



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

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., seis (6) de mayo dos mil veinticuatro (2024)

Radicación número: 05001-23-31-000-2010-01327-01 (61.297)

Actor: Velpa Soluciones Integrales S.A.

Demandado: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

Asunto: Controversias contractuales

Tema: Las empresas públicas domiciliarias no dictan actos administrativos de adjudicación. La acción de reparación directa es la procedente para juzgar dichos actos jurídicos. La incompatibilidad del literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 se configura bajo el concepto de servidor público de dicha ley y sin consideración a la influencia del funcionario en el proceso de selección.

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 27 de noviembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (fls. 231 a 246, c. ppal, 2ª instancia).

I. SÍNTESIS DEL CASO

La parte actora pretende la nulidad de la decisión de la demandada de rechazar su propuesta presentada dentro del proceso de contratación n.º PC-32009-974, abierto con el fin de adquirir unos pararrayos poliméricos para el sistema de distribución de energía. Estima que el parentesco entre el representante legal de la sociedad actora y la Jefe de Unidad de Servicio Médico y Odontológico de EPM no constituye incompatibilidad, toda vez que ésta no desempeñó ningún rol directo en el proceso de contratación, ni tampoco ejerció funciones directivas. Como consecuencia de la referida nulidad, solicita la indemnización de los perjuicios causados.

II. ANTECEDENTES

A. Demanda

1. El 21 de junio de 2010 (fl. 12, c. ppal, 1ª instancia), la sociedad Velpa Soluciones Integrales S.A. presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y



restablecimiento del derecho, en contra de las Empresas Públicas de Medellín, ESP, en adelante EPM, con base en las siguientes pretensiones (fls. 5 a 6, c. ppal, 1ª instancia):

1. Se declare nula la decisión de Empresas Públicas de Medellín ESP de rechazar la propuesta presentada por la sociedad VELPA SOLUCIONES INTEGRALES S.A. en el marco del proceso de contratación PC-2009-0974 abierto por EPM, por encontrarse supuestamente inhabilitada para contratar con Empresas Públicas de Medellín de acuerdo con el numeral 2, literal d) de la Ley 80 de 1993, artículo 8 modificado por el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, 9 y 10 (sic).

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a Empresas Públicas de Medellín a pagar a VELPA SOLUCIONES INTEGRALES S.A., el monto de los perjuicios sufridos al habersele rechazado la demanda (sic) en el proceso de contratación n.º 2009-0974 y de las sumas que dejará de recibir como consecuencia de la imposibilidad de contratar con el Estado por un período de 5 años, producto de la decisión adoptada por Empresas Públicas de Medellín, y ello, tomando como base de los contratos celebrados exclusivamente con el Estado durante el año 2009 y su proyección para el periodo próximo de cinco años, todo lo cual se adjunta a la presente demanda como prueba documental.

3. Que se actualice el valor del lucro cesante y daño emergente a la fecha en que fue comunicada a VELPA Soluciones Integrales S.A., la decisión adoptada de rechazar la propuesta de esta, tomando en cuenta los índices de precios certificados por el Banco de la República, los cuales constituyen un hecho notorio.

4. Que sobre el monto histórico mencionado en la pretensión primera, se reconozca el interés técnico del doce por ciento anual (12%).

5. Que se condene a Empresas Públicas de Medellín a pagar a mi mandante la actualización de la suma a que se le condene y/o el ajuste de valor conforme con lo dispuesto por el art. 178 del CCA desde la fecha en que fue comunicada a VELPA Soluciones Integrales S.A., la decisión que es objeto de demanda.

6. Condenar a Empresas Públicas de Medellín a pagar a mi mandante los intereses conforme al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

7. Que se condene a Empresas Públicas de Medellín a pagar las costas y demás gastos administrativos y honorarios que se tasen.

8. Que se ordene el cumplimiento del fallo favorable dentro del término establecido por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

2. En los hechos (fls. 3 a 5, c. ppal, 1ª instancia), se informó que la propuesta de la actora fue rechazada dentro del proceso de contratación n.º PC-32009-974, abierto por EPM para enero de 2010, con el fin de adquirir unos pararrayos poliméricos para el sistema de distribución de energía de dicha entidad pública, porque el representante legal de la sociedad actora y la Jefe de Unidad de Servicio Médico y Odontológico de EPM son hermanos, razón por la cual se configuró, a juicio de la demandada, la causal de incompatibilidad del literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

3. Como fundamento para cuestionar la anterior decisión, señaló que aunque dicho parentesco existe, la funcionaria de EPM no ejerce funciones de dirección y/o



manejo y tampoco tuvo un papel determinante dentro del proceso de contratación del que fue rechazado.

B. Trámite de primera instancia

4. Al admitir la demanda, el Tribunal adecuó la acción a la contractual, toda vez que el contrato del proceso de selección cuestionado se celebró tres días después de presentada la demanda. Además, ordenó notificar personalmente a EPM y al Ministerio Público (fls. 129 a 131, c. ppal, 1ª instancia). Mediante auto del 6 de abril de 2011, negó la suspensión provisional del acto demandado (fls. 144 a 147, c. ppal, 1ª instancia).

5. EPM, al contestar la demanda (fls. 148 a 168, c. ppal, 1ª instancia), precisó que por disposición expresa del artículo 44.4 de la Ley 142 de 1994, las inhabilidades e incompatibilidades del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 son plenamente aplicables a la contratación de las entidades estatales que presten servicios públicos, tal como se advirtió desde el pliego de condiciones. En consecuencia, estimó probada la incompatibilidad del literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en consideración al parentesco probado entre el representante legal de la sociedad actora y la Jefe del Servicio Médico y Odontológico de EPM.

6. Después de decretadas y practicadas las pruebas (fls. 172 y s.s., c. ppal, 1ª instancia), se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 333, c. ppal, 1ª instancia), oportunidad en la que las partes, con fundamento en el material probatorio, reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 334 a 371, c. ppal, 1ª instancia).

7. Mediante auto del 14 de octubre de 2016, el *a quo* vinculó a la sociedad Melec S.A., como litisconsorte necesario por pasiva, en su calidad de adjudicataria del proceso de selección en cuestión (fls. 174 a 175 (sic), c. ppal, 1ª instancia). En su contestación de la demanda, la referida sociedad se opuso a las pretensiones y a los hechos al considerar probada la incompatibilidad que, inclusive, fue aceptada por la demandada. Además, sostuvo que no tenía legitimación en la causa por pasiva, por cuanto no fue quien adoptó la decisión de rechazar a la demandante (fls. 215 a 221 (sic), c. ppal, 1ª instancia). No presentó alegaciones finales (fl. 230, c. ppal, 1ª instancia).

C. La sentencia de primera instancia

8. El 21 de noviembre de 2017, al dictar sentencia (fls. 231 a 246, c. ppal, 2ª instancia), el Tribunal *a quo*, después de precisar que el régimen jurídico del proceso de selección en estudio era el derecho privado, pero que le aplicaba el régimen de



inhabilidades e incompatibilidades del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, consideró probado el parentesco entre el representante legal y un miembro de la Junta Directiva de la sociedad actora y la Jefe de la Unidad de Servicio Médico y Odontológico de EPM.

8.1. Consideró que se trataba de una funcionaria del nivel directivo, en los términos del Decreto 785 de 2005, por medio del cual se fijó el sistema de nomenclatura y clasificación de las entidades territoriales, tal como lo certificó el Jefe de la Unidad de Personal de EPM y como se desprende de las funciones consignadas en dicha certificación. La misma conclusión la apoyó en los testimonios de la funcionaria involucrada en la incompatibilidad y de otros funcionarios de la entidad demandada, en especial, del área de contratación.

8.2. Afirmó que no influía para la configuración de la incompatibilidad en estudio, la dependencia a la cual perteneciera el funcionario, sino su nivel, en este caso, el directivo, por cuanto la ley busca eliminar factores que influyan indebidamente en la selección, como el parentesco entre los proponentes y los funcionarios de alto nivel de la entidad contratante, como ocurrió en esta oportunidad.

D. Recurso de apelación

9. La parte actora (fls. 249 a 267, c. ppal, 2ª instancia)¹ insistió en que el funcionario del nivel directivo debe tener la posibilidad real y efectiva de intervenir en el proceso de contratación. Así, estimó inexistente la incompatibilidad enrostrada, puesto que *“si bien la familiar del representante legal de la sociedad VELPA SOLUCIONES INTEGRALES S.A., ejerce en la entidad contratante el cargo de Jefe de la Unidad de Servicio Médico y Odontológico, la misma no poseía el poder de influir o decidir en la adjudicación del contrato”* (fl. 260, c. ppal, 2ª instancia).

9.1. Afirmó que *“no puede perderse de vista que si bien la doctora ANA EUGENIA VELÁSQUEZ MANES, hermana del representante legal de la sociedad VELPA (...), para la época en que se desarrolló el proceso de contratación, ocupaba un ‘cargo directivo’ dentro de las Empresas Públicas de Medellín (...), lo cierto es que dicho cargo no confería funciones de ‘dirección general’ ni de ‘formulación de políticas y adopción de planes y programas para su ejecución’, en que lo que tiene que ver con las actividades constituyen el objeto social y la actividad empresarial de EPM”* (fl. 201, c. ppal, 2ª instancia).

¹ El recurso fue presentado el 13 de diciembre de 2017 (fl. 249, c. ppal, 2ª instancia).



9.2. Lo anterior quiere decir, según la apelante, que tampoco podía incidir en el proceso de selección cuestionado, por cuanto superaba la cuantía de los procesos de contratación en los que podía intervenir dicha funcionaria y la materia, toda vez que tenían que estar relacionados con los insumos que requería el área que dirigía.

E. Trámite en segunda instancia

10. Después de que el *a quo* concedió la apelación (fl. 268, c. ppal, 2ª instancia), esta Corporación la admitió (fls. 272, c. ppal, 2ª instancia) y, después, corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 274, c. ppal, 2ª instancia), oportunidad en que las partes y el litisconsorte necesario por pasiva reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 275 a 313, c. ppal, 2ª instancia).

III. CONSIDERACIONES

F. Jurisdicción, competencia y acción procedente

11. Atendiendo a la naturaleza pública de EPM, la presente controversia es de conocimiento de esta jurisdicción, en los términos del artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, que modificó el artículo 82 del CCA.

12. Esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto, en segunda instancia, en atención a su cuantía², en los términos del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

13. La Sección Tercera tiene definido que, en este tipo de asuntos, las empresas prestadoras de servicios públicos oficiales no dictan actos administrativos de adjudicación³. En consecuencia, en línea con esta postura, la Sala adecuará la acción contractual a la de reparación directa, como responsabilidad precontractual, que fue la vía definida por el Pleno, claro está, sin que ello impida que se aborde la integridad de los temas propuestos.

G. La legitimación en la causa

14. Las partes se encuentran legitimadas, en la medida que expidieron y fueron destinatarios de los actos jurídicos demandados.

² La cuantía del proceso, que fue explicada al subsanar la demanda, se estimó en la suma de \$4.520.000.000, como consecuencia de los perjuicios causados por no poder contratar dentro de los cinco años siguientes a la incompatibilidad imputada (fls. 121 y 122, c. ppal, 1ª instancia).

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020, exp. 42.003, M.P. Alberto Montaña Plata. La Ponente ya ha tenido la oportunidad de expresar sus reparos frente a esta posición, por lo que se considera suficiente remitir a ellos en esta oportunidad.



14.1. Sin embargo, respecto del litisconsorte necesario por pasiva, sociedad Melec S.A., la Sala considera que al tratarse de un tema de responsabilidad extracontractual dirigido en contra de la demandada y no un acto administrativo de adjudicación, como quedó expuesto, la referida sociedad carece de interés en las resultas del proceso, en la medida que no se avizoran consecuencias para ella.

14.2. En consecuencia, se declarará de oficio la falta de legitimación en la causa por pasiva de la sociedad Melec S.A.

H. Oportunidad de la acción

15. Teniendo en cuenta que la acción de reparación directa es la procedente, la misma fue presentada en tiempo. En efecto, ni siquiera tomando la fecha de la nota de aceptación de la oferta del proceso de selección cuestionado del 15 de marzo de 2010, que según la subsanación de la demanda no le fue informada a la parte actora (fl. 122, c. ppal, 1ª instancia) y la de la fecha de presentación de la demanda, el 21 de junio de 2010, el bienio para presentarla se encontraba vencido. Vale precisar que en la nota de aceptación referida también se rechazó la propuesta de la parte actora (fl. 126, c. ppal, 1ª instancia), es decir, es la fuente del daño aquí reclamado; ahora, el conocimiento de dicho daño, de acuerdo con la demanda (fl. 3, c. ppal, 1ª instancia), fue el 18 de marzo de 2010, por lo que con mayor razón la demanda estaría en tiempo.

I. Plan de solución del caso

16. Para resolver el fondo del presente asunto, la Sala precisará (i) la naturaleza del proceso de contratación adelantado por EPM. Después, será necesario establecer (ii) la prosperidad de los cargos de la apelación y los principios comprometidos. (iii) De ser así, se impondrá indemnizar los perjuicios causados y probados. En caso contrario, se confirmará la sentencia de primera instancia.

J. La naturaleza del proceso de selección adelantado por EPM

17. En el *sub lite*, en los pliegos de condiciones de enero de 2010, EPM consignó (fls. 13 y 14, c. ppal, 1ª instancia):

1. INFORMACIÓN GENERAL Y DEFINICIONES

1.1. Información general



Las personas interesadas en el **presente proceso de contratación de suministro de bienes por solicitud de ofertas** a través del sistema de Información Corporativo Te Cuento.Net página www.epm.com.co/tecuento de acuerdo con el informe de autorización de inicio suscrito el 15 de enero de 2010, cuyo contenido y reglas fija el presente pliego de condiciones, deberán evaluar su capacidad para participar teniendo en cuenta lo aquí estipulado. Para tal efecto, se fijan, a continuación, las condiciones básicas que delimitan el marco general en el cual se desarrollará el proceso tanto desde la determinación de la competencia de la empresa para abrirlo, como en cuanto a su alcance y las obligaciones que asumen quienes en él participen.

1.1.1. Información general del proceso

Este documento constituye el pliego de condiciones con base en el cual las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. inician el proceso de selección o escogencia de uno o varios contratistas que, en las condiciones y con los requisitos que aquí se describen, se obliguen al suministro de los bienes que se determinan en los numerales 1.1.3 y 1.1.4 que definen el “objeto” y “el alcance del suministro de bienes” dentro de este pliego de condiciones.

En el proceso podrán participar todas las personas que cumplan los requisitos que se indican en este mismo pliego de condiciones y se encuentren en condiciones legales, económicas y materiales de cumplir con el “objeto” y el “alcance del suministro” aquí señalados.

Entre quienes participen en el proceso y con aplicación de los procedimientos, criterios y reglas que el pliego de condiciones señala para evaluar las correspondientes condiciones, las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. seleccionarán, de acuerdo a lo establecido en el numeral 1.1.5.6. “Evaluación”, a quien de acuerdo con los factores de ponderación, ofrezca las mejores condiciones para cumplir con el “objeto”, vinculándolo jurídicamente en calidad de “contratista”.

Efectuada la selección y aceptada la oferta correspondiente mediante la comunicación respectiva al proponente favorecido, este procederá a la respectiva formalización del contrato, y una vez obtenida, las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y el “contratista” darán inicio a la ejecución del contrato con sujeción estricta a los términos aquí fijados y siempre dentro del marco de la ley colombiana. En casos especiales, las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., podrán ordenar a “el contratista” el inicio de ejecución del contrato una vez se haya aceptado la oferta, esto es, antes de su formalización, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 20 del Decreto 118 de 1998, subrogado por el Decreto 260 del 10 de diciembre de 2009. (...)

1.1.5. Etapas y plazos del proceso de contratación

El proceso de contratación se desarrollará en las etapas y dentro de los plazos que se indican a continuación en el orden correspondiente:

1.1.5.1. Apertura (...)

1.1.5.2. Consulta y adquisición del pliego de condiciones (...)

1.1.5.2.1. Cesión del pliego de condiciones y del derecho de participación (...)

1.1.5.3. Presentación de ofertas:

Es el acto mediante el cual, con las formalidades señaladas en el pliego de condiciones, los interesados presentan una oferta a las EMPRESAS para que se evalúe dentro del proceso de contratación. La oportunidad para ello transcurre entre la fecha de la apertura y el momento del cierre para presentación de ofertas del presente proceso de contratación.

1.1.5.4. Cierre para presentación de ofertas:



En el lugar, día y hora señalados para el “cierre para presentación de ofertas”, los servidores de LAS EMPRESAS responsables del desarrollo del proceso abrirán una a una las ofertas oportuna y debidamente entregadas y constatarán los aspectos generales más importantes (tales como nombre del proponente, plazo señalado por él, valor global, garantías y representación legal). De todo ello se dejará constancia en una acta que firmarán al menos dos de dichos servidores y los representantes de los proponentes que concurren y deseen hacerlo.

1.1.5.6. Evaluación:

Una vez verificados los aspectos generales antes indicados, LAS EMPRESAS, a través de sus servidores y con aplicación de las reglas y criterios contenidos en este pliego de condiciones y en las leyes aplicables, harán la evaluación de las ofertas determinando sucesivamente las que han de rechazarse, las que han de eliminarse y las que se ponderarán. Las que alcance la etapa de “ponderación” serán calificadas con los puntajes que arroje la aplicación de las respectivas fórmulas o criterios a cada uno de los factores indicados y con base en la sumatoria de dichos puntajes se ordenarán de máximo a mínimo.

1.1.5.7. Selección:

Efectuada la evaluación y cumplidos los pasos complementarios tanto internos como externos -básicamente: “recomendación” y “audiencia pública”, según el caso- LAS EMPRESAS elegirán aquella que haya alcanzado el máximo puntaje y se halle habilitada por todos los demás aspectos correspondientes para vincularse contractualmente con ellas en su condición de entidad pública.

1.1.5.8. Aceptación:

Es el acto mediante el cual se le comunica al proponente seleccionado que su oferta reúne las condiciones fijadas por LAS EMPRESAS para ejecutar el suministro de los bienes señalados en el “objeto” y, con lo cual, se habrá formado válidamente la relación o vínculo contractual.

18. Como primera medida, precisa analizar si los pliegos de condiciones arriba referidos, que fueron realizados por EPM, constituyeron una oferta en los términos de los artículos 845 y 860 del Código de Comercio o si, por el contrario, la etapa precontractual en este caso correspondió a una invitación a presentar ofertas, modalidad de formación del contrato en la que no es dable predicar los efectos de la oferta, principalmente su carácter irrevocable y que el estudio de la responsabilidad reclamada sea precontractual.

19. En tal sentido, es necesario resaltar que, como lo ha precisado esta Subsección⁴, la diferencia más significativa entre una y otra figura, según la Corte Suprema de Justicia, radica en que la oferta, como propuesta completa de negocio jurídico que se presenta a terceros, debe contener los “*elementos esenciales del negocio*” (artículo 845 del Código de Comercio). Para la Corte, “*la oferta como acto unilateral se instituye en fuente obligacional y (...) en el evento del retracto injusto*

⁴ Sobre el desarrollo de este acápite se reiteran los fundamentos contenidos en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2023, exp. 56.445, M.P. María Adriana Marín.



se está frente a un acto ilegal que compromete la responsabilidad”⁵. En contraste, la invitación a presentar ofertas carece de ese rasgo distintivo, “de suerte que la conformidad del destinatario no podría implicar celebración”⁶ del contrato.

20. En tal dirección, se ha precisado que un anuncio puede contener una verdadera propuesta de contrato o, simplemente, tratarse de una invitación a emprender negociaciones⁷. Por consiguiente, en ocasiones se ha afirmado que “la verdadera oferta es la presentada por el concursante, y en cuanto tal debe contener los elementos esenciales del convenio, propuesta que una vez aceptada por quien abrió el concurso, perfeccionará el negocio jurídico”⁸.

21. En el presente asunto, se tiene que el documento publicado por EPM para la contratación del suministro de pararrayos poliméricos para el sistema de distribución de energía dejó consignado expresamente que la entidad estaba interesada en recibir ofertas en las cuales se expresara el valor global, el bien ofrecido, los plazos, entre otros elementos relevantes del negocio. Asimismo, estableció un procedimiento para la evaluación de las ofertas, la aceptación y el perfeccionamiento del acuerdo.

22. Por consiguiente, EPM no formuló una oferta en los términos del artículo 845 del Código de Comercio, ni una licitación pública de las reguladas en el artículo 860 de la misma norma, puesto que su intención fue invitar a que se presentaran propuestas para determinar, de acuerdo con las reglas establecidas, con quiénes de esos oferentes se celebraría el contrato. Esto quiere decir que los invitados eran los oferentes y la sola presentación de su oferta no implicaba el nacimiento del contrato.

23. Como la invitación a contratar hecha por la entidad no constituyó una oferta, la misma no estaba investida del deber de irrevocabilidad y la presentación de las propuestas no supuso la celebración del contrato en los términos del artículo 860 del Código de Comercio. En tal virtud, la responsabilidad y la fuente de la obligación resarcitoria será estudiada en el escenario precontractual.

24. De esta forma, precisa determinar si la demandada obró en contra de la buena fe precontractual (artículo 863 del Código de Comercio) y de los principios de la función

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de agosto de 2002, exp. 6151.

⁶ Hinestrosa, Fernando, Tratado de las obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico, Vol. 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 761.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 2001, exp. 5716.

⁸ *Ibíd.*



administrativa⁹ al excluir del proceso de selección a la oferta de la actora con base en la incompatibilidad del literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, toda vez que no tenía la calidad de servidora pública del nivel directivo, ni tampoco intervino en el proceso de selección cuestionado.

25. De demostrarse la violación a los referidos deberes y los perjuicios causados, se impondrá su indemnización. Vale recordar que en las invitaciones a ofertar, en caso de acreditarse el daño, la indemnización se circunscribe al denominado interés negativo o de confianza, llamado a restituir la situación de aquellos que esperaban que no se interrumpiera el curso normal de la negociación, en donde, por tanto, la fuente de la responsabilidad no tiene origen en un contrato, sino en el principio general de buena fe. La determinará si hubo o no daño en la etapa pre contractual, en la medida que se desconozca el referido principio con la determinación adoptada.

26. El artículo 863 del Código de Comercio impone el deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual. El incumplimiento de este deber supone la indemnización de los perjuicios que se causen. Es por ello que la Sala procederá a analizar si la demandada desconoció el deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual, así como los principios de la función administrativa y las reglas establecidas en los pliegos de condiciones. De conformidad con lo expuesto por esta Corporación¹⁰, el deber de buena fe en la etapa de formación del contrato exige que las partes sean claras, lo cual será analizado por esta Sala a partir de los documentos del proceso cuestionado y las normas aplicadas por la entidad demandada para adoptar su decisión, como pasa a explicarse.

K. Los fundamentos de la apelación por los que se reclama responsabilidad *in contrahendo* de EPM

27. En la apelación se pone de presente la necesidad de verificar que el funcionario directivo tuviera incidencia directa en el proceso de selección cuestionado. Lo anterior, dirigido a dos cuestiones, a saber:

(i) Que el cargo no ostentaba “*funciones de dirección*” ni de “*formulación de políticas y adopción de planes y programas para su ejecución*”, en cuanto al objeto social o actividad empresarial de EPM, es decir, que el cargo no era del nivel directivo.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2023, exp. 56.445, M.P. María Adriana Marín. En esta oportunidad, se señaló que “*de conformidad con la jurisprudencia unificada de esta Corporación, las entidades regidas por el derecho privado en sus actuaciones contractuales y precontractuales deben observar los principios de la función administrativa, lo que implica, además, que deben sujetarse a las reglas dispuestas en sus procesos contractuales*”.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020, exp. 42.003, M.P. Alberto Montaña Plata.



(ii) Y que no tenía bajo su cargo el proceso de selección en cuestión, toda vez que sus funciones se relacionaban con un área diferente.

28. En consecuencia, esas serán las cuestiones de las que se ocupará la Sala. Para el efecto, se determinará (K) la aplicabilidad del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 para el proceso de selección en estudio; (L) la definición de servidor público para configurar la incompatibilidad del literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993; (M) la naturaleza de servidora pública del nivel directivo de la involucrada, y (N) la naturaleza objetiva de dicha incompatibilidad.

L. La aplicabilidad del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 para el proceso de selección en estudio

29. Aunque el derecho privado es la regla general frente al régimen contractual de las entidades estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios (artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, el primero de ellos reformado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001), lo cierto es que el artículo 44.4 *ejusdem* estableció que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y de conflictos de interés que prevé la Ley 80 de 1993 se aplica a los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos domiciliarios, en cuanto sea pertinente. Vale señalar que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 desarrolló una lógica similar.

30. En esa dirección, se tiene que el pliego del proceso de contratación en estudio precisó que los proponentes no debían estar incurso en las causales de inhabilidad e incompatibilidad para celebrar contratos estatales establecidas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 (numeral 2.1.1.1, fl. 16, c. ppal, 1ª instancia).

31. En los anteriores términos, el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 resulta aplicable, en lo pertinente, a la contratación de las entidades estatales que presten servicios públicos. Por lo tanto, atendiendo a la naturaleza de empresa industrial y comercial del orden territorial de EPM y, por lo tanto, de entidad estatal¹¹, es claro que estaba sometida al régimen establecido en el citado artículo para lo relativo al proceso de contratación enjuiciado.

¹¹ Efectivamente, según la certificación del 22 de abril de 2010 de la Secretaría General de la demandada, esta tenía la calidad de empresa industrial y comercial del Estado, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo n.º 69 de 1997 (fl. 46, c. ppal, 1ª instancia). Esta fue entonces la condición en que abrió y finalizó el proceso de selección cuestionado, toda vez que las fechas se corresponden (enero y marzo de 2010, según los pliegos y la carta de aceptación de ofertas, fls. 13 y 126, c. ppal, 1ª instancia).



M. La definición de servidor público para los efectos de aplicar la incompatibilidad en estudio

32. El literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establece que no podrán participar en los procesos de selección ni celebrar contratos con la entidad estatal respectiva, las personas jurídicas que menciona la norma en las que, para el caso en particular, el servidor público de los niveles directivo, asesor y ejecutivo o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

33. Según la certificación del 22 de abril de 2010 de la Secretaría General de la demandada, esta tenía la calidad de empresa industrial y comercial del Estado, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo n.º 69 de 1997 (fl. 46, c. ppal, 1ª instancia). Esta fue entonces la condición en que abrió y finalizó el proceso de selección cuestionado, toda vez que las fechas se corresponden (enero y marzo de 2010, según los pliegos y la carta de aceptación de ofertas, fls. 13 y 126, c. ppal, 1ª instancia).

34. El artículo 41 de la Ley 142 de 1994 dispone, en particular, que, en las entidades que adopten la forma de empresas industriales y comerciales, en los términos del párrafo 1º del artículo 17 *ejusdem*, las personas que presten sus servicios se rigen por el artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, es decir, serán trabajadores oficiales, salvo que desempeñen actividades de dirección o confianza, según los estatutos de la respectiva empresa, en cuyo caso serán empleados públicos. De manera que, a efectos de determinar la naturaleza de los servidores de las empresas industriales y comerciales que prestan servicios públicos domiciliarios, debe también consultarse sus estatutos, sin perjuicio de otras normas de rango legal sobre la materia, como se explicará más adelante.

35. Sin perjuicio de lo anterior, que resulta pertinente para efectos del régimen jurídico laboral de quienes están vinculados con las empresas industriales y comerciales territoriales prestadoras de servicios públicos domiciliarios¹², lo cierto es que el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 consulta una lógica y ámbito diferente para efectos de su aplicación, en particular sobre el elemento “*servidor público*”, como pasa a explicarse.

¹² Esto quedó palmaria en la sentencia C-253 de 1996, que declaró inexecutable la remisión al inciso primero del artículo 5 del referido decreto, contenida en el párrafo 1º del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, por violación al principio de igualdad, puesto que resultaba injustificado que las personas vinculadas a las empresas mixtas o privadas fueran catalogados como trabajadores oficiales, con todas las ventajas laborales que esto conllevaba, mientras que los de las empresas públicas, que desarrollaban las mismas actividades, tuvieran la denominación de empleados públicos, con las desventajas consecuentes.



36. El artículo 44.4 de la Ley 142 de 1992 se limita a remitir al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993, en lo que resulte pertinente. Una regla básica de este tipo de remisiones es que debe ser integral, que no parcial. Además, debe consultarse la razón de ser de dicho régimen, que descansa en la protección de la transparencia de lo público, sin caer en una interpretación extensiva, sino finalística, encaminada a desterrar manejos indebidos por parte de los actores de la contratación pública en general.

37. Siendo así, el término de “*servidor público*” que el pluricitado artículo 8 emplea debe entenderse en el marco del régimen jurídico de la contratación pública, es decir, la Ley 80 de 1993. El literal a) del numeral 2 del artículo 2 de dicha ley señala que tienen tal denominación “*las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo*”, refiriéndose exclusivamente a aquellos que no tienen participación mixta, entre las cuales están las empresas industriales y comerciales del Estado, que es a la que corresponde la naturaleza de EPM.

38. Para efectos ilustrativos de la concepción particular del término “*servidor público*” y su dimensión propia dentro del marco de la contratación pública, vale la pena señalar que el mismo literal del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, al referirse a la entidades estatales mixtas, precisó que la calidad de servidores públicos la ostentan sus representantes legales y los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos.

39. Como se observa, la definición de servidor público de la Ley 80 es multicompreensiva e, incluso, más amplia que en las definiciones laborales propias de cada entidad estatal, en razón de su naturaleza y estructura. Esta amplitud llevó a que se demandara el aparte del literal del numeral segundo en comento que señala que, para las entidades estatales mixtas, la denominación de servidor público “*se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquellas*”. El fundamento de esta demanda radicó en que desconocía el régimen jurídico laboral de dichas entidades, en tanto a las personas vinculadas a ellas se les daba una categoría que no tenían, puesto que, por lo general, se trataban de trabajadores oficiales.

40. La Corte Constitucional precisó que el aparte demandado, referente a las entidades estatales mixtas y la calificación de sus directivos como servidores públicos “*no modifica ni la naturaleza de aquéllas ni la situación laboral particular de*



estos últimos con las referidas entidades, porque unas y otros siguen sometidos al régimen de derecho privado que les es aplicable, pues, como ya se dijo la referida clasificación se consagró exclusivamente para fines del manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos mediante la contratación. Cuando los particulares manejan bienes o recursos públicos, es posible someterlos a un régimen jurídico especial, como es el concerniente a la contratación administrativa, para los efectos de la responsabilidad que pueda corresponderles por el indebido uso o disposición de dichos bienes con ocasión de las operaciones contractuales que realicen, en los aspectos disciplinario, penal y patrimonial”¹³.

41. Así, la Corte señaló que el alcance legal de la noción de “servidor público”, contenida en el numeral referido, “no corresponde a una noción atributiva de una situación laboral dentro del régimen propio de la función pública, con respecto a quienes intervienen en la contratación, pues la intención del legislador fue la de vincular a las reglas propias de la contratación pública y al sistema de responsabilidad consecuente, **a las personas sujetas a una relación laboral subordinada, como empleado público o trabajador oficial, y a quienes en calidad de representantes o de funcionarios de los niveles directivo, asesor y ejecutivo, pertenecen a entidades en las cuales el Estado tiene participación económica mayoritaria, y desarrollan actividades que contribuyen a la realización de un cometido estatal**” (se destaca)¹⁴.

42. De esta forma, la definición de servidor público, para los efectos de la Ley 80 de 1993, no contradice el régimen laboral de las personas que están vinculadas a las entidades estatales, en este caso en particular, a las empresas industriales y comerciales que prestan servicios públicos domiciliarios, por cuanto para lo contractual serán servidores públicos, con independencia de si son empleados públicos o trabajadores oficiales, lo que significa que esta última clasificación no desaparece, pero es irrelevante para el marco contractual y de la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades que regula la citada ley.

43. En esa misma dirección, el artículo 123 Superior señala que “*son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios*”. Con base en este artículo, la Corte ha concluido “*que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas*” y, además,

¹³ Sentencia C-230 de 1995.

¹⁴ *Ibíd.*



regulaciones normativas especiales en atención, por ejemplo, al porcentaje de participación de dichas entidades¹⁵.

44. De aceptarse que la definición de servidor público que trae el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 se reduce a la de empleados públicos, se admitiría un tratamiento diferenciado e injustificado frente a las entidades estatales sometidas a dicha ley. Efectivamente, las personas vinculadas a las empresas industriales y comerciales y las mixtas con participación superior al 50% e inferior al 90%, que son trabajadores oficiales de nivel directivo, ejecutivo o asesor, se les aplicaría dicha incompatibilidad; sin embargo, las empresas industriales y comerciales, por el sólo hecho de prestar un servicio público, quedarían excluidas de la misma, cuando esta actividad *per se*, no tendría la justificación para permitir a los familiares que señala el artículo en cita para contratar con las entidades estatales en las que trabaja su familiar.

45. La Corte Constitucional ha señalado que, para la aplicación de las incompatibilidades en estudio, *“el operador jurídico debe dirigirse a las normas que definen los niveles de los empleos de poder público”*¹⁶, aunque su estudio se limitó a la constitucionalidad del literal b) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. La doctrina ha entendido que dichas normas regulan de forma transversal los niveles requeridos para este tipo de incompatibilidades¹⁷. En el *sub lite*, el Decreto 785 de 2005, vigente para la época de los hechos, estableció el sistema de nomenclatura, clasificación, funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales y sus entes descentralizados sometidos a la Ley 909 de 2004, como lo es la demandada. Por ser la única norma que trae la definición de los pluricitados niveles, su aplicación se impone de forma analógica y por respeto al principio de igualdad y legalidad operante en materia sancionatoria. En todo caso, esto no obsta para que se analicen de manera armónica los estatutos de las empresas en estudio, que son los llamados a determinar la estructura interna de las mismas¹⁸.

¹⁵ Sentencia C-736 de 2007.

¹⁶ Sentencia C-429 de 1997.

¹⁷ Mario Roberto Molano López, *Los sujetos de la contratación estatal y su régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés*, Ediciones Nueva Jurídica, 2010, Bogotá, p. 192. El autor sostiene que esta nomenclatura (nivel directivo, asesor y ejecutivo), contenida, entre otros, en el Decreto 785 de 2005 *“termina por convertirse en el referente de aplicación de este escenario de causales de inhabilidad e incompatibilidad, si se acoge posición de la Corte Constitucional [se refiere a la sentencia C-429 de 1997, que cita más adelante in extenso], en la que precisó que para determinar el alcance de las causales referidos a los niveles de cargos o empleos, el operador jurídico debe dirigirse a las normas que los definen”*.

¹⁸ Son los estatutos de las empresas los llamados a precisar qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la primera de las calidades referidas, a quienes se les aplica derecho público por regla general. En: Libardo Rodríguez Rodríguez, ob. cit., p. 128.



46. Así, el artículo 3 del Decreto 785 de 2005 definió que los empleos de las entidades territoriales se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Directivo, Asesor, Profesional, Técnico y Asistencial. El primero de dichos niveles, en el artículo 4, se lo caracteriza, así:

NATURALEZA GENERAL DE LAS FUNCIONES. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

4.1. Nivel Directivo. Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos.

47. De suerte que le corresponde a la Sala determinar si el cargo que la servidora pública involucrada era del nivel directivo.

N. El cargo de la funcionaria involucrada era del nivel directivo

48. La señora Ana Eugenia Velásquez Manes¹⁹ prestaba sus servicios a EPM desde el 17 de junio de 1991, como Jefe de la Unidad de Servicio Médico y Odontológico. Dicho empleo era del nivel 3, tenía bajo su cargo 92 personas y cumplía funciones de dirección y gasto, así como las siguientes (certificación del Jefe de la Unidad de Planta de Personal de EPM del 14 de diciembre de 2011, fls. 197 a 203, c. ppal, 1ª instancia):

FUNCIÓN BÁSICA

Dirigir, organizar, coordinar y controlar los servicios médicos y odontológicos de sus afiliados cotizantes y beneficiarios de la Entidad Adaptada de Salud, para el cumplimiento de las normas legales que la rigen.

FUNCIONES ESPECÍFICAS

Funciones principales

- 1. Planear, coordinar y controlar los procesos y actividades requeridos para la prestación de los servicios médicos y odontológicos a los afiliados cotizantes y beneficiarios de la Entidad Adaptada de Salud, prestados directamente por la Entidad o terceros.*
- 2. Elaborar planes y programas tendientes a garantizar la calidad de los servicios médicos y odontológicos prestados por la Empresa o terceros, a los afiliados a la Entidad Adaptada de Salud.*
- 3. Coordinar y controlar la prestación de los servicios externos de salud a los usuarios, efectuada por la Entidad asegurando calidad, oportunidad y optimización de los costos.*
- 4. Evaluar la prestación de los servicios de salud y la atención a los afiliados cotizantes y beneficiarios por parte de la EAS y aplicar las acciones correctivas necesarias.*
- 5. Aprobar las certificaciones y constancias médicas requeridas por los usuarios del servicio médico de acuerdo con las normas legales.*

¹⁹ La referida señora rindió testimonio dentro del presente proceso, ante el *a quo*. En dicha declaración aceptó ser la hermana del representante legal de la sociedad actora, el señor Mario Alberto Velásquez Manes (fl. 185, c. ppal, 1ª instancia). La calidad de este último también se acreditó con el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio (fl. 43, c. ppal, 1ª instancia).



6. Autorizar los pagos a terceros, derivados de la prestación de los servicios médico-odontológicos en sus fases de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación y el pago de las obligaciones de ley correspondientes al Sistema de Seguridad Social en salud.

7. Coordinar con las entidades adscritas a la Unidad, la prestación de los servicios externos, con el debido aseguramiento de calidad, oportunidad y costos.

8. Controlar la calidad y oportunidad de las diferentes Empresas Promotoras de Salud donde se encuentren afiliados los servidores públicos de las empresas.

9. Planificar e implementar la integración de servicios con la Unidad Servicios y Bienestar.

10. Apoyar la Unidad Protección Social en la elaboración de propuestas relacionadas con la seguridad ocupacional.

11. Administrar los beneficios de los fondos médico quirúrgicos según la convención colectiva.

12. Planificar, coordinar y controlar la provisión de equipos, instrumental y demás elementos que se requieran para la prestación del servicio médico-odontológico.

13. Controlar la calidad y el aseguramiento de los registros documentales de la Unidad y garantizar su utilización para fines estadísticos y de control, que agilicen la toma de decisiones y elaboración de programas.

Funciones complementarias en otros procesos

14. Dirigir, coordinar e implementar las definiciones establecidas para el sistema integrado de gestión de la Organización, en los procesos bajo su responsabilidad.

15. Dirigir y coordinar la planeación de las necesidades de contratación de la dependencia, así como la administración de los contratos requeridos para el desarrollo de su gestión, garantizando la correcta ejecución del objeto contratado.

16. Implementar el control interno al interior de su dependencia, promoviendo la correcta ejecución de las actividades y aplicando mecanismo de evaluación y ajustes a su gestión.

17. Programar, ejecutar y controlar las actividades que le correspondan relacionadas con la gestión de los recursos humanos a su cargo, propiciando su desarrollo integral.

18. Apoyar la implantación, estabilización, evolución y funcionamiento de los sistemas de información que apoyan los procesos bajo su responsabilidad de acuerdo con las directrices definidas por la Organización.

19. Realizar las actividades asociadas a los procesos financieros que le correspondan, como: planear, ejecutar y controlar el presupuesto de la dependencia, registrar los hechos económicos derivados de su operación, gestionar los costos y activos fijos y mantener actualizada la información financiera para contribuir a la calidad y oportunidad de la misma.

20. Definir los objetivos, indicadores, metas y planes de acción de la dependencia alineados con el modelo de métricas y controlar el cumplimiento de estos.

21. Suministrar la información necesaria para atender los requerimientos de los organismos de vigilancia y control referidos a los procesos bajo su responsabilidad.

22. Coordinar y controlar las gestiones de cobro persuasivo por los servicios que factura la dependencia, así como la entrega de la documentación y soporte de gestión a la Subdirección Servicios Comerciales para el cobro jurídico, en caso de requerirse.

Funciones comunes

23. Mantener informado al superior inmediato sobre las actividades desarrolladas en el desempeño del cargo.

24. Cumplir las normas de higiene y seguridad y velar por la seguridad de los demás.

25. Velar por el buen funcionamiento y utilización de los equipos y materiales a su cargo.

26. Desempeñar las demás funciones complementarias al cargo asignadas por el superior inmediato. (...)



AUTORIDAD PARA TOMA DE DECISIONES:

Aprobar transacciones que surjan de las diferencias de EEPPM E.S.P. con terceros de acuerdo con la cuantía a la dependencia en el decreto de delegaciones vigente.

Autorizar inversiones, gastos y pagos de acuerdo con las cuantías asignadas a la dependencia en el derecho de delegaciones vigente.

Aprobar y firmar contratos por las cuantías asignadas a la dependencia en el decreto de delegaciones vigente.

Suscribir encargos, remunerados o no, para el desempeño temporal de un oficio del personal a su cargo, de acuerdo con los requisitos establecidos en el presente decreto vigente.

Autorizar las transacciones según el decreto 945 para pago al FOSYGA en el proceso de compensación.

Autorizar los traslados al Fondo de Garantía según Decreto 215 y los que se (sic) modifiquen.

Modificar valores facturados y autorizar devoluciones según los topes establecidos por los decretos vigentes.

49. De lo anterior, se desprende que las funciones de la Jefe de la Unidad de Servicio Médico y Odontológico de EPM eran de dirección y, además, formulaba políticas, planes y proyectos en su dependencia y tenía la facultad de contratar. Esto significa que la incompatibilidad en estudio resulta conteste con la clasificación y nomenclatura de cargos de la EPM y, por lo tanto, era viable su aplicación en el presente asunto, sin desnaturalizar el régimen especial de la demandada²⁰. No puede dejarse de lado la naturaleza especial de la demandada, por lo que, en materia laboral y organizacional, son los estatutos de dichas empresas los llamados a precisar, entre otros, los niveles de los cargos de su planta de personal²¹.

50. Asimismo, la certificación laboral y el aparte del manual de funciones adjunto precisan que se trataba de un cargo del nivel 3. En tal sentido, la misma señora Ana Eugenia Velásquez Manes declaró que su cargo “*sí está catalogado como nivel directivo*” (fl. 185, c. ppal, 1ª instancia). La señora Alba María Quintero Zapata, Coordinadora del Grupo Jurídico de EPM, señaló que el cargo de Jefe de la Unidad de Servicio Médico y Odontológico “*pertenece al nivel tres de la estructura administrativa de EPM, el cual es clasificado como nivel directivo*” (fl. 191, c. ppal, 1ª instancia). El señor Octavio Esau Lopera Balvín, Coordinador del Grupo de Contrataciones, también confirmó esta información (fl. 193, c. ppal, 1ª instancia).

51. De esta forma, tal como lo concluyó el *a quo*, está probado que el cargo ejercido por la señora Ana Eugenia Velásquez Manes, como Jefe de la Unidad de Servicio

²⁰ La doctrina ha aceptado que es posible la aplicación del derecho público para las actividades de su creación, organización, control fiscal y, en general, en todo lo atinente con sus relaciones con la administración central. Igualmente, en materia laboral los empleados tienen la calidad de empleados y trabajadores oficiales, por lo que son los estatutos de las empresas los llamados a precisar qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la primera de las calidades referidas, a quienes se les aplica derecho público por regla general. En: Libardo Rodríguez Rodríguez, ob. cit., p. 128.

²¹ En: Libardo Rodríguez Rodríguez, ob. cit., p. 128.



Médico y Odontológico, es del nivel Directivo, puesto que así lo confirman las declaraciones de quienes laboran en EPM, las cuales son contestes con la certificación de la Unidad de Personal y lo declarado por la señora Velásquez Manes, lo que descarta que tiendan a favorecer a la demandada, sino que simplemente apuntan en la misma dirección de las referidas pruebas, razón por la cual merecen toda la credibilidad de la Sala.

Ñ. La causal de incompatibilidad en estudio es objetiva: no requiere de la participación directa del servidor público en el proceso de selección cuestionado

52. En la carta de aceptación de la oferta del 15 de marzo de 2010, EPM se limitó a señalar que de acuerdo “con el concepto emitido por la Subdirección Jurídica Institucional, memorando n.º 42597, se rechaza la oferta presentada por la firma VELPA S.A. por encontrarse inhabilitada para contratar con EPM de acuerdo con el numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993, artículo 8, modificado por el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, 9 y 10” (fl. 126, c. ppal, 1ª instancia).

53. La parte apelante sostiene que para que se configurara la incompatibilidad alegada por EPM se requería de la participación directa de la funcionaria en el proceso de selección cuestionado.

54. Al respecto, no se desconoce que la Jefe de la Unidad de Servicio Médico y Odontológico cumple sus funciones dentro de su área; sin embargo, el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 no tiene un condicionamiento en tal sentido. Efectivamente, el siguiente es su tenor literal:

De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

55. Aunque la Corte Constitucional no ha tenido la oportunidad de revisar la constitucionalidad de dicho aparte, sí lo ha hecho en relación con el literal b) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual, guardadas las diferencias,



regula un hipotético con particularidades que interesan a la Sala para el presente asunto.

56. Efectivamente, el literal b) citado impide participar en procesos de selección o celebrar contratos a las personas que tengan vínculo de parentesco, entre otros, con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor o ejecutivo. El literal d), aquí en estudio, trae la misma limitación, pero para personas jurídicas.

57. El literal b) se cuestionó constitucionalmente porque (i) producía un sacrificio injusto para los familiares de quienes no tienen el poder decisorio en el proceso de contratación pública; (ii) por las mismas razones, se consideró innecesaria y discriminatoria; (iii) partía de la base de que los funcionarios señalados actuaban sin lealtad y con el ánimo de perjudicar a la institución. Por lo tanto, se llamó la atención para aplicar la causal de manera ponderada, teniendo en cuenta la facultad decisoria para adjudicar; (iv) la transgresión a la eficacia de la función pública, pues la norma eliminaba de plano propuestas que podrían ser las mejores, y (v) la falta de adecuación de la norma a los supuestos de una verdadera incompatibilidad²².

58. La Corte encontró adecuado el criterio de excluir a los familiares de los servidores públicos de la posibilidad de contratar con la entidad estatal de la cual estos últimos forman parte, en la medida que es normal que *“entre los miembros del mismo grupo familiar existen nexos de lealtad y simpatía, que podrían parcializar el proceso de selección”*²³;

59. La alta Corte también consideró necesario estudiar el listado de cargos que dan lugar a la incompatibilidad, con el fin de determinar la violación al principio de igualdad *“por no establecer una clasificación apta, pues la delimitación del grupo de personas destinatarios de la norma puede pecar por defecto o por exceso”*²⁴.

60. La Corte consideró que la incompatibilidad en estudio era adecuada si se dirigía a los familiares de aquellas personas que gozaran de poder de decisión de adjudicar un contrato o pudieran tener influencias para, razonablemente, determinar la decisión, pues en tales casos estos vínculos ponen en peligro la transparencia y seriedad del proceso de contratación. Por lo tanto, concluyó que el personal que desempeña cargos de nivel directivo goza de la aptitud para orientar las directrices

²² Corte Constitucional, sentencia C-429 de 1997.

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*



de la entidad contratante, por lo cual su parcialidad en sus decisiones puede afectar la transparencia del proceso de contratación²⁵.

61. Más adelante, en relación con la prohibición referida a los familiares de los servidores públicos del nivel ejecutivo, la Corte concluyó que *“no se ajusta[ba] al objetivo propuesto en la norma”*, puesto que sus funciones *“no tienen un vínculo directo con los procesos de contratación”*, sino que desempeñan labores de dirección de las unidades o dependencias de la entidad y ejecutan sus directrices generales prefijadas; sin embargo, la declaró exequible por la amplia libertad configurativa del legislador, que sólo habilita dicho instrumento cuando existe violación de mandatos constitucionales específicos o restricciones manifiestamente irrazonables, los cuales descartó²⁶.

62. Como se observa, la Corte Constitucional, además de no condicionar la exequibilidad del artículo en estudio, concluyó que los servidores públicos del nivel directivo, para lo que aquí interesa, en razón de la naturaleza de dicho cargo, tienen *“un vínculo directo con los procesos de contratación”* que hace que puedan influir en tales decisiones. Así, la prohibición es general, no se impone una participación calificada, es decir, que solo aplique para los procesos de selección en los que participen el servidor público y sus familiares²⁷. Esto es así, porque estos cargos tienen poder de decisión amplio, con el cual pueden influenciar no sólo sus procesos de contratación, sino en el de sus pares.

63. En el proceso de selección adelantado por EPM, al margen de que la Unidad Médica no tuviera que ver con la contratación en estudio, el solo hecho de que la jefe de esa unidad perteneciera al nivel directivo y al mismo tiempo fuera hermana del representante de la firma proponente, daba lugar a la aplicación de la prohibición en estudio, razón por la cual hizo bien la demandada al descalificar dicha propuesta. En consecuencia, no hubo violación al principio de buena fe contractual, puesto que quedó demostrado que la decisión adoptada no obedeció a una ruptura intempestiva ni carente de razón ni sorprendió al participante, así que no se rompieron las

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ En el mismo sentido, ver: Mario Roberto Molano López, *Los sujetos de la contratación estatal y su régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés*, Ediciones Nueva Jurídica, 2010, Bogotá, p. 358. El autor considera que para este tipo de causales no *“resulta necesario ningún juicio de valor adicional, por parte del operador jurídico, para concluir si existe incapacidad para presentar oferta”*. Con base en el concepto n.º 1.578 del 18 de junio de 2008 de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, que determinó que los embajadores eran destinatarios del régimen del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, con todo y que no influyen en los procesos de contratación, el autor concluye que *“no es necesario, para configurar la causal, determinar si el servidor público, cuyo cónyuge o hermano participa en la licitación convocada (...), interviene o no interviene en los trámites de selección, celebración ejecución y liquidación pertinentes del contrato. Basta con identificar el nivel funcional dentro del cual está catalogado dicho servidor (...), así no intervenga en el proceso contractual”*.



tratativas, que deben respetarse de conformidad con lo dispuesto en los pliegos y la ley.

64. Vale señalar que si bien en el numeral 2 del artículo 9 del Decreto Ley 222 de 1983, con una redacción similar a la incompatibilidad en estudio, se razonó de manera diferente, lo cierto es que, en los términos de la sentencia de constitucionalidad analizada y de la doctrina, se trata de una posición superada²⁸.

65. En consecuencia, se impone denegar las pretensiones de la demanda y, por consiguiente, confirmar la decisión del *a quo*.

O. Condena en costas

66. Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del del 27 de noviembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión, por las razones aquí consignadas, la cual quedará así:

PRIMERO: NEGAR la objeción por error grave propuesta por la parte demandante en contra del dictamen realizado por el contador público Cristóbal Castañeda Urrego, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR de oficio la falta de legitimación en la causa por pasiva de la sociedad Melec S.A., en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin costas.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

²⁸ En el mismo sentido, ver: *Ibíd*, pp. 357 y 358. Efectivamente, el autor al citar la sentencia del 15 de 1991 de esta Sección, que interpretó que la causal exigía “*la intervención decisiva e importante de esas personas dentro del proceso negocial*”, concluye que se trata de una posición que se encuentra actualmente superada.



Radicación número: 05001233100020100132701 (61.297)

Actora: Velpa Soluciones Integrales S.A.

Demandada: Empresas Públicas de Medellín

Referencia: Controversias contractuales

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador.aspx>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente

FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Firmado electrónicamente

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Con aclaración de voto

VF



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

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación: 05001233100020100132701 (61.297)
Demandante: Velpa Soluciones Integrales S.A.
Demandado: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Acción: Reparación directa

Considero necesario aclarar mi voto en relación con el camino que debe abordar el juicio de responsabilidad precontractual en los casos en que el régimen aplicable a tales actos sea el derecho privado, como ocurre con los prestadores de servicios públicos domiciliarios y, de esta manera, marcar su distinción respecto del control judicial de los actos proferidos por las entidades sometidas al EGCAP. Al respecto, debo señalar que no basta conocer que para los primeros la ruta procesal disponible corresponde al medio de control de reparación directa por tratarse de actos jurídicos de derecho común emitidos en el periodo precontractual, sino que tal derrotero impone que al incursionar en su examen no se continúe la tendencia de replicar el análisis que se hace frente a los actos administrativos.

La línea que definió la naturaleza de los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios precisada por esta Corporación, no sólo corrigió el rumbo procesal para el examen de tales actos, sino que al hacerlo determinó que la fuente del daño no podía residir en los vicios de ilegalidad que atañen a los actos administrativos, sino en un reproche de conducta que se concreta en dicha etapa; de modo que para el caso de las ESP el punto de partida lo marca el art. 863 del C. de Co. que autoriza a reclamar los daños y perjuicios derivados de la ruptura de los tratos preliminares contraviniendo el principio de buena fe en que se sostiene este modelo de responsabilidad, al señalar que *“las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”*.

Esta plataforma determina la estructura de análisis de la responsabilidad *in contrahendo*, 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. Entonces, el examen de esta clase de responsabilidad impone, en primer lugar, identificar el tipo de tratos que se están desarrollando entre las partes para definir el mayor o menor grado de consolidación en el que avanza la contratación proyectada y las bases de la misma, pues los acercamientos negociales aun cuando tienen la característica de no imponer la celebración del contrato ni generar obligaciones en su etapa germinal, *“cuando han llegado a tal punto que permita prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (culpa in contrahendo, es decir, culpa en el curso de negociaciones*

Radicación: 05001233100020100132701 (61.297)
Demandante: Velpa Soluciones Integrales S.A.
Demandado: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

contractuales; responsabilidad precontractual), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño”¹.

A su turno, no será lo mismo estar en presencia *v. gr.* de una oferta, que de una invitación a presentar ofertas, o una licitación privada, de suerte que la determinación de este escenario, de forma integral y precisa, es base fundamental del escrutinio judicial al ser el lugar donde se analiza la fuente del daño.

Siendo la buena fe un imperativo que se basa en el deber de actuar con lealtad y corrección, se requiere, en segundo lugar, definir los deberes incumplidos bajo los cuales se formula el reproche de conducta, como el deber de claridad, de información, de secreto y de no abandonar las negociaciones sin justa causa, entre otros² y, a partir de allí, analizar la existencia o no del daño que se reclama, el cual, se insiste, está circunscrito a la comprobación de la ruptura del principio de buena fe en los tratos preliminares.

Con esta aclaración, el suscrito llama la atención acerca de la estructura y coherencia con la que debe avanzar el escrutinio de los actos precontractuales de las ESP, y descarta que el juzgador tome como punto de partida el análisis llano de una censura de legalidad contra la decisión atacada, justamente porque bajo el régimen aplicable a sus actos esta ruta está anclada en las premisas del artículo 863 del C. de Co. que impone determinar los deberes incumplidos y el daño que se reclama.

En esta línea, y sólo por mencionar algunas diferencias evidentes en el análisis de la responsabilidad precontractual bajo el EGCAP y la que atañe al derecho privado, se tiene que, (i) la definición del problema jurídico a resolver será distinto para los actos de las ESP de aquel que corresponde a los actos administrativos, como se deriva de lo indicado párrafos atrás; (ii) la fuente del daño es diversa en ambos casos, según se explicó; y, (iii) la legitimación en la causa por pasiva impone vincular al adjudicatario si la nulidad del acto administrativo se invoca como causa de nulidad del contrato estatal celebrado, mientras que en la responsabilidad *in contrahendo*, por regla de principio, el sujeto con el que se celebre el contrato no tiene vínculo ni interés en esta pugna.

Y para finalizar, en los casos en que se acredite el daño, el factor de resarcimiento que se deriva de la responsabilidad civil por culpa *in contrahendo* corresponde al denominado interés negativo, explicado por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“(…) cuando esa ruptura brusca del procedimiento, adoptada en forma unilateral y sin causa justificada por el anunciante, se sucede antes de culminar aquel en el perfeccionamiento del contrato, mediante la adjudicación al concursante mejor calificado, es decir mientras subsiste aún el período preparatorio, los participantes perjudicados tienen derecho a una indemnización cuya medida ya no se encadena con el interés de cumplimiento o interés positivo –exigible únicamente en la hipótesis de contratos efectiva y válidamente realizados-, sino que vendrá dada por el que

¹ MESSINEO, Francesco, “*Doctrina general del contrato*”, T. 1, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, pág. 309.

² DÍEZ-PICAZO, Luis, “*Fundamentos del derecho civil patrimonial*”, tomo 1, Thomson Civitas, Madrid, 2007, sexta edición, pág. 311.

Radicación: 05001233100020100132701 (61.297)
Demandante: Velpa Soluciones Integrales S.A.
Demandado: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

*comúnmente se llama '(...) interés negativo o de confianza (...)', ordenado por definición hacia el restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquéllos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría*³.

Lo anterior, sirva para que esta aclaración de voto refuerce la distinción que en sede de responsabilidad precontractual debe observarse cuandoquiera que se lleven a juicio las determinaciones que adopten las ESP en la fase de tratos previos; así que, compartiendo la decisión adoptada, de forma respetuosa dejo expresadas las anteriores reflexiones para contribuir en el perfilamiento de este análisis, a propósito del régimen al que están sometidos los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

Fecha et supra,

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Magistrado

Nota: se deja constancia de que este escrito fue aprobado en la fecha de su encabezado y que se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <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. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.



VF.

³ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 5 de julio de 2011, exp. 19001-3103-003-2000-00183-01, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda