance para verificar la forma como debe ser aplicada a los casos posteriores. Por ello resulta muy relevante prestar atención a la manera como resuelva el caso concreto; una disposición legal totalmente abstracta no cuenta con este <<criterio de interpretación>> que va a ser usado por quien aplique o intente aplicar posteriormente un precedente legislativo.

16.- La determinación del grado de generalidad del precedente que se enuncia depende, fundamentalmente, de aplicar el principio de universalidad al cual hemos hecho referencia; de establecer cuáles son los casos similares que deben resolverse de la misma manera; de eliminar las discriminaciones injustificadas, punto en el cual las reglas de racionalidad indican que la regla tiene más sustento cuando ella se justifica para regir más casos. Esto, sin embargo, excluye la posibilidad de adoptar reglas sobre puntos de derecho que son ajenos al caso y no resultan necesarios para resolverlo.

¹⁵ Leroy, Guillaume, op. cit., p. 81

¹⁶ Ávila Humberto, Teoría de la seguridad jurídica. Marcial Pons, 2012, p. 276.



II.- Las reglas jurisprudenciales adoptadas en la sentencia de unificación y su aplicación al caso concreto

a. La regla del 3 de septiembre de 2020, sobre los actos precontractuales de las ESP

17.- En relación con las declaraciones de voluntad de las ESP proferidas en la etapa precontractual, la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió una primera sentencia de unificación¹⁷ para llenar el vacío legal derivado de que, aunque la ley dispone que estos actos deben someterse a los principios de la función administrativa y que deben juzgarse por la jurisdicción contencioso administrativa, no establece si las ESP puede adoptar estas decisiones mediante acto administrativo.

17.1.- En esa oportunidad, la Sala decidió modificar la línea jurisprudencial vigente de acuerdo con la cual las ESP podían proferir actos administrativos para revocar la licitación, adjudicar el contrato, declarar desierta la licitación y hacer efectiva la póliza de seriedad. Acordó que estas declaraciones debían considerarse como actos jurídicos privados, que por ende no podía solicitarse su anulación y que la acción para resolver estas controversias era la de reparación directa.

17.2.- Las reglas de unificación adoptadas en esta primera sentencia fueron las siguientes:

«Cuando 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 de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 82 del CCA, hoy 104 del CPACA) para resolver el vacío normativo; si, con base en ello, no se desprende el conocimiento de esta jurisdicción, corresponderá a la jurisdicción ordinaria.

Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios **no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa.**

Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, **deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa.**

Como garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, el juzgador de conocimiento de este tipo de controversias, en relación con las demandas presentadas antes de la notificación de esta providencia, resolverá la controversia de fondo, aunque no se haya empleado la acción (medio de control) que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos».

17.3.- Expresé mi desacuerdo en un salvamento de voto frente a esta decisión, porque consideré que era más coherente con la normativa vigente continuar con la línea jurisprudencial aplicada hasta ese momento, en la cual se estimaba que, si estas entidades

¹⁷ Sentencia del 3 de septiembre de 2020, expediente 42003, M.P. Alberto Montaña Plata.



estaban sujetas a los principios de la función administrativa y sus actos debían juzgarse por la jurisdicción contencioso-administrativa, debía considerarse que sus declaraciones de voluntad en la etapa precontractual debían adoptarse mediante acto administrativo.

Disentí de la posición mayoritaria porque, en mi concepto, aunque es evidente que expedir actos administrativos ejecutables y con presunción de legalidad comporta el ejercicio de una potestad pública que no se acompasa con el derecho privado al que están sometidas estas entidades en su actividad contractual, consideré que expedir estas declaraciones mediante acto administrativo: (i) permitía juzgar la actividad precontractual conforme con la normativa propia de las entidades sometidas al Estatuto de Contratación Pública, lo que era mucho más claro que juzgarla conforme con «los principios de la función administrativa»; (ii) permitía que estas entidades supieran claramente bajo cuáles reglas deben obrar en esta etapa, y (iii) permitía que los proponentes vencidos, mediante la acción de nulidad y restablecimiento pudieran exigir el cumplimiento reglas claras relativas al procedimiento, la competencia y la forma como deben adjudicarse los contratos; y les permitía solicitar la suspensión provisional de tales actos.

b. La regla del 9 de mayo de 2024 (objeto de este salvamento) en relación con los actos contractuales

18.- En esta segunda sentencia, la Sala adopta la siguiente regla de unificación relativa a los actos que las ESP profieran en desarrollo del contrato:

«Salvo las excepciones legales, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial. Por tal razón, para controvertirlos a través del medio de control de controversias contractuales, el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación.

En los asuntos pendientes de solución bajo los que se hubiere solicitado la nulidad de tales actos por considerarlos actos administrativos, no podrá declararse la inepta demanda ni los jueces pueden inhibirse de emitir una decisión de fondo. En garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y la aplicación del principio *iura novit curia*, se debe adecuar e interpretar la demanda y reconducirla para fallarla de fondo, conforme a la presente unificación».

19.- A continuación, sigo el orden de las reglas adoptadas en la sentencia para explicar mis desacuerdos con sus enunciados.

(i) La regla según la cual los actos jurídicos de las ESP en la actividad contractual «no son actos administrativos»

19.1.- En esta segunda regla de unificación, al igual que en la primera, la Sala optó por establecer que los actos que expiden las ESP en su actividad *no son actos administrativos*. No estoy de acuerdo con esta regla porque creo que lo que debía determinarse, siguiendo el ordenamiento legal vigente, es si las ESP tienen *competencia* para expedir estas decisiones mediante *acto administrativo*.



19.2.- La discusión jurídica sobre la cual existían posiciones divergentes era la relativa a si las ESP pueden proferir actos administrativos contractuales y esa discusión surgía del hecho de que los actos que profieran dichas entidades están sujetos a los principios de la función administrativa y adicionalmente son del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. Al concluir que las ESP no tienen competencia para adoptar decisiones unilaterales en el desarrollo de un contrato mediante acto administrativo, simplemente debía establecerse, conforme con lo dispuesto en la ley, que tales actos estaban viciados de nulidad, y que su anulación podía pretenderse mediante la acción de controversias contractuales, en la cual puede pedirse, como medida cautelar, la suspensión provisional de sus efectos.

19.3.- En vez de formular una regla (las ESP no tienen competencia para expedir actos administrativos contractuales) se hizo una *calificación o descripción* (estas declaraciones no son actos administrativos) y se adoptó una consecuencia contraria a la que prevé el ordenamiento jurídico: en vez de establecer que son nulos, se determinó que debían conservar su vigencia para estudiarlos como actos jurídicos particulares.

Shauer explica que las normas pueden ser *descriptivas* o *prescriptivas* y que son estas últimas las que establecen obligaciones o *prohibiciones* y consagran las sanciones por su incumplimiento:

«Las reglas *descriptivas* se emplean para establecer regularidades o generalizaciones empíricas, mientras que las *prescriptivas* son empleadas para orientar, controlar o cambiar la conducta de agentes con capacidad para tomar decisiones... ejercen presión sobre los agentes para que se comporten de un cierto modo, básicamente en dos sentidos: en el sentido de la prohibición o en el sentido de una obligación. Lo obligatorio, permitido, o prohibido debe mirarse conformando un continuo de fuerza normativa determinado por las sanciones previstas para los casos de incumplimiento»¹⁸.

Rafael Hernández Marín agrega que las reglas jurídicas deben ser directivas de conducta con la correspondiente sanción y pertenecen al mundo del deber ser; no pueden ser afirmaciones asertivas que indiquen lo que es. Y recuerda la distinción entre normas primarias (dirigidas a las personas) y secundarias (dirigidas a los jueces), en los siguientes términos:

«Los enunciados que son verdaderos o falsos reciben diversas denominaciones: asertivos, descriptivos, indicativos, declarativos etc. (...) Otros enunciados presentan la característica consistente en que son eficaces o ineficaces, cumplidos o violados, obedecidos o desobedecidos. También estos enunciados reciben denominaciones diversas: prescriptivos, directivos, imperativos, normativos. Lo único importante que hay que tener en cuenta es que todos estos enunciados directivos presentan las características propias del discurso directivo: serán eficaces o ineficaces, seguidos o desatendidos; pero nunca serán verdaderos ni falsos (...)

El rasgo distintivo de los enunciados asertivos consiste en que la función primaria de estos enunciados es la de *afirmar*. Y en la medida en que los enunciados serán verdaderos (y creídos, se debe añadir) dichos enunciados realizarán además la función de informar, transmitir información o transmitir un conocimiento. En cambio, la función primaria de los enunciados *directivos* es la de *dirigir la conducta*...

¹⁸ Cfr. F. Shauer, Las reglas en juego, Marcial Pons, 2004, p.17.



<<La distinción entre normas jurídicas primarias y secundarias es prácticamente exclusiva de los enunciados jurídicos: es la distinción entre, por ejemplo, el enunciado “prohibido matar” y el enunciado “el que matare a otro será sancionado”; el segundo es un enunciado dirigido, implícitamente a los jueces»¹⁹.

19.4.- Afirmar que los actos contractuales de las ESP *no son actos administrativos* no cumple, entonces, los requisitos de una regla y, adicionalmente, se trata de una determinación que descarta la normatividad vigente sin ninguna justificación. ¿Por qué un acto que se expide sin competencia no puede ser anulado, si eso es lo que disponen las normas legales? ¿Cuál es la justificación para optar por este camino?

19.5.- Para que la solución adoptada en la sentencia objeto de este salvamento fuera legítima, era necesario establecer la razón por la cual se estimaba inaplicable la solución prevista expresamente en el ordenamiento jurídico (los actos administrativos dictados por quien no tiene competencia son nulos). Solo estableciendo la existencia de un vacío normativo o mostrando que la solución prevista en la ley era inaplicable, resultaba legítimo adoptar una regla distinta: <<estos actos no son nulos, conservan vigencia y deben tratarse como actos privados>>.

Diana Santiago Iglesias plantea que el procedimiento que legitima la creación de una regla jurisprudencial, luego de establecer los supuestos fácticos para saber si se requieren nuevos enunciados normativos, es el siguiente:

«Una vez llevada a cabo la operación anterior, identificará la normatividad de aplicación al caso en concreto y tratará de subsumirlo en la misma, lo que puede derivar en dos resultados: a) la subsunción de los hechos en una norma clara que no plantea problemas interpretativos, en cuyo caso no habrá creación judicial de Derecho, ..., o b) la imposibilidad de llevar a cabo una operación automática de subsunción, siendo posible, a su vez, distinguir dos tipos de supuestos.

«En primer lugar, aquellos en los que se identifica la necesidad de interpretar la norma. Como ha señalado Peces Morate, a través de la interpretación se produce un enunciado y, en consecuencia, una norma fruto de la reformulación de los textos normativos que corresponda. Estos supuestos se resuelven ofreciendo una posible lectura de la misma, resultado de la elección de una de entre varias posibles (innovación normativa en grado mínimo)...

«En segundo lugar, aquellos supuestos en que se descubre una laguna o antinomia o bien una imprecisión o vaguedad excesiva en un enunciado normativo que dificulta o imposibilita su aplicación. Esta situación determinará la producción de un nuevo enunciado normativo no vinculado a uno anterior...

«En los supuestos de innovación normativa en grado mínimo, la jurisprudencia cumplirá la función de facilitar la aplicación del ordenamiento jurídico, mientras que, en los de innovación normativa en grado máximo, se convertiría en un centro de producción normativa en sentido estricto, cuya función sería complementarlo»²⁰.

19.6.- El ordenamiento jurídico establece una consecuencia clara para los casos en los cuales se expida un acto administrativo sin competencia. Así las cosas, no había necesidad de interpretar ni de crear nada. La regla creada se aparta del ordenamiento y no es, para usar los términos de Marina Gascón, una regla «razonada y razonable».

¹⁹ Cfr. Hernández Marín, Rafael, Introducción a la teoría de la norma jurídica. Marcial Pons, 2002, p. 181 y s.s.

²⁰ Santiago, op. cit., p. 150.



19.7.- En las consideraciones de la sentencia se lee sobre este particular:

« 57.- Esta plataforma autoriza volver sobre las bases que explican la noción y elementos del acto administrativo, pues permite clarificar el mecanismo procesal que se corresponde con la naturaleza del acto objeto de examen, indicando, desde ahora, que **si no se trata de un acto administrativo, aunque sí de un acto jurídico contractual, el medio de control de nulidad y restablecimiento no está disponible para efectuar su examen, aun como pretensión promovida en sede de controversias contractuales, pues su objeto se dirige a enjuiciar la presunción de legalidad que sólo acompaña a tales actos, los administrativos, atributo del que carecen los actos contractuales emitidos en desarrollo de negocios jurídicos sujetos al derecho común (...)**

62.- De modo que como los servicios públicos domiciliarios versan sobre la prestación de una actividad en condiciones de libre mercado, no es viable la aplicación de tratos diferenciados o prerrogativas a favor de los agentes públicos; por ende, se establece el actuar de todos los prestadores en condiciones equiparables en un panorama en el que *“está fuera de discusión que el esquema general y usual de prestación de los servicios públicos sea el de la competencia en el mercado”*⁴⁵, pues allí no cabe el uso de potestades administrativas en lo usual de sus escenarios

«63.- Este aserto conduce a la Sala a reafirmar, en concordancia con la armonía y reconocimiento del régimen al cual están sometidos los contratos de las ESP, en **la ausencia de uno de los requisitos esenciales para tener por configurado un acto administrativo en sus actos jurídicos contractuales, esto es, el ejercicio de una prerrogativa de poder (sic)**; aseveración que desarrolla lo expresado en sentencia de unificación de esta Sala que afirmó que éstos constituyen actos jurídicos más no administrativos, y pone de presente que las manifestaciones que las ESP profieren bajo la órbita contractual -siempre que no se configuren las excepciones que dan lugar a ello- deben examinarse bajo las normas que los rigen y los institutos que su naturaleza les impone.

«64. Por consiguiente, **resulta opuesto a su naturaleza asignarles el carácter administrativo ante sus profundas distancias**, pues ello significa negar su propia condición, lo que desdice abruptamente del régimen al cual están sometidos; de modo que así se presenten o sean nombrados sus actos como administrativos, **es definitivo que no corresponden a tal categoría, ni la adquieren por la fuerza de su sola denominación»**.

«65.- Lo dicho conduce a que no sea procedente, por regla general, el examen judicial de los actos contractuales de las ESP como se hace frente a los actos administrativos. **Entonces, si se advierte que el acto sometido a verificación no fue proferido en ejercicio de prerrogativas administrativas, esto es, no es un acto administrativo, resulta un contrasentido analizarlo como tal, dejando de lado el verdadero examen que demanda la solución definitiva del conflicto»**.

19.8.- Las consideraciones anteriores:

a.- Desconocen, sin ninguna justificación, las reglas legales que disponen que un acto administrativo proferido sin competencia está afectado de nulidad y que el demandante puede pedir su anulación, en la cual también puede pretender, como medida cautelar, la suspensión provisional de sus efectos.

b.- En vez de afirmar la incompetencia y determinar que ello genera su anulación, lo que hace la sentencia es permitir que se conserve la vigencia de estos actos para que sean estudiados como actos particulares. Y con ello se desconoce el derecho que tiene la parte afectada de



Radicación: 76001233100020060332003 (53962)

Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.

que tal decisión (tanto en su contenido como en sus efectos) desaparezca del mundo jurídico. Si se aplica la normativa vigente, al demandante le basta pedir la anulación del acto para que este no puede hacerse efectivo directamente y para que no produzca efectos de ninguna naturaleza (ni como acto administrativo ni como acto privado).

19.9.- Las consideraciones anteriores, según las cuales no se puede pedir la anulación de los actos que, como acto administrativo expidan las ESP en su actividad contractual, son contradictorias con la regla de unificación adoptada porque en ella, en relación con los actos contractuales de las ESP se indica que <<para controvertirlos a través del medio de control de controversias contractuales, el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación>>. Si no tiene la *carga* quiere decir que *puede* solicitar su anulación; y si *puede* hacerlo esto quiere decir que tales actos sí pueden considerarse como anulables por haber sido expedidos sin competencia.

19.10.- Ahora bien, si en la regla se señala que el demandante no tiene la *carga* de pedir la anulación, esto también quiere decir que, si no la pide, el juez debe estudiar las pretensiones de perjuicios que formule el contratista por el incumplimiento del contrato y el saldo que a su modo de ver le adeude la entidad. Debe hacerlo, así en la resolución expedida por la entidad se haya establecido que el contratista incumplió.

19.11.- Al resolver el caso concreto:

a.- No se aplicó la primera regla porque el demandante sí pidió la anulación de la resolución de liquidación y esa petición no fue resuelta en la sentencia.

b.- Se aplicó la segunda parte de la regla porque la Sala estudió los incumplimientos imputados en la demanda para reclamar perjuicios y resolvió que las afirmaciones del contratista no están probadas.

c.- No se adoptó ninguna determinación sobre la decisión adoptada por la ESP en la resolución de liquidación ni en relación con sus efectos. Si en la regla se afirma que estos actos *son* actos jurídicos de derecho privado y deben examinarse como tales, sin hacer ninguna declaración sobre su validez, lo que ha debido hacerse era: (i) determinar si la ESP, de acuerdo con lo previsto en el contrato y aplicando las reglas del derecho privado, podía expedir un acto jurídico en el que le impusiera al contratista la cláusula penal pactada y le exigiera a la compañía de seguros el pago del siniestro de incumplimiento; (ii) establecer que las declaraciones hechas en la resolución de liquidación, expedida como un acto administrativo, no tenían efectos propios de dichos actos: que la entidad no podía cobrar coactivamente el valor de la cláusula penal y que no podía exigir su pago a la compañía de seguros.

Sin embargo, no se hizo nada de lo anterior al resolver el caso concreto: simplemente se definió que el contratista no tenía razón, pero no se dijo nada de las decisiones tomadas por la entidad.



(ii) La regla de transición

20.- La regla de transición o de modulación de efectos de una sentencia de unificación en la cual se modifican las reglas anteriores, tiene como propósito garantizar la confianza legítima de todos los que se atuvieron a la regla anterior. En consecuencia, en este caso esa regla debía referirse (i) a la situación de las ESP que hayan adoptado decisiones unilaterales en el contrato mediante acto administrativo considerando que podían hacerlo y prevalerse de los efectos de tales actos y (ii) a la situación de los contratistas que pidieron en sus demandas la anulación de tales actos.

21.- Unos y otros, como ocurre en este caso, obraron conforme con la regla anterior: la ESP liquidó el contrato mediante un acto administrativo y se consideró amparada en sus efectos; y el contratista no solicitó su anulación porque dicha entidad no tuviera competencia para hacerlo (incompetencia orgánica); la solicitó porque la ESP profirió ese acto extemporáneamente, después de haber sido notificada del auto admisorio de la demanda.

22.- La regla adoptada simplemente se refiere a la situación de los contratistas que hayan solicitado la anulación del acto administrativo; como en la primera parte de la regla se indica que esos actos no son susceptibles de anulación, se dispone que la demanda debe adecuarse y fallarse de fondo, conforme con la unificación.

22.1.- Eso supone que hay que entender que el contratista, en lugar de pedir la nulidad de la decisión unilateral adoptada por la ESP, pidió que se declarara que esta incumplió el contrato porque adoptó la decisión desconociendo lo pactado en la estipulación contractual que la autorizaba a adoptar decisiones unilaterales dentro del contrato. Debe suponerse que el contratista afirmó que la ESP expidió el acto unilateral sin que estuvieran cumplidas las condiciones contractuales para que pudiera tomar esa determinación: hizo efectiva la cláusula penal y la póliza que garantizaba el cumplimiento, aunque el contratista no incumplió el contrato.

22.2.- Si se supone que esto fue lo que pidió el contratista (que la estipulación fue mal aplicada), el juez del contrato tendría que pronunciarse sobre dicha pretensión.

23.- Ahora bien, la regla de transición se entiende de este modo si se considera que los contratistas no *pueden* pedir la anulación de las decisiones que expidan las ESP como actos administrativos; no obstante –se itera– la regla también dice que no tienen la *carga* de hacerlo, de donde se deduce que sí pueden formular esta pretensión.

24.- Si lo que queríamos hacer era superar la situación del contratista que debía acreditar la *falsa motivación* del acto administrativo que declaró el incumplimiento del contrato e impuso la cláusula penal, y la sustituimos para exigirle que afirme y pruebe que la entidad incumplió el contrato porque no ejerció la facultad conforme con la estipulación, ¿de qué modo estamos cambiando la situación del contratista? ¿cuál es el objeto de tanta vuelta?



25.- En el caso concreto:

a.- El contratista pidió la nulidad del acto por extemporaneidad y no se hizo ningún pronunciamiento sobre esta pretensión porque se decidió que estos no son actos administrativos y por tanto no se puede pedir su anulación.

b.- No se estudió si la ESP expidió esos actos sujetándose a las estipulaciones contractuales, ni se hizo ningún pronunciamiento sobre las decisiones que adoptó la entidad (aplicar la cláusula penal y hacer efectiva la póliza). Tampoco se estudió si era válido pactar las cláusulas con base en las cuales la ESP decidió liquidar el contrato. Y no se estudió lo anterior, porque el contratista no lo pidió en su demanda.

c.- Lo único que se estudió fueron los incumplimientos que el contratista le imputó a la ESP para concluir que no se probaron, por lo que no podía accederse a las pretensiones de condena impetradas en la demanda.

25.1.- En las consideraciones de la sentencia de la que me aparto se indica lo siguiente:

«97. AG Consultores Ambientales Ltda. solicitó que se declarara que Emsirva ESP incumplió las obligaciones que asumió en el contrato 161 de 2005, **pero no elevó pretensiones cuestionando el ejercicio de la referida facultad para declarar la terminación anticipada del contrato soportada en la cláusula. Frente a la efectividad de la cláusula penal y la póliza de seguro, tampoco elevó un cargo distinto al de cuestionar que se habían hecho efectivas en un acto adoptado con posterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda.** Esta última circunstancia aparece doblemente acreditada para la Sala, pues (i) la demanda fue anterior a la Resolución GG-0117, y cuando el actor reformó la demanda para cuestionarla, (ii) se limitó a reprochar la competencia temporal para expedir tal acto y el que resolvió el recurso presentado contra aquella, alegando que ya se había notificado el auto admisorio de la demanda; así lo entendió el Tribunal en la sentencia, no lo cuestionó el demandante en su recurso, y lo corrobora la Sala en esta instancia

98. Planteado lo anterior, de cara a los límites trazados en las pretensiones de la demanda y el recurso interpuesto contra la decisión del Tribunal, se impone circunscribir el examen del sub lite a determinar el acierto de las bases de la liquidación del contrato, en clave del incumplimiento que el contratista atribuye a su contraparte -circunstancias que trastocaron la normal ejecución del contrato y le generaron perjuicios por mayor permanencia en obra-, a saber: a) la disponibilidad para el uso del área destinada para las obras a realizarse; b) el restablecimiento del suministro de energía; c) la concesión de los permisos ante la CVC para realizar el vaciado de los lixiviados; y, d) falta de definición de los parámetros bajo los cuales se haría la evaluación de los trabajos, lo cual incidió en que, según afirmó, pese a que ejecutó cerca del 94% del objeto, la empresa solo le pagó la suma correspondiente al 54% del mismo».

25.2.- En síntesis, en la sentencia no se hace ninguna declaración en relación con los efectos de la resolución de liquidación ni en relación con su contenido: el acto queda incólume, sin que se entienda en qué consiste la regla según la cual «se debe adecuar e interpretar la demanda y reconducirla para fallarla de fondo, conforme a la presente unificación».

(iii) El alcance de la regla de unificación: ¿a cuáles actos se aplica?

26.- Al determinar el supuesto de hecho al cual es aplicable la regla jurisprudencial, en ella se



indica que es aplicable «Salvo las excepciones legales, (a) los actos jur3dicos adoptados por los prestadores de servicios p3blicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual»

26.1.- Creo que la regla no es precisa en relaci3n con el supuesto de hecho al cual debe aplicarse. Entiendo que los actos jur3dicos a los que se refiere esta regla son las decisiones unilaterales que las ESP pueden adoptar con fundamento en las estipulaciones que pacten en sus contratos, en las mismas condiciones que cualquier particular.

Aunque la regla no precisa este punto, estimo que ella no es aplicable a las facultades excepcionales de las entidades contratantes que est3n contempladas en el Estatuto de Contrataci3n P3blica, y que constituyen un listado taxativo de estipulaciones cuyo alcance est3 definido de manera precisa en dicho estatuto²¹.

Esas estipulaciones son:

a.- Las previstas en el art3culo 14 de la Ley 80 de 1993: (i) caducidad; (ii) terminaci3n unilateral; (iii) interpretaci3n unilateral; (iv) modificaci3n unilateral; (v) sometimiento a las leyes nacionales y (vi) reversi3n.

b.- La terminaci3n unilateral del contrato cuando (i) se haya celebrado con personas incursoas en alguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constituci3n y la ley (ii) se haya celebrado contra expresa prohibici3n constitucional o legal; (iii) se declaren nulos los actos administrativos en que se fundament3 el contrato (art3culo 45 de la Ley 80 de 1993).

c.- La liquidaci3n unilateral (art3culo 60 de la Ley 80).

d.- Las multas (art3culo 17 de la Ley 1150 de 2007).

e.- La declaratoria de incumplimiento e imposici3n cl3usula penal (art3culo 17 de la Ley 1150 de 2007).

f.- La declaraci3n del siniestro y efectividad de la garant3a (art3culo 7 de la Ley 1150 de 2007); y

g.- La cesi3n unilateral del contrato (art3culo 8º de la Ley 2014 de 2019).

26.2.- En relaci3n con estas facultades excepcionales previstas para las entidades estatales, debe darse aplicaci3n a lo dispuesto en el art3culo 31 de la Ley 142 de 1994, que dispone:

<<Art3culo 31. Modificado por el art. 3 de la Ley 689 de 2001. *<El nuevo texto es el siguiente>*

²¹ En la sentencia del 27 de octubre de 2020 proferida por la Sala S3ptima Especial de Decisi3n, radicado 11001-03-15-000-2014-04397-00 (REV), se explica que las dem3s comunicaciones que emitan las entidades contratantes (como las respuestas a las reclamaciones, por ejemplo) no son actos administrativos y de ninguna manera puede exigirse al contratista que las demande para formular pretensiones contractuales contra la entidad contratante.



Radicación: 76001233100020060332003 (53962)

Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.

Régimen de la Contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

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.

Parágrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993>>.

26.3.- Reitero que, aunque la regla se refiere de manera general a «los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, salvo las excepciones legales», lo que debe entenderse es que se trata de los actos que se profieran en desarrollo de una facultad pactada en el contrato de la misma forma que pueden pactarla los particulares.

26.4.- Por esta razón estimo que, frente a las facultades unilaterales pactadas en los contratos sometidos al derecho privado, lo que debe precisarse es que, si bien es cierto que tales facultades se pactan en desarrollo de la autonomía de la voluntad, también están sometidas al análisis de su licitud y eficacia por parte del juez el contrato. Esto particularmente frente a la prohibición de desconocer normas de orden público.

26.5.- Me parece importante resaltar que, aunque puedan existir coincidencias en relación con estipulaciones previstas en la Ley 80 que también pueden estipularse por los particulares (liquidación unilateral y cláusula penal, por ejemplo), no debe perderse de vista que tales estipulaciones son elementos de la naturaleza de los contratos estatales, mientras en los contratos regulados por el derecho privado, por el contrario, ingresan a partir de su estipulación por las partes en ejercicio de la autonomía e la voluntad. Una cosa es una estipulación en un contrato en la que en ejercicio de la autonomía de la voluntad se estipula una facultad unilateral, y otra cosa es una potestad excepcional prevista por la ley a favor de la entidad contratante con el objeto de que ella misma, sin acudir al juez el contrato, resuelva asuntos que de ordinario deben resolverse por dicho juez.

26.6.- En el caso concreto, las cláusulas pactadas en el contrato eran del siguiente tenor:



Radicación: 76001233100020060332003 (53962)

Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.

«TRIGESIMA. - TERMINACIÓN ANORMAL: El incumplimiento, por una de las partes, de algunas de las obligaciones nacidas del presente contrato faculta a la otra a darlo por terminado sin que sea necesario requerimiento de ninguna índole. Parágrafo I: En este caso bastará con que la parte cumplida informe a la otra sobre la decisión de terminar el contrato, indicando las causas para ello. Parágrafo II: En el evento de que se dé por terminado el contrato, en los términos de este artículo, las partes procederán a la liquidación del contrato dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a aquel en que la parte incumplida reciba la comunicación de la otra en la cual se informa la terminación del contrato. Parágrafo III.- **Emsirva ESP por razones del servicio podrá dar por terminado anticipadamente el presente contrato previo aviso con un mes de anticipación al contratista. Parágrafo IV.- Las partes de común acuerdo manifiestan que si el Contratista no presenta los requisitos para la ejecución del contrato en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir de la fecha de suscripción, este se terminará, pudiendo EMPSIVA ESP adjudicar de forma directa y suscribir contrato con otra persona, según su propio estatuto contractual. Parágrafo V: El contrato se terminará cuando durante la ejecución del contrato o a la fecha de su liquidación se observe la persistencia del incumplimiento, por parte del contratista de la obligación en el pago de las obligaciones frente al sistema de seguridad social integral y recursos parafiscales (cajas de compensación familiar, Sena, ICBF) por un plazo de 2 meses.**

<<DECIMA OCTAVA. - CLAUSULA PENAL: De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1592 y 1600 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, las partes convienen pactar como sanción pecuniaria una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, en caso de incumplimiento a las obligaciones contractuales, que deberá pagar la parte que haya incumplido a favor de la que haya cumplido o se allane a cumplir. PARAGRAFO I: EMSIRVA E.S.P. podrá descontar el monto de la cláusula penal que se haya hecho efectiva de cuentas que se encuentren pendientes al contratista. PARAGRAFO II: La cláusula penal se hará efectiva sin perjuicio de que la parte cumplida adelante las acciones pertinentes para obtener indemnización de los perjuicios causados. PARAGRAFO III: **La aplicación de la pena pactada en esta cláusula no requiere de pronunciamiento judicial, por acuerdo expreso entre las partes»**

«VIGÉSIMA PRIMERA.- LIQUIDACIÓN.- Una vez terminado el contrato por cualquier motivo, se procederá a su liquidación, para lo cual se obrará de la siguiente forma: 1) El contrato deberá liquidarse dentro del término de un (1) mes contado a partir de su terminación, 2) El Interventor y el contratista realizarán una revisión del servicio prestado con el fin de verificar valores finalmente ejecutados, pagados y por pagar, 3) Dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación del contrato deberá quedar por escrito el resultado del balance de los servicios prestados, cantidades pagadas y por pagar y en general todo lo que resuma la situación de la prestación del servicio, 4) Si no es posible llegar a un acuerdo entre el Interventor y el CONTRATISTA, el asunto será remitido al Gerente General o a quien el haya delegado para el efecto, para que dentro de los diez (10) días calendario siguientes adelante con el CONTRATISTA el respectivo acuerdo. En el evento que entre el Gerente o su delegado y el Contratista no haya acuerdo o si éste no comparece, el Gerente o su delegado dejará constancia en el proyecto de acta de liquidación de las diferencias presentadas con el contratista o la inasistencia de éste. Si en esta última etapa no se llega a ningún acuerdo, EMSIRVA E.S.P. dentro de los diez (10) días siguientes informará al CONTRATISTA que está disponible el dinero del pago a su favor, si a ello hubiere lugar, de lo que se considere se debe al contratista. En caso de que el contratista no acepte el pago EMSIRVA E.S.P. a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes efectuará el depósito judicial en el BANCO AGRARIO. Se entiende que EL CONTRATISTA al firmar este contrato autoriza esta consignación. Lo pactado aquí, sin perjuicio de los derechos que tiene EL CONTRATISTA de iniciar las acciones judiciales pertinentes. **En el evento que al verificar este procedimiento de liquidación, resulte el contratista a deber a EMSIRVA E.S.P. se procederá inmediatamente al cobro judicial de lo debido o a hacer efectivas las pólizas si el contratista no realiza el pago inmediatamente a EMSIRVA E.S.P.** PARAGRAFO I.- Los términos que se establecen en esta cláusula para efectos de la liquidación final se contarán de forma continua, los días serán



calendario, advirtiendo que las partes de común acuerdo y por escrito pueden renunciar a dichos términos total o parcialmente. PARAGRAFO II: El hecho que se liquide el contrato no aminora la responsabilidad del CONTRATISTA ante posibles reclamaciones de terceros, ni impide a EMSIRVA E.S.P. perseguir y repetir contra el CONTRATISTA en tales casos, en el evento que él no salga al saneamiento de la respectiva situación»

26.7.- Creo que no bastaba indicar que el ámbito de aplicación de la regla, «salvo las excepciones legales» ... son «los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual»>> Era necesario precisar que se trataba de los actos fundados en las estipulaciones que se pacten en las mismas condiciones que los particulares, para excluir los actos que solo pueden pactar las entidades estatales conforme con el Estatuto de Contratación Pública.

26.8.- En el caso concreto ¿la ESP podía estipular una facultad de terminación del contrato por razones del servicio o por la persistencia del incumplimiento del contratista? ¿esas estipulaciones no requerían de un análisis previo de legalidad? Y, en general, ¿las ESP pueden proferir los actos administrativos que de acuerdo con el Estatuto de Contratación Pública (art. 45) pueden proferir las entidades estatales, por ejemplo, para terminar el contrato cuando se advierta que se celebró con una persona inhabilitada o contra prohibición legal?

26.9.- Indicar que los actos contractuales no son administrativos y están sujetos a las normas civiles, salvo las excepciones legales, no cumple con el requisito de determinar claramente el supuesto de la regla de unificación. La precisión de este punto hacía necesario referir a cuáles actos administrativos contractuales (que están determinados en la Ley 80) se refería la regla o determinar que se trataba de actos ejercidos a partir de estipulaciones que válidamente pueden pactar los particulares. Las reglas generales, que deben adoptarse en las sentencias de unificación, se caracterizan por tener <<enunciados jurídicos hipotéticos o condicionales que se denominan antecedentes o supuestos de hecho y por consecuentes o consecuencias jurídicas; estos también se denominan suposición y consecuencia (...) Esta distinción ayuda a comprender: a) qué situaciones o casos son regulados o contemplados por el enunciado jurídico; y b) que casos o situaciones no están contemplados por el enunciado y qué consecuencias atribuye el enunciado a los casos que regula>>²².

(iv) La regla de acuerdo con la cual los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, <<se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial>>

27.- Advierto que en este punto esta segunda sentencia unificación es contraria a la primera en la que se establece que a los actos precontractuales de las ESP se les aplican los principios de la función administrativa según lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. En la primera sentencia se señala que los actos precontractuales de estas entidades «se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que

²² Cfr. Hernandez Marín, op. cit., p. 231



orientan la función administrativa», con lo cual implícitamente se hace referencia a dicha disposición, que consagra lo siguiente:

«Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal».

27.1.- En el salvamento de voto en relación con la primera regla de unificación señalé que era más adecuado considerar que, en los actos precontractuales, las ESP debían sujetarse a las reglas previstas en el Estatuto de Contratación Pública (que son determinadas y precisas) más que a los «principios que sujetan la función administrativa» cuyo alcance termina siendo fijado por los jueces en las sentencias. En este caso, en el auto del 10 de noviembre de 2022, en el que se dispuso avocar el conocimiento del proceso para unificar expresamente se señaló:

«Así, de cara al **sub lite**, se considera relevante avanzar en algunos análisis relacionados con el régimen y naturaleza de los actos proferidos por las empresas de servicios públicos. En ese punto recuerda la Sala que en la sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020, radicación: 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42003) tal senda de reflexión condujo a precisar el régimen de los actos precontractuales y el medio de control procedente para su enjuiciamiento, de manera que se estima propicio continuar con el análisis, ahora, respecto de los actos expedidos con ocasión de la ejecución contractual de las ESP, en clave de definir el dispositivo de control que les atañe, los efectos que se derivan del acto de liquidación en sede judicial, unido a la reflexión sobre el alcance de la pretensión liquidatoria que se eleva al juez».

27.2.- La regla de unificación *parece* escoger el camino opuesto al de la primera y no solo descarta la aplicación de las normas del estatuto de contratación, sino que también *parece* descartar la aplicación de los principios de la función administrativa. Deduzco esta conclusión de las siguientes consideraciones de la sentencia de unificación objeto de este salvamento, las cuales transcribo textualmente:

«36. El variado catálogo de servicios públicos (salud, educación, transporte, entre otros) explica que el constituyente asignó al legislador la definición del régimen de cada uno de ellos en función de su especialidad, reservándose, en todos los casos, “la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios” (ib.). Puntualmente el art. 367 superior, y disposiciones subsiguientes, se refirió a los servicios públicos domiciliarios precisando que la ley definiría todos los aspectos relativos a su prestación, cobertura, calidad, financiación y régimen tarifario y, en este último, tendría en cuenta los criterios de solidaridad, costos y redistribución de ingresos. Además, señaló que encargaría a la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios del control de eficiencia sobre sus actividades.

37. En armonía con lo anterior, el numeral 23 del art. 150 de la Carta Política encargó al legislador de “[e]xpedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos” (art.150 numeral 23); **atribución relevante en tanto marcó la distinción que trajo consigo el nuevo régimen de los servicios públicos para diferenciarlo de la función pública**. Al respecto, la Corte Constitucional precisó que “**no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público. El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los**



particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado”

38. La determinación de asignar a los servicios públicos domiciliarios un régimen propio, específico y especializado se concretó en la expedición de la Ley 142 de 1994 que, según las pautas trazadas en la Carta Política, definió un régimen de intervención, regulación y control en esta materia, **separándolo del marco clásico de la función pública para dotar de autonomía el nuevo concepto del servicio público domiciliario.**

39. El carácter integral de este modelo de servicios revela que desde el pórtico constitucional fue necesario fijar los principios y sub regímenes que quedaban abonados como piezas de ese engranaje normativo (v. gr. la definición del régimen de protección de los usuarios, del régimen tarifario y el de contratación). Tales bases, llevadas al texto legal, determinan que este sistema esté cimentado en principios y criterios de calidad, eficiencia, cobertura, capacidad de pago, suficiencia financiera, solidaridad, redistribución, transparencia, economía, simplicidad, neutralidad, proporcionalidad, entre otros, que se explican en función de las actividades propias del servicio público y sus finalidades, y a la cual se adosan estructuras de control y vigilancia de carácter legal y especialidad técnica, como la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y las Comisiones de Regulación respectivas; lo que afianza que se trata de un régimen de intervención de cara al papel y responsabilidades que asume el Estado.

40. La autonomía de este régimen se explica, además, en que el legislador estableció que para resolver cualquier dificultad de interpretación o vacío sobre la aplicación de las disposiciones de servicios públicos a los que se refiere esa ley, o las demás que surjan de tal mandato, se acudirá a sus principios generales sin distinguir si la prestación se hace a través de una entidad pública, privada o mixta; de modo que todos los prestadores quedan sujetos en iguales condiciones a sus normas.

41. En la misma línea, la Ley 142 de 1994, al definir el régimen de los actos y contratos de estas empresas, **precisó también que los principios fijados en su título preliminar (artículos 1 a 13) corresponden a aquellos bajo los cuales se deben interpretar las normas sobre contratos; ello, en reconocimiento de que tales postulados conforman un elenco robusto de deberes, criterios, premisas y controles, que son propios de la actividad de los servicios públicos domiciliarios y son los que adecuan y se corresponden con sus fines.**

42. A su turno, estableció que los actos y contratos de las entidades estatales que prestan tales servicios es el derecho privado. Y, para no dejar duda en torno a esta regla, hizo expresa mención sobre la no aplicación en estos casos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa (art. 3123). De modo que los actos contractuales emitidos por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se rigen por el derecho privado.

43. Al encontrar que tal previsión era ajustada a la Carta Política, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad. En tal pronunciamiento precisó que *“el régimen de contratos organizado en la ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino de los servicios públicos domiciliarios que pueden ser prestados bien por ella, bien por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas, etc. (ver artículo 15 de la ley). Entonces, la ley 80 de 1993 no podía cubrir a todas las personas en posibilidad de prestar los servicios públicos domiciliarios, por ello fue necesario dictar una reglamentación especial sobre la materia”* (subraya propia).

44. Dicha providencia permite corregir la superposición que una interpretación abierta o combinada, sin las precisiones de cada régimen, podía generar en materia de



contratación, y al distinguir entre el objeto y ámbito de cada norma el alto tribunal constitucional concluyó en la especialidad que ostenta la ley de servicios públicos respecto del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Especialidad que se explica en la particularidad misma con que el constituyente diseñó el modelo de los servicios públicos y su prestación (art. 365 a 370), y bajo tales lineamientos asignó al legislador la tarea de expedir su régimen jurídico en función de los principios, sujetos y variables establecidos en el texto superior como plataforma única y particular de dicho encargo.

45. El régimen de los servicios públicos y su especialidad se concreta desde el propio ámbito constitucional expresado **en una estructura cuyas variables sólo atañen a estos servicios**, y en la que uno de sus eslabones, no el único, corresponde a la aplicación del derecho privado para los actos y contratos de las ESP, como lo definió la ley en función de la particular arquitectura delineada por el constituyente.

46. Que el régimen aplicable a los actos y los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios sea el derecho privado, implica que comparten la naturaleza que tienen aquellos en el tráfico negocial propio del derecho común; es decir, se trata de un escenario donde no obran prerrogativas de poder público o de autoridad, que son las notas distintivas que dan lugar a la expedición de actos administrativos, precisión advertida por esta Colegiatura desde 1997, cuando señaló que *“los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados, salvo los enunciados en el antecitado inc. 1 del art. 154 que serán materialmente actos administrativos”*²⁶, y ratificada por la Sala Plena de esta Sección que, en providencia de unificación, manifestó que acogía dicha postura ²⁷, pues *“en virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho”*.

Con base en estas consideraciones es entonces que en la regla de unificación se establece que:

«Salvo las excepciones legales, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial».

27.3.- Tal y como lo indicamos anteriormente, en la unificación relativa a los actos precontractuales se dijo expresamente que a estos actos proferidos por las ESP debía aplicarse el artículo 13 de la Ley 1150; si se iba a introducir un cambio para indicar que es norma no es aplicable a tales entidades, era necesario anunciarlo y adoptarlo de manera expresa.

Sobre este deber de transparencia anota la doctrina:

<< Merecen repudio, por lo tanto, los apartamientos disimulados o implícitos de un precedente judicial. En estos casos, el apartamiento del precedente ocurre, pero no es tratado como tal (...) El tribunal viola una regla que hoy en día puede ser considerada como universal sobre la argumentación con precedentes judiciales: el deber de tomar en consideración el precedente con fundamento en los principios de la universalidad y de imparcialidad. Esa regla cuyo fundamento se encuentra en el principio de transparencia y en las reglas sobre carga de argumentación, constituyen uno de los puntos centrales de la teoría de la argumentación



contemporánea>>²³

Radicación: 76001233100020060332003 (53962)

Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.

27.4.- Estimo que esta regla relativa a cuál es la normativa a la cual están sujetos los actos contractuales de las ESP no era necesaria para resolver el caso concreto, toda vez que aquí no se estaba estudiando la forma como debía estipularse el ejercicio de las facultades unilaterales en los contratos celebrados por las ESP, ni se estaba determinando si para hacerlo estas entidades debían tener en cuenta «los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267». Lo que se estaba determinando era simplemente si las ESP podían hacer tales declaraciones unilaterales de voluntad mediante actos administrativos.

<<La regla de vinculación al caso concreto es otro límite (a la creación de precedentes). Según ella, la corte no debe revisar o desarrollar el derecho donde no haya una disputa concreta sobre la cuestión jurídica referente a la regla jurisprudencial en cuestión. La jurisprudencia debe acompañar el resultado de los juicios y generalizar las soluciones de los casos presentados a las cortes de justicia y no simplemente anticipar el proceso de evolución del derecho o pretender de alguna manera de pre - direccionarlo>> ²⁴

27.5.- La discusión acerca de si una ESP, al pactar una facultad unilateral a su favor y sobre todo al ejercerla, debe o no respetar los principios que rigen la función administrativa y en tal caso cómo debe hacerlo, no se presentaba en el presente caso; por esta razón, la regla de unificación no debía extenderse sobre este particular. Aquí no se estudió la forma como se pactaron las facultades unilaterales en el contrato para determinar (i) si se trataba de estipulaciones que pueden pactarse lícitamente por los particulares sin considerarse como facultades exorbitantes que solo pueden ser pactadas por las entidades estatales; o (ii) si en su estipulación se respetaron o no los principios de la función administrativa.

27.6.- Era necesario que existiera un pronunciamiento sobre esos aspectos, que se estudiaran las cláusulas para darle respuesta a los anteriores puntos y, si se consideraba que podía adoptarse una regla general aplicable a todos los casos similares, ella fuera enunciada con claridad. Reitero mi consideración sobre la competencia de la Sala para adoptar reglas de unificación no solo porque está prevista en la ley, sino porque el principio de universalidad implica anunciar que estamos dispuestos a resolver los casos posteriores de la misma manera, y porque la clarificación de puntos como este resulta esencial para la seguridad jurídica no solo de los jueces sino –sobre todo– de las entidades que estipulan y aplican cláusulas unilaterales en sus contratos. Lo que no comparto –y por eso salvé el voto– es que se incluya una regla ambigua en la que *parece* indicarse que las ESP no deben aplicar el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, porque ello no se dice *clara y expresamente*, y se incluyan todas las consideraciones que acabo de transcribir las que –a mi modo de ver– están dirigidas a sustentar claramente esta posición.

28.- La discusión acerca de cómo deben estipularse las facultades contractuales de las entidades sometidas al derecho privado se ha presentado en la Subsección B, y un ejemplo

²³ Bustamante, op. cit., p. 399.

²⁴ Bustamante, op. cit., p. 411



Radicación: 76001233100020060332003 (53962)

Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.

claro de lo anterior se encuentra en la decisión adoptada por la subsección en la sentencia del 25 de mayo de 2023 (expediente 68186 con ponencia del doctor Alberto Montaña), en un caso en el que se resolvió una reclamación formulada por un contratista de Indumil, al cual dicha entidad le impuso una multa pactada en el contrato y le realizó el correspondiente descuento. En ese caso la entidad estaba sometida al derecho privado y en su manual de contratación indicaba expresamente que en sus contratos debía aplicarse el artículo 13 de la Ley 1150; y la Sala ordenó dejar sin efectos el descuento realizado al aplicar la multa porque para imponerla no se cumplió el *procedimiento* pactado en la póliza.

En esa decisión:

a.- La Sala concluyó que el oficio mediante el cual INDUMIL le comunicó la imposición de la multa y la aplicación del descuento no era un acto administrativo, razón por la cual no correspondía anularlo (como lo hizo el tribunal), sino determinar si la citada entidad había ejercido la facultad de imponer la multa conforme con el contrato.

b.- Como se concluyó que la multa fue mal impuesta porque (según la sentencia) no se cumplió el procedimiento pactado en la póliza, se consideró que ella no fue bien aplicada y se ordenó restituir la suma que se le había descontado al contratista.

En la parte motiva del fallo se indica:

«18.- Resuelto el anterior punto (el relativo a que el oficio no era un acto administrativo y por ende no debía anularse) debe recordarse que, si las partes pactaron hacer efectivos descuentos por incumplimientos o multas, **lo que le corresponde al juez es observar el cumplimiento de los precisos términos del pacto para efectos de su control y para verificar que la parte habilitada contractualmente para ejercer una facultad unilateral lo haga en cumplimiento de los requisitos pactados y sin hacer un uso abusivo de su derecho.** Eso es precisamente lo que le corresponde verificar al juez y a lo que se limitará la Sala a continuación: (...)

<<De la lectura del oficio, se extrae que, no obstante imponer una multa como consecuencia del *“incumplimiento con la fecha de entrega pactada”*, Indumil no se ajustó a lo previsto en el párrafo tercero de la cláusula décima del contrato de compraventa No. 1-081/2016, esto es, no adelantó *“el trámite establecido por la póliza”* que garantizaba el cumplimiento del negocio jurídico, como lo afirmó RG Comercial S.A. en su demanda. Así las cosas, la Sala estima que el Tribunal acertó al concluir que Indumil no podía descontar sumas de dinero de los saldos a favor de RG Comercial S.A. incluidos en la liquidación bilateral del contrato de compraventa No. 1-081/2016»

En la parte resolutive se dispuso:

«PRIMERO: MODIFICAR el acta de liquidación N° 01897014 del 28 de febrero de 2017, para eliminar el descuento de la suma de \$542.997.720,00, por concepto de la multa impuesta por INDUMIL al contratista. **En caso de que el referido descuento se haya materializado, INDUMIL deberá reintegrar al demandante RG COMERCIAL S.A. la referida suma debidamente actualizada desde la fecha en que se hizo efectiva la retención hasta la fecha de esta providencia.**»

28.1.- Salvé el voto frente a la decisión anterior porque consideré equivocado exigir el



cumplimiento de un procedimiento para imponer la multa, que –a mi modo de ver– no estaba previsto en el contrato. En el salvamento señale:

«No estoy de acuerdo con la decisión de revocar el fallo de ordenar la modificación del acta bilateral del contrato suscrito entre Indumil y la sociedad demandante. A mi juicio, en este caso la Sala debió negar la totalidad de las pretensiones por las siguientes razones:

1.- En la demanda, la sociedad RG Comercial S.A. solicitó **(i)** la anulación del <<acto administrativo>> contenido en el oficio No. 01.863.001 del 31 de octubre de 2016, a través del cual Indumil multó al contratista y **(ii)** la anulación del <<acto administrativo>> de liquidación No. 01897014 del 28 de febrero de 2007, en el cual la entidad contratante ordenó descontar el valor de la multa.

2.- La parte actora alegó que el acto administrativo mediante el cual se impuso la multa es ilegal porque: **(i)** <<tal como lo ha manifestado la jurisprudencia del Consejo de Estado, la posibilidad que tienen las entidades estatales, como INDUMIL, de sancionar a sus contratistas, ya sea bajo la forma de la declaratoria de incumplimiento, multa o descuentos, no puede surgir o tener su origen a partir del acuerdo de voluntades entre estas y los particulares, sino que por el contrario se requiere, como paso previo a su imposición, que el legislador las habilite para puedan hacer uso de las mismas>> y **(ii)** <<INDUMIL no aplicó un debido proceso, sino que simplemente se limitó a imponer una multa por incumplimiento aun cuando el contrato no había vencido, olvidando la presunción de inocencia de RG Comercial y sobre todo el derecho que le asistía de ser oído en audiencia para desvirtuar las pruebas que obrasen en su contra y solicitar aquellas que considerara idóneas y pertinentes a favor de su causa>>.

3.- En la sentencia objeto de este salvamento de voto, la Sala consideró que el oficio No. 01.863.001 del 31 de octubre de 2016 no tenía la naturaleza de acto administrativo debido a que el contrato celebrado entre Indumil y la sociedad contratista estaba sujeto al derecho privado. Sin embargo, concluyó que la entidad contratante violó el debido proceso de RG Comercial S.A. porque impuso la multa sin seguir el procedimiento pactado por las partes en la cláusula décima del contrato por no adelantar <<el trámite establecido por la póliza>> que garantizaba el cumplimiento del negocio jurídico. Por lo tanto, ordenó la modificación del acta bilateral de la liquidación del contrato para que no se descontara el valor de la multa.

4.- Estimo que las pretensiones se debieron negar porque:

4.1.- El contrato estaba regido por el derecho privado y sujeto a la autonomía de la voluntad de las partes. Por lo tanto, no podía exigirse que la imposición de multas por parte de la entidad contratante estuviera «precedida de un procedimiento para garantizar el debido proceso del contratista», si las partes no acordaron agotar algún procedimiento previo para aplicar la multa. En el derecho privado es legítimo pactar el derecho de una de las partes a imponer y aplicar multas por el incumplimiento de la otra, cuando –conforme con lo estipulado en el contrato– se cumplan los presupuestos previstos para hacerlo. Y también es legítimo pactar que se descuenten directamente por la parte autorizada. Si la parte a la que se le cobraron las multas estima que fueron mal impuestas porque no se daban las condiciones previstas en el contrato puede demandar y probar que quien aplicó la multa *incumplió* el contrato para reclamar el pago de perjuicios.

4.2.- La construcción del derecho administrativo según la cual para aplicar una sanción contractual hay que tramitar un procedimiento en el cual debe advertirle al contratista que incumplió una obligación contractual (que él obviamente conoce porque está estipulada), no puede introducirse a los contratos de derecho privado. Aquí lo que prima es que las partes son libres para obligarse, saben lo que pactaron y deben atenerse a ello. En derecho administrativo podría justificarse la exigencia de un procedimiento administrativo para imponer una multa porque ella se impone mediante un acto administrativo que tiene fuerza ejecutiva y presunción



Radicaci3n: 76001233100020060332003 (53962)

Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.

de legalidad: eso no ocurre en el derecho privado.

4.3.- La sociedad demandante ni siquiera alleg3 la garant\fa de cumplimiento y sus condiciones generales para efectos de acreditar cual era el procedimiento pactado para poder imponer la multa. Por lo tanto, la Sala no ten\fa suficientes elementos de juicio para concluir que la entidad contratante viol3 el procedimiento establecido en la p3liza.

4.4.- En todo caso, la Sala orden3 la modificaci3n del acta bilateral de liquidaci3n con base en un argumento que no fue propuesto por la demanda y que, inclusive, contradice los cargos formulados por la sociedad demandante: en la demanda se aleg3 que la multa fue impuesta ilegalmente debido a que la entidad contratante no estaba habilitada legalmente para imponer multas a trav3s de actos administrativos; y en la sentencia se concluye que la multa no fue impuesta a trav3s de un acto administrativo, a pesar de lo cual se accede a las pretensiones de la demanda>>.

28.2.- Me parece importante hacer referencia tanto a lo dispuesto en este fallo como a la posici3n disidente para resaltar:

a.- Que el punto relativo a la forma como las entidades sometidas al derecho privado deben ejercer las facultades unilaterales en sus contratos, particularmente en lo relativo a la imposici3n de multas mediante descuento, ya ven\fa siendo resuelto en el sentido de considerar que no deb\fa hacerse mediante acto administrativo: en el caso resuelto la multa se comunic3 en un oficio y se aplic3 mediante un descuento.

b.- A diferencia de lo que ocurre en este caso, en el caso tra\do a colaci3n si se *resolvi3* el litigio pues se orden3 dejar sin efecto el descuento impuesto: no como ocurri3 en este caso en el que se anunci3 que la resoluci3n de liquidaci3n no era un acto administrativo y no se tom3 ninguna decisi3n sobre las determinaciones que all\ se adoptaron.

c.- Al determinarse que el asunto deb\fa estudiarse a la luz del derecho privado teniendo en cuenta la estipulaci3n contractual, en sentencia del 25 de mayo de 2023 la Subsecci3n advirti3 que era necesario determinar si esa cl\usula era abusiva y termin3 considerando que no se cumpli3 un procedimiento previo.

28.3.- Esta \ltima es una discusi3n que *parece* resuelta en la sentencia de unificaci3n de la cual me aparto, con base en la cual *podr\fa* considerarse que es solo el derecho privado el que deben tener en cuenta las ESP para pactar las cl\usulas que les otorguen facultades unilaterales. Sin embargo (a) la regla no es clara (b) no se expidi3 frente a un caso concreto, para poder analizar si es una regla que lo resuelva bien, con lo cual menos puede considerarse que es aplicable como una regla general.

(v) La regla seg\un la cual la falta de competencia del juez del contrato para practicar la liquidaci3n de los contratos sometidos al derecho privado

29.- Para referirme a este punto resalto, en primer lugar, que en el auto del 10 de noviembre de 2022 en el que se avoc3 competencia para unificar se se\al3 expresamente que este era un tema objeto de unificaci3n. En dicha providencia se lee:



Radicaci3n: 76001233100020060332003 (53962)

Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.

«Tratándose del segundo aspecto señalado, relacionado con la viabilidad o no de desatar la pretensi3n de liquidaci3n judicial en este tipo de contratos, propia de aquellos negocios jurídicos regidos por el EGCAP, dados los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, conviene que el pleno de la Secci3n Tercera efectúe los análisis pertinentes, sin dejar de lado la soluci3n del caso en concreto».

30.- En relaci3n con el segundo tema de unificaci3n, la Sala no adopt3 *de manera expresa* ninguna regla de unificaci3n. Sin embargo, en las consideraciones claramente se acoge la interpretaci3n segú la cual el juez no tiene competencia para liquidar los contratos que no est3n sometidos a las prescripciones de la Ley 80 de 1993, sin que quede claro si tal interpretaci3n forma o no parte de la *ratio decidendi* o si debe tenerse como una consideraci3n vinculante. En cualquier caso, es bueno advertir que el demandante pidi3 en la demanda que se condenara a la ESP a perjuicios por no haber realizado oportunamente la liquidaci3n unilateral del contrato, y formul3 como pretensi3n de su demanda la liquidaci3n judicial del contrato.

Transcribo lo que la sentencia señala sobre este particular, con resaltados propios:

«77. Puntualmente, respecto de la liquidaci3n unilateral en la que convergen los motivos de incumplimiento que mutuamente se atribuyen las partes, **la Sala estima pertinente dejar delineados algunos elementos conceptuales que son propios de la liquidaci3n de contratos sometidos al r3gimen especial que define la ley de servicios pú blicos domiciliarios y precisar su distinción respecto del procedimiento de liquidaci3n previsto en la ley de contrataci3n pú blica.**

78. En aplicaci3n de las normas que gobiernan los contratos de los prestadores de servicios pú blicos domiciliarios, **hay que señalar que la cláusula de liquidaci3n tiene origen y corresponde a un pacto accesorio**, de modo que no existe en el curso final del contrato una norma que les imponga llevar a cabo su realizaci3n, como si sucede bajo el EGCAP.

79. El núcleo de este razonamiento parte de recordar **que la Ley 80 de 1993 estableci3 que los contratos a los que aplica este estatuto** “se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”, base que gravita en la construcci3n de reglas especiales para la protecci3n del interés general que inspira los contratos del Estado. Con esta mira, el legislador se ocup3 de expedir normas relacionadas con los procedimientos de selecci3n del contratista, el r3gimen de las inhabilidades e incompatibilidades, las potestades excepcionales, **y la liquidaci3n del contrato, entre otras materias.**

80. De este catálogo de previsiones especiales hace parte la etapa de liquidaci3n de los contratos, actuaci3n que a trav3s de **fases sucesivas** est3 dirigida a la determinaci3n del estado de cumplimiento de los contratos estatales sometidos al EGCAP, y que comparten las características señaladas por la ley (art. 60 de la Ley 80 de 199353).

81. Este panorama, junto con el marco normativo que hace distinción entre el r3gimen de derecho pú blico y el de derecho privado, permite advertir la existencia de una etapa de liquidaci3n de origen legal que **es exclusiva del primero de ellos** y que en su itinerario involucra la potestad unilateral de liquidaci3n **y la intervenci3n del juez -ya sea para controvertir la presunci3n de legalidad de tales determinaciones, o para reprochar la omisi3n de dicho deber-**. Se trata de un procedimiento **que no es extensivo o aplicable a los contratos sometidos al derecho privado**, pues adem3s de que no son compatibles por su origen, atributos, objeto y finalidades, **no existe una previsi3n o un tratamiento análogo que así lo disponga bajo las normas del derecho comú n.**



82. Para explicar lo anterior, viene bien precisar que lo que ocurre en la etapa de **liquidación de los contratos sometidos al EGCAP**, según la época, pero con reconocimiento constante en la jurisprudencia, es que en caso de no lograr de mutuo acuerdo tal cometido es deber de la Administración efectuar la liquidación en una decisión que goza de presunción de legalidad (acto administrativo). Con este rumbo, para controvertir las determinaciones adoptadas, y a ruego de parte, **se acude al juez de la legalidad ante quien se pretende derribar tal presunción; en caso de que este pedido prospere, el juez deberá pronunciarse efectuando la liquidación definitiva del contrato estatal, si así fue peticionado.**

83. En este punto debe recordarse que el contenido **del acto liquidatorio en el marco del contrato estatal regulado por el EGCAP** se proclama como algo más que el finiquito de una relación inter partes, pues se encuadra en el procedimiento contractual definido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 que impone incorporar y hacer mención expresa de “los acuerdos, conciliaciones y transacciones (...) para poner fin a las divergencias presentadas”. Por ello, de no lograrse tal acuerdo, corresponderá a la entidad pública contratante liquidar el contrato de manera unilateral en línea con la realización de los principios superiores anotados, evitando el escenario de la latencia **e indefinición, incluso si para ello se requiere, seguidamente, la intervención del juez para lograrlo.**

84. El procedimiento de liquidación contractual, **como fue previsto desde la exposición de motivos de la Ley 80 de 199354, es un imperativo que sólo atañe al régimen de contratación pública, escenario en el cual el legislador impuso al juez, finalmente, acometer tal encargo.**

85. Como el procedimiento de liquidación que **estableció la ley de contratación pública** corresponde al corte de cuentas del negocio jurídico en el que se incorpora el balance integral de lo acontecido a nivel técnico, económico y jurídico, y al ser el instrumento que define su estado de ejecución y cumplimiento pudiendo comprender los acuerdos, conciliaciones y transacciones para poner fin a las divergencias presentadas, se tiene que la función legal atribuida a la **liquidación en el régimen público contractual obra como cierre integral y definitivo de todo tipo de relación surgida de la ejecución del contrato.**

86. Por oposición a lo anterior, al acudir al régimen privado, **tal procedimiento o fase de liquidación no existe como imperativo general, como tampoco se presume que está dotado de ese contenido.** Bastaría recordar la connotación accesorio que tienen las cláusulas relacionadas con la liquidación del contrato para advertir la ausencia de un mandato legal en tal sentido y, por ende, la inexistencia de una ruta obligada para llegar a ese destino.

87. Valga decir que en estos casos, como la liquidación es fruto de las estipulaciones acordadas por las partes, éstas se comprometen a intentar concertar el balance del negocio jurídico como protagonistas de lo acontecido en el itinerario contractual, se trata de una obligación en que el papel central se mantiene en la autonomía de la voluntad y en el principio de libertad negocial, a partir del cual, **son ellas quienes en ese momento definen si se logra o no un arqueo concertado y el alcance del mismo.**

88. A su vez, si lo pactado es o subsidiariamente corresponde a una cláusula de liquidación unilateral bajo el derecho común, **el resultado de tal gestión sigue siendo parte de una obligación contractual en cabeza de quien fue designado para realizar dicho encargo, en los términos en que tal autorización fue conferida.**

89. Con las precisiones sobre la naturaleza jurídica de EMSIRVA y la liquidación del contrato, al revisar la naturaleza y estructura del negocio jurídico sub lite, se advierte que corresponde a un contrato de obra –conforme al régimen de derecho común (...) En cuanto a su fase conclusiva, constata la Sala que para este tipo contractual no hay una norma que



disponga que las partes deben agotar una etapa de liquidación, y que haya lugar a que una de ellas pueda hacerlo unilateralmente, **por lo que tales aspectos quedaron librados a la autonomía de la voluntad.**

90. Al descender al caso concreto se observa que tanto Emsirva ESP como AG Consultores Ambientales Ltda., tenían la capacidad de acordar las cláusulas que consideraran convenientes para su cabal ejecución; de esta forma, como ley para las partes, establecieron una estructura de derechos y obligaciones, así como facultades y deberes en orden a la realización de sus mutuas prestaciones.

91. Entre ellas, pactaron la cláusula Vigésima Primera, que denominaron: liquidación, determinando que, una vez terminado el contrato, por cualquier motivo, se procedería a su liquidación. En ésta acordaron la oportunidad y forma de hacerlo, las etapas, sujetos y actuaciones que cada una debía realizar para intentar lograr tal liquidación y, además, se acordó como facultad contractual de la empresa contratante, que el gerente o delegado, en caso de no lograrse un mutuo acuerdo sobre la liquidación del contrato, dejara constancia de las diferencias presentadas entre las partes en el proyecto de acta de liquidación; de persistir **el desacuerdo quedaba autorizado a definir qué sumas la empresa reconocía deberle al contratista y efectuar la consignación de tal suma en un banco (...)**

92. A través de la referida regla se acordó que, ante el desacuerdo o falta de comparecencia del contratista, en relación con el “resultado del balance de los servicios prestados, cantidades pagadas y por pagar y en general todo lo que resuma la situación de la prestación del servicio”, el gerente procedería a definir los saldos y a consignarlos. Y, en el evento que este ejercicio arrojara saldos a favor del contratista convinieron efectuar su consignación si éste era renuente en su recepción y, en caso inverso, a iniciar el cobro de lo debido o hacer efectivas las pólizas correspondientes.

93. En la cláusula Trigésima, las partes al referirse a la terminación anormal del contrato, convinieron que ante el incumplimiento la parte cumplida podía dar por terminado el contrato informando sobre tal decisión a la otra e indicando las causas; en esta hipótesis se procedería a liquidar el contrato dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a aquél en el que la incumplida recibiera tal comunicación (...)

95. Al cotejar el contenido obligacional de la cláusula de liquidación -21- y lo definido por la contratante, particularmente en lo que tiene que ver con el artículo segundo, Emsirva contaba con la facultad contractual para hacerlo y podía examinar la existencia o no de saldos a favor de alguna de las partes, decisión que en todo caso podía ser discutida por el contratista ante la advertencia de que la contratante hubiere valorado erróneamente el estado negocial.

96. Se precisa que el contrato terminó por el vencimiento del plazo, hipótesis que en sus consecuencias liquidatorias estaba regulada enteramente en la cláusula vigésima primera (...)

98. Planteado lo anterior, de cara a los límites trazados en las pretensiones de la demanda y el recurso interpuesto contra la decisión del Tribunal, se impone circunscribir el examen del sub lite a determinar el acierto de las bases de la liquidación del contrato, en clave del incumplimiento que el contratista atribuye a su contraparte

Mayor permanencia por falta de liquidación

141. Incrustada en la pretensión segunda de la demanda inicial se solicitó “el pago de costos directos de personal y/o funcionamiento, por la no liquidación del contrato, hasta la liquidación del mismo”. Sobre esta pretensión la única mención que se hace en los hechos de la demanda se limita a mencionar que la falta de liquidación del contrato “... le está generando al contratista unos perjuicios y sobrecostos que desequilibran económicamente el contrato”. Ninguna mención adicional en tal escrito o en el que reformó la demanda incorporando nuevos hechos



se efectuó sobre la indemnización así reclamada.

142. De manera concreta la Sala recaba en que uno de los principales elementos de la responsabilidad contractual reside en la acreditación del daño. Bajo el expediente y, además, según el recuento hecho de las pruebas solicitadas y decretadas por el propio Tribunal en la sentencia recurrida, no obra medio de prueba o convicción que acredite los costos reclamados por la no liquidación del contrato. En este sentido, no basta simplemente expresar la existencia de un daño, sino que se impone que éste se haya configurado y esté respaldado en material de prueba necesario y suficiente para avanzar en su análisis. Tampoco el paso del tiempo, a la llana, es factor suficiente y constitutivo de un perjuicio, en tanto el actor es el llamado a cumplir con la carga de la prueba para sostener su petición.

143. Por esta razón, la pretensión de indemnización por costos directos de personal y funcionamiento por demora en la liquidación del contrato será negada; sin que haya lugar a (sic)

144. Corolario delo anterior y en atención a lo expuesto a lo largo de esta providencia, la Sala negará las súplicas insistidas en la apelación.

145. Finalmente, **se precisa que tampoco prospera la pretensión de liquidación judicial del negocio jurídico en estudio, pues sobre la efectuada por EMSIRVA no hay reproches que formular conforme a las pretensiones de la demanda que acaban de ser estudiadas, relativas a los incumplimientos sobre los que versaron las súplicas. »**

30.1.- No estoy de acuerdo con la forma como se incluyen estas consideraciones en una sentencia de unificación en la que expresamente se había advertido que la Sala se iba a referir a la competencia judicial para liquidar los contratos derechos privado; si se iban a adoptar reglas de unificación, todas debieron quedar claramente enunciadas como tales en el acápite correspondiente. Solo de este modo habría quedado claro cuál es el alcance de estas consideraciones.

30.2.- Tampoco estoy de acuerdo con que se concluya que no se puede acudir al juez del contrato para pedir perjuicios por no realizar la liquidación oportunamente si esto estaba pactado como una *obligación* de una de las partes. Ni en que se concluya que en los contratos de derecho privado no se le puede pedir al juez que liquide el contrato; creo que esa petición, adecuadamente delimitada, puede formularse perfectamente.

30.3.- Y no estoy de acuerdo en que se diga una cosa en las consideraciones (que podrían considerarse como una regla) y que el caso se resuelva de otro modo:

a.- Mientras en las consideraciones se dice que no puede pedirse la intervención del juez para <<reprochar la omisión de dicho deber (el de liquidar el contrato)>> porque este es un procedimiento que no es extensivo al derecho privado, esta pretensión se deniega por no haber probado el daño. Si se afirma que en el derecho privado no puede reprocharse el incumplimiento de esta obligación, es por esta razón que se debe negar la petición de perjuicios.

b.- Mientras en las consideraciones se señala que no se le puede pedir al juez que liquide un contrato, al resolver esta pretensión se decide que ella no prospera porque no hay nada que objetar a la liquidación que hizo la propia entidad en la resolución.



III. La decisión del caso concreto

La demanda

31.- Tal y como está reseñado en la sentencia de la que me aparto, el contratista presentó la demanda luego de que terminara el contrato y pidió: (i) que se declarara que la ESP había incumplido su obligación de liquidar el contrato y que se le debían pagar perjuicios por la mayor permanencia en que incurrió con su personal administrativo pendiente de este trámite; (ii) que se liquidara judicialmente el contrato; y (iii) que se condenara a la ESP al pago de perjuicios causados con el incumplimiento del contrato.

31.1.- Luego de presentada la demanda, la ESP expidió la resolución de liquidación del contrato en la cual: (i) estableció un saldo de nueve millones quinientos seis mil setecientos cincuenta y ocho pesos (\$9.506.758.00) a favor del contratista; (ii) le impuso al contratista la cláusula penal por incumplimiento pactada en el contrato en cuantía de doscientos ocho millones ochocientos mil cuatrocientos setenta y cuatro pesos con noventa y seis centavos (\$208.800.474,96) correspondiente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato; y (iii) hizo efectiva la póliza de cumplimiento contra la compañía de seguros por valor de doscientos ocho millones ochocientos mil cuatrocientos setenta y cuatro pesos con noventa y seis centavos (\$208.800.474,96).

31.2.- El contratista presentó recurso de reposición contra la resolución anterior, y la entidad profirió otra resolución confirmando la decisión inicialmente adoptada. Para la fecha en que se expidió esta resolución, la ESP ya había sido notificada del auto admisorio de la demanda. El contratista adicionó entonces las pretensiones de la demanda para solicitar la nulidad de la resolución de liquidación y de la resolución que resolvió el recurso de reposición por haber sido expedidas con posterioridad a la presentación de la demanda.

La sentencia de primera instancia

32.- En la sentencia de primera instancia, el tribunal le dio un tratamiento separado a la resolución de liquidación y a la que resolvió la reposición y adoptó las siguientes decisiones:

a.- Anuló la resolución que resolvió la reposición porque fue expedida luego de que la entidad hubiera sido notificada del auto admisorio de la demanda.

b.- No anuló la resolución de liquidación porque consideró que fue expedida en término y que al no resolverse a tiempo el recurso de reposición interpuesto contra ella, dicho acto quedó en firme en virtud del silencio negativo.

c.- No se pronunció sobre las demás pretensiones de la demanda porque la resolución liquidación quedó incólume y contra él solo se formuló el cargo de falta de competencia, que no prosperó frente a esta resolución.



Radicación: 76001233100020060332003 (53962)

Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.

La sentencia de segunda instancia objeto de este salvamento

33.- En la parte resolutive de la sentencia de la que me aparto, la Sala dispuso lo siguiente:

<< **PRIMERO: UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA** de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en los términos señalados en esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia del 12 de febrero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la cual quedará de la siguiente manera:

“PRIMERO. NIEGUENSE las pretensiones de la demanda, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas

TERCERO. En firme esta decisión, procédase a su archivo”.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen>>.

34.- En la sentencia de la que me aparto:

a.- No se decretó la anulación de la resolución de liquidación en virtud del planteamiento que sustenta la regla de unificación.

b.- No se estudiaron los incumplimientos con base en los cuales la ESP impuso la cláusula penal e hizo efectiva la garantía; no se estudió la validez ni la eficacia de las estipulaciones con base en las cuales la ESP tomó decisiones unilaterales en el contrato; ni se estudió si, de haber sido expedidos tales actos como actos privados, la ESP habría incumplido o se habría ajustado a las estipulaciones en las que se pactaron.

c.- No se aplicó entonces la regla de unificación de acuerdo con la cual la resolución debía estudiarse como un acto particular; y no se hizo lo anterior porque el contratista no lo solicitó. Con ello también se desconoció la regla de unificación en lo relativo a adaptar las pretensiones de una demanda presentada antes de la adopción de la regla de unificación.

d.- De acuerdo con lo anterior, la resolución de liquidación quedó incólume: no se dispuso nada sobre sus efectos, ni tampoco se dispuso nada sobre el contenido de sus decisiones.

e.- La Sala confirmó la decisión de negar las pretensiones de la demanda adoptada en la sentencia de primera instancia y simplemente agregó que ello se hacía <<conforme a la parte motiva de esta providencia>>. Y no es claro qué se quiere decir con esa frase, que no debería ser utilizada por ningún juez en las sentencias; en la parte resolutive del fallo es donde deben adoptarse todas las disposiciones con las que se resuelve el litigio para que ella pueda ser aplicada, sin necesidad de dejar discusiones abiertas acerca de qué es lo que debe inferirse de sus motivaciones.

35.- Considero que la Sala debió anular por incompetencia la resolución de liquidación porque tal pretensión fue formulada expresamente por el demandante. Y debió disponer que se



ordenara el reintegro de lo pagado por el contratista o por la compañía de seguros como consecuencia de lo dispuesto en ella. Esta determinación debió adoptarse para suprimir los efectos producidos por tal acto.

36.- En la sentencia de segunda instancia objeto de este salvamento se advierte que la decisión del tribunal de anular solo el acto que resolvió la reposición por extemporáneo y no entender que esto implicaba la anulación de la resolución de liquidación por el mismo motivo, fue equivocada. Sobre este particular se indica que <<no resultaba pertinente declarar la nulidad de uno de ellos para sustituirlo por un acto ficto y, a partir de allí, negar el acceso a la administración de justicia de la demandante>>. Estoy de acuerdo con esta consideración.

37.- Sin embargo, estando demostrado que la liquidación unilateral fue expedida extemporáneamente, esta consideración era suficiente para anularla y ordenar las restituciones correspondientes para el caso de que la ESP hubiese cobrado la suma impuesta en esta resolución al contratista o a la compañía de seguros. El artículo 141 del CPACA, al regular la acción de controversias contractuales a través de la cual el contratista puede solicitar que se declare el incumplimiento del contrato y se condene a la contratante al pago de perjuicios, dispone que en la misma acción puede solicitarse la nulidad de los actos proferidos <<con ocasión de la actividad contractual>>; y el artículo 137 del mismo código que consagra como causal de nulidad la <<falta de competencia para expedir el acto>>.

37.1.- Creo que esta decisión de anular el acto debía adoptarse, incluso, aplicando la regla de unificación adoptada, en donde se indica que el contratista no tiene la *carga* de pedir la anulación de los actos administrativos lo que no impide que lo haga, como efectivamente lo hizo en este caso.

37.2.- Luego de anular la resolución de liquidación por incompetencia, la Sala debía estudiar las pretensiones de perjuicios formuladas por el contratista. Y no era procedente estudiar las decisiones adoptadas por la ESP en la resolución (imposición de cláusula penal y efectividad de la garantía) porque dicha entidad no formuló demanda de reconvención para que, en el caso de que se anulara tal resolución, se estudiaran los incumplimientos del contratista y en la sentencia se adoptaran las mismas decisiones.

38.- Si la Sala consideraba que lo anterior no era procedente porque la resolución <<no es un acto administrativo>> y por lo tanto no puede anularse, debió entonces estudiar las disposiciones adoptadas en la resolución de liquidación como un acto jurídico o declaración unilateral de voluntad, como lo indica en la regla adoptada; debió determinar si las estipulaciones en las que se fundó eran válidas; y debió establecer si la potestad ejercida por la ESP se ajustaba o no a lo pactado en ellas. Todo lo anterior debió hacerlo con el objeto de establecer si debían dejarse sin efectos las determinaciones tomadas en ella y ordenar los reintegros a que hubiera lugar.

39.- Pero no se hizo nada de lo anterior porque el contratista no formuló ninguna petición fundada en el incumplimiento del contrato, con lo cual se desconoció la regla de unificación según la cual <<En garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y la aplicación del principio *iura novit curia*, se debe adecuar e interpretar la demanda y



Radicación: 76001233100020060332003 (53962)

Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.

reconducirla para fallarla de fondo, conforme a la presente unificación>>.

40.- En desarrollo de esta regla debían <<adecuarse>> las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que ella se presentó de acuerdo con las disposiciones legales vigentes antes de que fuera expedida esta sentencia de unificación. Ello en realidad no se hizo.

Fecha *ut supra*,

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SALA PLENA**

Radicación: 76001-23-31-000-2006-03320-03 (53.962).
Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.
Demandado: Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P.-.
Referencia: Controversias contractuales.
Ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez.
Sentencia: 9 de mayo de 2024.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, procedo a exponer las razones que me llevaron a salvar el voto en la providencia de la referencia, mediante la cual (i) se unificó la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con la naturaleza jurídica de los actos contractuales proferidos por las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y (ii) se modificó la sentencia de primera instancia, para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

Tal y como ocurrió en la sentencia del 3 de septiembre de 2020 (rad.: 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42.003)), en la que la Sala unificó su jurisprudencia sobre la naturaleza de los actos precontractuales de las ESP, en la providencia objeto de este salvamento se coligió que los actos contractuales de dichas entidades no constituyen actos administrativos -sino actos jurídicos-. Lo anterior, en atención al régimen de las empresas prestadoras de servicios públicos, el cual, por virtud de los artículos 31¹ y 32² de la Ley 142 de 1994, es el derecho privado.

En concreto, la Sala sostuvo lo siguiente:

*54. De manera que cuando una entidad estatal celebra un contrato que se rige por las normas del derecho privado, es legalmente admisible que se pacten cláusulas cuya ejecución corresponda a una de ellas, aunque el ejercicio de tales facultades no tenga origen en una prerrogativa atribuida por ley a la contratante, sino en la libertad contractual en la que se fundamentó dicho acuerdo, de modo que si la entidad materializa las atribuciones unilaterales pactadas a través de éstos, se trata de actos contractuales y no administrativos.
[...]*

¹ “ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 3 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 [...]”.

² ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. // La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce [...]”.



56. [...] En estos términos, cuando una entidad pública está sometida al régimen de derecho común debe “actuar en las mismas condiciones que un particular, por lo cual no estaba habilitada para expedir un acto administrativo”, ni puede adjudicarse, por sí misma, competencias que son de rango legal -sin perjuicio de aquellas hipótesis en que el legislador ha autorizado de manera excepcional la posibilidad de que las ESP puedan expedir actos administrativos-. [...]

60. La noción de acto administrativo y sus elementos, también permite a la Sala ilustrar el escenario en que se ubica el sub examine pues los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, con indiferencia de si son entidades públicas, privadas o mixtas, no ostentan el carácter de administrativos, conclusión a la que se arriba por medio de la constatación de que en estos casos dichas empresas no actúan -por regla general- en ejercicio de prerrogativas de poder [...].

-Como lo puse de presente en el salvamento de voto de la precitada sentencia del 3 de septiembre de 2020, considero que los actos de las ESP -precontractuales o contractuales- son administrativos, pues todo acto unilateral de la administración destinado a producir efectos jurídicos goza de esta naturaleza, al margen del régimen contractual que sea aplicable -en el caso de estas entidades, el derecho privado-.

En el proveído del cual me aparto se condiciona la existencia o inexistencia del acto administrativo al uso de prerrogativas de poder público. Este criterio, en mi opinión, es limitado, pues reduce las actuaciones de la administración pública a expresiones de imperio, soberanía, poder o autoridad. Si bien es cierto que la administración actúa de diferentes maneras, no en todas ellas está involucrado el poder coercitivo del Estado -como cuando se implementan programas orientados a mejorar la educación o la salud de la población-.

En ese sentido, estoy convencida de que toda manifestación unilateral de la voluntad administrativa destinada a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas -en especial, cuando tales efectos se orientan a garantizar los fines del Estado o a proteger los derechos superiores-, adquiere la connotación de un acto administrativo, lo cual no solo dota de herramientas a la administración para hacer cumplir sus decisiones (a partir de sus atributos de obligatoriedad y ejecutividad), sino que le permite a los ciudadanos poner en marcha diferentes mecanismos de control (como la nulidad, la nulidad y el restablecimiento del derecho o las controversias contractuales).

-Por otro lado, estimo irrelevante que el régimen de las ESP sea el derecho privado, ya que eso no les impide expedir actos administrativos. Es claro que existe una diferencia entre el régimen sustantivo aplicable y la naturaleza del acto, por lo que las decisiones unilaterales de las ESP serán actos administrativos, aun cuando su objeto (su contenido material) se someta a la normativa civil y mercantil.



Adicionalmente, que el acto administrativo se regule por el derecho privado no desdibuja los demás elementos que deben acreditarse, como la competencia, la motivación y el respeto por el debido proceso.

-De cualquier modo, es innegable que el régimen de las ESP no es privado en su totalidad, puesto que deben observarse los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal (contenidos en los artículos 209 y 267 de la Constitución). En efecto, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007³ cristalizó la voluntad del legislador, en virtud de la cual todos los regímenes excluidos o exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública debían aplicar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, equidad, desarrollo sostenible y valoración de costos ambientales.

¿Cómo podría argumentarse que un acto es privado si debe atender los principios de la función administrativa? Es imposible. Debe recordarse que las decisiones de las ESP no se reducen a simples actos de gestión empresarial, orientados a actuar como un agente más del mercado, por cuanto también buscan prestar adecuadamente los servicios a su cargo, asegurando -de esa forma- el interés general.

Aunque la Sala, en la providencia de la referencia, se abstuvo de mencionar la Ley 1150 de 2007 (teniendo claro que el contrato objeto de debate era del año 2005), es indiscutible que esta norma impone un régimen mixto para las ESP (oficiales o mixtas), las cuales, al obedecer los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, estarán profiriendo necesariamente actos administrativos.

-En complemento de estas ideas, también debe tenerse en cuenta que las ESP oficiales (como lo era en esta oportunidad EMSIRVA) administran exclusivamente recursos públicos, por lo que sus determinaciones, cuando afectan el presupuesto estatal, adquieren el carácter de actos administrativos, sin que haya otra actividad más típicamente administrativa que la de ordenar y comprometer el gasto público.

-Soy consciente de que las entidades que actúan en competencia con el sector privado deben gozar de un mayor grado de libertad, pero ello no puede auspiciar la falta de control sobre las decisiones administrativas. Que los actos contractuales de

³ *“ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal [...]”.*



las ESP no sean administrativos, se refleja en la imposibilidad de impugnar su legalidad, en tanto el único control que podría hacerse sería en el marco de un incumplimiento, lo cual resulta deficiente y permite la subsistencia de actos que, aunque a todas luces son ilegales, no pueden invalidarse por no ser pasibles de la pretensión de nulidad.

-Con todo, creo que el razonamiento de la Sala representa un retroceso para la vigilancia que puede ejercer la ciudadanía frente a las decisiones que adoptan los prestadores de servicios públicos domiciliarios, a pesar de la importancia que tienen estos servicios en el cumplimiento de los fines estatales.

-Si bien he sido ponente de sentencias en las que se ha afirmado que los actos contractuales de las ESP no son administrativos⁴, tal situación obedeció a un acatamiento de la tesis mayoritaria de la Subsección A y a una aplicación coherente de la sentencia de unificación 42.003 en materia de actos precontractuales⁵. Por esta razón, dejo sentado que, en mi criterio, las ESP sí expiden este tipo de actos, lo cual no se ve afectado por el régimen contractual al cual se encuentran sometidas.

En este punto, quiero resaltar que, habiendo expuesto mi posición respecto a este tema, me relevo de tener que aclarar mi voto en todas las providencias que acojan la tesis unificada de la Sección Tercera, pues mi deber como juez implica respetar las reglas de unificación de esta Corporación, sin que eso comprometa mi opinión personal.

En los términos anteriores, dejo consignado mi salvamento de voto.

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN
Magistrada

⁴ Por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 17 de octubre de 2023, C.P.: María Adriana Marín. Rad.: 76001-23-31-000-2012-00560-01 (53.694). En este proveído, se expresó: “Al margen de esta última precisión, lo cierto es que el contrato derivado de la Oferta Mercantil No. 055-2009 se sometía, de manera preponderante, a los postulados de la autonomía de la voluntad y a los lineamientos de los Códigos Civil y de Comercio. Por tal razón, los actos que fueran expedidos por la entidad demandada en ejercicio de esta relación comercial no eran -según la tesis mayoritaria de la Sala- actos administrativos. Aunque EMCALI terminó y liquidó el contrato, mediante el acta del 26 de julio de 2010 (fls. 69 – 78, c1), tal decisión no adquiere el ropaje de un acto administrativo, puesto que la Ley 142 de 1994 estableció un régimen especial para las empresas de servicios públicos, en el cual no se consagró, por regla general, la competencia para expedir este tipo de actuaciones”.

⁵ A pesar de que la sentencia 42.003 solo unificó la jurisprudencia de la Sección Tercera en relación con la naturaleza de los actos precontractuales de las ESP -arguyendo que los mismos no son administrativos-, sería ilógico que, al estudiar los actos contractuales, se llegara a una conclusión diferente. Ciertamente, no era posible que en las providencias de las cuales fui ponente se aplicara el razonamiento de la sentencia de unificación para evaluar la naturaleza de los actos precontractuales, sin que ello debiera extenderse a los litigios vinculados con los actos proferidos con motivo de la actividad contractual.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SALA PLENA

Bogotá DC, nueve (9) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Magistrado Ponente:	JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Expediente:	76001-23-31-000-2006-03320-03 (53.962)
Solicitante:	AG CONSULTORES AMBIENTALES LTDA
Demandado:	EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO DE ASEO DE CALI (EMSIRVA ESP)
Medio de control	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto:	SALVAMENTO DE VOTO – NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS JURÍDICOS CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

SALVAMENTO DE VOTO

En consonancia con lo manifestado en la respectiva sesión de la Sala, no comparto la decisión adoptada en la providencia del 9 de mayo de 2024 proferida en el proceso de la referencia, por las siguientes razones:

1) las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial -tal como ocurre con EMSIRVA ESP para el caso concreto- hacen parte del sector descentralizado por servicios de conformidad con lo prescrito en el literal d) del numeral 2 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 –*por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política*-.

En consecuencia, no puedo compartir las conclusiones contenidas en la sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020, expediente 42.003, en relación con la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de las ESP y que ahora se hacen extensivas a los actos proferidos durante la ejecución del contrato¹, pues, este tipo de manifestaciones

¹ Debo poner de presente que como integrante de la Sala de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado he participado en la aprobación de providencias en las cuales se ha aplicado el criterio contenido en la referida sentencia por tratarse de una decisión de unificación y, que por lo tanto, debe acatarse dada la naturaleza jurídica de dicho fallo; sin embargo, como esta oportunidad se ha abierto el debate para analizar la naturaleza de los actos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, como no comparto la tesis ni las conclusiones a las que se arribó en esa sentencia de 3 de septiembre de 2020, manifiesto que también disiento de esta otra decisión.

unilaterales de la voluntad de las entidades y autoridades administrativas directamente encaminadas a producir efectos jurídicos revisten la connotación de actos administrativos, en tanto afectan el presupuesto público y, por lo tanto, su expedición debe adecuarse a los postulados de los principios de las funciones administrativa y fiscal, razón por la cual esos actos pueden ser sometidos a controles de validez y de legalidad y no solo contrastados con parámetros de buena fe objetiva.

En ese orden de ideas, a diferencia de lo señalado en la providencia de la referencia, la teoría del acto administrativo no está circunscrita o asociada a la denominada “prerrogativa de poder público”, porque es perfectamente posible que una entidad sometida a un régimen exceptuado de contratación pueda expedir actos administrativos, en la medida que compromete el presupuesto de la entidad estatal, con independencia de que intervenga en un mercado de libre competencia o de libre participación.

2) La Constitución Política de 1991 otorgó al Congreso de la República la competencia para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (inciso final artículo 150), tarea que se formalizó con la promulgación de la Ley 80 de 1993 cuyo propósito o vocación inicial era la de convertirse en cuerpo normativo universal aplicable a la totalidad de la contratación pública estatal, y especialmente de la administración nacional tal como quedó consignado, inequívocamente, en la exposición de motivos del proyecto que finalmente se convertiría en ley de la República.

En efecto, el mencionado estatuto propugnó por un marco normativo general y único de contratación para todas las entidades estatales del orden nacional y territorial, con la particularidad de que el principio rector del régimen contractual es el de la autonomía de la voluntad, salvo los aspectos que tienen una regulación expresa, entre los que se encuentran (i) los principios para el desarrollo de los procedimientos de selección de los contratistas, específicamente para garantizar la selección objetiva; (ii) los aspectos concretos sobre la capacidad para contratar, inhabilidades e incompatibilidades; (iii) registro único de proponentes, (iv) asignación de los riesgos, (v) las potestades excepcionales y las de dirección del contrato; (vi) el perfeccionamiento y la forma del negocio jurídico; (vi) normas complementarias y especiales sobre nulidades del contrato; (vii) liquidación del negocio jurídico y, (viii) solución de controversias.

Es importante aclarar que el hecho de que la Ley 80 de 1993 estableciera como principio y eje la autonomía de la voluntad no significa en modo alguno, que el régimen general de los

contratos estatales sea el privado y la normativa pública opere de modo supletivo o accesorio.

3) No obstante lo anterior, no cabe duda alguna de que el Estado participa directamente en la prestación de bienes y servicios en un esquema de mercado o de competencia, motivo por el cual es preciso que cuente con herramientas y esquemas de negocio jurídico que le permitan ejercer de manera eficiente, eficaz y rentable la correspondiente actividad económica y, por esa específica razón, no resulta admisible que se impongan a las entidades públicas la estructura y rigidez administrativa propia de un procedimiento estatal para la celebración y modificación de contratos típicamente comerciales.

Esta necesidad de instrumentos contractuales más eficientes hizo que el legislador, rápidamente, estableciera una nueva categoría de negocios jurídicos estatales denominados “*régimenes exceptuados de contratación pública*”, eventos en los cuales pueden advertirse dos situaciones o escenarios, el primero, cuando la propia Ley 80 de 1993 remite a normas especiales que regulan determinados negocios jurídicos de algunas entidades estatales (v gr contratos de exploración y explotación de recursos naturales, concesión de telecomunicaciones, concesión del servicio de telefonía de larga distancia, entre otros) y, el segundo, cuando leyes especiales, posteriores a la Ley 80 de 1993, regulan o prevén el régimen de contratación de la respectiva entidad, asignándole uno específico, concretamente, el de derecho privado o público diferente al de la Ley 80 de 1993 (v gr Ley 142 de 1994 de servicios públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, entidades financieras, entre otras).

Posteriormente, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 -modificatoria de la Ley 80 de 1993- previó lo siguiente:

***“Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.*”**

<Inciso adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. El nuevo texto es el siguiente:> En desarrollo de los anteriores principios, deberán publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP II) o la plataforma transaccional que haga sus veces. Para los efectos de este artículo, se entiende por actividad contractual los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes,

contratista, contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la poscontractual.

<Inciso adicionado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, se establecerá un periodo de transición de seis (6) meses, para que las entidades den cumplimiento efectivo a lo aquí establecido” (negritas adicionales).

De la lectura de la referida norma se pueden extraer algunas conclusiones esenciales para definir el contenido y alcance de la disposición: (i) la aplicación en la actividad contractual - que incluye la etapa precontractual, contractual y poscontractual- de los principios de la función administrativa (artículo 209 CP) y de la gestión fiscal (artículo 267 CP); (ii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades contenido en la Ley 80 de 1993 se hace extensivo a los regímenes exceptuados y, (iii) se debe garantizar el principio de publicidad contractual, motivo por el cual todos los documentos relacionados con la actividad comercial deben ser gestionados a través del sistema electrónico para la contratación pública (SECOP II).

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 489 de 1998 determinó como objeto de regulación “*el ejercicio de la función administrativa, la estructura y la definición de los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública*”; el artículo 2 previó que dicha ley “***se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la (...) prestación de servicios públicos***” (se resalta) y, finalmente, el artículo 3 impuso, en cuanto sean compatibles, la aplicación de los principios de la función administrativa a las ESP y demás entidades públicas con independencia del régimen de contratación.

4) En ese orden de ideas, discrepo de la sentencia aprobada por la mayoría de la Sala Plena de la Sección Tercera por cuanto en ella se evadió, por completo, el debate acerca de la aplicación del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 a los contratos de régimen exceptuado, dentro de los cuales se encuentran los celebrados por las Empresas de Servicios Públicos (ESP).

Es particularmente relevante advertir que, según la sentencia de unificación adoptada, el régimen de autonomía de los servicios públicos hace que los contratos celebrados por las ESP tengan una naturaleza especial y particular que los enmarcaría en una categoría *sui generis*, pues, no serían contratos estatales de Ley 80 de 1993 (EGCAP) ni tampoco contratos estatales de régimen exceptuado, por lo cual no resultaría aplicable a este tipo de negocios el precitado artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Por consiguiente, me aparto por completo de la anterior conclusión, sobre la base de considerar que la Sala omitió varios criterios hermenéuticos que han debido ser tenidos en cuenta para resolver el problema jurídico consistente en definir si el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 era o no una disposición aplicable a los contratos que celebran las empresas de servicios públicos domiciliarios; el primer criterio interpretativo es el temporal, dado que la Ley 1150 de 2007 es una ley posterior a la Ley 142 de 1994 (artículo 2 Ley 153 de 1887)² y, el segundo, es el derivado del principio de nomofilaxis, según el cual donde el legislador no distinguió no es posible al intérprete hacerlo (“*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”)³.

En síntesis, en la sentencia de unificación se echa de menos un análisis que justifique las razones por las cuales los mandatos inequívocos del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 no son aplicables a los contratos estatales celebrados por empresas de servicios públicos domiciliarios; en otros términos, el criterio mayoritario ha debido explicar los motivos por los cuales considera que los principios de las funciones administrativa y fiscal (artículos 209 y 267 CP) no son aplicables a este tipo de negocios jurídicos, lo cual, reitero, los convierte, en una supuesta categoría de contratos estatales nueva y diferente.

Sobre este punto, la sentencia de unificación hace un examen extenso sobre el marco constitucional que regula los servicios públicos domiciliarios y, posteriormente, entra de lleno en las normas que regulan el régimen contractual aplicable (derecho privado), pero, omite por completo el debate que ha debido darse en torno a si a este tipo de contratos les resultan aplicables o no los principios de las funciones administrativa y fiscal, aspecto que, a mi modo de ver, era indispensable para establecer la naturaleza jurídica de los actos jurídicos que se profieren por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios a lo largo de la ejecución contractual.

A diferencia del criterio mayoritario, considero que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 resulta aplicable a todos los contratos estatales de régimen exceptuado, tal como lo prevé la norma en cuanto dispone: “*Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su*

² “La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria á otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”.

³ Al respecto consultar: Corte Constitucional, sentencias C-029 de 2019, C-055 de 2022 y C-394 de 2019.

régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política (...)”.

5) De modo que la tesis prohijada por la mayoría de la Sección Tercera es que ese tipo de “actos jurídicos” precontractuales y contractuales no revisten la condición de administrativos con independencia de que sean una expresión unilateral de la voluntad de la administración pública dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas.

El fundamento normativo del criterio mayoritario se encontró en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 que prescriben:

“Artículo 31. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

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.

PARÁGRAFO. *Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993”.*

“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.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce (...)” (se destaca).

A partir de esta lectura e interpretación jurídica surgen varios interrogantes y aspectos relevantes, tanto para los actos proferidos en la etapa precontractual como los expedidos en las fases contractual y poscontractual:

a) El artículo 13 de Ley 1150 de 2007 determina, expresamente, que las entidades de régimen contractual exceptuado “aplicarán”, acorde con su régimen especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, de modo que persiste la inquietud de cómo un acto jurídico precontractual -o poscontractual- que tiene que garantizar la efectividad de los principios y postulados básicos de la función administrativa no constituye precisamente un acto administrativo, más aún si en la expedición del citado acto la empresa (oficial o mixta) no se comporta simplemente como un particular, sino que, por el contrario, tiene que definir aspectos relacionados con principios esenciales de la función administrativa tales como la moralidad, la publicidad, la libertad de ofertar, la legalidad, la afectación del presupuesto público, entre muchos otros.

Es particularmente relevante advertir que la Ley 1150 de 2007 es posterior a la Ley 142 de 1994 y, por lo tanto, aplicable a todos los contratos de régimen exceptuado, por manera que los actos jurídicos precontractuales, contractuales y poscontractuales constituyen típicos actos administrativos cuando son expedidos por empresas prestadoras de servicios públicos de carácter oficial o mixtas.

b) ¿El régimen del contrato determina la naturaleza de los actos precontractuales y es su causa calificante o, por el contrario, es tan solo una consecuencia de su naturaleza jurídica? La anterior inquietud surge por cuanto el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 reguló, única y exclusivamente, el régimen de los contratos y, por su parte, el artículo 32 *ibidem* dejó la salvedad de que los actos de las ESP serían de derecho privado, salvo que la Constitución y la ley dispusieran otra cosa, por lo cual podría entenderse que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 -norma posterior en el tiempo- incidió necesariamente en la naturaleza del acto, por el hecho de hacerles extensivos los principios de las funciones administrativa y fiscal a este tipo de manifestaciones unilaterales de voluntad de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

c) De conformidad con el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, “*por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto*” toda afectación presupuestal deber estar contenida o soportada en actos administrativos que, a su vez, cuenten con certificados de disponibilidad

presupuestal, aunque, debe advertirse que ello no significa que para que se pueda perfeccionar un contrato estatal -de Ley 80 de 1993 o de régimen exceptuado- se requiera contar con certificado y registro presupuestales, dado que esa discusión ya fue zanjada por el legislador con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que modificó el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 para precisar que el negocio jurídico se perfecciona o existe con el acuerdo de voluntades de los contratantes sobre objeto y contraprestación; sin embargo, los actos precontractuales que afectan el presupuesto, según la normas de presupuesto, revisten la naturaleza de administrativos, en tanto así lo establece la Ley Orgánica de Presupuesto, normativa que prevalece sobre las demás leyes y las que la contravengan no tendrán efecto (artículo 64 Ley 179 de 1994).

d) Si el acto jurídico precontractual de derecho privado tiene que respetar los principios de la función administrativa y de la función fiscal, no resulta lógico que su examen de validez se restrinja o circunscriba al solo estudio de la buena fe y de cumplimiento contractuales (culpa *in contrahendo* y buena fe objetiva), sobre la base de que se requiere un parangón entre el acto y el orden jurídico superior, esto es, un examen de legalidad; en este punto se confunden el régimen legal de los actos precontractuales (análisis y control de legalidad) con el régimen de los negocios jurídicos y los actos proferidos con fundamento en los mismos (buena fe contractual, clausulado del contrato, orden público y buenas costumbres, entre otros).

En efecto, en la sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020, expediente 42.033 se circunscribió o redujo el análisis jurídico de los actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios a su confrontación con el principio de buena fe objetiva y al escenario del incumplimiento, pero, dejó de lado aspectos fundamentales e inescindiblemente ligados al acto jurídico, tales como la competencia para su expedición y, por lo tanto, aspectos del juicio de validez del acto mismo.

e) Se genera un efecto perverso para el control ciudadano, pues, sobre la base de la teoría del acto administrativo se podía solicitar la suspensión provisional de los efectos de la decisión y se garantizaba que cualquier proponente pudiera demandarlo, mientras que con la teoría del acto precontractual y contractual privado se limita el control sobre este tipo de manifestaciones de la voluntad, dado que solo podrá demandar el proponente que acredite un daño antijurídico (artículo 90 CP), es decir, el proponente no favorecido que acredite que su propuesta fue la mejor, en tanto será el único que estaría legitimado, en un escenario de reparación directa, para reclamar la reparación del daño y, no sobra recordar, que el daño

es el primer elemento de la responsabilidad, de allí que si el demandante no demuestra su daño, será imposible que el juez analice la imputación (deber de reparar a la luz de la buena fe precontractual).

f) Una modificación, por vía jurisprudencial, en relación con el medio de control jurisdiccional para acceder a la administración de justicia y los requisitos para demandar debió constituir jurisprudencia anunciada y ser solo aplicable a casos futuros, porque, la labor que se viene haciendo genera una adaptación de cargos de nulidad y de conceptos de la violación para reconducir todas esas censuras a un abstracto control de “buena fe objetiva” que, finalmente, termina siendo un control de legalidad con apoyo en otro rótulo o título.

g) La acción de reparación directa está concebida para el control jurisdiccional de los comportamientos administrativos en los que no media la voluntad de la administración pública, es decir, de actos administrativos en donde no se controvierte la legalidad del acto por cuanto a través de ella se reclaman los daños derivados de las acciones u omisiones administrativas, operaciones administrativas y ocupación de inmuebles permanente o transitoria por razón de trabajos públicos o por cualquier causa (v gr constitución de albergues o refugios, campamentos, etc) esto es, actividades que no contienen manifestaciones de voluntad de las autoridades y entidades en ejercicio de función administrativa.

Además, estimo que las dos sentencias de unificación -la de 2020 y la de la referencia- hacen una interpretación no correcta de los artículos 86 del Decreto 01 de 1984 -subrogado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998- y 140 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) que disponen:

“Artículo 86. *La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.*

“.....

“Artículo 140. REPARACIÓN DIRECTA. *En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.*

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño” (se destaca).

De la lectura de las normas transcritas se evidencia que la expresión “*o por cualquier otra causa*” hace referencia a la ocupación temporal o permanente de inmuebles, por cuanto viene de señalar que la acción o el medio de control jurisdiccional de reparación directa será procedente para reclamar daños y perjuicios cuando, entre otras, la causa del daño esté originada en la ocupación por causa de trabajos públicos “*o por cualquier otra causa*” (se destaca), como lo sería, por ejemplo, la necesidad de utilizar predios de particulares para la construcción de albergues o refugios, campamentos de la Fuerza Pública, etc.

h) Desde otro punto de vista, es especialmente relevante advertir que hasta la fecha no se ha unificado la jurisprudencia en relación con la naturaleza jurídica de los manuales de contratación de las entidades públicas de régimen exceptuado, lo cual también dificulta la hermenéutica sobre el control de los actos particulares expedidos a lo largo del proceso de selección. En sentencia del 28 de abril de 2021, expediente no. 53.049, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado afirmó, sin ambages, que este tipo de manuales constituían verdaderos actos administrativos de carácter general, pues, asumir lo contrario implicaría dejarlos desprovistos de control jurisdiccional.

Lo cierto es que constituye un total contrasentido sostener, simultáneamente, que el manual de contratación es un acto administrativo de contenido general y abstracto -posición que se comparte- y, al mismo tiempo, afirmar que con fundamento en aquel se profieren actos jurídicos unilaterales de derecho privado, debido a que estos últimos no pueden ser anulados por no ser administrativos (control de legalidad), por lo cual podrían desconocer abiertamente el manual de contratación con sujeción al cual fueron expedidos.

En ese orden de ideas, surge la necesidad de unificar, igualmente, la naturaleza de los manuales de contratación, puesto que con base en estos se expiden los actos precontractuales y contractuales de derecho privado cuya naturaleza es objeto de unificación.

5) Por otra parte, tiene toda la lógica que los actos contractuales o poscontractuales puedan revestir o contener facultades unilaterales otorgadas en el texto mismo del contrato, por ser

la manifestación de un acuerdo de voluntades (v gr multas, declaratoria de incumplimiento, liquidación unilateral, entre otros); sin embargo, esos actos jurídicos constituyen verdaderos actos administrativos por contener una manifestación unilateral de la voluntad de la administración pública directamente encaminada a producir efectos de creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas, de allí que su estudio de validez no puede quedar limitado a su confrontación con los estándares de la buena fe objetiva y de incumplimiento del contrato, dado que, existen aspectos o materias que sobre las cuales es preciso que el juez se pronuncie, tal como ocurre con la competencia, la motivación y el procedimiento (v gr debido proceso) para su expedición, más aún si a este tipo de contratos les resultan aplicables los principios de la función administrativa.

De igual manera, es particularmente relevante observar que las empresas de servicios públicos domiciliarios, en principio, no pueden pactar cláusulas o potestades excepcionales, salvo lo establecido en el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 685 de 2001 que prevé: *“Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”*.

Por consiguiente, los contratos que celebren las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden incorporar potestades exorbitantes, pero, no producto del pacto, convención o de la mera liberalidad de los contratantes, sino como producto de una previsión normativa que estableció el legislador, para que sean las autoridades de control del respectivo sector (comisiones de regulación) las que dispongan o autoricen su inclusión en el negocio jurídico.

De modo que las empresas de servicios públicos domiciliarios o las entidades públicas sometidas a regímenes exceptuados de contratación expiden actos administrativos precontractuales y contractuales (v gr acto de adjudicación, declaratoria de desierta, pliegos de condiciones, entre otros), con independencia de que se trate de cláusulas excepcionales al derecho común (v gr caducidad, modificación unilateral, reversión, etc.)-, por inclusión obligatoria de este tipo de potestades-, pues, en uno u otro caso, la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a través de manifestaciones unilaterales de la

voluntad que deben ser expedidas con apego irrestricto a los principios de la función administrativa y de la responsabilidad fiscal.

6) Sin perjuicio de lo anterior, es necesario precisar que la forma como se ejecuta el presupuesto es a través del pago de la nómina, el pago de conciliaciones y condenas judiciales y, con la celebración de contratos; en ese orden de ideas, las entidades públicas, con independencia de si pertenecen al sector central o al descentralizado, al suscribir negocios jurídicos comprometen el presupuesto público, en otros términos, el erario, con mayor razón si se trata de empresas oficiales en las que su capital social es totalmente público al menos con 90% o más de carácter estatal.

Por su parte, el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 dispone, explícita y puntualmente, que todo acto administrativo que afecte una apropiación presupuestal debe contar con el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal previo que garantice la existencia de suficientes recursos para atender esos gastos.

7) En este caso concreto, las resoluciones demandadas (GG- no. 01117 de 11 de octubre de 2006 y GG-00033 del 24 de enero de 2007) constituían típicos actos administrativos, tal como lo concluyó el tribunal de primera instancia, motivo por el cual el estudio de su legalidad no podía quedar reducido o limitado a la verificación de los elementos de existencia de los actos jurídicos de derecho privado, así como tampoco se podía limitar la competencia del juez para liquidar este tipo de negocios jurídicos, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), norma procesal que es aplicable a todos los contratos estatales, con independencia del régimen jurídico sustancial aplicable.

8) El principio "*iura novit curia*" no es el fundamento idóneo para adecuar los medios de control; en este caso concreto, la parte actora demandó la legalidad de la resolución que liquidó unilateralmente el contrato de obra suscrito entre las partes, motivo por el cual ha debido estudiarse la controversia desde la perspectiva de la legalidad del acto de liquidación, más aún, se insiste, si a este tipo de contratos deben aplicarse los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, según lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

En ese orden de ideas, la sentencia de unificación en algunos apartes resulta contradictoria por cuanto, de un lado, se argumenta que el régimen de servicios públicos está altamente regulado, intervenido y direccionado; no obstante, por haberse establecido que los actos y contratos están sometidos al derecho privado se concluye que a estos no les resultan

aplicables los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, a pesar de que existe una disposición normativa que prescribe precisamente todo lo contrario.

El mencionado principio "*iura novit curia*", según el cual el juez conoce el derecho, no puede servir de patente de corso para alterar los medios de control jurisdiccionales, porque, esto supone desconocer el contenido mismo de la ley procesal que es de orden público; si la parte actora demanda la validez (legalidad) de una resolución que contiene una liquidación unilateral del contrato, considero que el referido postulado no empodera al juez para adecuar el medio de control jurisdiccional y el contenido de la demanda, para interpretarla y encausarla con el ropaje de la teoría del acto de derecho privado.

En el presente asunto, las partes pactaron una habilitación expresa de liquidación en favor de Emsirva, así como también la posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal y declarar el siniestro sin tener que acudir al juez del contrato, por lo cual era necesario definir si la resolución demandada se adecuaba o no al ordenamiento jurídico y a las estipulaciones contractuales sin que, en modo alguno, el juez pudiera obviar el contenido de acto para estudiar directamente los presuntos incumplimientos alegados por la parte actora.

9) En la demanda no solo se pidió expresamente la nulidad de la resolución que liquidó unilateralmente el contrato por falta de competencia, sino también la liquidación judicial del contrato; no obstante, la sentencia estudia de fondo los incumplimientos, pero no dice nada en relación con la validez del "*acto jurídico de derecho privado*", por lo cual, se dejó incólume el acto denominado "*acto jurídico de derecho privado*", sin que frente al mismo se hubiese hecho un mínimo ejercicio de control de legalidad o, incluso, de buena fe objetiva.

Por consiguiente, considero que debió estudiarse la validez de los actos jurídicos de liquidación para establecer si era posible o no liquidar unilateralmente el contrato, antes de estudiar uno a uno los incumplimientos alegados en la demanda, más aún si los actos demandados fueron proferidos con posterioridad a la presentación de la demanda, razón por la cual era imperativo establecer si fueron expedidos sin competencia temporal de la entidad demandada.

En otras palabras, la Sala concluyó que este tipo de actos jurídicos son de derecho privado y, por lo tanto, no son susceptibles de control de legalidad; sin embargo, su contenido y alcance sí debe confrontarse de acuerdo con el principio de buena fe objetiva, pese a ello, en este caso concreto la sentencia se abstuvo de analizar o controlar el acto jurídico a la luz de las normas superiores de derecho privado y, por el contrario, el estudio se circunscribió a definir si estaban o no probados los incumplimientos alegados en la demanda.

En consecuencia, la sentencia no solo alteró el contenido de la demanda para reencausarla e interpretarla, sino que, además, modificó el estudio natural de la controversia, pues, lo normal es que se hubiera analizado el denominado “acto jurídico de derecho privado de liquidación unilateral” para establecer si el mismo había sido proferido con sujeción a las normas de derecho privado (v gr buena fe objetiva) y, luego, en caso de que el acto fuera “inexistente, inválido o ineficaz” estudiar los incumplimientos invocados por la sociedad demandante; *contrario sensu*, la providencia se abstuvo de controlar el acto de derecho privado para estudiar de manera directa los incumplimientos alegados, por manera que se dejó de lado el control de un acto que liquidaba unilateralmente el negocio jurídico.

Lo anterior genera los siguientes interrogantes: ¿por qué la sentencia omitió el estudio de existencia, validez e ineficacia del acto jurídico de derecho privado de liquidación unilateral?, ¿qué habría pasado si alguno de los incumplimientos invocados en la demanda hubiese quedado acreditado?, ¿si se hubiera advertido el incumplimiento del contrato qué habría ocurrido con la resolución demandada, esto, es persistía como acto jurídico o desaparecía del mundo jurídico?, ¿de haberse acreditado un incumplimiento, el juez podría haber liquidado judicialmente el contrato en los términos solicitados en la demanda, a pesar de que existía un acto (resolución) de liquidación unilateral? ¿La administración pública, en este caso concreto, Emsirva⁴, podría invocar, aducir y aplicar la Resolución GG-01117 del 11 de octubre de 2006 para adelantar un proceso de jurisdicción coactiva en contra de la sociedad contratista, toda vez que el referido acto de liquidación unilateral no fue declarado inexistente, nulo o inoponible, máxime si en el trámite del proceso ejecutivo no se puede proponer como excepción la invalidez del título?.

10) En síntesis, discrepo de la sentencia de unificación en tanto considero que ha debido confirmarse la sentencia apelada que estudió la validez de la Resolución GG-01117 del 11 de octubre de 2006 y declaró la falta de competencia para la expedición de la Resolución GG-00033 del 24 de enero de 2007 -que resolvió el recurso de reposición en contra de la primera- por haberse proferido después de notificado el auto admisorio de la demanda.

Este tipo de manifestaciones unilaterales de la voluntad de las empresas de servicios públicos oficiales o mixtas constituyen verdaderos actos administrativos susceptibles de control de legalidad -incluso es posible solicitar su suspensión provisional como medida

⁴ Es importante advertir que la Corte Constitucional ha señalado que solo las empresas de servicios públicos oficiales con régimen de empresas industriales y comerciales del Estado, y los municipios prestadores directos de servicios públicos domiciliarios gozan de la prerrogativa de la jurisdicción coactiva, en los términos del artículo 98 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) (ver sentencia C-666 de 2000, MP José Gregorio Hernández Galindo).

cautelar-, por cuanto tienen que respetar los principios de la función administrativa, de la función fiscal y, adicionalmente, porque comprometen el presupuesto oficial de las correspondientes entidades estatales.

11) En ese específico contexto fáctico y normativo, considero equivocado que se acuda a un principio jurisprudencial como el “*iusa novit curia*” para alterar, cambiar y sustituir el cauce fijado en la demanda, según el criterio del juez, para que este sea el encargado de definir qué se controla y cómo se controla, con desconocimiento de las normas procesales de orden público, tal como ocurrió en este caso concreto, en el cual se dejó de lado el control de legalidad de un acto proferido unilateralmente por la administración, para estudiar directamente los presuntos incumplimientos alegados en la demanda, sin tener en cuenta, en modo alguno, la posible incidencia que hubiera tenido acceder total o parcialmente a las pretensiones de la demanda, cuando de por medio existió un acto jurídico -administrativo- que no fue retirado del orden jurídico.

En efecto, frente al caso concreto estimo que, al margen de la tesis prohijada la sentencia de unificación, lo cierto es que, con antelación a estudiar los posibles o eventuales incumplimientos alegados en la demanda, la Sala ha debido analizar la “inexistencia, validez e ineficacia” de lo que se denomina “acto jurídico de derecho privado de liquidación unilateral” para establecer si ese acto fue proferido con apego al orden jurídico superior y si era o no acorde con la buena fe objetiva, en aras de establecer si era necesario retirarlo o no del mundo jurídico.

Así las cosas, estimo que la Sala no podía estudiar uno a uno los incumplimientos alegados por la sociedad demandante, sin que previamente se hubiera definido la suerte de la Resolución GG-1117 del 11 de octubre de 2006, pues, con independencia de que se trate de un acto administrativo o un acto jurídico de derecho privado, lo cierto es que sí constituye un acto jurídico unilateral, proferido con habilitación contractual previa y expresa, razón suficiente para que fuera necesario establecer si el contenido de ese acto se ajustaba o no al ordenamiento jurídico.

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

Constancia. El presente salvamento de voto fue firmado electrónicamente por el magistrado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Radicación número: 76001233100020060332003 (53.962)

Actor: AG CONSULTORES AMBIENTALES LTDA

Demandado: EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO DE ASEO DE CALI – EMSIRVA E.S.P.-

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EXCEPTUADAS-No comporta el ejercicio de función administrativa. CONTRATISTA-Como colaborador de la administración no ejerce función administrativa.

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el acostumbrado respeto hacia la Sala, considero importante realizar la siguiente aclaración sobre la decisión que comparto:

1. Dentro de los antecedentes que han obrado en la materia, se puede señalar aquella tendencia que afirma que la presencia de los principios de la función administrativa hace que los actos emitidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios sean de carácter administrativo¹.

Tratadistas², señalan que el derecho administrativo es el derecho de la función administrativa, y por ende el acto administrativo es expresión natural de ésta última. Tal dogmática no puede trasladarse de forma pura a los contratos estatales, donde la existencia de un acuerdo negocial, el alcance impartido por las

¹ Cfr. Consejo de Estado, sentencias de 13 de abril de 2011, Rad. 37423; de 9 de octubre de 2013, Rad. 30763; de 12 de febrero de 2014, Rad. 28209; de 10 de febrero de 2016, Rad. 38696; de 24 de octubre de 2016, Rad. 45607; de 6 de julio de 2017, Rad. 51920.

² GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1. Capítulo V. página 25. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 2009.



partes, el régimen jurídico aplicable, así como el sector correspondiente resultan preponderantes.

Como bien lo afirma CASSAGNE “Es evidente que el aspecto finalista de la función administrativa ha de orientarse a la realización del bien común, satisfaciendo las exigencias tanto de la comunidad como de los individuos que la integran. Pero, no obstante que el bien común puede alcanzarse por medio de formas y regímenes jurídicos reglados por el derecho privado, deben excluirse de la función administrativa en sentido material todas aquellas actividades típicamente privadas, especialmente la actividad industrial y comercial. Ello no es óbice para admitir la existencia, en tales casos, de actos de régimen jurídico entremezclado, que no trasuntan plenamente el ejercicio de la función materialmente administrativa...”³

En desarrollo de lo anterior, la extensión que hizo la ley 1150 de 2007, a toda contratación con recursos públicos, no implica de suyo que no deban modularse y analizarse la aplicación de los principios de la función administrativa a los acuerdos del Estado en todas sus formas (artículo 13). Dicho análisis adquiere aún más relevancia en sectores donde desde la propia Constitución, como bien lo afirma la decisión, es aún más cercana o exclusiva la aplicación del derecho privado.

En tal sentido, no considero que el derecho de la contratación pública sea el derecho de la función administrativa. Un contratista no ejerce ésta última, colabora en el interés público ínsito en el acuerdo celebrado; se aumentan sus deberes y responsabilidades por tal motivo, lo que es distinto. Debe entonces anteponerse la característica y naturaleza de los actos, como en este caso de derecho privado, frente a la aplicación de principios propios de la función administrativa, que como he referenciado son ajenos a su desarrollo. Para ello debe primar el alcance de las reglas contractuales pactadas, no puede afirmarse por ejemplo que bajo a la aplicación de los principios allí señalados, actuaciones como la liquidación de los contratos deban obedecer a parámetros de moralidad.

³ CASSAGNE, Juan Carlos. Los grandes principios del Derecho Público. Editorial Temis 2018. Bogotá. Página 111.



3
Expediente n°. 53962
Demandante: AG CONSULTORES
AMBIENTALES LTDA

2. Finalmente, y frente al caso, considero que la facultad de liquidación unilateral ejercida por EMSIRVA, no surgió de la cláusula pactada, sino de una interpretación errónea de aquella derivada de la terminación unilateral. Es por ello que se citaron ambas cláusulas en el acto mediante el cual se liquidó el contrato.

En esos términos dejo sentado mi voto disidente.

WILLIAM BARRERA MUÑOZ

VF



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Magistrado ponente: José Roberto Sáchica Mendez

Radicación: 76001-23-31-000-2006-03320-03 (53962)
Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.
Demandada: Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali –EMSIRVA E.S.P.-
Referencia: Controversias contractuales

Aclaración de voto de Alberto Montaña Plata

Cuando advierto la necesidad de aclarar mi voto en una providencia, procuro hacerlo de manera corta y centrando mi atención en diferencias conceptuales que no cambian la decisión. En esta ocasión debo hacerlo de manera más extensa, porque, en primer lugar, me veo forzado a presentar una reflexión genérica sobre la labor de unificación y creación de una regla jurisprudencial como se hace en esta sentencia, pues estimo que una visión equivocada en este punto puede comportar una aproximación también equivocada de la solución del caso y sus implicaciones; si bien en este punto tengo serias diferencias con la sentencia, acompaño la decisión porque comparto el elemento central de unificación (1); sin embargo, como acostumbro en toda aclaración, debo poner de presente las diferencias conceptuales por ausencia o contradicción, que no inciden en mi acuerdo con la decisión que se adopta (2).

Antes de hacer referencia a estos dos puntos debo anotar la importancia que para mí significa que, como en la presente sentencia, se unifique la jurisprudencia de la Sección Tercera. No comparto aquellas voces que opinan que las discrepancias y aclaraciones le quitan fuerza a la labor de unificar. Puede que no sea el resultado deseado, pero los jueces plurales no solamente tienen el derecho y el deber de manifestar sus discrepancias e ideas complementarias o diferenciadoras, sino que con ello contribuyen a la madurez del derecho en general y a la mejor comprensión de la jurisprudencia en particular.

1. Algunas consideraciones necesarias sobre la unificación jurisprudencial y la consecuente creación de reglas constitutivas de precedente. Una visión diferente que fuerza a entender la sentencia desde otra perspectiva

Debo comenzar con algunas consideraciones sobre la jurisprudencia como fuente del derecho y, de manera más precisa, sobre las decisiones de unificación del Consejo de Estado. La jurisprudencia como fuente requiere una manera precisa de pensar el derecho y de acercarse a él. El punto de partida ha de ser, siempre, la labor principal que desempeña un juez: administrar justicia.

Hago esta reflexión por la más sencilla de las razones; el juez cuando profiere una sentencia debe, antes que nada, resolver la situación fáctico-jurídica que tiene en frente. La labor de identificar las reglas de derecho que surgen de una decisión judicial, tanto en el *Common Law* como en nuestra propia tradición, ha sido una labor posterior que realizan los propios jueces, los practicantes o la academia. En ese orden de ideas, ha sido una realidad de todos los tiempos, salvo los nuestros, que el juez decide el caso presente y con posterioridad este se identifica como precedente para decisiones posteriores.

Por todo lo señalado, nuestra práctica unificadora es peculiar y muy propia de nuestro tiempo y contexto. No conozco, en el derecho comparado, otra Corte que identifique la regla jurisprudencial que va a “proferir” cuando decide un caso. Pese a esa particularidad, muy nuestra, he de confesar que confío en el sistema que ha desarrollado el Consejo de Estado de identificar cuál es la regla unificada; creo que ello aporta a la seguridad jurídica y a la predictibilidad del sistema de justicia, valores ellos en sí mismos.

No obstante, debo señalar, una vez más, que me distancia de la mayoría de la Sala mis diferencias sobre el estilo, la estructura y la forma en la que se extraen las reglas jurisprudenciales. La decisión adoptada por la Sala primero unifica sobre unas reglas de derecho y, luego de ello, decide el caso. No puedo compartir esa manera de extraer las reglas, identificarlas, presentarlas, y decidir. Me opongo a que los jueces creen primero unas reglas y luego decidan el caso con base en ellas. Si el juez piensa en las reglas que define, o crea, antes que, en la resolución del caso, ese juez se está apartando de su labor primaria, original y principal: administrar justicia. Si primero se crea la regla y después se decide el caso, el juez actúa de manera similar a un legislador y crea el derecho primero para que luego sea aplicado. Por demás, casi de manera retroactiva a un caso cuyos hechos ocurrieron tiempo atrás.

Reitero, como lo he expresado antes, que concibo a la jurisprudencia como un elemento que permite sistematizar y ordenar el derecho existente y, eventualmente, como una fuente de reglas de derecho. Sin embargo, estas reglas deben tener sustento en el raciocinio concreto que guía la labor del juez que decide un caso, y no de un legislador que prevé consecuencias generales para una situación alejada de particularidades fácticas¹. Es por ello, también, que no comparto que se unifique sobre asuntos que no surgen del caso a decidir, aun cuando sean problemáticos en la práctica. O que se unifique o use la jurisprudencia como fuente del derecho en ausencia de similitudes fáctico-jurídicas que justifiquen la aplicación de una regla jurisprudencial.

¹ Salvamento de voto a la Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 24 de mayo de 2023, rad. 11001-03-15-000-2020-00471-00.

Así las cosas, las decisiones posteriores a las cuales se aplica una regla que surge de la jurisprudencia, ha de decirse, no deben tener una identidad fáctica perfecta; no todos los hechos deben ser iguales para que pueda hablarse de precedente. Basta, en ese sentido, una similitud o semejanza fáctico-jurídica para que la regla jurisprudencial resulte aplicable. De lo contrario, la jurisprudencia como fuente del derecho se tornaría inútil por la escasez, o acaso imposibilidad, de una identidad fáctica perfecta.

Cuando se tiene esta idea (poco original y bastante común) de la unificación y el precedente, cuesta trabajo leer, entender y compartir una unificación que construye una regla jurisprudencial para solucionar un “caso concreto”, como si no todas las sentencias judiciales que adopta la Sección Tercera del Consejo de Estado se refieran la solución de un caso. En la sentencia que aclaro, una vez lograda una lectura bajo la comprensión que tengo del asunto, entiendo que la regla jurisprudencial que se creó pudo haber sido construida a partir de la solución del caso. Por ello comparto la regla jurisprudencial que se crea, aunque con un ejercicio mental y argumentativo distinto.

Acompañé la decisión porque comparto en gran medida su contenido. La Sentencia de 3 de septiembre de 2020 (exp. 42003) había esclarecido la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de las ESP y el tratamiento judicial que debe darse a las demandas que se presenten contra ellos. Observo que, inicialmente, esa decisión fue bien recibida por el sector especializado de los servicios públicos, precisamente, por otorgar seguridad jurídica en relación con los actos precontractuales. Además, no fue mucho después que la jurisprudencia entendió que había allí una subregla jurisprudencial que podía, por razones jurídicas sólidas, extenderse a otros actos contractuales e incluso a otros regímenes especiales o exceptuados. En efecto, no parece haber ninguna razón para distinguir los actos precontractuales de los contractuales, ni tampoco un régimen sometido a derecho privado de otro, salvo que una norma jurídica otorgue una naturaleza jurídica distinta a un acto en particular.

Por ello, comparto con la Sentencia respecto de la cual aclaro el voto, que reconoce el efecto expansivo de aquel precedente mencionado. Por otro lado, acompañé el sentido de la decisión porque, una vez avocado el conocimiento de la Sala Plena de la Sección Tercera sobre un asunto cuyas particularidades representaban más desafíos y dificultades, que oportunidades para unificar, al resolver el caso y decidir el asunto concreto, las consideraciones sobre las pretensiones del demandante y, en especial, el alcance del recurso de apelación llevaba a que las pretensiones fueran negadas.

Hasta allí llegan los acuerdos. No solo el asunto que se escogió para unificar la jurisprudencia sobre la naturaleza de los actos contractuales de las ESP contenía muchos más retos que posibilidades, sino que la técnica a través de la cual se

unificó la jurisprudencia me parece desacertada. Esto, porque estoy convencido de que la función de unificación supone que, primero se deba resolver el caso sometido a estudio, para, luego, con fundamento en la decisión, inferir las reglas jurisprudenciales unificadas, no lo contrario.

2. Diferencias conceptuales con la sentencia que no inciden en la decisión

En esta ocasión, el camino que se escogió para unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado es confuso y problemático. Es un camino en el que, por demás, nunca se llega a aplicar al caso las propias consideraciones de la unificación. Por el contrario, luego de anunciar las reglas unificadas, se olvidan por completo y se dejan de lado a la hora de resolver la cuestión que fue sometida a consideración de la Sala.

El asunto seleccionado para unificar la jurisprudencia tenía retos adicionales que comenzaban por la naturaleza misma del pacto contractual, pues existían dudas sobre el hecho de que se estuviera ante una verdadera facultad de liquidación unilateral en el contrato en torno al cual giró la controversia. Los términos en los que fue pactada la pretendida facultad se alejan de aquellos en los que debería estar redactada una cláusula contractual que le otorgue a una parte la potestad para liquidar unilateralmente el contrato o para ejercer cualquiera otra facultad unilateral. Sobre este asunto es importante recordar que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha insistido en que, las facultades que, de manera unilateral, puede ejercer una parte contractual respecto de la otra, deben consistir en un *“pacto expreso y claro al respecto. Esto significa que, ante la carencia de expresividad y claridad, no puede extraerse que las partes hayan pactado convencionalmente el ejercicio de esa unilateralidad”*².

Además de las inquietudes sobre la naturaleza misma de la cláusula pactada, al negar las pretensiones de la demanda se dejaron incólumes y con plenos efectos *“actos administrativos”* en los que la ESP ejerció la facultad de liquidación unilateral, terminó de manera anticipada el contrato, declaró la ocurrencia de un siniestro e hizo efectiva la cláusula penal. Esto es, al negar las pretensiones, se omitió por completo juzgar con el entendimiento que debe acompañar el hecho de que los actos no fueran típicos actos administrativos sino actos contractuales regidos por el derecho privado.

Si bien es cierto que las pretensiones del demandante y los argumentos de su recurso de apelación no se centraron en la naturaleza de la actuación contractual, quizás se le exija un imposible a un demandante cuando se afirma que el rechazo a sus peticiones se da porque *“no elevó pretensiones cuestionando el ejercicio de la referida facultad para declarar la terminación*

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 22 de octubre de 2021, exp. 65978.

anticipada del contrato", ni elevó cargos distintos a la temporalidad de su ejercicio, en lo que respecta a la declaratoria de efectividad de la cláusula penal y a la declaratoria unilateral de la ocurrencia del siniestro. Si la naturaleza de los actos contractuales se unificó en esta Sentencia es precisamente porque existían posturas divergentes al respecto. Obligar a un demandante a formular pretensiones que se basaran en una clara exclusión de la naturaleza de actos administrativos, cuando ha sido esta jurisdicción la que, hasta hace poco así los entendía, es por lo menos, una postura que puede resultar sorpresiva para quienes acceden a la administración de justicia.

Los fundamentos expresados en la parte considerativa de la Sentencia, relativos a la competencia atribuida al juez de segunda instancia y a la obligación de resolver *"aquellos asuntos que guardan íntima relación con el thema decidendi de la apelación, [...] que se constituyen en presupuesto de análisis para resolver la censura y sin los cuales la decisión a adoptar resulta incompleta, incongruente, o se emite simplemente de manera formal; todo lo cual redundaría en una forma de vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia"*, eran las mismas consideraciones a las que se debió acudir para haber resuelto el asunto con fundamento en la forma en la que se pactó y, en especial, en la que se ejerció la consabida facultad unilateral.

Bastaba con advertir que la ESP, al momento de ejercer su facultad unilateral, desbordó el pacto contractual mismo, pues la ejerció fuera del término que se habían dado las partes. La Sentencia no advierte que la facultad (si es que en realidad se pactó) estaba sometida a un plazo para su ejercicio. La cláusula 21 estableció un plazo de un mes para que el contrato fuera liquidado. De esta manera, si el contrato se terminó de ejecutar el 12 de mayo de 2006, la *"Resolución"* de 11 de octubre de 2006 (que es la primera de las resoluciones) se adoptó de manera extemporánea, pues la ESP solo tenía hasta el 13 de junio de 2006 para ejercer la facultad de liquidar el contrato, de conformidad con lo pactado, que suponía un procedimiento que se debía adelantar en 30 días, y de manera escalonada.

A lo anterior se suma que el ejercicio de la facultad de declaratoria unilateral del siniestro se hizo sin existir habilitación alguna. Tal y como fue advertido en la Sentencia de 19 de junio de 2019, exp. 39800, que sirvió de sustento a la decisión sobre la que ahora aclaro el voto, *"una entidad estatal cuyos actos y contratos se rijan por el derecho privado, deberá realizar las mismas actuaciones que el resto de sujetos de derecho privado; así, para el caso del contrato de seguros, deberá acudir a la aseguradora a demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios. [...] Un sujeto de derecho privado debe acudir a las disposiciones especiales sobre el contrato de seguros, contenidas en el Código de Comercio, en especial, al artículo 1077, que indica que le "corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la*

pérdida, si fuere el caso". [...] *la entidad demandada debía demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, y no ampararse en un acto administrativo, para derivar de allí, entre otras consideraciones, su presunción de legalidad, y declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo*".

En concreto, el estudio de la capacidad, o la falta de ella, para ejercer una facultad unilateral, era el camino adecuado para efectuar un juicio propio de los actos de derecho privado, camino que hubiera permitido identificar la configuración de un incumplimiento de la entidad demandada. La aplicación al caso de la segunda regla unificada, que señala que: "*en garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y la aplicación del principio iura novit curia, se debe adecuar e interpretar la demanda y reconducirla para fallarla de fondo, conforme a la presente unificación*", debió haber llevado a la Sala, en estricto sentido, a interpretar la demanda y el recurso de apelación para efectuar un estudio sobre la capacidad de la empresa demandada para el ejercicio de la facultad unilateral en los términos en los que lo hizo, pues el demandante sí alegó un problema de competencia a la hora de expedir lo que la entidad calificó de actos administrativos.

Sumado a lo anterior, al igual que ocurrió en la Sentencia de 3 de septiembre de 2020, en esta ocasión se debió dejar claro, que las ESP, tanto en su actividad precontractual como la contractual, deben darle plena aplicación a los principios de la función administrativa, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Las posturas minoritarias que abogan por su eventual exclusión, por ser directamente contrarias a la ley y abiertamente inconstitucionales³, merecen una contundente y abierta oposición. Me tranquiliza que el resto de la Sala coincidió conmigo en la claridad de que, a las ESP, así como al resto de regímenes exceptuados o especiales, les resultan plena e incontestablemente aplicables los principios de la función administrativa, por lo que, cualquier interpretación contraria, no podría fundar decisiones futuras.

Por último, en la Sentencia se hace una problemática y, a mi juicio errada, asimilación de varios conceptos y disquisiciones teóricas. Lo he dicho antes: las sentencias judiciales no son disertaciones doctrinales. Asombra el exceso de este tipo de afirmaciones generales, que no constituyen el fundamento de la decisión⁴. Los *obiter dicta*, que no apuntan a resolver el caso, para derivar de allí las reglas jurisprudenciales a unificar, contaminan las sentencias judiciales, afectan la seguridad jurídica y dificultan la comprensión de la decisión, al poner al justiciable en la difícil tarea de diferenciar las razones que fundaron la sentencia, de aquello que se quiso decir, no en razón del caso y de su resolución, sino con ocasión de ella – dichos de paso. En consecuencia, me opongo ahora

³ Corte Constitucional, Sentencias C-306 de 2019, C-118 de 2018 y C-722 de 2007.

⁴ Salvamento de voto a la Sentencia de la Sección Tercera, Subsección B, de 13 de julio de 2022, exp. 46467.

a tratar de aclarar lo que, tan decididamente el ponente dispuso que hiciera parte de la decisión, pues descreo que, impulsado por la intención de aportar ahora algo de claridad, resulte por conseguirlo y no termine esta aclaración por enmarañar más el considerable número de conceptos jurídicos sobre los que se ambicionó arrojar una explicación y un desarrollo conceptual, como es el caso (para solo mencionar uno) de la conceptualización sobre los actos administrativos.

Las providencias deben ofrecer reglas jurisprudenciales de interpretación claras y uniformes, que justifiquen en la práctica su carácter vinculante, que faciliten el tráfico jurídico y disminuyan la judicialización de los conflictos más comunes. Los problemas jurídicos resueltos por la regla deben ser formulados de manera concreta, con claridad y han de surgir de hechos identificables. La caracterización de los problemas jurídicos y de los hechos relevantes permite que pueda operarse la misma regla en circunstancias esencialmente similares. Así es como una providencia de unificación puede servir a operadores y usuarios del sistema, como un instrumento para la seguridad jurídica y la igualdad ante el derecho, no como una disquisición teórica sobre un inabarcable universo de conceptos controversiales.

Firmado electrónicamente

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Magistrado



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

Consejero ponente: José Roberto Sáchica Méndez

Expediente: 76001233100020060332003 (53.962)
Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.
Demandada: Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali –EMSIRVA E.S.P.
Medio: Controversias contractuales

ACLARACIÓN DE VOTO

Compartiendo las decisiones adoptadas por la Sección, este Despacho considera pertinente aclarar el voto, a propósito de la causa *petendi*, particularmente, en lo que atañe a las aparentes facultades, en cabeza de la demandada, para la liquidación unilateral del contrato, la aplicación directa de la cláusula penal pecuniaria y la efectividad de la póliza de seguros. En concreto, se constata que, a diferencia de lo reconocido en el fallo (párrafos 95 y 96, en función de las cláusulas 21 y 30), el negocio jurídico no concedió las referidas prerrogativas a la empresa de servicios públicos (ESP), como se procede a explicar.

De la cláusula 21 del contrato, que se denominó liquidación, se derivan elementos diferentes a la concesión de facultades unilaterales, a saber -como principales:

- (i) Contratista e interventor, inicialmente, verificarían valores por pagar;
- (ii) Si no lograban un acuerdo, se intentaría entre la ESP y el contratista;
- (iii) Si tampoco se perfeccionaba el acuerdo, la ESP dejaría constancia en el “proyecto de acta de liquidación” [énfasis fuera del texto original];
- (iv) Si los valores eran a favor del contratista, la ESP le informaría y si no aceptaba, los consignaría mediante depósito judicial; y
- (v) Si los valores eran a favor de la ESP, esta procedería “al cobro judicial de lo debido o a hacer efectivas las pólizas si el contratista no realiza el pago” [énfasis fuera del texto original]

Así, se corrobora que no se otorgó a la ESP unilateralidades. Para reclamar el saldo que consideraba a su favor, debía demandar al contratista y, para hacer efectivas las garantías, le correspondía -inicialmente- acudir ante la aseguradora, al amparo de las reglas del Código de Comercio. Y, ante la eventual ausencia de pago, demandarla.



Expediente: 76001233100020060332003 (53.962)
Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.
Demandada: Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali
Medio: Controversias contractuales

Por su parte, la cláusula 30, sobre la terminación anormal, se separa del caso concreto, por cuanto el contrato -como se reconoce en la sentencia objeto de la presente aclaración- finalizó por el vencimiento del plazo de ejecución pactado. Esto es, la prerrogativa de terminar el negocio jurídico no era aplicable y, por tanto, no soportaba -tampoco- la liquidación unilateral.

En ese contexto, al tratarse de un contrato estatal gobernado por el derecho privado, las facultades debieron quedar registradas de forma expresa, diáfana e inequívoca. Así, no se percibe, de las cláusulas reseñadas, la intención de las partes de dotar a la ESP de dichas prerrogativas. En este sentido, los extremos de la relación contractual, en punto de la liquidación, la cláusula penal pecuniaria y las garantías, decidieron -desde el pacto- mantenerse en aquel derecho privado.

En el asunto particular, se itera, ni la ley ni el negocio permitían que la ESP unilateralmente liquidara el contrato, impusiera la cláusula penal y aplicara directamente las pólizas. Aspecto diferente es que la ESP se haya comportado como un ente sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, como la demandante no cuestionó esa circunstancia (y así se acreditó en el fallo, párrafo 97), no era dable un pronunciamiento judicial al respecto.

En los anteriores términos se dejan anotadas las precisiones frente a lo considerado por la Sala en la sentencia dictada dentro del proceso de la referencia.

Fecha *ut supra*,

**FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ**

Nota: Esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link . Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SALA PLENA

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación: 76001233100020060332003 (53.962)
Demandante: AG Consultores Ambientales Ltda.
Demandado: Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali – EMSIRVA E.S.P.-
Acción: Controversias contractuales
Temas: EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Se unifica la jurisprudencia para establecer que sus actos contractuales no son ni pueden examinarse como actos administrativos al regirse por el derecho privado, para controvertirlos a través del medio de control de controversias contractuales, el demandante no está obligado a solicitar su anulación.

ACLARACIÓN DE VOTO

Acompañé la formulación de la regla de unificación definida en esta sentencia, porque, en los términos en que fue aprobada, satisface la necesidad que había de unificar la jurisprudencia de la Sección en lo atinente a la naturaleza, régimen jurídico y medio de control judicial de los actos expedidos con ocasión de la ejecución de los acuerdos de voluntades celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

En lo que concierne a la solución del caso particular, aunque estimo completa la motivación que llevó a la Sala a no emitir pronunciamiento sobre las Resoluciones GG-01117 del 11 de octubre de 2006 y GG-00033 del 24 de enero de 2007, veo útil explicitar los atributos de los que carece el acto producto de la autonomía privada en comparación con el acto administrativo.

En este sentido, cuando la Sala dijo: *“Por consiguiente, resulta opuesto a su naturaleza asignarles el carácter administrativo ante sus profundas distancias, pues ello significa negar su propia condición, lo que desdice abruptamente del régimen al cual están sometidos; de modo que así se presenten o sean nombrados sus actos como administrativos, es definitivo que no corresponden a tal categoría, ni la*

adquieren por la fuerza de su sola denominación”; y, cuando afirmó que actos de este tipo “*no adolecen de los vicios que se predicán de los actos administrativos*”, estaba derivando consecuencias de la fuente que da forma, motivo, contenido y fin a la decisión unilateral de derecho privado, no otra que la autonomía de la voluntad.

El acto unilateral de derecho privado vincula a quien lo expide en cuanto le obliga a ser consecuente con su propia decisión. No es vinculante para ningún otro sujeto, mientras este no lo consienta. Cosa diferente ocurre con el acto administrativo, que una vez adquiere firmeza, obliga a sus destinatarios y la administración puede llevar a cabo su ejecución aun contra la voluntad de aquellos, lo que se explica porque en atención al principio de legalidad que los rige este debe expedirse con estricta sujeción a la Ley.

Ahora bien, los atributos de obligatoriedad y ejecutividad del acto administrativo en firme los hace efectivos el ordenamiento jurídico válido de su presunción de legalidad. Esta presunción tiene por consecuencia el traslado, a quien pretenda decisión judicial contraria al contenido del acto, de la carga de demostrar su ilegalidad, esto es, de abatir tal presunción y obtener sentencia declarativa de la invalidez del acto.

Como las resoluciones demandadas en este proceso son actos de derecho privado, no gozan de tales atributos. Esto explica que la sección haya podido pronunciarse sobre las pretensiones de condena sin hacerlo previamente sobre la validez de aquellas.

No huelga decir que las Resoluciones GG-01117 del 11 de octubre de 2006 y GG-00033 del 24 de enero de 2007 existen, en cuanto actos jurídicos, pero para mayor claridad resulta útil decir que no son oponibles ni a su destinatario ni a ningún tercero, y que no gozan del atributo de ejecutividad, ni puede la empresa que los profirió, derivar de ellos consecuencia alguna. Y así quedó dicho en la parte motiva de la sentencia como presupuesto de lo decidido frente a las demás pretensiones.

Estos los términos de mi aclaración.

Fecha ut Supra,

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado
Firmado electrónicamente