



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

**Consejero Ponente: FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ**

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

**Radicación:** 50001233300020140028501 (70.247)  
**Demandante:** Transportes Circular S.A.S.  
**Demandada:** Ecopetrol S.A.  
**Referencia:** Acto precontractual no administrativo

*Temas: MEDIO DE CONTROL – Corresponde al objeto general de la jurisdicción y compendia -con un epígrafe- la controversia. No es acción judicial, pretensión procesal, demanda contenciosa ni proceso judicial. Es innecesaria su adecuación, en punto de la denominación. OBJETO ESPECÍFICO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – Conoce de aquellas controversias y litigios en los que estén involucradas las entidades públicas, incluyendo procesos relativos a su responsabilidad extracontractual, cualquiera que sea el régimen aplicable. RÉGIMEN CONTRACTUAL DE ECOPETROL S.A. – entidad exceptuada del Estatuto general de Contratación de la Administración Pública (EGCAP). ACTOS PRECONTRACTUALES DE ENTIDADES EXCEPTUADAS DEL EGCAP – No ostentan la naturaleza de actos administrativos. REPARACIÓN DIRECTA – Es el rótulo para el litigio originado en actos precontractuales emitidos por entidades exceptuadas del EGCAP. REPARACIÓN DIRECTA, CONTROVERSIA CONTRACTUAL Y NULIDAD CON RESTABLECIMIENTO – Las demandas que ventilan cada una de esas controversias se surten por el mismo proceso. CARGA DE LA PRUEBA – Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

1. La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 14 de abril de 2023, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**SÍNTESIS DEL CASO**

2. Ecopetrol S.A. inició un concurso cerrado para la contratación del servicio de transporte terrestre de su personal en el Departamento del Meta. Una vez surtida la evaluación de las propuestas y como consecuencia de la observación formulada por dos de los proponentes, mediante “acto de cancelación del proceso de selección (PS)” del 27 de diciembre de 2013, la entidad decidió cancelar el procedimiento, según se adujo, por la posible fuga de información que habría beneficiado a uno de los concursantes (aquí demandante), en perjuicio de los demás. La sociedad accionante pretendió la declaratoria de nulidad de esa decisión, argumentando que debió ser la adjudicataria del contrato al haber obtenido el mejor puntaje dentro de la calificación efectuada y -como consecuencia de ello- solicitó el restablecimiento de su derecho o, subsidiariamente, el pago de costas e indemnizaciones, para lo cual invocó en su demanda el medio de control de “controversias contractuales”; pero, el Tribunal *a quo* la admitió como “nulidad y restablecimiento del derecho”.



## ANTECEDENTES

### ***La demanda y las razones de hecho y de derecho en las que se fundamentó***

3. El 16 de mayo de 2014<sup>1</sup>, la sociedad Transportes Circular S.A.S.<sup>2</sup> -en adelante, también, la proponente, la accionante o la demandante-, a través de apoderado judicial, interpuso demanda en contra de Ecopetrol S.A. -en lo sucesivo, igualmente, la demandada, la accionada o la entidad-, en la que invocó el medio de control de controversias contractuales, formulando las siguientes pretensiones (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

#### ***“I. DECLARACIONES Y CONDENAS***

*De manera atenta solicito a su despacho a:*

- 1. Declarar la nulidad del acto administrativo que sin fundamento expidió Ecopetrol con el cual se canceló el proceso licitatorio No. 50036251 de 2013.*
  - 2. Como consecuencia de la anterior declaración que se condene a restablecer el derecho a la empresa TRANSPORTE CIRCULAR S.A.S. dentro del proceso licitatorio No.50036251, ya que antes que Ecopetrol S.A. terminará el proceso licitatorio era la ADJUDICATARIA del contrato en comento.*
  - 3. En subsidio de la anterior, condenar a la entidad demandada al pago de las COSTAS e INDEMNIZACIONES que hubiere lugar, en el presente proceso”.*
4. Como fundamentos fácticos y jurídicos, en síntesis, se mencionaron los siguientes:
5. El 26 de noviembre de 2013, Ecopetrol S.A. dio apertura al concurso cerrado No. 50036251, denominado “SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO TERRESTRE ESPECIAL PARA EL PERSONAL DE ECOPETROL SA, EN EL DEPARTAMENTO DEL META Y CIUDADES DE COLOMBIA AUTORIZADAS”.
6. Manifestó que había sido adjudicataria del mismo objeto en ocasiones anteriores y que venía desarrollándolo durante seis (6) años consecutivos, por lo que contaba con la experiencia e información previa para presentarse al concurso.
7. Afirmó que, por este motivo, se postuló al procedimiento y su propuesta era la más acertada para ser la adjudicataria del contrato.
8. Posterior al inicio del procedimiento de selección, Ecopetrol S.A. emitió cuatro (4) adendas en torno, entre otros, a los anexos y especificaciones técnicas y económicas.

---

<sup>1</sup> Páginas 2 a 14 del archivo “8\_INCORPORAEXPEDIENTEDIGITALIZADO\_01CUADERNO1.pdf”, índice 12 del expediente SAMAI de primera instancia. Se aclara que la demanda fue inicialmente radicada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, corporación que resolvió remitirla, por competencia, al Tribunal Administrativo del Meta.

<sup>2</sup> Esta es la denominación de la sociedad, conforme a su certificado de existencia y representación legal, visible en las págs. 13 a 23 del archivo “10\_INCORPORAEXPEDIENTEDIGITALIZADO\_03CUADERNODEPRUE.pdf”, índice 14 del expediente SAMAI de primera instancia.



9. La demandante aseveró que su propuesta tenía el puntaje más alto y que cumplió con los requisitos exigidos en los “*pliegos de condiciones*” publicados por la entidad pública.
10. La demandada dio por terminado el proceso, según se señaló, sin ninguna explicación a los proponentes.
11. Relató que, en una reunión sostenida en Ecopetrol S.A., ésta indicó que la cancelación del proceso obedeció a que los valores económicos de la propuesta de la demandante y los valores que la entidad había calculado eran muy similares, situación que habría generado desconfianza en la entidad.
12. Expuso que, en dicha diligencia, explicó que había desarrollado el mismo objeto durante un periodo de seis (6) años seguidos y que la información que la entidad tenía recopilada y con la cual se realizó la convocatoria había sido recaudada durante dicho lapso.
13. La accionante argumentó que el acto de Ecopetrol S.A. estaba viciado de nulidad, en su decir, al encontrarse “*falsamente motivado, con desviación de poder y porque fue expedido contrariando las normas legales a las cuales estaba sujeta la entidad demandada*”.
14. Transportes Circular S.A. referenció su libelo como “*demanda de controversias contractuales*”, en el que manifestó interponer “*acción de controversias contractuales consagrada en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, encaminada a lograr la nulidad del acto administrativo de cancelación del proceso licitatorio concurso cerrado No. 50036251 y la restitución del derecho a favor de mi mandante*”.
15. La demanda fue inadmitida por el Tribunal Administrativo del Meta, con auto del 14 de agosto de 2015<sup>3</sup>, al encontrar que la accionante no aportó poder para actuar. En ese proveído, se indicó que “*la demanda incoada como controversia contractual no será tramitada bajo ese medio de control, pues (...) se le dará el trámite de nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera (sic) que se pretende la nulidad de un acto administrativo precontractual*”. Una vez subsanada la falencia advertida<sup>4</sup>, el *a quo* admitió el libelo introductorio por auto del 20 de noviembre de 2015<sup>5</sup>, en el que manifestó que “*se admite la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró a través de apoderado judicial, la empresa Transportes Circular S.A.S. contra Ecopetrol S.A.*”.

### **Contestación de la demanda**

16. El 3 de mayo de 2016<sup>6</sup>, la accionada contestó la demanda y se opuso a las pretensiones. Sostuvo que la decisión acusada se adoptó en obediencia del

<sup>3</sup> Páginas 26 a 28 del archivo “8\_INCORPORAEXPEDIENTEDIGITALIZADO\_01CUADERNO1.pdf”, índice 12 del expediente SAMAI de primera instancia.

<sup>4</sup> Páginas 33 a 37 *ibíd.*

<sup>5</sup> Páginas 39 y 40 *ibíd.*

<sup>6</sup> Páginas 56 a 76 *ibíd.*



ordenamiento jurídico y, puntualmente, del manual de contratación que gobernó su gestión negocial. Señaló que, aunque la actividad contractual de la entidad se desarrolla en el marco del derecho privado, a la misma le son exigibles los principios de la función administrativa y que, en esa medida, estaba obligada a velar por su protección durante el desarrollo del concurso cerrado.

17. Relató que, una vez presentadas las propuestas, el comité evaluador otorgó a Transportes Circular S.A.S. 1.000 puntos sobre 1.000, situación que la ubicó en el primer puesto de elegibilidad; con lo cual recomendó asignarle el contrato.
18. La demandada indicó que, con ocasión del anterior resultado, los otros dos proponentes presentaron escritos de observación y oposición frente a dicho informe del comité evaluador. Por un lado, puso de presente que la UT SST Ejecutivo del Llano formuló críticas en torno a la transparencia y el presupuesto del concurso<sup>7</sup>; por otro, destacó que Escoturs S.A.S. solicitó declararlo fallido, al cuestionar que Transportes Circular S.A.S. hubiese acertado en la gran mayoría de los ítems de la propuesta económica e insinuando que *“el oferente habría obtenido información que no se había proporcionado a los demás oferentes”*.
19. Argumentó que esa situación motivó la decisión de cancelar el proceso, dado que *“[s]e consideró en su momento que hubo fuga [de] información en desventaja para los demás participantes”* y *“se encontró que los cálculos de la asignación de los costos de vehículo estaban triplicados”*. Igualmente, puso de presente que lo anterior se vio aparejado de una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación y de una solicitud de investigación ante la Oficina de Control Interno Disciplinario de la entidad, ambas presentadas por Ecopetrol S.A.
20. La demandada enfatizó que la cancelación del proceso fue una determinación que encontró sustento en su manual de contratación y que fue adoptada con justificación en las observaciones formuladas por los demás proponentes y otros grupos de interés en las que se cuestionó la selección objetiva del eventual contratista. Adujo que el acto de cancelación se fundamentó en los siguientes motivos:

*“• Que revisada nuevamente la oferta ubicada en primer orden de elegibilidad, se encuentra que esta coincide en 31 ítem (de un total de 32) ofertados exactamente con un 5% por debajo del presupuesto discriminado de ECOPETROL, y un ítem, con un 4.97% por debajo del presupuesto, cumplimiento (sic) con ello de manera exacta con la desviación prevista en los DPS<sup>8</sup>, lo anterior, aun cuando ECOPETROL no publicó el presupuesto detallado del PS<sup>9</sup>.”*

*• Que resultado de la revisión anterior, ECOPETROL considera que pudiese existir fuga de información en desventaja para los demás participantes dentro del debido proceso de selección y resultado de ello, ECOPETROL se encuentra adelantando las respectivas investigaciones e informará a las autoridades competentes para que adelanten las respectivas investigaciones.*

<sup>7</sup> Sostuvo que en el concurso *“se termina amarrando un proceso para un contratista, al cual se le ha asignado previamente un presupuesto muy por encima de lo normal”*.

<sup>8</sup> Documentos del proceso de selección (aclaración fuera del original).

<sup>9</sup> Proceso de selección (aclaración fuera del original).



- Que después de analizada la situación, ECOPETROL en aras de garantizar la transparencia en el proceso de abastecimiento el total acatamiento de los principios que rigen la contratación tales como los principios de igualdad, imparcialidad, responsabilidad, transparencia, y en atención a las normas éticas que ha adoptado la empresa y en razón de ello se encuentra razonable la cancelación del concurso cerrado No. 50036251. (...)

21. Frente a los cargos de la demanda, argumentó que en ésta no se justificó el concepto de la violación aducida, dado que únicamente se enunciaron varias causales de ilegalidad, sin otorgarles desarrollo alguno.

### **La sentencia de primera instancia**

22. El Tribunal *a quo*, a través de la sentencia del 14 de abril de 2023<sup>10</sup>, denegó las pretensiones de la demanda.

23. Para comenzar, consideró que la demanda no permitió vislumbrar las causales de nulidad que se invocaron. Detalló que solo fue posible deducir, a partir de uno de los hechos narrados, un reproche concreto al acto por *falsa motivación* (en torno a la justificación para cancelar el concurso), de manera que delimitó el estudio de legalidad a la señalada causal. Así, determinó que no se configuró la ineptitud de la demanda por ausencia del concepto de la violación; pero, concluyó que los demás cargos formulados<sup>11</sup> no contaron con la argumentación necesaria para ser analizados en el fallo.

24. Seguidamente, descartó la caducidad de la acción, al encontrar que la demanda se presentó dentro de los cuatro (4) meses siguientes al momento en el que la actora manifestó conocer la existencia del acto<sup>12</sup>. Pese a encontrar que el poder para actuar fue otorgado el 31 de agosto de 2015 (después del término de 4 meses), el Tribunal acogió la posición del Consejo de Estado, según la cual el otorgamiento del poder de forma posterior a la presentación de la demanda permite convalidar las actuaciones procesales surtidas en ausencia del mandato.

25. Retornando al juicio de legalidad, el Tribunal concluyó que la demandante no demostró la configuración de la causal de invalidez por falsa motivación. Estimó que *“la motivación del acto demandado está debidamente respaldada con el material probatorio obrante en el expediente que da cuenta de las presuntas irregularidades que hubo en el proceso de selección que llevaron a la cancelación del mismo e incluso al inicio de investigaciones penales y disciplinarias”*, y que, a su vez, la accionante no cumplió con la carga de probar que contaba con la experiencia e información necesarias para ser adjudicataria del contrato<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Archivo “13\_SENTENCIA.pdf”, índice 17 del expediente SAMAI de primera instancia.

<sup>11</sup> Desviación de poder e infracción de normas superiores.

<sup>12</sup> Tuvo en cuenta, como punto de partida, el 20 de enero de 2014, día en el que la demandante radicó (i) la solicitud de conciliación prejudicial; y (ii) solicitud de reunión ante la entidad para discutir los motivos de la cancelación del proceso, en atención a la ausencia de prueba de que la decisión hubiese sido notificada en un momento diferente.

<sup>13</sup> *“Tampoco se allegó al expediente ninguna documental relacionada con el servicio que aduce haber prestado a la entidad por 6 años y menos aún los análisis y proyecciones a los que tuvo acceso dada su presunta calidad de contratista para lograr acercarse de tal manera a lo presupuestado en detalle por la empresa convocante que lo llevara a obtener el puntaje en el proceso de selección.”*



26. Por último, el Tribunal condenó en costas a la actora con fundamento en el criterio objetivo plasmado en el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP).

### **El recurso de apelación**

27. La parte demandante interpuso recurso de apelación<sup>14</sup> en contra de la sentencia de primera instancia. Tras ratificarse en los argumentos plasmados en el libelo introductorio, reprochó que el Tribunal le hubiese asignado la carga de probar su experiencia e idoneidad para ser adjudicataria del contrato y afirmó que dicha obligación se encontraba en cabeza de Ecopetrol S.A., dado que esa entidad debió aportar copia del expediente administrativo con la contestación de la demanda, incluyendo *“el contrato que se venía ejecutando entre Transportes Circular SAS con ECOPETROL SA. así como la documentación de la ejecución del mismo que se llevó a cabo por un periodo de 6 años y que se encontraba en poder de la Entidad”*, en virtud del parágrafo 1 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011.

28. La alzada fue concedida por el Tribunal mediante auto del 6 de julio de 2023<sup>15</sup>, y posteriormente admitida por esta corporación con auto del 22 de septiembre de 2023<sup>16</sup>. Tras ello, solamente el Ministerio Público se pronunció, allegando concepto en el que solicitó confirmar la sentencia de primer grado<sup>17</sup>.

## **CONSIDERACIONES**

### **Lo probado en el proceso**

29. Con base en las pruebas que obran en el expediente, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

30. De conformidad con el certificado de existencia y representación legal de Ecopetrol S.A., para el momento de la controversia, la entidad se encontraba calificada como *“una sociedad de economía mixta, de carácter comercial, organizada bajo la forma de sociedad anónima, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, con domicilio en la ciudad de Bogotá, de conformidad con la ley 1118 de 2006”*<sup>18</sup>.

31. El 15 de octubre de 2012, Ecopetrol S.A. adoptó un manual de contratación<sup>19</sup> en el que consagró el “concurso cerrado” como una de las modalidades de sus procesos de selección de contratistas. En ese instrumento, estableció la facultad

<sup>14</sup> Páginas 3 a 13 del archivo “18\_RECEPCIONRECURSOOTROS\_ILOVEPDF\_MERGED2.pdf”, índice 27 del expediente SAMAI de primera instancia.

<sup>15</sup> Archivo “19\_AUTODECIDERECURSO.pdf”, índice 31 del expediente SAMAI de primera instancia.

<sup>16</sup> Archivo “3\_3\_500012333000201400285011AUTOQUEADMITE20230922143930”, índice 4 del expediente SAMAI de segunda instancia.

<sup>17</sup> Archivo “6\_6\_50001233300020140028501120231017144220”, índice 10 del expediente SAMAI de segunda instancia.

<sup>18</sup> Certificado de existencia y representación legal visible en las págs. 25 a 68 del archivo “10\_INCORPORAEXPEDIENTEDIGITALIZADO\_03CUADERNODEPRUE.pdf”, índice 14 del expediente SAMAI de primera instancia.

<sup>19</sup> Págs. 77 a 109 del archivo “8\_INCORPORAEXPEDIENTEDIGITALIZADO\_01CUADERNO1.pdf”, índice 12 del expediente SAMAI de primera instancia.



de la entidad para efectuar la cancelación del proceso de selección (numeral 4.2.2.2.7), al señalar que “[s]i existen razones objetivas que así lo justifiquen, el proceso de selección podrá ser cancelado total o parcialmente. Esta decisión requiere de la respectiva justificación y del visto bueno del Funcionario Autorizado del nivel superior, y será informada a los interesados y/o proponentes”. Dicho documento se encontraba vigente para el momento en el que se inició el trámite precontractual que aquí se estudia.

32. El 18 de noviembre de 2013, la entidad emitió acta<sup>20</sup> en la que resolvió precalificar a los proponentes Unión Temporal SST - Ejecutivo del Llano, Empresa de Transporte de Servicio Especial y Escolar Escoturs S.A. y a Transporte Circular S.A.S. para participar en el eventual proceso de concurso cerrado para la contratación del servicio de transporte público terrestre para el personal de sus áreas de operación.
33. Conforme a lo señalado en la consideración primera de dicha acta, la invitación para participar en la precalificación fue enviada a varias compañías de la región el 10 de octubre de 2013 “de acuerdo con las consultas realizadas al Sistema de Información de Proveedores de Ecopetrol (SIPROE), base de datos de la Cámara de Comercio de Villavicencio y Habilitación del Ministerio de Transporte”.
34. Previa solicitud de contratación y emisión del acto de apertura del proceso de selección, identificado con el No. 50036251, cuyo objeto fue la contratación del “SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO TERRESTRE ESPECIAL PARA EL PERSONAL DE ECOPEPETROL S.A., EN EL DEPARTAMENTO DEL META Y CIUDADES DE COLOMBIA AUTORIZADAS”, la entidad emitió sendas invitaciones a los proponentes precalificados para que presentaran sus propuestas correspondientes<sup>21</sup>.
35. Según informe del 9 de diciembre de 2013<sup>22</sup>, los tres invitados presentaron ofertas económicas, con ocasión de las cuales el comité evaluador de la entidad señaló que “[s]e recomienda asignar el contrato (...) al PROPONENTE TRANSPORTES CIRCULAR SAS (...) considerando que su propuesta presentada dentro del Concurso Cerrado No. 50036251, se ubicó en el primer lugar del orden de elegibilidad establecido en el presente INFORME DE EVALUACIÓN (...)”.
36. El 10 y 11 de diciembre de 2013, los invitados no seleccionados presentaron sendas observaciones al resultado del proceso de selección, en las que sostuvieron la existencia de posibles vicios de transparencia en el mismo<sup>23</sup>. Por un lado, el representante legal de SST Ltda.<sup>24</sup> indicó que “en un proceso aparentemente transparente (...) se termina amarrando un proceso para un contratista, al cual se le ha asignado previamente un presupuesto muy por

<sup>20</sup> Págs. 110 a 112 *ibíd.*

<sup>21</sup> Págs. 113 a 126 *ibíd.*

<sup>22</sup> Págs. 75 a 87 del archivo “10\_INCORPORAEXPEDIENTEDIGITALIZADO\_03CUADERNODEPRUE.pdf”, índice 14 del expediente SAMAI de primera instancia.

<sup>23</sup> Págs. 381 a 384 del archivo “8\_INCORPORAEXPEDIENTEDIGITALIZADO\_01CUADERNO1.pdf”, índice 12 del expediente SAMAI de primera instancia.

<sup>24</sup> Integrante de la Unión Temporal SST - Ejecutivo del Llano.



*encima de lo normal*". Por otro, el gerente de Escotours S.A.S. (i) cuestionó que Transportes Circular S.A.S. acertara en la gran mayoría de los ítems de su propuesta económica; (ii) objetó que dicha sociedad hubiese solicitado el traslado de su sede para cumplir con el requisito de "localidad"; (iii) señaló que la proponente contaba con un antecedente de presentación de documentos falsos; y (iv) reprochó que, a último momento, se hubiese exigido el cumplimiento de una certificación medioambiental que solo cumplía la ganadora.

37. El 23 de diciembre de 2013, el área a cargo del proceso solicitó su cancelación, argumentando que, pese a que el presupuesto del proceso de selección no fue público, "*una de las ofertas coincide en 31 ítems exactamente por debajo en un 5 % del presupuesto (sic) discriminado de Ecopetrol (de un total de 32)*", con lo cual consideró que "*existió fuga de información en desventaja para los demás participantes*"<sup>25</sup>.

38. Mediante documento titulado "*ACTO DE CANCELACIÓN DEL PROCESO DE SELECCIÓN (PS)*" con fecha del 27 de diciembre de 2013<sup>26</sup>, la entidad resolvió "*cancelar el PS en el estado en el que se encuentra*", invocando la facultad prevista en el numeral 4.2.2.2.7 de su manual de contratación y con fundamento en la posible existencia de una fuga de información en desventaja de los participantes del proceso de selección.

39. El 20 de enero de 2014, Transportes Circular S.A.S. radicó solicitud de reunión ante la entidad, con el fin de explicar su posición frente a la orden de cancelación del proceso de selección<sup>27</sup>.

### ***Jurisdicción de lo contencioso administrativo y competencia del Consejo de Estado***

40. Una vez establecidos los hechos jurídicamente relevantes acreditados dentro del proceso, corresponde a la Sala establecer los motivos por los cuales el litigio suscitado debe ser conocido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, concretamente, por esta corporación.

41. El artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 señala aquellos procesos cuyo conocimiento es competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Concretamente, establece que, entre estos, se encuentran: "*Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable*", y especifica en su párrafo que "*se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%*". Aun cuando el artículo 105 *ejusdem* prevé excepciones para el estudio de la responsabilidad

<sup>25</sup> Pág. 423 *ibíd.*

<sup>26</sup> Págs. 89 a 90 del archivo "10\_INCORPORAEXPEDIENTEDIGITALIZADO\_03CUADERNODEPRUE.pdf", índice 14 del expediente SAMAI de primera instancia.

<sup>27</sup> Págs. 437 a 438 del archivo "8\_INCORPORAEXPEDIENTEDIGITALIZADO\_01CUADERNO1.pdf", índice 12 del expediente SAMAI de primera instancia.



extracontractual de ciertas entidades públicas, ninguna de ellas es aplicable al presente caso.

42. Conforme a lo anunciado, Ecopetrol S.A. es una sociedad de economía mixta con capital mayoritariamente estatal, a la luz de lo preceptuado en la Ley 1118 de 2006<sup>28</sup>, en concordancia con los artículos 68<sup>29</sup> y 97<sup>30</sup> de la Ley 489 de 1998. Este aspecto permite concluir su naturaleza pública y, por ende, la viabilidad de que sea esta jurisdicción la competente para conocer de la controversia ventilada, en torno a la emisión del “ACTO DE CANCELACIÓN DEL PROCESO DE SELECCIÓN (PS)” del 27 de diciembre de 2013.
43. En el presente caso, no existe discusión alguna frente a la potestad de esta jurisdicción para conocer el litigio promovido, dado que éste gira en torno a la responsabilidad extracontractual que se endilga a Ecopetrol S.A. como se analizará *infra*. En efecto, debido a que el procedimiento no desembocó en la celebración de contrato alguno y esa actuación no debió gobernarse por el EGCAP, tal es la perspectiva adecuada para evaluar la conducta de la entidad, de manera que, como se anunció, este es uno de los eventos que componen el objeto específico del contencioso administrativo, como se ratificará más adelante.
44. Según lo dispuesto en los artículos 125 y 243 de la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado es competente para decidir la apelación interpuesta en contra de la sentencia proferida por un Tribunal Administrativo en el curso de una actuación de primera instancia.

#### ***Denominación del medio de control, identificación de la causa petendi y del cumplimiento de los presupuestos procesales***

45. Previo a resolver el litigio puesto en consideración, es del caso referirse al contexto de la controversia y la causa que motivó a Transportes Circular S.A.S. a presentar su demanda, en virtud de la cual se debe estudiar el debate suscitado entre las partes. El anterior estudio se torna necesario debido a que la accionante, en su escrito, invocó el medio de control de “controversias contractuales”, frente a lo cual el *a quo* indicó que le daría el trámite de “nulidad y restablecimiento del derecho”, pero, como se observará, la denominación idónea del litigio para este proceso es el de “reparación directa”, a la luz de la jurisprudencia de unificación de esta corporación. Este análisis permitirá establecer, por un lado, la óptica a partir de la cual ha de analizarse este asunto, y por otro, por qué se torna innecesario adecuar el apelativo del medio de control

<sup>28</sup> “ARTÍCULO 1o. NATURALEZA JURÍDICA DE ECOPETROL S. A. (...) Una vez emitidas y colocadas total o parcialmente las acciones de que trata la presente Ley, la sociedad quedará organizada como una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía (...)”.

<sup>29</sup> “ARTICULO 68. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Son entidades descentralizadas del orden nacional (...) las sociedades de economía mixta (...). Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas”.

<sup>30</sup> “ARTICULO 97. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”.



que se invocó para efectos de emitir un fallo de fondo. Con el fin de adelantar una correcta precisión conceptual y del estudio del cumplimiento de los presupuestos procesales, es pertinente distinguir entre las nociones de “medio de control”, “acción judicial”, “pretensión procesal”, “demanda contenciosa” y “proceso judicial”, motivo por el cual la Sala procederá a desarrollarlas.

46. Para dilucidar lo anterior, un punto preliminar que se debe abordar es la distinción entre las nociones de “acción judicial” y de “medio de control”. El primer concepto hace referencia a aquel derecho fundamental, reconocido como inherente a la persona humana (y otros sujetos) en el ordenamiento jurídico, que se traduce en la posibilidad de acceder efectivamente a la administración de justicia (conforme a lo reconocido en el artículo 229 superior) para lograr, por esa vía, que se dirima una controversia y se obtenga la protección de otros derechos e intereses jurídicamente protegidos de orden sustancial, sea en un ámbito general o individual.
47. El acceso efectivo a la administración de justicia como derecho fundamental ha sido desarrollado por la Corte Constitucional de la siguiente forma<sup>31</sup>:

*“Esta garantía ha sido entendida como la posibilidad de todas las personas de acudir, en condiciones de igualdad, ante las instancias que ejerzan funciones jurisdiccionales y que tienen la competencia para decidir las controversias sobre los derechos e intereses legítimos que el ordenamiento jurídico les reconoce, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías previstas en la Constitución y la ley<sup>32</sup>. En esa medida, el derecho de todos los asociados de acceder a la administración de justicia conlleva la obligación correlativa por parte del Estado de garantizar que el acceso sea real y efectivo, y no meramente nominal. De esta forma, surge el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el Estado no solamente está en la obligación de garantizar el derecho de los ciudadanos de acceder al aparato judicial a través de su participación en los procesos establecidos para ese propósito, sino que también debe asegurarse de que ‘a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas’<sup>33</sup>.”*

48. En la elucidación del mencionado interés iusfundamental, la Corte ha reconocido el derecho de *acción* como uno de sus componentes, al explicar que es una de las garantías “que tienen que ver con el acceso efectivo de la persona al sistema judicial” o, dicho de otro modo, a “poner en movimiento el aparato jurisdiccional, a través de los actos de postulación requeridos por la ley procesal”<sup>34</sup>.
49. De igual forma el Consejo de Estado ha analizado este interés jurídicamente protegido<sup>35</sup>:

*“El artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, que se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los*

<sup>31</sup> Sentencia SU-157 de 2022, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>32</sup> Ver sentencia C-330 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz. (referencia en el original)

<sup>33</sup> Sentencias C-426 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil. (referencia en el original)

<sup>34</sup> Vid. Sentencias T-799 de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-268 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 10 de marzo de 2011, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.



*jueces y tribunales de justicia, para obtener la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”.*

50. Esta definición corresponde al instituto de la “acción judicial”, entendido como aquella potestad del sujeto interesado para comparecer ante los operadores judiciales para poner en su conocimiento una reclamación concreta y obtener justicia de cara a la controversia suscitada. En efecto, el Consejo de Estado ha señalado que *“el acceso a la administración de justicia se define también como un derecho medular, de contenido múltiple o complejo, cuyo marco jurídico de aplicación compromete, en un orden lógico: (i) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, que se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de los intereses particulares (...)”*<sup>36</sup>.

51. En tal sentido, a su vez, el derecho de acción se relaciona con la titularidad de orden procesal de quien acude a la jurisdicción, sometida a que se reúnan además los requerimientos necesarios para su ejercicio, fijados por el legislador como presupuestos procesales (por tratarse de un derecho de configuración legal<sup>37</sup>, a partir de los mandatos constitucionales), lo cual -asimismo- es requisito indispensable para que se profiera una sentencia de fondo o de mérito, que no necesariamente será estimatoria de las pretensiones concretas. Así lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sección, al abordar el concepto de la legitimación en la causa por activa<sup>38</sup>:

*“En ese orden de ideas, la legitimación en la causa por activa supone la verificación de que quien demanda tenga la titularidad para reclamar el interés jurídico que se debate en el proceso y, por lo tanto, sin importar si son o no procedentes las pretensiones elevadas –lo que supondrá efectuar un análisis de fondo de la controversia a la luz del derecho sustancial– sí sea el llamado a discutir su procedencia dentro del trámite judicial.”*

52. Este aspecto será abordado más adelante para efectos de verificar, para el caso concreto, si la parte actora cumplió los señalados presupuestos para que su demanda sea estudiada de fondo, independientemente de la denominación que le haya otorgado al contexto de la controversia ventilada.

53. Ahora bien, a diferencia de la “acción judicial”, la expresión “medio de control” puede ser entendida desde dos puntos de vista. Por un lado, se trata de un

<sup>36</sup> *Ibíd.*

<sup>37</sup> En Sentencia C-146 de 2015, la Corte Constitucional recordó que *“el derecho al acceso a la administración de justicia no es ilimitado y absoluto, pues la ley contempla ciertas restricciones legítimas en cuanto a las condiciones de modo, tiempo y lugar para impulsar las actuaciones judiciales o administrativas. En efecto, en la sentencia C-662 de 2004, esta Corporación citó a título de ejemplo, algunos de los límites que el legislador ha impuesto al acceso a la administración de justicia, como son los “límites temporales dentro de los cuales debe hacerse uso de las acciones judiciales, o los requisitos de procedibilidad para poner en movimiento el aparato judicial, - como exigir el agotamiento previo de la vía gubernativa -, o condiciones al acceso a la justicia, como la intervención mediante abogado o a la observancia de determinados requisitos de técnica jurídica” (...)*”

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 2012, Rad. 24677, C.P. Enrique Gil Botero.



referente omnicomprendido del objeto general de la justicia contencioso-administrativa o su razón de ser, que consiste en la potestad de esta especialidad de someter la actuación -principalmente- del Estado a los límites fijados por el ordenamiento jurídico, a la luz de lo previsto en el artículo 103 del CPACA. En efecto, la evolución histórica de esta jurisdicción ha girado en torno al papel que se le ha atribuido para controlar, en sede judicial, las diferentes manifestaciones de las actividades relacionadas con el aparato estatal (sin perjuicio de la autotutela administrativa de éste), rol consagrado desde la propia Carta Política y que ha sido desarrollado a nivel legal, por ejemplo, por medio de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) y el propio CPACA. Asimismo, el alcance de esta jurisdicción se extiende a la contención de la conducta de otros sujetos cuando se relacionan con las autoridades estatales, como lo es el contratista o el particular que causa un daño al patrimonio del Estado<sup>39</sup>.

54. Por otro lado, la noción de “medio de control” puede ser apreciada, en concreto, como el nombre que permite ubicar el contexto de cada una de las controversias que se ventilan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en función del objeto general. Estas denominaciones, igualmente, cobran relevancia en el marco de la distribución de negocios entre las secciones del Consejo de Estado, conforme a lo fijado por su reglamento interno<sup>40</sup>, en el cual se referencia la asignación de asuntos según se trate de “procesos de reparación directa”, “procesos de nulidad y restablecimiento del derecho”, “controversias de naturaleza contractual”, entre otras, delimitados según la temática discutida en cada caso. Por tratarse de una clasificación meramente nominal, dichas etiquetas carecen de todo contenido procedimental y, por tanto, se distinguen de los institutos de la acción judicial, la demanda contenciosa, la pretensión procesal y el proceso judicial. Dicho de otro modo, los diferentes epígrafes<sup>41</sup> que han sido acuñados dentro de la categoría de los “medios de control” resumen la *causa* que motiva al interesado a acudir a la justicia, la cual -a su vez- soporta las características que debe adoptar el ejercicio del derecho de acción (como lo es, por ejemplo, la oportunidad para la presentación de la correspondiente demanda). Causa que guarda suma relevancia en este análisis, al comportar las razones que sustentan las pretensiones del demandante ante el juez y, como lo ha explicado la Corte Constitucional, “*es aquel grupo de hechos jurídicamente calificados de los cuales se busca extraer una concreta consecuencia jurídica*”<sup>42</sup>.
55. Rememórese que, en vigencia del extinto Código Contencioso Administrativo – CCA (Decreto 01 de 1984), el escenario fue idéntico, en tanto las denominadas “acciones” se regularon bajo el título de los “*medios de control*” (Título XI, artículo 83 y ss.). Con ello, como con el CPACA, se reconoce la multiplicidad de las controversias que pueden promoverse ante esta jurisdicción, en función de las

<sup>39</sup> Así, por ejemplo, el artículo 140 del CPACA prevé que “*Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública*”.

<sup>40</sup> Adoptado mediante Acuerdo 080 de 2019. Vid. especialmente el artículo 13.

<sup>41</sup> Como “*nulidad con restablecimiento*”, “*reparación directa*” y, entre múltiples, “*controversias contractuales*”.

<sup>42</sup> Sentencias T-162 de 1998 y T-534 de 2015.



cuales se determinan los atributos para el ejercicio del pluricitado derecho de acción, fijados por el legislador para cada caso concreto, así como la distribución de competencias para su conocimiento en sede judicial (frente a la cual, como se descubrió, no hay duda en el presente caso). Así las cosas, debe concluirse que los conceptos de “medio de control” y de “acción” no son equivalentes o intercambiables, dado que el primero de ellos, en concreto, ha de entenderse (además del objeto general de la jurisdicción) como un epígrafe que permite identificar la *causa* por la que el libelista acude a la administración de justicia y, con dicho móvil, los presupuestos procesales para el ejercicio -justamente- del derecho de acción.

56. Lo anterior permite abordar una segunda diferenciación, en esta ocasión del “medio de control” con la noción de “pretensión procesal”, la cual guarda relación, en abstracto (esto es, de forma independiente al *petitum* específico), con el derecho que se busca proteger a través del ejercicio de la acción judicial. Como lo ha reconocido la Corte Constitucional, “[e]l objeto de la pretensión se realiza cuando se obtiene una decisión judicial favorable respecto de la solicitud formulada en la demanda”<sup>43</sup>, a partir de lo cual ha señalado que “no puede confundirse el objeto de las distintas pretensiones con el interés de cada uno de los actores. En efecto, mientras el objeto de la pretensión alude a la declaración judicial *in genere* – la orden de pago, la nulidad del acto administrativo, el reintegro etc.-, el interés se refiere al contenido concreto y específico de cada derecho”<sup>44</sup>. Bajo tal entendido, el medio de control (como apelativo al contexto de la controversia) no necesariamente guarda identidad con las pretensiones individualmente consideradas que pueda formular un actor, dado que éstas pueden ser propuestas de manera similar en diferentes tipos de asuntos (por ejemplo, un sujeto puede solicitar la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, pero según el escenario específico -que variará, entre otros, por la causa y el interés-, la misma puede ventilarse como un proceso de simple nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho, o aún de controversias contractuales).
57. Lo anterior, igualmente, diferencia a la pretensión procesal del derecho de acción. En efecto, este instituto es autónomo de aquel, dado que halla su sustento en el interés protegido por el ordenamiento jurídico que se busca hacer valer ante el operador judicial, con base en la cual se determina la legitimación de orden sustancial o material del interesado y que es requerimiento para la expedición de una sentencia favorable a lo solicitado. Así, en estricto sentido (como se indicó en precedencia), aunque el accionante no cuente con respaldo jurídico para el amparo de su pretensión, ello no obsta para que pueda ejercer su derecho de acción, como posibilidad de acceder a un operador judicial y ser oído en el trámite de un proceso, siempre que en tal proceder no actúe con temeridad ni con abuso de tal prerrogativa.
58. Contrario al derecho de acción, que es único (en abstracto), las pretensiones procesales por formular pueden ser múltiples, tales como la declaratoria de

<sup>43</sup> Sentencia T-1017 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>44</sup> *Ibid.*



nulidad de un acto administrativo, el reconocimiento de una indemnización de perjuicios o la declaratoria de incumplimiento de un contrato. En todo caso, el carácter indivisible del derecho de acción no es óbice para que éste, en concreto, adopte características diferentes en cada caso, como lo es la existencia -o no- del término preclusivo para su ejercicio (en unos eventos caducará y en otros no habrá límite temporal para acudir a la administración de justicia), o la extensión específica de dicho periodo (30 días, 4 meses, 2 años, entre otras posibilidades). Asimismo, los atributos del derecho de acción, que se concretarán en los presupuestos procesales por valorar en cada asunto, no necesariamente guardarán uniformidad, al variar -según la cuestión- los requisitos de procedibilidad, la necesidad de apoderamiento judicial, o la legitimación procesal por activa (como titularidad puntual del derecho de acción), entre otros factores determinantes, todo lo cual pende de la causa que mueve al sujeto a accionar el aparato judicial.

59. A su vez, esta separación conceptual (entre medio de control, acción judicial y pretensión procesal) permite diferenciar todo lo anterior de la demanda, la cual corresponde al *“escrito mediante el cual se ejerce el derecho subjetivo público de acción, es decir, se formula a la rama judicial del Estado la petición de que administre justicia y con tal fin decida sobre las pretensiones contenidas en ella, a través de un proceso”*<sup>45</sup>. Ello, igualmente, difiere de la noción del proceso judicial, que corresponde a aquel *“sistema de ordenación del tiempo dentro del cual los diferentes sujetos procesales deben cumplir las actividades requeridas por la ley, las cuales constituyen actos preparatorios para la resolución de las pretensiones de las partes, a través de la sentencia”*<sup>46</sup>. Al estar fijado en normas de orden público, el proceso no puede ser elegido por las partes, de manera que el juzgador tiene el deber de imprimir a la demanda (mas no “adecuar”) el trámite que corresponda *“aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada”*, conforme a lo reglado por el artículo 171 del CPACA. Así, esta disposición no impone que se “adecúe” el medio de control (dado que -se insiste- éste corresponde al nombre que se le da al contexto de la controversia), sino únicamente que el operador precise la forma en que se desarrollará el curso de la actuación, conforme -se insiste- al mandato legal y dependiendo de la causa. Así, si se trata de la nulidad simple de un acto administrativo general, corresponderá al ordinario. Por su parte, y también a título de ejemplo, si se refiere a la nulidad de un acto electoral, se debe imprimir un trámite especial.

60. Tras haber esclarecido los anteriores conceptos, la Sala estima pertinente aplicarlos, uno a uno, al caso concreto. La acción judicial corresponde al derecho fundamental (único a indivisible) ejercido por la sociedad Transportes Circular S.A.S., con el cual buscó acceder a un operador judicial competente para ser oída y plantear la controversia, así como obtener la respectiva resolución. Este derecho se ejerció a través de la demanda radicada el 16 de mayo de 2014, esto es, el escrito por medio del cual se narraron, entre otras, las circunstancias de hecho y de derecho que fundamentan sus pedimentos.

<sup>45</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1069 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

<sup>46</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-546 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.



61. En concreto, la causa que motivó el ejercicio del derecho de acción fue la iniciación del concurso abierto por parte de Ecopetrol S.A., ya referenciado, y su posterior cancelación, que tuvo como consecuencia que a la demandante no se le hubiese asignado el contrato, pese a contar -según su dicho- con la mejor propuesta, lo cual habría conculcado sus derechos y causado perjuicios económicos. Así, la pretensión -en sentido abstracto- se relaciona con el debate en torno al derecho material a que el ofrecimiento fuese calificado como el más idóneo y, en consecuencia, a que el contrato fuese suscrito con esa sociedad, a la luz de las reglas previstas en el manual de contratación para que el negocio fuese asignado o no. Todo lo anterior se vertió en las pretensiones concretas plasmadas en la demanda, encaminadas a (i) que se declare la nulidad de la determinación adoptada por la entidad pública, (ii) que se restablezca el derecho que se dice transgredido; y (iii) que se reparen los perjuicios causados por tal actuación. Estos pedimentos pueden enmarcarse en la acepción del *medio de control* como referencia al objeto abstracto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, instituido en la ya referida necesidad de sujetar la conducta (activa u omisiva) de las autoridades a los límites fijados por la ley, y de ordenar que el eventual daño que haya sido causado por ellas sea reparado. Como se verá, en el presente caso, no media un acto administrativo como causa del perjuicio que se reclama, de manera que, formalmente, el nombre del “medio” que caracteriza a esta controversia es el de “reparación directa”, sin que tal rótulo, por sí solo, deje sin fundamento el *petitum* formulado por la accionante. Lo anterior responde, igualmente, a la primacía del derecho sustancial contemplada dentro del sistema de garantías constitucionales que hacen parte del acceso efectivo a la administración de justicia (interés protegido conforme al artículo 229 superior), la cual, a nivel legal, tiene su expresión en normas como la establecida en el artículo 171 del CPACA.
62. Dicho de otro modo, la expresión de la “reparación directa” contenida en el artículo 140 del CPACA constituye apenas el *rótulo* para el litigio originado en actos precontractuales emitidos por entidades exceptuadas del EGCAP. Por tratarse de un aspecto meramente nominal, no requiere de adecuación alguna cuando el accionante menciona un “medio de control” diferente, como puede ser el de “nulidad y restablecimiento del derecho” (art. 138 *ibídem*) o el de “controversias contractuales” (art. 141 *ejusdem*).
63. A su vez, ese error en la nominación del medio tampoco afecta negativamente la competencia en primera y segunda instancia para resolver el presente proceso, como garantía del juez natural, para tales efectos. Debido a que la estimación de la cuantía de la demanda fue lo que determinó la aptitud del Tribunal *a quo* para conocer del proceso, y dicho monto fue tasado por encima del mínimo establecido para los asuntos de reparación directa, la competencia por el factor funcional no se ha visto afectada<sup>47</sup>; aspecto que mantiene incólume la potestad de esta Corporación para conocer de la alzada. Idéntica situación

<sup>47</sup> La cuantía de la demanda se estimó en \$ 6.562.173.652, monto superior a los 500 SMMLV previstos, antes de la reforma con la Ley 2080 de 2021, para que los tribunales administrativos conocieran -en primera instancia- de los asuntos de reparación directa (numeral 6 del artículo 152 del CPACA, en su versión original).



ocurre de cara al territorio en el cual se profirió la decisión acusada (la ciudad de Villavicencio) y a las características de los sujetos involucrados en el litigio, los cuales -nuevamente- no han cambiado en momento alguno y, por tanto, no afectan la asignación del conocimiento del proceso por tales factores.

64. Por estos motivos, no se observa fundamento alguno para dar aplicación a lo preceptuado en el artículo 171 del CPACA, conforme al cual: *“El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales y le dará el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada”*, dado que, las demandas que se refieran a conflictos de reparación directa, nulidad con restablecimiento del derecho y de orden contractual se surten bajo un mismo proceso, compuesto por las etapas indicadas en el ya mencionado artículo 179 *ejusdem* (aun cuando se separen de la denominación que debería emplearse en estricto sentido); etapas que se vieron cumplidas en debida forma dentro de la presente actuación judicial.
65. De igual forma, lo anterior tampoco incide en la caducidad de la acción -aspecto que debe ser estudiado, inclusive, de forma oficiosa en esta instancia-, dado que, en cualquier caso, se hizo ejercicio del derecho de acción dentro del término de dos (2) años fijado por el literal “i” del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, aplicable por tratarse de una controversia no contractual en la que no media un acto administrativo. Como lo apreció el Tribunal, las partes no aportaron prueba del momento en el que la entidad comunicó la decisión de cancelación, de manera que, para efectos del conteo de caducidad, se debe tener en cuenta la fecha en la que la demandante manifestó tener conocimiento de la misma, que corresponde al día 20 de enero de 2014<sup>48</sup>. Al contar el referido lapso desde ese momento, la fecha máxima para acudir a esta jurisdicción era el 21 de enero de 2016, de forma que la demanda presentada el 16 de mayo de 2014 fue oportuna. A la misma conclusión se llega incluso si se toma como punto de partida el 27 de diciembre de 2013, fecha de expedición plasmada en el acto de cancelación.
66. A partir de dicho libelo, que fue admitido por reunir los presupuestos procesales para su trámite, se inició el proceso contencioso administrativo que ha surtido sus diferentes etapas desde que el Tribunal Administrativo del Meta avocó conocimiento del mismo en primera instancia, y ha comprendido todos los actos subsiguientes (admisión, contestación, decreto y práctica de pruebas, alegatos de conclusión, sentencia y recurso de apelación) necesarios para llegar al presente momento del trámite en segunda instancia.
67. Con base en lo anterior, en definitiva, los requisitos para el ejercicio concreto del derecho de acción se relacionan con (i) la legitimación por activa, con la que cuenta Transportes Circular S.A.S. como sociedad participante del proceso de selección y que se estima interesada en obtener una reparación por el daño antijurídico que se le habría producido por el ente estatal, por no resultar adjudicataria; (ii) la legitimación por pasiva, la cual recae en Ecopetrol S.A. por ser la entidad que decidió cancelar el proceso y no celebrar el contrato; (iii) la

---

<sup>48</sup> Calenda en la que solicitó una reunión con la entidad para discutir lo decidido, y en la que igualmente radicó la solicitud de conciliación prejudicial.



potestad con que cuenta esta jurisdicción para conocer del asunto, por tratarse de un litigio derivado de una actuación extracontractual adelantada por una entidad pública; (iv) el agotamiento de la etapa de conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad de la acción<sup>49</sup>, conforme a la constancia expedida el 21 de abril de 2014 por la Procuraduría General de la Nación; y (v) la oportunidad para acudir a la jurisdicción, la cual debe calificarse a partir del término de dos (2) años fijado para aquellas demandas en las que se pretenda la reparación directa -según las voces del literal i) del artículo 164.2 del CPACA-, el cual se encuentra cumplido, como ya se explicó.

68. Verificado el cumplimiento de los referidos presupuestos procesales, es del caso ahondar en la naturaleza de la decisión adoptada por la entidad demandada, con el fin de desarrollar los motivos por los cuales dicha determinación no puede ser estudiada como un acto administrativo, sino como una declaración de voluntad sometida al derecho civil y comercial.

#### ***Naturaleza jurídica de la decisión de cancelar el concurso cerrado***

69. Según lo anunciado, corresponde a la Sala reconocer la naturaleza de la decisión contenida en el documento titulado “ACTO DE CANCELACIÓN DEL PROCESO DE SELECCIÓN (PS)” con fecha del 27 de diciembre de 2013. En concreto, es necesario establecer por qué dicha decisión no ostenta la naturaleza de acto administrativo, con el fin de precisar el objeto del presente litigio y las reglas de análisis que se deben aplicar para resolverlo. Además, este estudio debe ser efectuado debido a que -se itera- las partes durante el proceso, así como el Tribunal en el trámite de primera instancia y en el fallo aquí impugnado, calificaron dicha declaración como un *acto administrativo*, premisa que debe ser reconsiderada a la luz de los supuestos fácticos del caso.

70. Para dilucidar lo anterior, la Sala recalca el criterio adoptado por la Sección Tercera de esta corporación en sentencia del 3 de septiembre de 2020<sup>50</sup>, en la que unificó su postura en torno a la naturaleza de los actos precontractuales expedidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Como se distinguirá más adelante, pese a que Ecopetrol S.A. no se ubica dentro de esta categoría, en el presente caso resulta aplicable la subregla señalada en dicho proveído, dado que tiene vocación de cobijar a todas aquellas entidades estatales cuyos procesos de contratación se adelanten con sujeción al derecho privado y excluidos el EGCAP, del siguiente modo:

*“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”*  
(se subraya)

<sup>49</sup> Como lo ha señalado la Corte Constitucional, la conciliación ha sido instituida como un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción, o, en otras palabras, para acceder a la administración de justicia (vid. Sentencias C-1195 de 2001 y C-417 de 2002), de manera que constituye un presupuesto para el ejercicio de la acción como derecho constitucional. Aun cuando los artículos 162 del CPACA y 92 de la Ley 2220 de 2022 indican que ello es un requerimiento para “la presentación de la demanda”, ésta es el instrumento (escrito) que se emplea para ejercer ese derecho -según se explicó-.

<sup>50</sup> Radicado 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003), C.P. Alberto Montaña Plata.



71. Esta Corporación llegó a la anterior conclusión bajo el criterio según el cual, “*en virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca*”. A partir de esta pauta, determinó que la decisión examinada en dicha ocasión, consistente en la aceptación de una oferta por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá -*empresa exceptuada del estatuto general de contratación de la administración pública (EGCAP)*-, no contaba con la calidad de acto administrativo, de manera que enmarcó el análisis de dicha determinación, de carácter precontractual, bajo la lógica del derecho privado.
72. Con posterioridad a la señalada sentencia de unificación, la Sección Tercera ha extendido el criterio en mención a otras controversias relativas a actos precontractuales de entidades no sometidas al EGCAP, como lo es Ecopetrol S.A. En sentencia del 7 de septiembre de 2023<sup>51</sup>, la Corporación examinó la demanda instaurada en contra de la decisión de dicha entidad de cancelar un concurso cerrado y la encauzó a partir de la siguiente premisa:
- “La decisión de cancelar el proceso de selección está contenida en una declaración de voluntad de la demandada, que no goza de las prerrogativas de un <<acto administrativo>>. Por esta razón, no debe impetrarse su nulidad para obtener la reparación de los perjuicios sufridos como consecuencia de dicha declaración de voluntad, ni al demandante le corresponde acreditar las causales de nulidad de los actos administrativos. Tales perjuicios se fundamentan en el incumplimiento de las obligaciones contraídas al abrir la convocatoria pública”* (se subraya)
73. En esta ocasión, la Sala sigue la misma orientación tomada en la providencia citada, especialmente, por la similitud fáctica y jurídica que existe con la controversia de este expediente. Dado que la Ley 1118 de 2006 sometió a Ecopetrol S.A. al régimen privado<sup>52</sup>, la decisión contenida en el “*ACTO DE CANCELACIÓN DEL PROCESO DE SELECCIÓN (PS)*” del 27 de diciembre de 2013 no puede estimarse como un acto administrativo -contrario al tratamiento que se le atribuyó en la demanda y en la sentencia de primer grado-, y, por tanto, debe comprenderse como una decisión que se enmarca en la lógica del derecho civil y comercial. La Subsección A ha reiterado este criterio con posterioridad a la referida sentencia de unificación, al señalar, en síntesis, que “*los actos precontractuales proferidos por entidades públicas cuyos procesos de selección deban adelantarse con sujeción al derecho privado, no tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos, justamente porque esta categoría escapa al régimen legal atribuido por ley*”<sup>53</sup>.
74. Conforme a la proposición planteada, la cancelación de un proceso de selección de contratista por parte de Ecopetrol S.A. no constituye un acto administrativo,

<sup>51</sup> Radicado 54001-23-33-000-2014-00261-01(66191), C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

<sup>52</sup> “ARTÍCULO 6o. RÉGIMEN APLICABLE A ECOPETROL S. A. Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa.”

<sup>53</sup> Radicado 66001233300020120005401 (55.731), C.P. José Roberto Sáchica Méndez, pauta reiterada en los Rads. 20001-23-33-003-2014-00127-01 (58.809) y 05001-23-31-000-1996-02602-02 (56.445), en ambos C.P. María Adriana Marín.



motivo por el cual se debe tener en cuenta la siguiente regla consignada en el ya mencionado fallo de unificación del 3 de septiembre de 2020:

*“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” (se subraya)*

75. Pese a que -como ya se ha expresado- la anterior regla se refirió a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, la misma ha sido extendida por la Corporación a controversias relacionadas con actos precontractuales de otras entidades no sometidas al EGCAP, como ocurrió en la también precitada sentencia del 7 de septiembre de 2023. En esta última providencia, al referirse al fallo de unificación, se señaló que *“la regla jurisprudencial allí adoptada es aplicable a la responsabilidad precontractual de entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como Ecopetrol. En virtud de lo anterior, no es posible estudiar los cargos relacionados con la violación de los principios de la Ley 80 de 1993, pues no son aplicables al contrato por su régimen jurídico”*.
76. Esta lógica ya ha sido compartida por la Sección Tercera en diferentes decisiones, de las que se rescata el auto del 11 de mayo de 2020 proferido por la Subsección C<sup>54</sup>. En ese proveído se analizó la oportunidad de la acción de cara a una decisión similar a la aquí estudiada, consistente en la terminación de una “invitación abierta” adelantada por Fiducoldex S.A., como vocera del patrimonio autónomo FONTUR, cuyo régimen jurídico se encuentra igualmente exceptuado del EGCAP. En dicha ocasión, esta Corporación determinó que el reproche formulado por la demandante debía realizarse bajo la lógica de la responsabilidad extracontractual de la entidad, en virtud del llamado medio de control de reparación directa (y no del de nulidad con restablecimiento del derecho), motivo por el cual dispuso contabilizar el término de caducidad de la acción conforme al literal i) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.
77. En el presente litigio, Transportes Circular S.A.S., con la demanda, mencionó un medio de control diferente, esto es, el de controversias contractuales, frente a lo cual -a su vez- el Tribunal señaló que *“se le dará el trámite de nulidad con restablecimiento del derecho”* al inadmitir el escrito. A la luz de lo descrito en el capítulo previo, estas etiquetas son apenas denominaciones que se le pueden otorgar a la *litis*, con lo cual la Sala recuerda que, conforme a las subreglas contenidas en la ya mencionada sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020, *“[c]omo 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<sup>[55]</sup>, 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”*. Dicho supuesto se cumple en este caso, dado que la demanda que

<sup>54</sup> Radicado 25000-23-36-000-2016-00627-01 (58562), C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

<sup>55</sup> Dicha notificación ocurrió el 18 de septiembre de 2020.



aquí se estudia fue radicada con anterioridad a la notificación del mencionado fallo.

78. Aunado a lo expuesto, la Sala recalca que, en la regla de unificación fijada en la sentencia del 3 de septiembre de 2020, la Sala no exigió readecuar el cauce procesal que se hubiera invocado desde la demanda (“nulidad y restablecimiento del derecho” contra actos precontractuales no administrativos), sino decidir el litigio a la luz de la causa que lo motiva, con el fin de evitar un fallo inhibitorio. En todo caso, aquella aparente necesidad de modificar el nombre del medio es, además, indiferente, en atención -por ejemplo- a que las demandas con las cuales se ventilan los tres tipos de controversias enunciados (*controversias contractuales*<sup>56</sup>, *nulidad con restablecimiento*<sup>57</sup> y *reparación directa*<sup>58</sup>) se surten por el mismo proceso y -por tanto- etapas, en virtud de lo ordenado en el Título V del CPACA<sup>59</sup>. Como se indicó en el anterior acápite, se reitera, el nombre del medio de control constituye un epígrafe nominal que no incide en el procedimiento que se debe surtir para ventilar una controversia, y solo se presenta como un referente para contextualizar el debate suscitado.
79. Con todo, dada la ausencia de un acto administrativo pasible de ser anulado (situación que, formalmente, varía la fuente del daño que se imputa, pues en tal escenario éste provendría de un hecho o una omisión de la administración, que para el caso concreto consiste en la cancelación del proceso de selección y la no celebración del contrato con la demandante), la Sala analizará el motivo de inconformidad de la actora con fundamento en las reglas a las que debía sujetarse Ecopetrol S.A. en su etapa precontractual y, puntualmente, en virtud de los preceptos contenidos en su manual de contratación, que tiene fuente en el derecho privado, al cual se somete ese ente. Como se anticipó, este evento se relaciona con uno de los objetos específicos de la jurisdicción contenciosa, relativa al conocimiento de aquellos asuntos “*relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública*” (numeral 1 del artículo 104 *ejusdem*). Es relevante insistir que, con este proceder, no se varía la causa ni el *petitum* de la accionante, de manera que no constituye un punto de vista que sea sorpresivo o que vaya en desmedro de los derechos de las partes.
80. Por todos los motivos que anteceden, la Sala estima innecesario realizar una readecuación (por lo demás, formal) del medio de control (del invocado al de reparación directa), comoquiera que -según lo indicado en el anterior punto de esta sentencia- dicho concepto incorpora una denominación formal del litigio que se promueve, y no ha concurrido violación alguna de las garantías procesales de los intervinientes, ni la configuración de una causal de nulidad del trámite que deba ser saneada. En efecto, el hecho de haber denominado al medio de control

<sup>56</sup> Rotulado así por el demandante.

<sup>57</sup> Calificado de esa forma por el *a quo*.

<sup>58</sup> El que denota la realidad de la controversia, ante la inexistencia de contrato y de actos administrativos, conforme a la jurisprudencia de unificación de esta Corporación.

<sup>59</sup> Al respecto, se resalta el mandato del artículo 179: “*El proceso para adelantar y decidir **todos los litigios** respecto de los cuales este Código u otras leyes no señalen un trámite o procedimiento especial, en primera y en única instancia, se desarrollará en las siguientes etapas...*” (énfasis añadido) Justamente, para las controversias denominadas -entre otras- *contractuales*, *nulidad con restablecimiento* y *reparación directa* no se ha instituido procedimiento especial.



de manera diversa a la aceptada por la reciente jurisprudencia de la corporación no ostenta la entidad suficiente para impedir que se emita una sentencia de fondo, dado que, en todo caso, en el libelo introductorio se expuso la causa que motivó la iniciación del proceso ordinario (la cual, como se vio, es el aspecto que se reseña con cada uno de los epígrafes a los que usualmente se hace referencia con los medios de control, en concreto). Proceso en el que no se han omitido etapas que hayan conculcado el derecho de audiencia y contradicción de los intervinientes, incluidas las oportunidades para presentar pruebas, recursos y alegatos, especialmente, al advertirse que Ecopetrol S.A. estructuró adecuadamente su defensa de cara a la *causa petendi*.

81. Esa causa exteriorizada por Transportes Circular S.A.S. -que es el aspecto que verdaderamente cobra relevancia, más que el nombre que se le haya otorgado a la controversia- no se ha alterado en el curso del trámite, pues siempre ha estado encaminada a cuestionar la decisión de cancelar el concurso cerrado y a obtener la indemnización de los perjuicios que, según se alega, fueron causados por la no celebración del contrato en su favor. Aunado a ello, como se indicó en precedencia, los asuntos nombrados bajo los diferentes epígrafes a los que se ha hecho referencia hasta ahora (reparación directa, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales) se surten bajo el mismo proceso judicial, compuesto por idénticas etapas previstas en la Ley 1437 de 2011<sup>60</sup>.
82. Conforme a lo establecido hasta este momento, la decisión del presente asunto debe guiarse bajo la lógica de la posible responsabilidad extracontractual que se endilga a la demandada. Como se anticipó, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente, por regla, para conocer de aquellos asuntos relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública (numeral 1 del inciso segundo del artículo 104 del CPACA), entre los que se encuentran los de reparación directa y los de nulidad con restablecimiento del derecho, los cuales tienen similar semblanza al enmarcarse en litigios que no se derivan de la existencia de un contrato estatal, lo cual permite analizar si a la entidad le asiste la obligación de reparar un daño causado por el alejamiento entre su conducta y las normas a las que debería haberse sujetado.
83. En efecto, tanto en las controversias surgidas por un acto administrativo ilegal no contractual (nulidad y restablecimiento del derecho), como en aquellas en las que se cuestione un daño causado por un hecho, omisión, operación administrativa, ocupación de un inmueble, un acto administrativo lícito o un acto no administrativo (reparación directa) se advierte la ausencia de una relación contractual que motive la iniciación del litigio. Bajo tal escenario, se destaca que el análisis de responsabilidad de la entidad se deberá realizar en función de la configuración, o no, de un daño antijurídico conforme a lo instituido por el artículo 90 superior, estudio que guarda relevancia -conforme a lo anticipado- en vista del reproche que formula la accionante sobre la actuación de Ecopetrol S.A. en el marco del concurso cerrado cuya cancelación se ordenó. Ello se contrapone, por un lado, al análisis de la conducta de la entidad a la luz de reglas

---

<sup>60</sup> Dicho curso procesal variaría, por ejemplo, en materia de litigios de contenido electoral, o de protección de derechos colectivos, materias ajenas a este trámite.



contractuales, que no es del caso revisar debido a la ausencia de negocio jurídico alguno que hubiese sido celebrado; y, por otro, al cuestionamiento de actos administrativos, dado que en el presente caso no media una declaración de voluntad de tal naturaleza.

84. Esclarecida, así, la naturaleza de la decisión cuestionada por la parte actora, la Sala procederá a analizar el objeto del recurso de apelación y los cuestionamientos que han de resolverse para desatar la alzada en esta oportunidad.

***El objeto del recurso de apelación interpuesto y los problemas jurídicos para resolver la controversia***

85. En tal contexto, en esta instancia, le corresponde a la Sala pronunciarse sobre los reparos concretos presentados con el recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, los cuales, por regla general, establecen la competencia del *ad quem* para ventilar la controversia, salvo situaciones que se deban auscultar y definir de manera oficiosa<sup>61</sup>.

86. Para la presente *litis*, el único motivo de inconformidad del recurso de apelación hace referencia a la consideración del *a quo* según la cual la demandante no cumplió con la carga de probar la experiencia y aptitud que adujo. Así, será sobre este punto que se circunscribirá el debate, recalcando que la apelante no cuestionó que el Tribunal hubiese decidido estudiar solamente el cargo de nulidad por *falsa motivación*, como consecuencia de la ausencia de desarrollo de las demás causales de invalidez que se relacionaron en la demanda.

87. A la luz de lo anterior, en consideración a los hechos probados y a los motivos de la apelación, la Sala deberá establecer si el Tribunal erró al haber negado las pretensiones de la demanda, con fundamento en la orfandad probatoria que enrostró, y subsidiariamente, si procede declarar que, como consecuencia de la supuesta irregularidad del “acto de cancelación del proceso de selección”, Ecopetrol S.A. causó un daño a Transportes Circular S.A.S. Finalmente, corresponderá decidir acerca de la condena en costas.

***Análisis del motivo de inconformidad planteado en el recurso, en función de la causa petendi y la sentencia impugnada***

88. En virtud de lo previamente desarrollado, la Sala procederá a analizar el reproche formulado en el recurso de apelación sin necesidad de adecuar el trámite al medio de control de reparación directa, ejercicio que sería, además, imposible en el presente estado del proceso. No obstante, ese examen se realizará materialmente en función de dicha denominación, es decir, con arreglo

---

<sup>61</sup> Al respecto, la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia de unificación del 6 de abril de 2018, consideró: “*Si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada*”. Expediente 46.005, C.P. Danilo Rojas Betancourth.



a la responsabilidad extracontractual de la entidad no mediada por un acto administrativo. Se insiste que, aún si en gracia de discusión se debiese variar el nombre del medio invocado por la demandante y por el *a quo*, ello no implicaría una modificación del trámite que se surtió, sino del análisis de los presupuestos procesales para el ejercicio del derecho de acción (aspecto que debe ser estudiado, inclusive, de forma oficiosa), los cuales, como se analizó *supra*, se encuentran reunidos bajo la óptica de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho y los de reparación directa. Asimismo, se reitera que las subreglas fijadas en la sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020 no exigen que se realice dicho acople, sino resolver la controversia de fondo con base en el régimen jurídico correspondiente, esto es, de la obligación de resarcir los daños causados por una conducta en la que no media una declaración emitida en ejercicio de una potestad pública.

89. Dicho lo anterior, la Sala destaca que, conforme al artículo 328 del CGP (aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA): *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”*. Como se anunció, la parte apelante únicamente reprochó al fallo del Tribunal el haber denegado las pretensiones de la demanda con fundamento en la ausencia de pruebas de la “falsa motivación” que se le imputó a la decisión de Ecopetrol S.A., único cargo de nulidad que se estudió, dada la ausencia -en criterio del *a quo*- de desarrollo de las demás causales que se invocaron. La Sala destaca nuevamente que este razonamiento, plasmado en la sentencia, se dio en función de examinar el señalado cargo como si la decisión fuera un acto administrativo, y bajo la exigencia para el demandante de acreditar que era la mejor propuesta, premisa que, como ya se desarrolló, no se corresponde con el criterio jurisprudencial de la Corporación.
90. Con ocasión de lo expuesto, no le corresponde a la Sala estudiar *ex novo* la procedencia de aquellos argumentos diferentes al expresado como “falsa motivación” invocado en la demanda, pues, aunque el fallo de primer grado no se pronunció sobre los mismos, ello no constituyó una omisión injustificada, sino que obedeció a la conclusión según la cual tales cargos no fueron desarrollados (y, por tanto, no debían ser abordados). En efecto, en el recurso de apelación no se reprochó al Tribunal el haber dejado de analizar los cuestionamientos a la decisión por desviación de poder y violación de normas superiores, pues solo se limitó a reiterar los argumentos del libelo introductorio.
91. Establecido lo anterior, se recuerda que, en su recurso, la parte demandante argumentó lo siguiente:

*“Ahora bien, en cuanto al acervo probatorio al que alude el Tribunal Administrativo del Meta, donde indica que fue insuficiente, precisamente era la entidad demandada ECOPETROL SA (sic), quien se encontraba en la obligación de aportar las pruebas que tiene en su poder, tal como lo establece el artículo 175, parágrafo primero del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de la siguiente manera:*

*(...)*

*De modo que, la carga de aportar el contrato que se venía ejecutando entre Transportes Circular SAS con ECOPETROL SA. así como la documentación*



de la ejecución del mismo que se llevó a cabo por un periodo de 6 años y que se encontraba en poder de la Entidad, era de la parte demandada”.

92. Como se observa, la accionante no reprochó el incumplimiento de las obligaciones contraídas por la entidad al abrir la convocatoria pública y, de hecho, no se desarrollaron los cargos de nulidad a partir de las normas supuestamente violadas -a diferencia del caso juzgado en la providencia del 7 de septiembre de 2023 previamente citada-. Tampoco se reprochó el incumplimiento del deber de buena fe en el ámbito comercial ni la existencia de responsabilidad *in contrahendo* en cabeza de la entidad, lógica a partir de la cual se ha examinado este tipo de casos con anterioridad, y que descansa en la demostración de un actuar que se aparta de las pautas de conducta que impone el principio de la buena fe exenta de culpa y de una repercusión -cierta- en el patrimonio del afectado<sup>62</sup>.
93. A la luz de ese único motivo de inconformidad concreto a la decisión de primera instancia, la Sala considera que fue acertada la base de la que partió el Tribunal para desestimar las pretensiones de la demanda, al establecer que la accionante no aportó medios probatorios que acreditaran la situación fáctica que pretendió hacer valer.
94. Como lo reseñó el *a quo*, el sustento de la decisión de cancelar el concurso radicó en (i) los cuestionamientos al proceso de selección realizados por los proponentes y (ii) en el hecho de que, revisada la oferta de Transportes Circular S.A.S. ubicada en el primer orden de elegibilidad, la gran mayoría de sus ítems encajaran exactamente con el límite del porcentaje de desviación<sup>63</sup> admitido por los documentos del proceso de selección respecto del presupuesto detallado por Ecopetrol S.A., pese a que éste no fue publicado. Por lo anterior, la entidad demandada concluyó la posible existencia de una fuga de información en desventaja de los demás participantes, aspecto que constituye, entonces, el punto en torno al cual se ha enmarcado el debate probatorio.
95. La Sala resalta que, para el asunto que nos ocupa, la entidad se encontraba en la obligación de respetar las condiciones plasmadas en su manual de contratación para la cancelación del proceso de selección, consignadas en el numeral 4.2.2.2.7, conforme al cual “[s]i existen razones objetivas que así lo justifiquen, el proceso de selección podrá ser cancelado total o parcialmente. Esta decisión requiere de la respectiva justificación y del visto bueno del Funcionario Autorizado del nivel superior, y será informada a los interesados y/o proponentes”.
96. Asimismo, se destaca que la necesidad de invocar “razones objetivas” para justificar la cancelación del proceso se opone al libre arbitrio de la entidad, esto es, a la posibilidad de que se tomara la decisión sin mediar justificación alguna. En el *sub lite*, no se advierte que la entidad haya obrado bajo un derrotero carente de sustento, pues, contrario a ello, los antecedentes administrativos obrantes en el plenario demuestran que Ecopetrol S.A. identificó supuestos

<sup>62</sup> A este respecto, vid. sentencia dictada en el Rad. 05001233100020100132701 (61.297), C.P. María Adriana Marín.

<sup>63</sup> 5 % de desviación para 31 de 32 ítems, y 4,97 % para el ítem restante.



concretos que sustentaron dar por terminado el concurso cerrado sin la celebración de contrato alguno, como consecuencia de la ya mencionada ubicación de los ítems de la propuesta económica de Transportes Circular S.A.S. dentro del rango de tolerancia establecido en el proceso de selección<sup>64</sup>. Dicho de otro modo, no se trató de una decisión antojadiza por parte de la funcionaria autorizada para ello, sino que se soportó en motivos claros para concluir de forma anticipada el procedimiento.

97. Ahora bien, conforme a la lectura de la demanda que realizó el Tribunal, la sociedad demandante arguyó que la premisa de la que partió Ecopetrol S.A. en el acto no se ajustó a la realidad, porque -a su parecer- no había motivos para que la oferta económica presentada generara desconfianza, dado que *“la empresa estaba desarrollando el mismo contrato durante un periodo de 6 años seguidos y la información que Ecopetrol tenía recopilada y con la cual había realizado la convocatoria había sido levantada durante el transcurso de los 6 años de desarrollo del contrato”*. Sin embargo, conforme a lo señalado acertadamente por el *a quo*, la demandante no aportó prueba alguna de encontrarse en los supuestos de hecho que alegó, esto es, de haber desarrollado el mismo objeto contractual durante los 6 años seguidos a los que hizo referencia, ni de que hubiese contado con la información con la cual se elaboró el proceso de selección con anterioridad. Con otras palabras, no logró desestimar el alejamiento entre la conducta de la entidad y las reglas por las cuales ésta debió regirse, supuesto esencial para deducir cualquier tipo de responsabilidad en cabeza de Ecopetrol S.A.

98. Se destaca, contrario a lo planteado en el recurso, que esa carencia probatoria no podía suplirse bajo la obligación consagrada en el parágrafo del artículo 175 del CPACA, conforme al cual corresponde a la entidad accionada *“allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder”*. Advierte la Sala que dicha carga fue cumplida por la entidad en su contestación de la demanda, al aducir las piezas que conformaron el desarrollo del concurso cerrado No. 50036251, acervo que fue incorporado al plenario en audiencia inicial del 25 de enero de 2017<sup>65</sup> y respecto del cual la parte actora no formuló reproche alguno. Además, la norma que invoca la apelante no hace referencia a expedientes administrativos ajenos al proceso, como lo serían en este caso las contrataciones efectuadas con anterioridad por Ecopetrol S.A. sobre objetos similares, de manera que no era exigible que la entidad demandada allegara dicha documentación.

99. De esta forma, la carga de la prueba no estaba asignada a Ecopetrol S.A., sino que se encontraba en cabeza de la parte accionante, a la luz del precepto según el cual *“[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que*

<sup>64</sup> Punto 6 del acto de apertura. Vid. pág. 115 del archivo “8\_INCORPORAEXPEDIENTEDIGITALIZADO\_01CUADERNO1.pdf”, índice 12 del expediente SAMAI de primera instancia.

<sup>65</sup> Acta visible en las págs. 517 a 525 del archivo “8\_INCORPORAEXPEDIENTEDIGITALIZADO\_01CUADERNO1.pdf”, índice 12 del expediente SAMAI de primera instancia.



*consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, consagrado en el artículo 167 del CGP. Por tanto, no era del caso trasladar dicha imposición a la parte accionada en virtud de la disposición a la que se alude en el recurso de apelación. Aunado a ello, el artículo 173 *ejusdem* es diáfano al señalar que “[e]l juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite”, de manera que -además- a la accionante le estaba vedado reprochar que los expedientes contractuales anteriores no hubiesen sido incorporados al proceso si no fueron pedidos previamente por ella para dicha finalidad, y esta tampoco solicitó -siquiera- dentro de las oportunidades probatorias previstas en la ley que se oficiara a la accionada para obtenerlos.

100. Incluso si se analizara el caso bajo la perspectiva de la responsabilidad *in contrahendo* de la entidad (la cual, se reitera, no fue alegada por la accionante), la Sala tampoco encuentra que ésta se haya configurado, al no hallarse vulnerado el principio de buena fe en el ámbito negocial, mandato consagrado en el art. 863 del Código de Comercio. Como se ha analizado en anteriores oportunidades<sup>66</sup>, el concurso emprendido por Ecopetrol S.A. correspondió a una invitación a presentar ofertas, mas no una oferta propiamente dicha, de manera que no estaba investida del deber de irrevocabilidad, y la presentación de la propuesta no supuso la celebración del contrato en los términos del artículo 860 *ejusdem*.
101. En el presente caso, la sola presentación de la propuesta no le confería derecho alguno a Transportes Circular S.A.S. de ser asignataria del contrato, dado que le correspondía a la entidad examinar el ofrecimiento a la luz de los requerimientos establecidos y compararlo con las demás propuestas recibidas. Además, la sociedad conoció desde un inicio las condiciones del concurso cerrado y las reglas adoptadas en el Manual de Contratación de la entidad, entre las que se encontraba -como se vio- la posibilidad de cancelar el proceso en el evento de encontrarse razones objetivas que lo justificasen, circunstancia que ocurrió conforme a lo plasmado en la decisión cuestionada. Ello descarta que el concurso hubiese sido terminado de forma injustificadamente abrupta o intempestiva<sup>67</sup> y, por ende, que se hubiera configurado una conducta antijurídica por parte de la demandada.
102. Así, ante la ausencia de prueba que permita concluir que se incurrió en una irregularidad o en un desconocimiento de las reglas precontractuales de Ecopetrol S.A., no es viable concluir que Ecopetrol S.A. haya incurrido en un daño antijurídico que amerite ser reparado, ni que se haya irrogado el perjuicio cuya indemnización se reclama. Por tal motivo, se desestimará la pretensión consistente en *“condenar a la entidad demandada al pago de las costas e indemnizaciones que hubiere lugar (sic), en el presente proceso”*, pues no quedó

<sup>66</sup> Sentencia dictada en el Rad. 05001233100020100132701 (61.297), C.P. María Adriana Marín.

<sup>67</sup> Similar análisis se realizó en sentencia dictada en el Rad.66001233300020120005401 (55.731), C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez



acreditada la obligación de parte de la entidad, a título de responsabilidad, de desembolsar indemnización alguna.

103. Bajo las anteriores premisas, el problema jurídico planteado debe ser resuelto de manera negativa, para concluir que el Tribunal no erró al haber negado las pretensiones de la demanda, con fundamento en la omisión probatoria que reprochó a la libelista. Por las anteriores razones, la Sala confirmará la sentencia de primer grado.

### **Conclusiones**

104. En las condiciones previamente analizadas, la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia, recapitulando que:

105. Dentro del objeto específico de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se encuentran aquellas controversias y litigios en los que estén involucradas las entidades públicas, incluyendo procesos relativos a su responsabilidad extracontractual, cualquiera que sea el régimen aplicable (por regla y en atención a las precisas excepciones establecidas en la ley frente a ello).

106. El medio de control corresponde al objeto general de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y compendia -con un epígrafe- la controversia suscitada en cada caso, de manera que es diferente a los institutos de acción judicial, pretensión procesal, demanda contenciosa y proceso judicial. Bajo tal entendimiento, es innecesaria su adecuación en punto de la denominación que le haya otorgado el demandante y, por tratarse de una noción eminentemente nominal, que permite ubicar el contexto de la controversia que se promueve, carece de cualquier contenido procedimental.

107. Para determinar el nombre del medio de control que rotule una determinada controversia, se debe estudiar el contexto en el cual ésta surge, es decir, la causa que motiva al interesado a acudir a la administración de justicia, lo cual, a su vez, concretará las características del ejercicio del derecho de acción, a fin de determinar si se reúnen, entre otros, los presupuestos para acreditar la legitimación procesal de dicho sujeto, la oportunidad en la presentación de la demanda o la necesidad de agotar requisitos de procedibilidad, como el trámite de la conciliación prejudicial en derecho. Esclarecido ello, el juzgador deberá analizar, con base en lo demostrado a lo largo del proceso, si el accionante reunió los requisitos de orden material para obtener una sentencia favorable a sus pretensiones.

108. En el evento en el que el demandante mencione un medio de control diferente para ventilar este tipo de controversias, esta circunstancia no impide que se emita una sentencia de mérito, siempre que se cumpla con los presupuestos procesales. Como los litigios que giran en torno a los medios de control de reparación directa, controversias contractuales y nulidad con restablecimiento del derecho se tramitan bajo el mismo proceso (en su naturaleza), de forma que no existe adecuación alguna que se debe efectuar sobre el trámite cuando se aduzca un epígrafe diverso al que se considere procedente.



109. En el caso concreto, la accionante invocó en su demanda el medio de “controversias contractuales” y el Tribunal *a quo* le dio el trámite de un asunto de “nulidad con restablecimiento del derecho”. Sin embargo, aun cuando se encontró que el rótulo idóneo para la discusión en torno a un acto precontractual no administrativo es el de “reparación directa”, esta circunstancia no implicó la necesidad de variar el curso del proceso ni de invalidar las etapas surtidas hasta el momento.
110. Ecopetrol S.A. es una sociedad de economía mixta sometida al régimen de derecho privado conforme a la Ley 1118 de 2006 y, por tanto, sujeta principalmente al derecho privado y a las reglas establecidas en su manual de contratación para adelantar las diferentes modalidades de sus procesos de selección de contratistas. En tal sentido, se encuentra exceptuada del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP), lo cual no obsta para que esta jurisdicción conozca de los litigios en los que esté involucrada. Para los hechos específicos estudiados en esta sentencia, el concurso cerrado 0036251 se rigió -principalmente- por lo dispuesto en el manual de la entidad vigente para el año 2013.
111. Por tratarse de una entidad pública exceptuada de la aplicación del EGCAP, los actos precontractuales de Ecopetrol S.A. no constituyen actos administrativos, conforme a la jurisprudencia de la corporación en este tópico. Por tal motivo, la decisión del 27 de diciembre de 2013 examinada en esta oportunidad no ostentó dicha naturaleza.
112. En línea con el precedente de esta Sección, los litigios originados en actos precontractuales emitidos por entidades exceptuadas del EGCAP -como lo es Ecopetrol S.A.- deben ser ventilados a la luz del medio de control rotulado como “reparación directa”. La anterior subregla determina las características que adquiere el ejercicio del derecho de acción en este tipo de controversias, así como la óptica a partir de la cual se debe analizar la posible responsabilidad de la entidad al expedir este tipo de declaraciones.
113. De otra parte, en virtud del principio de la carga de la prueba, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, conforme a lo reglado en el artículo 167 del CGP. Si bien la entidad accionada, con su contestación, debe allegar copia de los antecedentes de la actuación examinada, esta obligación no se extiende a expedientes administrativos ajenos al caso concreto, de forma que la parte interesada no puede escudar su negligencia probatoria en torno a este punto a partir de dicha carga.
114. En atención a que la accionante no demostró el alejamiento entre la conducta de la entidad y los parámetros fijados en su manual de contratación, dado que no desestimó la veracidad de la razón invocada para cancelar el concurso cerrado, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda incoada. Concretamente, la libelista no acreditó haber desarrollado el mismo objeto contractual en años anteriores, ni de que hubiese contado con la información del proceso de selección gracias a ello. Dicho de otro modo, no logró desestimar el



desviamiento entre la conducta de la entidad y las reglas por las cuales ésta debió regirse, omisión que no puede excusarse en el hecho de que la autoridad no haya allegado expedientes ajenos al caso con su escrito de respuesta. Por tanto, el Tribunal no erró al denegar las pretensiones de la demanda.

### **Condena en costas**

115. En este tópico, se tiene que, de conformidad con la remisión del primer inciso del artículo 188 del CPACA<sup>68</sup>, y según lo establecido en los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP<sup>69</sup>, según se ha entendido, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta de la parte a la cual se le imponen<sup>70</sup>. Por lo tanto, se condenará en costas a la sociedad Transportes Circular S.A.S. por ser la parte vencida en el proceso, aunado al hecho de que, en esta instancia, se confirmará en todas sus partes la sentencia de primer grado que ella apeló. Conforme al artículo 366 del CGP, las costas serán liquidadas de forma concentrada por el tribunal *a quo*.

116. A su vez, el artículo 361 *ejusdem* prevé que las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados causados durante el trámite de la controversia, así como por las agencias en derecho, las cuales, en virtud del numeral 4 del artículo 366 de la misma normativa, se fijan con observancia de las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura. Para el caso concreto, se deben seguir los parámetros establecidos en el artículo 6 del Acuerdo No. 1887 de 2003 proferido por la señalada corporación, vigente para el momento en el que se interpuso la demanda, conforme al cual las agencias en derecho para el trámite de segunda instancia, en materia contencioso administrativa (numeral 3.1.3), pueden fijarse en “[h]asta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia” en aquellos asuntos con cuantía.

117. En este litigio, las pretensiones, en función de la cuantía de la demanda, se estimaron en \$ 6.562'173.652. Así, se establece como agencias en derecho, a cargo de Transportes Circular S.A.S., la suma equivalente al cero coma uno por

---

<sup>68</sup> Artículo 188. “Condena en costas: Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”. La modificación introducida por la Ley 2080 de 2021 es aplicable al caso concreto atendiendo la fecha en la que se interpuso el recurso de apelación (25 de agosto de 2023).

<sup>69</sup> Artículo 365 “Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. (...)” (se destaca).

<sup>70</sup> En asuntos como el presente, el magistrado ponente estima que, para condenar en costas a la demandante (no así a la demandada vencida), debe acudir a un criterio subjetivo, en aplicación del mandato incorporado -con la Ley 2080 de 2021- en el artículo 188 del CPACA, conforme al cual en todos los casos (salvo en litigios relacionados con grave violación de derechos humanos, donde no procede, o en las actuaciones gobernadas con reglas especiales, como en recursos extraordinarios) corresponde comprobarse si la demanda careció manifiestamente de fundamento legal. Sin embargo, también reconoce que no es una interpretación pacífica, por lo que -hasta tanto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no unifique la subregla- acogerá la actual posición mayoritaria de la Sección Tercera, que se inclina por mantener la aplicación del elemento objetivo.



Radicación: 50001233300020140028501 (70.247)  
Demandante: Transportes Circular S.A.S.  
Demandada: Ecopetrol S.A.  
Referencia: Acto precontractual no administrativo

ciento (0,1%) de aquel valor, a favor de la parte demandada, correspondiente al monto de \$ 6'562.174, como consecuencia de la vigilancia que ésta debió realizar al trámite de la segunda instancia del proceso.

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

### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 14 de abril de 2023, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la demandante, Transportes Circular S.A.S., que serán liquidadas de forma concentrada por el Tribunal *a quo*. Como agencias en derecho, en favor de la parte demandada, Ecopetrol S.A., se fija la suma de \$ 6'562.174.

**TERCERO: DEVOLVER**, por Secretaría, el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta providencia.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

Aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

**FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

Aclaración de voto

*Nota:* esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo del expediente SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



VF



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

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**Radicación:** 50001233300020140028501 (70.247)  
**Demandante:** Transportes Circular S.A.S.  
**Demandado:** Ecopetrol S.A.  
**Medio de control:** Reparación directa

Estimo necesario aclarar mi voto respecto a dos consideraciones puntuales vertidas en la sentencia. La relacionada con la connotación de *epígrafe* con que se describe la relación que existe entre los medios de control judicial y su contenido y la que atañe al entendimiento que se hace del artículo 171 del CPACA, referido a la adecuación del medio de control. En ambos casos discrepo de tal entendimiento.

La providencia explica que los medios de control corresponden a una clasificación meramente nominal; precisa que son *“etiquetas que carecen de todo contenido procedimental”* en la medida que sirven para ubicar el contexto de la controversia y para la asignación de asuntos en las diferentes secciones del Consejo de Estado, pero carecen de una connotación propia ya que será siempre su contenido el que revele la causa del interesado en acudir a la justicia, y ello es suficiente para que el juez deba avanzar en la línea del proceso que corresponda. Lo anterior, para afirmar que el medio de control promovido resulta irrelevante.

Si bien el destino de tal reflexión se respalda en el cariz constitucional del artículo 228 que privilegia el derecho sustancial sobre las formas, en criterio del suscrito la tesis propuesta parte de un lugar equivocado. El análisis de los medios de control y su función jurídica no puede surgir de una negación de sí mismos, así que no resulta plausible abordar por su nombre estos mecanismos para despojarlos de su contenido, pues ello, a la llana, pugna con la condición de orden público que la ley tiene atribuida a las normas procesales y desdice de la caracterización e individualidad con la que cada uno ha sido dotado.

La lectura que merecen estos institutos debe hacerse en clave constitucional integral, la que ciertamente no fluye a través del desvanecimiento de su nominación bajo la citada regla de prevalencia -el ordenamiento jurídico no requiere tal paso-, por el contrario, su consagración impone el reconocimiento de cada uno de los medios de control como conceptos autónomos y completos cuya sustancia no riñe con su nombre.

De manera que si al acudir a la jurisdicción se presenta un yerro en el cauce procesal instaurado, allí emerge un instrumento de *corrección* integral del instituto –no sólo nominal– dirigido a enderezar el camino y tender el puente entre el dispositivo de control bajo el cual debe seguirse el proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, más no porque por su naturaleza u origen carezcan de dimensión.

Así debe entenderse la *prevalencia* de lo sustancial, no como *carencia o inexistencia* de los contenidos inherentes a cada figura, sino como ponderación entre dos instituciones presentes, existentes, igualmente justas y dotadas de fuerza legal y constitucional, que deben coexistir bajo una regla de prelación, y no de negación.

Radicación: 50001233300020140028501 (70.247)  
Demandante: Transportes Circular S.A.S.  
Demandado: Ecopetrol S.A.

Estimo, entonces, que no es preciso ni hace bien al derecho procesal -como ordenador y contenedor de garantías superiores- sostener que el medio de control es un rótulo que por sí solo deje sin fundamento el *petitum*, pues más allá de que la tesis llegue a la materialización de la regla constitucional, la vía escogida adopta una perspectiva negativa o de escasez, que respetuosamente no comparto.

Lo expresado me lleva al segundo aspecto que preciso aclarar: la adecuación del medio de control en sede judicial. Se dijo en la providencia que “*no se observa fundamento alguno para dar aplicación a lo preceptuado en el artículo 171 del CPACA*”, con la precisión de que dicho artículo no impone que se “adecúe” el medio de control, sino que el juzgador le imprima a la demanda el trámite que le corresponda si el promovido es inadecuado.

Sobre tal proposición puntualmente debo señalar que comparto una interpretación que abogue porque el demandante no está obligado a adecuar su demanda de cara a uno u otro medio de control, en tanto corresponde a un deber del juez hacerlo bajo el citado art. 171; más no que se diga que no se impone su adecuación.

Al establecer la norma que el “*juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales y le dará el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada*” (se subraya), se patentó la existencia de un trámite adecuado, que debe existir en oposición a uno inadecuado. Esta actividad -de adecuar- es mandatoria y no pasa por el mero tamiz del formalismo, pues para unir el aspecto material de la controversia -o interés jurídico vertido en ella- con las vías fijadas en el ordenamiento procesal, la norma insertó el principio *iura novit curia* también de estirpe constitucional, bajo la fórmula que sostiene la garantía fundamental al debido proceso, que incluye el respeto por las formas propias de cada juicio y su factor de corrección.

De modo que, en un balance que descarta el mero culto por las formas, se establece el deber del juez de avanzar y superar tal suceso como director del proceso, pero sin vaciar de contenido la identidad y acento de cada medio de control. Por ello, de haberse errado en la ruta formulada, el juez habrá de hacer su adecuación, no solo siguiendo el trámite que estima que corresponde, sino bajo un acto procesal informado a las partes para que éstas conozcan el escenario en que habrá de transcurrir el proceso, con sus elementos, presupuestos y notas distintivas y, a su vez, éstas puedan pronunciarse y actuar.

En ambas perspectivas –la que pregonó que el nombre del medio de control está anclado a su contenido, como la que sostiene que el instrumento de corrección corresponde a una actividad de adecuación del juez materializada en un acto procesal– dejó expuestas las razones que motivan esta manifestación de disenso.

Fecha et supra,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE<sup>1</sup>  
**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**  
**Aclaración de voto**

VF

---

<sup>1</sup> Se deja constancia que el presente documento se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.



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

**Consejero Ponente: FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ**

**Radicación número: 50001233300020140028501 (70.247)**  
**Demandante: Transportes Circular S.A.S.**  
**Demandada: Ecopetrol S.A.**  
**Referencia: Controversias contractuales**  
**Sentencia: 30 de agosto de 2024**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque comparto lo decidido en la sentencia de la referencia en cuanto confirmó el fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demandante, por cuanto se concluyó que, tal y como lo estableció el *a-quo*, ésta no probó los hechos que les sirvieron de fundamento y, por lo tanto, estimo que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado, la motivación de la providencia se funda en jurisprudencia de la Sección sobre la cual, si bien respeto y acato por ser de unificación, he manifestado mi disentimiento en reiteradas ocasiones.

En la sentencia se sostiene que al ser Ecopetrol S.A. una entidad pública exceptuada de la aplicación del EGCAP, los actos precontractuales que profiere “(...) *no constituyen actos administrativos, conforme a la jurisprudencia de la corporación en este tópico*”, por lo que, en casos de responsabilidad precontractual como el presente, el medio de control procedente es el de reparación directa y no el de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto, me permito reiterar aclaración de voto efectuada en un caso similar:

*En la providencia objeto de esta aclaración, se sostuvo que los actos precontractuales proferidos por entidades públicas, cuyos procesos de selección se adelantan con sujeción al derecho privado, no tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos, y que su control debe hacerse a través del medio de reparación directa. En este punto, y tal como ya lo he manifestado, considero que, mientras las entidades públicas ejerzan la función administrativa -es decir, distinta de la legislativa y de la judicial-, estas se pronuncian a través de actos administrativos, puesto que es la forma jurídicamente concebida para plasmar la voluntad de los órganos del Estado. No puede confundirse el régimen jurídico aplicable con la naturaleza del acto, pues no porque un acto se rija en su contenido por el derecho privado, deja de ser administrativo<sup>1</sup>. Llegar a la*

---

<sup>1</sup> [1] “En el salvamento de voto de la sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020 (exp. 42.003) afirmé lo siguiente: “En este sentido, [...] la Sala se equivoca, profundamente, al indicar que si una entidad pública se rige por el derecho privado, en alguna de sus actuaciones administrativas, entonces sus actos son privados –civiles o mercantiles–. Esta ecuación es incorrecta, porque una cosa es el régimen jurídico-sustantivo aplicable a un tema, materia o actuación administrativa, y otra, la naturaleza de los actos en los que se materializa la decisión que adopta la Administración. Para la Sala, ‘la aplicación del derecho privado solo se puede hacer por medio de actos privados’ y ‘la

*conclusión contraria, y conservar categorías como la de “acto privado” o “acto mercantil” de la administración, conlleva debilidades conceptuales, puesto que no es clara la naturaleza de este acto privado, más allá de su régimen jurídico, al tiempo de que no es evidente el control al que será sometido. Como ya estos actos precontractuales se controvierten por la vía de la reparación directa, el juez no podrá declarar su nulidad, lo cual podría llegar a permitir la subsistencia de actos ilegales.*

**2. Además, tampoco resulta admisible, a mi juicio, que se controviertan los actos precontractuales a través del medio de control de reparación directa, ya que, como lo expresé en oportunidades anteriores:**

*[...] el hecho de que en el derecho privado, en el sector privado, y concretamente en la jurisdicción ordinaria –Corte Suprema de Justicia–, la actividad precontractual sea una manifestación típica de la responsabilidad extracontractual –porque no hay contrato que vincule a las partes que debaten–; no significa que en el derecho público, en el sector público, y concretamente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo –Consejo de Estado–, deba ser de la misma manera, por una razón que me parece clara: mientras que en el derecho privado la división entre lo contractual y lo extracontractual es natural, dura y más pura; en el derecho público la existencia de “procedimientos administrativos” previos a adoptar una decisión –incluida la elección de un contratista, pero también el nombramiento en un cargo o empleo público, el otorgamiento de una licencia ambiental, de un permiso, la imposición de una sanción, u otra decisión– normalmente intermedia en esa distinción, modificando sustancialmente la comprensión y la lógica de la actividad privada. // Por lo tanto, la existencia de “procedimientos administrativos” previos a la adopción de una decisión –como la selección del contratista de la entidad estatal regida por derecho privado y por los principios de la función administrativa, sumado al reglamento interno de contratación– impide entender la relación que surge entre los participantes en el procedimiento y las entidades estatales como extracontractual, tan propia del derecho privado, y en cambio se entiende en la forma como hasta hoy la ha entendido y administrado adecuadamente el derecho público.*

*Por esta razón, los procedimientos administrativos no son una manifestación de lo extracontractual, del ciudadano con la administración, sino de una relación legal o reglamentaria autónoma –ni contractual ni extracontractual–, simplemente autónoma, atendiendo a las características propias del derecho administrativo y de la manera como actúa el Estado –aunque la materia concreta se rija por derecho privado–.*

En los anteriores términos, dejo expuesta mi aclaración de voto.

Respetuosamente,

*firmado electrónicamente*  
**MARÍA ADRIANA MARÍN**  
**Consejera de Estado**

---

*aplicación del derecho administrativo solo se puede hacer por medio de actos administrativos’. Se trata de un error, con efectos negativos para las garantías de los ciudadanos”.*