

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL / ACTIVIDAD CONTRACTUAL / NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN / Niega

SINTESIS DEL CASO: Una de las uniones temporales proponentes, solicita la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación teniendo en cuenta que la propuesta presentada ostentaba mejor puntaje y, por tanto, mejor derecho. Por lo que, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se realiza un análisis frente al régimen de responsabilidad contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios y la aplicación de postulados del régimen de responsabilidad precontractual denominado culpa *in contrahendo*.

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN MATERIA CONTRACTUAL - Régimen especial. Por regla general se aplican las normas de derecho privado y excepcionalmente las normas de derecho público / SELECCIÓN DE CONTRATISTA EN PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Regulación normativa aplicable

“[E]s claro que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en ejercicio de la actividad contractual del Estado tienen una responsabilidad adicional, pues no sólo deben sujetar su actuación, sus actos y contratos a los principios y normas que rigen la actividad precontractual y contractual en derecho privado, sino también a los principios que rigen el desarrollo transparente de sus actividades económicas en el mercado, la buena fe y lealtad en relación con sus competidores y usuarios de los servicios, garantizando concurrencia, y evitando toda practica que pueda ser lesiva, de mala fe, o atentatoria a la transparencia, y a la esencia misma de toda actividad competitiva y de mercado (...) que no resulten incompatibles con los presupuestos básicos del interés general que dicha contratación entraña.”

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 15 / LEY 489 DE 1998 - ARTÍCULO 68

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PRECONTRACTUAL - Estructurada en el artículo 90 de la Constitución Política. Cláusula general de responsabilidad / CONFIGURACION DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DEL ESTADO – Régimen legal aplicable / CONFIGURACION DEL DAÑO - Afectación o alteración negativa a un interés legítimo o situación jurídicamente protegida. Antijuricidad / DAÑO ANTIJURIDICO - Imputación verificada en dos planos: el fáctico y el jurídico / CULPA IN CONTRAHENDO - Requisitos para su configuración / CULPA IN CONTRAHENDO – Su ocurrencia se verifica con la transgresión de los principios de legalidad y buena fe / CULPA IN CONTRAHENDO - Daño incontractando

“(…) [E]l régimen de responsabilidad precontractual se funda en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, que con redacción similar le exigen a las partes que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe, la lealtad y el respeto a los derechos y expectativas tanto de las etapas previas de la contratación, como con posterioridad durante la celebración y ejecución del contrato. (...) Bajo estos presupuestos, las decisiones que adopte una empresa prestadora de servicios públicos en la etapa precontractual deben sujetarse a las normas de derecho privado, con respeto profundo a las reglas y principios del derecho comercial y de la competencia económica, por lo tanto, no pueden ir en contra de normas

imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos pueden comportar un ejercicio abusivo de un derecho, ni contrariar el orden público. (...) Así las cosas, teniendo en cuenta que las decisiones precontractuales proferidas por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (E.S.P) en ejercicio de su actividad previa al contrato, tal como lo es la decisión precontractual de adjudicación, se sujetan a las normas y principios de derecho privado, lo cual se traduce que el control judicial que se realice de los mismos, debe tener como referente, no el propio de la contratación de las entidades estatales regidas por la ley 80 de 1993 y demás leyes que modifican o adicionan, sino, de manera exclusiva las disposiciones comerciales al igual que los principios propios de la actividad económica y de mercado en el contexto indicado de verificación de la ocurrencia de eventos lesivos y dañosos de culpa in contrahendo; que se analice si con la decisión unilateral de la empresa en esta etapa previa, la misma incurrió en el incumplimiento de alguna de las reglas previamente fijadas o de alguna de las prestaciones a su cargo, o si violó normas imperativas, buenas costumbres, la buena fe, o implicó el ejercicio abusivo de su derecho.”

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 871 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1603

VALORACIÓN PROBATORIA DEL DICTAMEN PERICIAL - Firmeza, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen pericial / DICTAMEN PARCIAL NO CONVINCENTE / OMISIÓN DE PRUEBA

“(…) [E]l juez al apreciar el dictamen pericial no sólo deberá acudir a la sana crítica, sino también verificar el cumplimiento de requisitos tales como *“la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos”* y además valorarlo junto con los demás medios de prueba que obren el proceso. (...) [E]l dictamen pericial es uno más, de los medios de prueba que pueden ser arrimados al proceso para demostrar la ocurrencia de un determinado hecho que resulte relevante para el litigio y que la valoración que se realice del mismo deberá sujetarse a criterios tales como la solidez, claridad, precisión y calidad de los fundamentos de la experticia, de la competencia del perito, entre otros. (...) Así las cosas, es claro que el funcionario judicial podrá restarle eficacia probatoria al dictamen pericial allegado como prueba a un proceso cuando éste no ofrezca la claridad, firmeza y certeza para encontrar cómo demostrado un determinado hecho que resulta relevante para la solución del litigio.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 241/ LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 232

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL - Derivada de un daño antijurídico. Fundamentos de naturaleza extracontractual / RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL – No se configura / RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL – Su declaratoria se supedita al desconocimiento del principio de legalidad y buena fe

(…) [P]ara la Sala es claro que no se vulneraron normas imperativas, ni mucho menos se observa, que con las conductas endilgadas por el demandante, sobre la base del desconocimiento a lo que se denomina en la demanda como debido proceso, que la actuación de la empresa estuviere medida por la mala fe o deslealtad, por no habersele comunicado el acto precontractual de adjudicación, pues de su comportamiento se evidenció que conocía su contenido y que la actuación de la demandada se ajustó a las reglas previstas en el pliego de

condiciones. (...) Contrario a lo que alega la recurrente, la accionada no sólo dio respuesta a las observaciones presentadas frente a la evaluación y calificación del factor técnico de las propuestas, sino que además incrementó en 6 puntos el puntaje que inicialmente le había otorgado por ese factor, tuvo en cuenta las aclaraciones realizadas por el Consultor Regional Plan Urabá y Antioquia a la propuesta presentada por la recurrente y comunicó su decisión de incrementar el puntaje a los miembros de la Junta Directiva. (...) [T]eniendo en cuenta que la impugnación del acto precontractual de adjudicación sólo podía realizarse por vía del análisis del comportamiento de las partes, es decir, de su sujeción al pliego de condiciones para el procedimiento de selección y posterior adjudicación del contrato, no habiéndose demostrado que con la expedición de la Resolución No. 407 del 12 de junio de 1997 la Entidad haya violado normas imperativas, actuado en ejercicio abusivo del derecho, sumida en mala fe o de manera desleal con la demandante, esto es no está probado acto alguno configurador de situación de culpa in contrahendo, sobre la base de los que denomina el demandante como violación de los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva y aquellos que rigen la actividad contractual, sus pretensiones se encuentran totalmente destinadas al fracaso. (...) [Con] todo lo expuesto lo que se evidencia es que con la decisión de adjudicación la accionada no incurrió en acto alguno configurador de culpa in contrahendo, sujeto su actividad a las reglas contenidas en el pliego de condiciones, a los parámetros y normas que rigen la actividad precontractual en los términos de la ley comercial y de las reglas diseñadas para el proceso de selección correspondiente, a los principios propios de las actividades ceñidas a los parámetros del derecho privado. (...)

COSTAS – No condena en costas

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D. C, cinco (05) de julio de dosmil dieciocho (2018)

Radicación número: 05001-23-31-000-1997-02686-01(59530)

**Actor: UNIÓN TEMPORAL INGSA LTDA. ALVARO DIEGO SEPÚLVEDA
OCAMPO- JORGE ARTURO LOPERA QUINCENO- RODRIGO LENIS
SUCERQUIA**

**Demandado: ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DE ANTIOQUIA S.A.
E.S.P –ACUANTIOQUIA E.S.P**

**Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
(CULPA IN CONTRAHENDO)**

Asunto: Recurso de apelación.

Contenido: Descriptor: Se niegan las pretensiones de la demanda por ausencia de elementos configuradores de la culpa in contrahendo - responsabilidad precontractual- en las actuaciones previas de selección de contratistas desplegadas por empresa de servicios públicos domiciliarios (E.S.P) demandada. Restrictor: Conformación de la culpa in contrahendo / Fundamentos Constitucionales y legales de la culpa in contrahendo /El derecho privado como el régimen jurídico de la contratación y de los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios / Valor probatorio de los dictámenes periciales.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 17 de marzo de 2017 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

1. Lo pretendido.

1.- El 14 de octubre de 1997¹ **La Unión Temporal Ingsa (Ingenieros Sepúlveda Arango) Ltda. – Álvaro Diego Sepúlveda – Jorge Arturo Lopera Quiceno – Rodrigo Lenis Sucerquia**, presentaron demanda contra la **Sociedad Acueductos y Alcantarillados de Antioquia S.A. E.S.P.** solicitando que se declarara la nulidad de la Resolución No. 407 del 12 de junio de 1997, mediante la cual se le adjudicó la licitación pública No. 008-96 a **Conhyndra Ltda.**

2.- Piden, como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, que se condene a la demandada al reconocimiento y pago en favor de cada uno de ellos, de las sumas por concepto de las utilidades dejadas de percibir por la no adjudicación del contrato, teniendo en cuenta el porcentaje de retribución ofertado equivalente al 8% de lo recaudado mensualmente, y a las sumas que resultaren probadas mediante prueba pericial.

¹ Folios 76 a 114 del C. No. 1.

3.-Solicitan además que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las sumas por concepto de los intereses moratorios o de los intereses civiles causados y a las demás que resultaren probadas.

2. Los hechos en los que fundan los actores sus pretensiones.

4.- Mediante la Resolución No. 302 del 14 de agosto de 1996 la demandada dio apertura a la licitación pública No. 008-96 con el objeto de contratar la administración, operación y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado del Municipio de Santa fe de Antioquia.

5.- El 1º de septiembre de 1996 se publicó un aviso de prensa en el diario “*El Colombiano*” invitando al público a presentar sus propuestas.

6- A dicha licitación presentaron su propuesta la Unión Temporal accionante, La Unión Temporal Acuapasa E.S.P. Ltda. y Cuervo Muriel Ingenieros; La Unión Temporal Inversiones M.B. Ltda. y de la Roche y Cía. Ltda.; y el Consorcio Conaguas – Hidra Conhydra S.A. E.S.P., ahora adjudicataria.

7.- El comité de la Entidad al evaluar y calificar el factor técnico de la propuestas le otorgó a la Unión Temporal Acuapasa E.S.P. Ltda. y Cuervo Muriel Ingenieros 357 puntos; a la Unión Temporal Inversiones M.B. Ltda. y de la Roche y Cía. Ltda. 557 puntos y a la Unión Temporal accionante 571 puntos.

8.- El 5 de junio de 1997 la Unión temporal demandante presentó sus observaciones frente a la evaluación y calificación de las propuestas, argumentando que la reducción del puntaje en el factor técnico de su propuesta carecía de todo fundamento jurídico y fáctico; que Conhydra Ltda. no tenía derecho a obtener un mayor puntaje por ese factor y que su propuesta no era la mejor.

9.- Por medio del Acta No. 479 del 10 de junio de 1997 la Junta Directiva de la demandada consideró que teniendo en cuenta que ninguno de los demás proponentes había obtenido el puntaje mínimo de 750 puntos exigido en el pliego de condiciones para el factor técnico, únicamente evaluaría el factor económico de la propuesta presentada por Conhydra Ltda.

10.- Afirma que Acuantioquia E.S.P. no se pronunció sobre las aclaraciones solicitadas a la adjudicataria por el Consultor regional del plan de Urabá Antioquia respecto de las tarifas en la prestación del servicio y la eficiencia en su recaudo, ni sobre las observaciones presentadas frente a la evaluación y calificación del factor técnico de las propuestas y señaló equivocadamente que estas habían sido presentadas de forma extemporánea.

11.- A través de la Resolución No. 407 del 12 de junio de 1997 la accionada le adjudicó la Licitación Pública No. 008-96 a **Conhydra Ltda.**, sin motivar de forma suficiente y clara dicha decisión y sin dar una respuesta expresa a las observaciones presentadas frente a la evaluación del factor técnico de las propuestas.

12.- El 3 de octubre de 1997 presentó un derecho de petición requiriendo nuevamente a la accionada para que diera respuesta a las observaciones presentadas frente a la evaluación del factor técnico de su propuesta, petición que a la fecha de la presentación de la demanda no ha sido resuelta.

2.1.- Los cargos de nulidad frente al acto precontractual impugnado.

13.- Manifiesta que con la expedición del acto precontractual de adjudicación se vulneraron los artículos 13 y 29 de la Constitución Política; el 3º inciso 1º, 23 Nos. 2º, 5º y 8º; 25 Nos. 1º y 3º; 26 Nos. 1º y 4º; 28, 29, 30 Nos. 2º, 6º, 8º y 11º de la Ley 80 de 1993; 2º del Decreto No. 287 de 1996; los Decretos Nos. 2105 de 1983 y 1595 de 1984; el No. 3.4 del pliego de condiciones y las Resoluciones que regulan el incremento tarifario en materia de acueducto y alcantarillado para los estratos 1º, 2º y 3º.

14.- Dicen que el acto de adjudicación se encuentra viciado de nulidad absoluta por infringir las normas en que debía fundarse, por ser expedido con desviación o abuso de poder y por presentar defectos formales.

15.- Que con la expedición del acto la demandada vulneró sus derechos al debido proceso por no resolver las observaciones presentadas y no notificarle el acto de adjudicación; y a la igualdad por darle un trato preferencial a una propuesta que no reunía los requisitos del pliego y otorgar puntajes diferentes a propuestas iguales.

16.- Se desconocieron los fines de la contratación, los principios que rigen la actividad contractual, el principio de transparencia y el de inmutabilidad de los pliegos por no aplicar las reglas allí contenidas, aplicarlas equivocadamente al

evaluar y calificar el factor técnico de las propuestas, por reducir el puntaje de calificación de su propuesta, por interpretar equivocadamente las ofertas y adjudicar la licitación a quién no presentó la mejor.

17.- Reitera que la administración actuó con abuso o desviación de poder por no aplicar el pliego de condiciones, adjudicar el contrato arbitrariamente, no resolver las observaciones presentadas frente a la evaluación y calificación del factor técnico de las propuestas, por permitir la participación de funcionarios parcializados y pretermitir los procedimientos de selección objetiva.

18.- Con la expedición del acto de adjudicación la administración también vulneró los principios de economía, responsabilidad, interpretación de las reglas contractuales y el deber de selección objetiva, por no motivar suficientemente su decisión, por no resolver las observaciones presentadas frente a la evaluación y calificación del factor técnico de las ofertas y por no adjudicarle el contrato a quién tenía la mejor propuesta.

19.- Señala igualmente que la demandada vulneró el artículo 2º del Decreto No. 287 de 1996 por no pronunciarse sobre las observaciones presentadas frente a la evaluación del factor técnico de las propuestas en el acto de adjudicación y actuó con abuso de poder al apartarse del pliego de condiciones y adjudicar el contrato arbitrariamente.

20.- Transgredió el Numeral 3.4. del pliego de condiciones, pues al evaluar el factor técnico de la propuesta presentada no tuvo en cuenta las reglas allí previstas y redujo el puntaje de calificación de su propuesta con fundamento en otros requisitos.

21.- Los accionantes elaboraron y presentaron su propuesta con sujeción a los Decretos Nos. 2105 de 1983 y el No. 1595 de 1984, lo que dejaba sin fundamento la reducción en el puntaje de calificación del factor técnico de su propuesta.

22.- Por último, señalan que al adjudicar el contrato, la accionada no tuvo en cuenta las Resoluciones mediante las cuales se regula el incremento tarifario en materia de Acueducto y Alcantarillado para los estratos 1º, 2º y 3º.

3. El trámite procesal de primera instancia

23.- Admitida que fue la demanda² y noticiados tanto la demandada Acueductos y Alcantarillados de Antioquia – Acuantioquia S.A. E.S.P.³, como el Consorcio Conhydra Ltda.⁴ del auto admisorio de la demanda, el asunto se fijó en lista y la accionada le dio respuesta⁵ oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y llamando en garantía al Señor Rafael Enrique Márquez Bertel, Gerente para la época de los hechos y quién suscribió la Resolución de adjudicación.

24.- Mediante memorial del 23 de marzo de 1999 el Consorcio Conhydra Ltda. manifiesta su voluntad de coadyuvar en la contestación de la demanda presentada por Acuantioquia E.S.P⁶ y el 6 de julio de 2000, el Tribunal Administrativo de Antioquia rechazó el llamamiento en garantía⁷.

25.- Luego de decretadas⁸ y practicadas las pruebas se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por la parte demandante⁹.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

26.- En sentencia del 17 de marzo de 2017 el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia resolvió negar las súplicas de la demanda.

27.- Para tomar ésta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

28.- Inicia su argumentación el Tribunal por señalar que la acción interpuesta era la procedente y que había sido incoada dentro de los 4 meses previstos en la norma para que operara la caducidad.

29.- En lo relativo a la extinción de Aquantioquia E.S.P cómo persona jurídica, señaló que su probable extinción no se constituía en un obstáculo para proferir sentencia de mérito, pues para la fecha en la que se presentó la demanda no se encontraba siquiera disuelta, no se demostró que se encontrara en proceso liquidatorio, no se presentó ninguna solicitud de sucesión procesal y en todo caso

² Folio 120 del C. No. 1.

³ Folio 122 del C. No. 1.

⁴ Folio 121 del C. No. 1.

⁵ Folios 133 a 149 del C. No.1.

⁶ Folio 123 del C. No. 1.

⁷ Folio 396 del C. 1.

⁸ Folio 398 y 399 del C. No. 1.

⁹ Folio 645 a 654 del C. No. 1.

los efectos de la sentencia se extenderían a sus sucesores en los términos del artículo 68 del CGP.

30.- Declara como no procedente el cargo de nulidad del acto por violación del derecho al debido proceso al estimar que el comité evaluador de la demandada sí se había pronunciado expresamente sobre las observaciones presentadas, tanto era así que incrementó en 8 puntos el puntaje que inicialmente le había otorgado al factor técnico de su propuesta y comunicó esa decisión en la audiencia que tuvo lugar el 10 de junio de 1996.

31.- Por otro lado, en cuanto a la falta de comunicación del acto de adjudicación a los proponentes no favorecidos señaló que la notificación no se constituía en un elemento de validez sino de eficacia, por ende, la ausencia o irregularidades en la misma no generaban su nulidad y que teniendo en cuenta que contra éste no procedía recurso alguno no podían los accionantes alegar la violación de sus derechos a la defensa y contradicción en vía gubernativa.

32.- Señaló que tampoco resultaban procedentes los cargos de nulidad por violación al principio de igualdad, ni de los fines ni principios que rigen la actividad contractual del Estado, pues de una parte, los demandantes no acreditaron que la sociedad adjudicataria no cumplió con el pliego de condiciones, ni que la contratante al realizar la evaluación técnica de las ofertas los hubiera aplicado indebidamente o hubiera alterado las disposiciones allí contenidas; y de otra; al contrato suscrito no le era aplicable la Ley 80 de 1993.

33.- En relación con las pruebas periciales arrimadas determinó que carecían de eficacia probatoria y en consecuencia consideró que los cargos de nulidad por violación a los principios de transparencia, selección objetiva, economía y responsabilidad tampoco se encontraban llamados a prosperar teniendo en cuenta que la actora no había logrado acreditar que la demandada al evaluar el aspecto técnico de las ofertas hubiese aplicado indebidamente los pliegos, hubiese alterado las disposiciones allí contenidas o haya incurrido en alguna equivocación

34.- En el acto precontractual impugnado la demandada sí expuso los motivos y razones que dieron lugar a la adjudicación del contrato en favor de la Sociedad Conhydra Ltda., lo cual se veía corroborado con la información contenida en los

documentos a los cuales se hizo referencia en el mismo, razón por la cual no se encontraba configurado el vicio por expedición irregular.

35.- Desestima el cargo de violación a los Decretos 2105 de 1983 y 1595 de 1984 por insuficiencia en la sustentación y el relativo a que el proceso licitatorio no se ajustó a lo establecido en las resoluciones emanadas de la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico, pues de la lectura del acto impugnado lo que se demostró fue que la adjudicataria sí ajustó su propuesta a estos.

36.- Finalmente, consideró que tampoco resultaba procedente el cargo de nulidad por abuso de poder al estimar que la accionante no había logrado demostrar que la demandada al expedir el acto impugnado persiguiera intereses desviados del fin legalmente establecido al expedirlo.

37.- Con fundamento en lo anterior concluyó que la Unión Temporal accionante no había cumplido con la carga procesal de desvirtuar la presunción de legalidad del acto impugnado, ni que su propuesta era la mejor, por lo que sus pretensiones estaban totalmente destinadas al fracaso.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

38.- Contra lo así decidido la Unión Temporal accionante interpuso el recurso de apelación básicamente por estimar que el Tribunal incurrió en una indebida valoración de los cargos de nulidad y de las pruebas arrimadas al plenario,

39.- Como fundamento de su recurso el recurrente expuso las siguientes razones:

40.- La accionada vulneró su derecho al debido proceso por no evaluar el factor económico de su propuesta cuando reunía los requisitos para ello; por no pronunciarse sobre las aclaraciones solicitadas por el Consultor Regional del Plan de Urabá y Antioquía frente a la propuesta presentada por la adjudicataria; por reducir el puntaje de su propuesta respecto de algunos de los factores de calificación; por realizar una evaluación injusta y equivocada del factor técnico de las propuestas y por no reconocer garantías mínimas como la de notificación.

41.- Que vulneró el principio de igualdad y el deber de selección objetiva por no dar respuesta expresa a sus observaciones; por darle un tratamiento diferenciado a las propuestas; por no aplicar los pliegos de condiciones, tener en cuenta

factores subjetivos distintos a los allí previstos y por adjudicar la licitación a quién no tenía la mejor propuesta.

42.- Reitera que la administración obró por fuera de los fines de la contratación estatal, incurrió en abuso de poder y vulneró el artículo 20 del decreto No. 287 de 1996 por adjudicar el contrato con base en consideraciones arbitrarias y subjetivas, no aplicar el pliego de condiciones y no dar respuesta expresa a las observaciones presentadas frente a la evaluación del factor técnico en el acto de adjudicación.

43.- Señala que la accionada no motivó su decisión de adjudicación y en el evento hipotético en el que se considerara que sí lo hizo dicha motivación no se ajusta a la realidad por no tener relación alguna con la aplicación de las reglas del pliego de condiciones.

44.- El Tribunal incurrió en equivocación al restarle eficacia probatoria al dictamen pericial arrimado, pues no tuvo en cuenta que contra el mismo la demandada no presentó solicitud de corrección, complementación o de objeción por error grave, lo que demostraba que la información allí contenida se ajustaba a la realidad y debía ser valorado cómo prueba.

45.- Debió decretar de oficio la práctica de otra prueba pericial para sanear la duda razonable y aumentar su grado de convicción; más aun teniendo en cuenta que ésta resultaba fundamental para determinar si la accionada había incurrido en alguna equivocación al realizar la valoración del factor técnico de las propuestas.

46.- Las propuestas presentadas por cada uno de los proponentes resultaban fundamentales para que el perito en su experticia pudiera determinar cuál de éstas era la mejor, razón por la cual se constituía en un indicio grave en contra de la demandada el abstenerse de aportar la totalidad de las propuestas presentadas en el proceso de selección no obstante haber sido requerida para ello desde el año 2004 y por no aplicar el principio de la carga dinámica de la prueba.

47.- Concluye señalando que en el presente asunto se demostraron las irregularidades en las que incurrió la demandada al adjudicar el contrato a Conhydra Ltda. la ilegalidad del acto de adjudicación y que su propuesta era la

mejor, razón por la cual tenía derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios que le fueron causados por la no adjudicación.

48.- Con base en las anteriores consideraciones, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y que en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

49.- El Señor Agente del Ministerio Público opina que la sentencia apelada debe ser confirmada para lo cual expuso las siguientes razones:

50.- No se vulneró el derecho al debido proceso y el dictamen pericial allegado no podía ser valorado como prueba al carecer de certeza y seriedad, teniendo en cuenta que el perito no contaba con todas las propuestas para realizar su análisis y se limitó a exponer su criterio sobre la calificación de algunos factores como la solvencia técnica, liquidez, endeudamiento y patrimonio sin explicar el método utilizado para ello.

51.- La demandada sí se pronunció sobre las observaciones presentadas en el proceso de selección tal como se demostró a través del memorando del 10 de junio de 1997.

52.- Tampoco se vulneró el principio de igualdad ni los fines de la actividad contractual, pues las propuestas fueron evaluadas con los mismos criterios del pliego de condiciones y no se demostró que la adjudicación se hubiera realizado con base en consideraciones subjetivas.

53.- Incurre en equivocación la recurrente cuando afirma que el acto de adjudicación carece de motivación, pues en éste se plasmaron las circunstancias de hecho y de derecho que antecedieron su expedición y que dieron lugar a la decisión de adjudicación.

54.- No obra en el expediente ninguna prueba a través de la cual se haya logrado demostrar que la demandada al expedir el acto de adjudicación hubiese incurrido en un abuso de poder o que con su decisión haya favorecido un interés particular o haya desconocido las reglas previstas en el pliego de condiciones.

55.- Del testimonio rendido por el Señor Luis Fernando Bermúdez Carmona, miembro del comité de evaluación y calificación de la demandada se lograba evidenciar que la decisión de adjudicar el contrato a la Sociedad Conhydra Ltda. no se había visto determinada por la injerencia o presión de la gerencia o de la Junta Directiva de la accionada.

56.- Concluye señalando que en el presente asunto la recurrente no había logrado desvirtuar la presunción de legalidad de la que se encuentra revestido el acto de adjudicación, razón por la cual las pretensiones estaban totalmente destinadas al fracaso.

V. CONSIDERACIONES.

57.- Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por el actor en el presente asunto, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** interpretación de la demanda a la luz del régimen jurídico de derecho privado aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios **2)** La culpa in contrahendo en la actividad de contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (E.S.P); **3)** Valor probatorio de los dictámenes periciales; **4)** La solución del caso concreto.

1) interpretación de la demanda a la luz del régimen jurídico de derecho privado aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios.

58.- La sala al momento de entrar a proferir sentencia de segunda instancia hace las siguientes consideraciones: **(i)** que es una realidad procesal objetiva la de que en el presente caso, la persona demandada es una empresa de servicios públicos domiciliarios (E.S.P), que a la luz del ordenamiento jurídico nacional de los servicios públicos (ley 142 de 1994), y para efectos de todo lo relativo a su contratación (*procesos de selección de contratistas, como los de celebración de sus contratos y la ejecución de los mismos*), se rige por las normas y principios propios de los contratos entre particulares, básicamente las normas comerciales, salvo las excepciones de ley, que no se configuran para el presente asunto¹⁰; **(ii)**

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1º de julio de 2015 Expediente 37197; Sentencia del 3 de diciembre de 2015 Expediente 50464; Sentencia del 3 de diciembre de 2015 Expediente: 36929; Sentencia del 27 de enero de 2016 Expediente: 48812; Sentencia del 20 de febrero de 2017 Expediente: 56562; Sentencia del 20 de febrero de 2017 Expediente: 56939; Sentencia del 19 de julio de 2017 Expediente: 57394, entre otras.

Así mismo, que estudiado y analizado el contenido, objeto, finalidad de la demanda formulada por el actor, en especial las pretensiones invocadas y su pertinencia en relación con los claros e imperativos mandatos de la ley 142 de 1994, en torno al régimen jurídico de la contratación y de los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios (E.S.P), encuentra que materialmente el litigio planteado gira absolutamente en torno a un debate en relación con la culpa, falta de diligencia, cuidado, e incluso omisiones que se le imputan a la empresa demandada con ocasión de los hechos plenamente expuestos en libelo introductorio, ocurridos en la etapa de las tratativas previas, esto es, en el proceso de selección de contratistas que legalmente se rige por el derecho privado – derecho comercial- y que configuran el marco de sustento de impugnación de las decisiones precontractuales de la empresa; **(iii)** en consideración a lo anterior y en aras de la preservación del principio de legalidad desarrollado en la ley de servicios públicos domiciliarios para regir, tanto la contratación, como todo lo referente a los contratos de estas empresas de servicios públicos domiciliarios y su ejecución, y con el propósito y finalidad de garantizar plenamente el debido proceso de las partes involucradas en el litigio, interpreta la demanda y en su contexto las pretensiones, argumentaciones, pruebas y demás aspectos del proceso, en el ámbito de la *culpa in contrahendo*, o de la responsabilidad precontractual, que es lo propio y adecuado a la luz de un debate procesal regido por el derecho privado y en este sentido de pronunciará, previa las siguientes consideraciones:

59.- El derecho privado, como esta subsección lo ha destacado en providencias anteriores, se funda primordialmente en la autonomía dispositiva o negocial, entendida ésta como el poder o facultad que el ordenamiento jurídico le reconoce a las personas para autorregular o disponer de sus intereses a través de actos o negocios jurídicos acudiendo para estos efectos a las normas y principios del derecho comercial, sobre todo, y de manera fundamental cuando se trata de reconocimiento de este régimen jurídico a empresas y personas que actúan en el ámbito del mercado y la competencia económica, como lo es, en el presente caso de la empresa demandada¹¹.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de abril de 2011, Expediente: 37423; Sentencias del 29 de abril de 2015, Expediente 33244; Sentencia del 25 de mayo de 2015, Expediente: 36881; Sentencia del 28 de mayo de 2015, Expediente; 36407; Sentencia del 4 de junio de 2015 Expediente: 30288; Sentencia del 4 de junio de 2015, Expediente: 37566; Sentencia del 6 de julio de 2015 Expediente: 40789; Sentencia del 29 de julio de 2015, Expediente: 40271, Sentencia del 22 de octubre de 2015, Expediente: 48061; Sentencia del 26 de noviembre de 2015 Expediente: 51376; Sentencia del 3 de diciembre de 2015 Expediente 36929; Sentencia del 3 de diciembre de 2015 Expediente: 50464;

60.- traducido al ámbito de la actividad pre contractual se entiende que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (E.S.P) deben actuar, siempre con profundo respeto a los derechos subjetivos de quienes aspiren a contratar con ellas, por lo tanto, no pueden ir en contra de las normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe, ni pueden desarrollar actividades o adoptar decisiones que comporten el ejercicio abusivo de sus derechos, fundados en actuaciones culposas, sin la debida diligencia, cuidado, e incluso incurriendo en omisiones.

61.- Nuestro ordenamiento jurídico le ha atribuido a las Empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (E.S.P), el cumplimiento de especiales actividades económicas con el exclusivo propósito e indiscutible finalidad de propender por la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y de preservar el interés general, precisamente y sobre la base del reconocimientos de ser entidades actoras dentro del ámbito de la economía de mercado, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 establece que los actos expedidos por ellas y los contratos celebrados en ejercicio de las mismas se rigen “*exclusivamente*” por las normas de derecho privado, salvo aquellos casos en los cuales la Constitución o la Ley dispongan expresamente lo contrario.

62.- De ésta forma se entiende que por regla general cuando las empresas que prestan servicios, ya sean éstas públicas, de capital público o privado, o privadas desarrollen actividades económicas tendientes al cumplimiento de su objeto prestacional pueden celebrar contratos o incluso emitir decisiones o actos de carácter unilateral, los cuales se sujetarán primordialmente a las normas previstas en el régimen de derecho privado, según los mandatos imperativos de la ley 142 de 1994, debiendo en consecuencia, salvo las normas especiales en la materia, aplicar de manera concreta y por regla general, en sus proceso de contratación y a sus contratos, las disposiciones del código de comercio y demás de esta naturaleza que fueren pertinentes, al igual que sus principios y valores.

63.- Así las cosas, es claro que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en ejercicio de la actividad contractual del Estado tienen una responsabilidad adicional, pues no sólo deben sujetar su actuación, sus actos y

contratos a los principios y normas que rigen la actividad precontractual y contractual en derecho privado, sino también a los principios que rigen el desarrollo transparente de sus actividades económicas en el mercado, la buena fe y lealtad en relación con sus competidores y usuarios de los servicios, garantizando concurrencia, y evitando toda practica que pueda ser lesiva, de mala fe, o atentatoria a la transparencia, y a la esencia misma de toda actividad competitiva y de mercado.

64.- Así las cosas, teniendo en cuenta que Aquantioquia E.S.P, es una empresa prestadora de los servicios públicos domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado, al tramitar, celebrar, perfeccionar, ejecutar y liquidar contratos en cumplimiento de sus finalidades deberá sujetarse a lo previsto en el régimen de Derecho privado para los negocios jurídicos celebrados entre particulares, esto es, a la disposiciones mercantiles que fueren pertinentes al igual que a los principios del derecho privado y del mercado que no resulten incompatibles con los presupuestos básicos del interés general que dicha contratación entraña.

2.- La culpa in contrahendo en la actividad de contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (E.S.P)

65.- Ya en anteriores oportunidades ésta Subsección¹² había precisado, sumidos en el esencia misma del derecho privado, que si bien en el Derecho Romano el régimen de responsabilidad precontractual tuvo sus orígenes en las nociones de dolo y la violencia como delitos, antes de que estos se erigieran como tipos de vicios de consentimiento¹³, posteriormente se estructuró sobre dos consideraciones a saber, la primera de ellas el considerar como injusto que en la etapa de tratativas preliminares o negociaciones previas al contrato proyectado¹⁴, uno de los negociadores decidiera romper injustificadamente con éstas o asumiera un comportamiento desleal o incorrecto causando un daño al otro y no asumiera responsabilidad alguna por ello y el segundo de ellos, en la diferenciación entre la libertad de los negociantes para romper las negociaciones justificadamente y de hacerlo culposamente causando un daño.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 26 de noviembre de 2015, Expediente: 51376, Sentencia del 1º de abril de 2016 Expediente: 41.217.

¹³ Sinestros Fernando en “Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico” Volumen I, Ed, Universidad Externado de Colombia, abril de 2015, Pág. 721.

¹⁴ *Ibídem*.

66.- De ésta forma se entendía y ahora se entiende que en la etapa de negociaciones las partes asumen una obligación *de “diligentia in contrahendo”*¹⁵ o el deber de asumir un comportamiento correcto y leal, de forma tal que si alguno de ellos no cumple con ese deber o rompe injustificadamente las negociaciones, estará obligado a responder por los daños que con su actuación haya podido ocasionar en el negociante que confió legítimamente que el negocio proyectado se iba a celebrar¹⁶ y en la actuación desplegada por aquel en esa fase del contrato.

67.- Y es que lo que resulta reprochable es que en la etapa de tratativas preliminares alguna de las partes decida de manera unilateral dar término a las mismas de forma injustificada o asuma una conducta culposa y con ella ocasione un daño a su contraparte, culpa in contrahendo, siendo la culpa uno de los elementos determinantes más no esenciales de éste tipo de responsabilidad¹⁷.

68.- De ésta forma, se entiende que es el comportamiento contrario a la buena fe, incorrecto y desleal, culposo, falta de diligencia, cuidado, e incluso omisivo en la etapa de negociaciones o tratativas preliminares lo que determina la imputación de una responsabilidad precontractual, con independencia de que el daño se evidencie en esa misma fase o con posterioridad a la celebración del contrato, lo importante es que tenga su origen en una actuación culposa asumida en esa etapa de negociaciones previas.

69.- Es de precisar en éste punto que las conductas exigibles en ésta etapa de tratativas preliminares se determinan según las características y condiciones particulares de cada relación negocial, de forma tal que cualquier comportamiento desleal, incorrecto o contrario a la buena fe en el marco de la respectiva negociación puede dar lugar a este tipo de responsabilidad¹⁸.

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 722.

¹⁶ *Ibíd.* Pág. 728.

¹⁷ Al respecto se ha señalado “(...) se pone de manifiesto que la sola ruptura o terminación de las negociaciones por uno de los negociadores no es en sí algo reprochable y, menos, un hecho generador de responsabilidad. Siguiendo el patrón ordinario de la responsabilidad (responsabilidad por culpa, art. 2341 c.c.) se ha solido exigir, como elemento del supuesto de hecho, la culpa del demandado, a ella se alude con el adjetivo, que descalifica la conducta de éste. Ahora bien, ¿Qué se entiende por “ruptura injustificada”? ¿Equivale está a haber obrado con culpa y, en tal supuesto, qué grado de culpa se exige y cómo valorarla? Culpa, es decir, error de conducta en que no habría incurrido una persona medianamente cuidadosa y diligente ante los mismos hechos, que el juez estimará según su propio criterio, que es de suponer, también, es el de una persona ordinaria(...)” Sinestros Fernando en “Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico” Volumen I, Ed, Universidad Externado de Colombia, abril de 2015, Pág. 732.

¹⁸ *Ibíd.* Págs. 731 a 734.

70.- Al interior de nuestro ordenamiento jurídico en tratándose de contratos celebrados por Empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y dada su actividad prestacional, y la ubicación en la empresa involucrada en este litigio en la estructura de la descentralización administrativa, la aceptación de la culpa in contrahendo en el contexto de la existencia de un régimen de responsabilidad precontractual se funda en la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política que permite que una vez se verifique la existencia de un daño antijurídico en el marco de la negociación de un contrato, ocasionado por la ruptura injustificada de las negociaciones por uno de los negociantes o por una actuación incorrecta, desleal o contraria al principio de buena fe, se genere la obligación de reparar los perjuicios causados con dicha conducta.

71.-También se funda, y de manera trascendente, en el artículo 333 de nuestra Carta Política mediante el cual se protege el derecho a la libre competencia en general en relación con la prestación de servicios públicos y las demás disposiciones constitucionales que de manera especial protegen la inversión como un factor del desarrollo económico social¹⁹.

72.- A nivel legal, entre otras disposiciones, el régimen de responsabilidad precontractual se funda en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, que con redacción similar le exigen a las partes que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción el deber de obrar de conformidad con los postulados de la

¹⁹ Sentencia del 26 de noviembre de 2015, Expediente: 51376 “*existe un contexto normativo de orden constitucional que sirve de fundamento a la responsabilidad extracontractual del Estado en los procesos de selección de contratistas. En efecto, el artículo 333 de la Constitución Política establece la protección a la libre competencia, entendida como un derecho de todos que supone responsabilidades que se predicán no sólo de los particulares sino de la administración pública. A propósito de esta disposición y su relación con la prestación de los servicios públicos, la doctrina ha sostenido:*

“La libertad de contratación y formación competitiva de precios es desarrollada por la doctrina como el medio idóneo para conjugar la iniciativa privada con el mercado sujetas a las reglas y principios comerciales, en donde la autonomía de la voluntad sea la dominante para cualquier tipo de actuación o decisión, en consecuencia vinculadas a un estricto derecho privado mercantil. Bajo estas circunstancias, la regulación tan solo las puede afectar de manera excepcional, principalmente para atender la ausencia de mercado, conflictos relativos a la competencia o para evitar afectaciones graves contra el interés general. En este sentido, la libertad de contratación implica o conlleva algunas otras como las de libertad de compra, venta, de productos o servicios, de extender servicios en cualquier parte del territorio, libertad de movilización y presencia en todos los lugares en donde pueda negociar en la prestación de los servicios de su especialización o en aquellos que se encuentre en capacidad técnica, financiera y legal de prestar, por lo tanto, libertad o para diversificar en sus actividades de servicios (áreas conexas o complementarias), sin desconocer los límites que por razones de interés general le pueda imponer la reglamentación””. Lo anterior describe ese primer escenario en el cual, si bien es cierto a nadie se le obliga a contratar, de todas maneras en el contexto de los principios rectores de la actividad comercial, buena fe objetiva y lealtad surgen deberes de respeto en aras de la seguridad jurídica y el interés de la colectividad”.

buena fe²⁰, la lealtad y el respeto a los derechos y expectativas tanto de las etapas previas de la contratación, como con posterioridad durante la celebración y ejecución del contrato.

73.- Bajo estos presupuestos, las decisiones que adopte una empresa prestadora de servicios públicos en la etapa precontractual deben sujetarse a las normas de derecho privado, con respeto profundo a las reglas y principios del derecho comercial y de la competencia económica, por lo tanto, no pueden ir en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos pueden comportar un ejercicio abusivo de un derecho, ni contrariar el orden público.

²⁰ ²⁰ Sentencia del 26 de noviembre de 2015, Expediente: 51376 “*la administración pública en tanto sujeto de derecho que actúa dentro de la libre competencia, está sometida al cumplimiento de las obligaciones precontractuales estipuladas en el Código de Comercio, concretamente a su deber de actuar de buena fe. En efecto, de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.*”

El primero de los preceptos citados prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa²⁰ en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.

Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refieren estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.

Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”,²⁰ es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho”²⁰ o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido. En esta misma perspectiva, el caso italiano resulta paradigmático. En efecto, el artículo 1337 del codice civile, establece que: “Las partes en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato deben comportarse de buena fe”. El desarrollo de la jurisprudencia italiana a propósito de esta norma ha establecido que no toda terminación abrupta de las tratativas o en general aquella que se da durante la formación del contrato, conlleva indefectiblemente a la responsabilidad de quien interrumpe el iter precontractual, sino que supone una negociación tan avanzada que justifique una razonable creencia que el contrato se celebrará y una terminación injustificada.

74.- Así las cosas, teniendo en cuenta que las decisiones precontractuales proferidas por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (E.S.P) en ejercicio de su actividad previa al contrato, tal como lo es la decisión precontractual de adjudicación, se sujetan a las normas y principios de derecho privado, lo cual se traduce que el control judicial que se realice de los mismos, debe tener como referente, no el propio de la contratación de las entidades estatales regidas por la ley 80 de 1993 y demás leyes que modifican o adicionan, sino, de manera exclusiva las disposiciones comerciales al igual que los principios propios de la actividad económica y de mercado en el contexto indicado de verificación de la ocurrencia de eventos lesivos y dañosos de culpa in contrahendo; que se analice si con la decisión unilateral de la empresa en esta etapa previa, la misma incurrió en el incumplimiento de alguna de las reglas previamente fijadas o de alguna de las prestaciones a su cargo, o si violó normas imperativas, buenas costumbres, la buena fe, o implicó el ejercicio abusivo de su derecho.

3.- Valor probatorio de los dictámenes periciales.

75.- Según lo disponen los artículos 233 del Código de Procedimiento Civil y 226 del Código General del Proceso, el dictamen pericial es aquel medio probatorio que tiene por objeto *“verificar hechos que interesen al proceso y que requieran de especiales conocimientos científicos, técnicos y artísticos”*.

76.- Con otras palabras, la función del dictamen pericial consiste fundamentalmente en dar claridad al funcionario judicial en el proceso sobre hechos que se piensa que tienen alguna repercusión en éste y que por su naturaleza o configuración requieren de conocimientos cualificados o especialísimos.

77.- Ahora bien, los artículos 241 del Código de Procedimiento Civil y 232 del Código General del Proceso establecen que el juez al apreciar el dictamen pericial no sólo deberá acudir a la sana crítica, sino también verificar el cumplimiento de requisitos tales como *“la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos”* y además valorarlo junto con los demás medios de prueba que obren el proceso.

78.- De ésta forma, se entiende que el dictamen pericial es uno más, de los

medios de prueba que pueden ser arrimados al proceso para demostrar la ocurrencia de un determinado hecho que resulte relevante para el litigio y que la valoración que se realice del mismo deberá sujetarse a criterios tales como la solidez, claridad, precisión y calidad de los fundamentos de la experticia, de la competencia del perito, entre otros.

79.- En lo relativo al valor probatorio del dictamen pericial ésta Subsección había señalado al respecto:

“...la fuerza persuasiva del dictamen pericial pende de la coherencia de los razonamientos técnicos empleados por los expertos para justificar sus conclusiones (coherencia interna) 2y entre estos y los supuestos fácticos que apoyan tales dichos, esto es, en armonía con los demás medios probatorios que obren en la actuación judicial (coherencia externa).

Es por ello que a fin de verificar la eficacia probatoria del dictamen pericial, es apenas evidente exigir i) que quien lo elabore sea competente y tenga conocimiento de la ciencia, arte o técnica objeto de la prueba, pues sólo ello supone la posibilidad de aplicar el saber cualificado que demanda el proceso judicial, ii) que no haya prosperado una objeción por error grave en el dictamen elaborado, iii) que cuente con la suficiente y debida justificación teórica o técnica sobre los conocimientos aplicados al caso en concreto de modo que las conclusiones a las que arribe sean claras, razonables, comprensibles y se deriven de los razonamientos externos e internos demostrados en el proceso, iv) que el dictamen no suponga, de ninguna manera, la exposición o aplicación de criterios jurídicos, por cuanto se invade la esfera de competencia de la autoridad judicial, v) que el dictamen no incurra en juicios hipotéticos o especulativos para justificar sus conclusiones, vi) que se haya garantizado la posibilidad de contradicción a la contraparte y, en caso de formularse en debida forma solicitudes de aclaración o error grave, éstas hayan sido atendidas conforme al trámite procesal de rigor.

Y ello guarda completa armonía con las exigencias que las codificaciones procesales imponen al Juez al momento de apreciar los dictámenes periciales pues los artículos 241 del Código de Procedimiento Civil y el 232 del Código General del Proceso instauran como criterios de valoración la sana crítica y la verificación de la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de los fundamentos de la experticia, la idoneidad del perito y las demás pruebas que obren en el proceso. Con otras palabras, más que una aceptación ciega o pasiva de las conclusiones del dictamen, el ordenamiento le exige al Juez asumir un rol activo como escrutador crítico de la experticia a fin de garantizar su compromiso convencional y constitucional de aproximarse a la búsqueda de la verdad en el proceso judicial.

(...)

Corolario de lo dicho, resulta claro que el dictamen pericial es uno más de los medios de prueba que viene a alimentar la masa probatoria de la que se valdrá el Juez para verificar la acreditación de los hechos con relevancia jurídica en el litigio. Por tanto, como lo reflejan los precedentes jurisprudenciales en cita, es claro el deber del Juez de escrutar rigurosamente la razonabilidad, justificación y coherencia de este medio probatorio de manera integral a fin de constatar que lo

*allí expuesto no es más que la aplicación de un conocimiento especializado a ciertos hechos probados demostrados en la actuación judicial*²¹.

80.- Así las cosas, es claro que el funcionario judicial podrá restarle eficacia probatoria al dictamen pericial allegado como prueba a un proceso cuando éste no ofrezca la claridad, firmeza y certeza para encontrar cómo demostrado un determinado hecho que resulta relevante para la solución del litigio.

4.- La solución del caso concreto.

80.- Previamente a resolver el asunto que ahora se somete a decisión, se precisa que éste es de carácter eminentemente de derecho privado, razón por la cual el análisis que se realice sobre las decisiones pre contractuales de la demandada se efectuara a la luz de las reglas y principios del Código de Comercio y de las pertinentes de la legislación civil, así como de frente a los denominados por la empresa como pliegos de condiciones y demás documentos que conformaron la licitación pública No. 008 de 1996, en el sentido y dirección de las pretensiones de la demanda y de los argumentos de la apelación, con el propósito de verificación de la ocurrencia de eventos lesivos o dañosos, propios de culpa in contrahendo, al igual que evaluar, en los términos de las argumentaciones del demandante, si con la decisión unilateral de la empresa en esta etapa previa de selección de contratista, ésta incurrió en el incumplimiento de alguna de las reglas previamente fijadas o de alguna de las prestaciones a su cargo, o si violó normas imperativas, buenas costumbres, la buena fe, o implicó el ejercicio abusivo de su derecho, para lo cual se procederá al siguiente análisis:

81. – **Posible violación de normas imperativas, buena fe y lealtad entre las partes.** *Argumento de la demanda de violación al debido proceso:* No se advierte la configuración de culpa in contrahendo bajo el presupuesto argumentativo del demandante. De los documentos allegados se demuestra en el presente asunto que si bien el acto de adjudicación No. 407 de 1997 la Entidad contratante no se le comunicó a la accionante, esta presentó un derecho de petición de información mediante escrito del 3 de octubre de 1997 (Fol. 75 del C. No. 1), a través del cual puso de presente la omisión en la que incurrió la accionada por no comunicarle el contenido de la Resolución de adjudicación No. 407 de 1997 y solicitó copia del acta donde se adjudica la licitación, del acta de publicación de la adjudicación y

²¹ *Ibíd.*

que se diera respuesta a las observaciones presentadas frente al informe de calificaciones, comportamiento que evidencia que contrario a lo que alega, sí conocía el contenido de esa decisión.

82.- Ahora, aunque manifiesta que no se le comunicó el contenido del acto precontractual de adjudicación, para la Sala es claro que con independencia de que la actora haya resaltado una irregularidad en la comunicación, conocía perfectamente el contenido del acto precontractual impugnado y mostró su oposición a su contenido.

83.- Pero además la Sala advierte que el debido proceso en el presente asunto se concreta fundamentalmente en que la Entidad contratante haya sujetado su actuación a las reglas previstas en el pliego de condiciones, a los principios que rigen la actividad precontractual en el derecho privado y como la accionada sujetó su actuación a dichas normas y principios, sus pretensiones se encuentran totalmente destinadas al fracaso.

84.- Así las cosas, para la Sala es claro que no se vulneraron normas imperativas, ni mucho menos se observa, que con las conductas endilgadas por el demandante, sobre la base del desconocimiento a lo que se denomina en la demanda como debido proceso, que la actuación de la empresa estuviere medida por la mala fe o deslealtad, por no habersele comunicado el acto precontractual de adjudicación, pues de su comportamiento se evidenció que conocía su contenido y que la actuación de la demandada se ajustó a las reglas previstas en el pliego de condiciones.

85.- **Posible violación de normas imperativas, ejercicio abusivo del derecho, actuación sumida en mala fe y deslealtad entre las partes:** *Argumento de la demanda de desconocimiento del pliego, otorgar puntajes diferentes a propuestas iguales, favoreciendo a proponente:* No se advierte la configuración de culpa in contrahendo bajo el presupuesto argumentativo del demandante conforme se pasa a exponer: Del estudio de los elementos probatorios allegados se tiene que, de manera clara, las observaciones presentadas Aquantioquía E.S.P. señaló: (Fols. 174 y 175 del C. No. 1), se le indico al proponente impugnante lo siguiente:

“RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LA UNIÓN TEMPORAL INGSA LTDA. Y OTROS.

El comité evaluador ha observado que la firma Ingsa Ltda. y Otros siempre ha presentado la misma propuesta técnica en las diferentes licitaciones, donde sólo

difiere un poco de las demás en el capítulo de compromiso sobre la gestión operativa y de mantenimiento...

(...)

▪ **Compromiso sobre la organización para la gestión administrativa y de control.**

Al igual que para el municipio (sic) de Arboletes en el organigrama presentado no aparece una vinculación directa con el Gerente municipal y el personal de asesorías en Medellín, pues como se observa en el organigrama estas asesorías sólo se reciben a través del administrador.

Con respecto al comentario sobre la no presentación de funciones y responsabilidades de los operadores de bomba, este fue un error de transcripción el cual aceptamos...por lo tanto nos ratificamos en la calificación.

▪ **En el numeral de formación y capacitación técnica.**

Como puede apreciarse en este aspecto todas las propuestas presentan debilidades pero unas mayores que otras y con base en este criterio se les asignó el respectivo puntaje.

▪ **En el numeral de sistemas de información.**

También en éste aspecto las diferentes propuestas no cumplen con todo lo exigido en los pliegos de condiciones, siendo la Unión Temporal Ingsa Ltda. y Otros y la Unión Temporal Inversiones M.B Ltda. y De la Roche y Cía. Ltda. las que cumplen con parte de lo solicitado y por lo tanto se les da mayor puntuación. Por lo anterior nos ratificamos en la calificación asignada.

▪ **En el numeral Control de la calidad del agua potable y servida.**

Se acepta la reclamación con relación al aspecto métodos de trabajo, los sistemas de información, los registros e informes (8 puntos).

▪ **En el numeral compromisos sobre la gestión operativa y de mantenimiento.**

[Conforme al pliego de condiciones] En la propuesta son muy deficientes las acciones de operación y mantenimiento que presentan par(sic) las diferentes estructuras que tienen el sistema. No especifica el recurso humano y físico que va a utilizar ni presenta periodicidad de las actividades que va a desarrollar.

▪ **En el numeral Compromisos sobre la gestión comercial.**

En el pliego de condiciones se dice que se deberán describir los métodos y procedimientos a implementar, por lo tanto, nos reafirmamos en la calificación dada.

▪ **En el numeral Atención y relación con los usuarios.**

No proponen crear oficina que canalice y resuelva las quejas y reclamos de los usuarios; la ley 142 de 1994 exige esta oficina. Nos ratificamos en la calificación dada.

▪ **En el numeral Compromisos sobre la gestión de Planeación.**

Consideramos que en éste aspecto, los comentarios que respaldan la evaluación son lo suficientemente detallados y claros para justificar la calificación asignada.

▪ **En el numeral Reglamento y contrato para la prestación del servicio.**

El Pliego de condiciones es muy claro en solicitar un proyecto de reglamento de prestación de servicios de acueducto y alcantarillado con base en los decretos 951 de 1989 y 1842 de 1991; también se debió anexar un modelo del contrato de prestación de servicios de que trata el artículo 128 de la ley 142 de 1994.

En conclusión, la nueva calificación será de 604 puntos” (Resaltado por fuera del texto).

86.- Pero, además; mediante el acta No. 479 del 10 de junio de 1997 la Junta directiva al pronunciarse respecto de las observaciones presentadas por la Unión Temporal accionante señaló:

“Al evaluar la propuesta técnica, se calificó para ACUAPASA 357 puntos, para INGSA 571 y para M.B. DE LA ROCHE 557, QUIENES, AL NO ALCANZAR EL MÍNIMO EXIGIDO DE 750 PUNTOS, IMPOSIBILITÓ SU PASO A LA SIGUIENTE ETAPA ECONÓMICA.

*[La Unión Temporal] INGSA – ÁLVARO DIEGO SEPULVEDA **presentó extemporáneamente observaciones a la calificación, a pesar de ello mereció 6 puntos más, pasando de 580 a 604, que tampoco le alcanzó para llegar al mínimo puntaje, que para la evaluación técnica exigen los pliegos.**” (Subrayas por fuera del texto)*

87.- Pues bien, de los documentos arrimados se demuestra que la Unión temporal accionante presentó sus observaciones a la evaluación y calificación técnica de las propuestas por medio de escrito del 4 de junio de 1997 (Fols. 61 a 66 del C. No. 1) y que Aquantioquia E.S.P. dio respuesta a éstas mediante el documento que denominó “*RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LA UNIÓN TEMPORAL INGSA LTDA. Y OTROS*”.

88.- Pero, además, luego de contestar las observaciones de la accionante incrementó en 6 puntos el puntaje que inicialmente le había otorgado por el factor técnico de su propuesta, decisión que comunicó a los miembros de la junta directiva en la audiencia que tuvo lugar el 10 de junio de 1997.

89.- Ahora, si mediante el informe del 18 de marzo de 1997 el señor Darío Daniel C, Consultor general del Plan de Urabá y Antioquia, dirigido al señor José Fernando Cárdenas recomendó la adjudicación de la licitación al Consorcio Conhydra Ltda., una vez aclarara lo relativo al cobro de tarifas para los estratos 1º, 2º y 3º conforme a la Resolución No. 23 de 1996.

90.- Al respecto, en la audiencia del 10 de junio de 1997 se señaló “*Manifiesta el doctor Cárdenas Zapata, que la empresa contrató a la Universidad de Medellín para que hiciera la evaluación de esas propuestas, lo que también ubicó a CONHYDRA en el primer lugar en el orden de elegibilidad*”.

91.- Contrario a lo que alega la recurrente, la accionada no sólo dio respuesta a las observaciones presentadas frente a la evaluación y calificación del factor

técnico de las propuestas, sino que además incrementó en 6 puntos el puntaje que inicialmente le había otorgado por ese factor, tuvo en cuenta las aclaraciones realizadas por el Consultor Regional Plan Urabá y Antioquia a la propuesta presentada por la recurrente y comunicó su decisión de incrementar el puntaje a los miembros de la Junta Directiva.

92.- Posible violación de normas imperativas, ejercicio abusivo del derecho, actuación sumida en mala fe y deslealtad entre las partes: *Argumento de la demanda fundado en la violación de otros principios por darle un tratamiento diferenciado a las propuestas y no tener en cuenta las reglas contenidas en el pliego de condiciones se encuentra demostrado que a través del numeral 3.4: No se advierte la configuración de culpa in contrahendo bajo el presupuesto argumentativo del demandante conforme se pasa a exponer: del estudio de los elementos probatorios allegados se tiene que, de manera clara, que el pliego señalo objetivamente los aspectos que debía contener la propuesta técnica así:*

“3.4.1. Compromisos sobre la organización para la gestión administrativa y de control (200 puntos)

a. Estructura organizacional: (100 puntos). Deberá presentarse la estructura organizacional mediante la cual funcionará el operador.

Deberá presentarse el organigrama correspondiente y deberá describirse:

-La organización interna (Áreas de responsabilidad) (25 puntos)

-Dependencias e interrelaciones jerárquicas (25 puntos)

-Responsabilidades y funciones de los cargos (25 puntos)

-Los perfiles correspondientes a cada cargo (25 puntos)

b. Formación y capacitación técnica: (20 puntos) (...)

1.- Plan previo al recibo del sistema (10 puntos)

2.- Plan de actualización periódico (10 puntos)

c. Sistema de Información: (40 puntos) Se deberán describir los métodos, los procesos y los recursos (físicos y lógicos) que se requieran en cada una de las áreas identificadas en la empresa operadora con el fin de obtener, sistematizar, analizar, transferir y comunicar la información relacionada con el servicio y la empresa, tanto al interior de ésta como al exterior (usuarios, entidades reguladoras y supervisoras, etc...).

d. Control de la calidad del agua potable y servida: (40 puntos) Deberán plantearse los métodos que se utilizarán para llevar a cabo servicios de laboratorio y otros servicios científicos que sean necesarios. Se describirán los procedimientos por los cuales se cumplirá con los estándares legales y contractuales, controlar el eficiente desempeño de las instalaciones y preservar el medio ambiente.

(...)

...Se describirán las previsiones con respecto a los siguientes ítems:

-Equipo de laboratorio a utilizar (8 puntos)

-Métodos de trabajo, sistema de información, registro e informes (8 puntos).

(...)

-Métodos de control de procesos de tratamiento que se aplicaran (8 puntos).

3.4.2. Compromisos sobre la gestión operativa y de mantenimiento (250)

(...)

La propuesta técnica deberá describir las acciones de operación y mantenimiento así como las innovaciones tecnológicas propuestas para estas actividades de forma ordenada, clara y precisa [para cada uno de los componentes del sistema].

3.4.3. Compromisos sobre la gestión comercial (100 puntos)

Deberán describirse los métodos y procedimientos a implementar en la gestión comercial contemplando lo siguiente:

1. FACTURACIÓN (20 puntos)

- Lectura
- generación de la factura
- Repartición de la Factura
- Corte y reconexión

2. RECAUDO (20 puntos)

- Caja
- Tesorería
- Cuentas especiales

3. RECUPERACIÓN DE CARTERA (20 puntos)

- Índices
- Programas especiales

4. INSTRUMENTACIÓN (20 puntos)

- Macromedición
- Micromedición

5. CATASTRO DE SUSCRIPTORES (20 puntos)

- Procedimientos de actualización.

3.4.4. Atención y relación con los usuarios (100 puntos)

(...)

3.4.5. Compromiso sobre la gestión de planeación (100 puntos)

Deberán describirse los métodos, procedimiento, acciones, recursos y personal para lograr una adecuada planeación en cada una de las siguientes áreas:

1. Comercial (25 puntos)
2. Operativa (25 puntos)
3. Administrativa (25 puntos)
4. Técnica (25 puntos)

3.4.6. CRONOGRAMA (50 puntos)

(...)

3.4.7. REGLAMENTO Y CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS (50 puntos)

(...)

3.4.8. PLAN DE OPTIMIZACIÓN INICIAL DEL SISTEMA (150 puntos)

(...)” (Fols. 195 a 201 del C. No. 1).

93.- Por su parte a través del No. 4.1. Del pliego de condiciones, relativo al Comité de Evaluación del numeral relativo a la evaluación de las propuestas se señaló:

“4.1.COMITE DE EVALUACIÓN

(...)

La evaluación en primera instancia se realizará en los aspectos jurídicos de las propuestas. A aquellas que cumplan con éste aspecto, se les procederá a realizar la evaluación técnica y posteriormente, si cumplen con el puntaje mínimo establecido en estos pliegos, se abrirá el sobre de la propuesta económica para su respectiva evaluación” (Fol. 205 del C. No. 1) (Resaltado por fuera del texto)

94.- Al realizar la evaluación técnica de las propuestas, el Comité de evaluación de la entidad evaluó cada uno de los aspectos referidos y en cada uno de ellos, los 4 proponentes obtuvieron los siguientes puntajes (Fols. 154 y 155 del C. No. 1):

Ítem	Conhydra Ltda.,	Acuapasa	Ingsa	INV. M.B. Roche
1. Compromiso sobre la organización para la gestión administrativa y de control. a. Estructura organizacional	163	62	116	116
formación y capacitación técnica	10	8	4	3
sistemas de información	20	10	30	32
d. Control de calidad del agua potable y servida	38	34	27	31
2. Compromiso sobre la gestión operativa y de mantenimiento.	143	44	66	90
3. Compromiso sobre la gestión comercial- 3.1. facturación	99	26	91	86
3.2. Recaudo	20	6	20	15
3.3. Recuperación de cartera	20	4	20	20
3.4. Instrumentación	20	4	20	18
3.5. catastro de usuarios	20	4	20	20
4. Atención y relación con los usuarios.	100	75	85	70
5. Compromiso sobre la gestión de planeación	64	40	40	49
6. Cornograma	60	60	60	60
7. Reglamento y contrato para la prestación de los servicios públicos.	60	30	30	60
8. Plan de optimización inicial del sistema.	60	30	150	46
TOTAL	812	357	598	557

95.- Al pronunciarse sobre el puntaje asignado al aspecto técnico de la propuesta presentada por la Unión Temporal accionante, el Comité evaluador de la Entidad señaló (Fols. 160 a 162 del C. No. 1):

“COMENTARIOS SOBRE LA EVALUACIÓN PROPUESTA TECNICA DEL MUNICIPIO DE SANTA FE DE ANTIOQUIA.

(...)

UNIÓN TEMPORAL INGSA LTDA, ALVARO DIEGO SEPULVEDA, JORGE ARTURO LOPERA Y RODRIGO LENIS

ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL

Existe una desvinculación del gerente del municipio con el gerente general del consorcio.

Si es un gerente del sistema que va a estar permanentemente en el municipio con especialización en administración, no se justifica un administrador.

Dentro del organigrama general no tiene en cuenta la persona que va a atender las quejas, peticiones y reclamos de los usuarios, por lo tanto no presenta el perfil, responsabilidad y funciones.

(...)

FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN TÉCNICA

1. Plan previo recibo al sistema

No hay un programa específico para la capacitación, ni a quién va dirigido, a demás (sic) no tiene intensidad; en términos generales no existe planeación en la capacitación propuesta.

2. Plan periódico

Plantean una descripción de lo que va a realizar, pero no hay compromiso ni en la programación, planificación, temática, intensidad, responsables ni a quién va dirigido.

(...)

ACCIONES OPERATIVAS Y DE MANTENIMIENTO

No presenta un plan detallado de operación y de mantenimiento de cada uno de los componentes del sistema.

En innovaciones tecnológicas proponen un equipo pero no presenta su programa de instalación y funcionamiento.

COMPROMISO SOBRE LA GESTIÓN COMERCIAL

Facturación.

No tiene programación sectorizada, ni de rutas.

No hay compromiso directo del operador en el proceso de generación de la factura y se apoya en los procesos existentes en acuantioquia

No hay programación de sectores y recorridos.

COMPROMISO SOBRE LA GESTIÓN DE PLANEACIÓN

Comercial

Hace referencia a algunas acciones, no habla de procedimientos, recursos humanos y físicos, métodos como lo exige el pliego.

(...)

Operativamente lo único que incluye es la calidad del agua, pero no hace referencia a los procedimientos, recursos, etc., no tiene en cuenta que es una empresa prestadora de (sic) servicio de acueducto y “alcantarillado”, por lo tanto debe incluir el compromiso para la operación de la red de alcantarillado.

Administrativa

Describe un poco el proceso, algunos métodos, algunos recursos pero son muy superficiales. No planifica ni proyecta al periodo de duración del contrato

Técnica

Hay “acciones” tales como diseño, ampliación de coberturas, etc., pero no describen los métodos, recursos físicos y humanos.

REGLAMENTO Y CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Presenta un híbrido de reglamento y contrato (...).”

96.- Pues bien, de las probanzas atrás referidas se evidencia que en los pliegos de condiciones de la licitación Pública No. 008-96 que dio lugar a la Resolución No. 407 del 12 de junio de 1997 se estableció claramente que primero se evaluarían los aspectos jurídicos de las propuestas, luego el factor técnico y que sólo se evaluaría el factor económico de aquellas que cumplieran con el puntaje mínimo requerido para el factor técnico.

97.- También se demuestra que la única que cumplió con el puntaje mínimo requerido en los pliegos para el factor técnico fue la Sociedad Conhydra Ltda., razón por la cual Acuantioquia E.S.P. procedió a evaluar únicamente el factor económico de ésta.

98.- Igualmente se encuentra demostrado que al evaluar y calificar el factor técnico de las propuestas Aquantioquia E.S.P. se sujetó al pliego de condiciones, no tuvo en cuenta requisitos o aspectos diferentes a los allí previstos y no le dio un tratamiento diferenciado a las propuestas como equivocadamente lo afirma la recurrente.

99.- Por otro, tanto se demuestra que la sociedad adjudicataria sí cumplió con los requisitos contenidos en el pliego de condiciones en cuanto al factor técnico de las propuestas.

100.- En éste orden de ideas, teniendo en cuenta que la impugnación del acto precontractual de adjudicación sólo podía realizarse por vía del análisis del comportamiento de las partes, es decir, de su sujeción al pliego de condiciones para el procedimiento de selección y posterior adjudicación del contrato, no habiéndose demostrado que con la expedición de la Resolución No. 407 del 12 de junio de 1997 la Entidad haya violado normas imperativas, actuado en ejercicio abusivo del derecho, sumida en mala fe o de manera desleal con la demandante, esto es no está probado acto alguno configurador de situación de culpa in contrahendo, sobre la base de los que denomina el demandante como violación de los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva y aquellos que rigen la actividad contractual, sus pretensiones se encuentran totalmente destinadas al fracaso.

101.- **Posible ejercicio abusivo del derecho, actuación sumida en mala fe y deslealtad entre las partes:** *Argumento de la demanda fundado en la ausencia de motivación de la decisión de adjudicación:* No se advierte la configuración de culpa in contrahendo bajo el presupuesto argumentativo del demandante conforme se pasa a exponer: del estudio de los elementos probatorios allegados se tiene que, de manera clara, que mediante la Resolución No. 407 de 1997 la accionada para adoptar su decisión de adjudicar el contrato a la Sociedad Conhydra Ltda., consideró:

“(…)

c. Que la evaluación comprendida en los aspectos solvencia técnica, solvencia financiera, propuesta técnica y propuesta económica arrojó resultados satisfactorios, superando los mínimos establecidos por los pliegos de condiciones de peticiones respectivos.

d. Que la Honorable Junta Directiva de la empresa después de estudiar el informe que presentara y sustentara el comité evaluador que asesora a la Gerencia, facultó al representante legal de la sociedad para la adjudicación del contrato al CONSOCIO CONHYDRA Ltda., según consta en acta 479 de 10 de junio de 1997.

e. que revisado todo el proceso se encuentra que se ajusta a lo establecido por la Ley 80 de 1993, la Ley 142 de 1994, la Resolución Nro. 3 de 1995, emanada de la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico y la Resolución 028 Bis-96, que establece el Reglamento Interno de Contratación de Acuantioquia, así como también a los requerimientos legales, técnicos y económicos de los pliegos de condiciones.

f. Que la propuesta de la Empresa a quien se adjudica la presente licitación, reúne las exigencias plasmadas en los pliegos de peticiones respectivos” (Fols. 28 a 30 del C. No. 1)

102.- Así las cosas, para la Sala es claro que contrario a lo que afirma la accionante Acuantioquia E.S.P. no sólo expresó en el acto precontractual de adjudicación los fundamentos fácticos y jurídicos que dieron lugar a su decisión, sino que hizo una remisión expresa a otros documentos en los cuales se analizaron detalladamente otros aspectos esenciales del procedimiento de selección y que hacen parte integral de dicho acto.

103.- **Pronunciamiento en relación con el alcance de la experticia aportada al proceso:** En cuanto a la experticia que obra en el expediente se evidencia que no se constituye en una prueba suficiente para demostrar que la ahora accionada haya incurrido en alguna equivocación al realizar la evaluación y calificación del aspecto técnico de las propuestas, pues el dictamen pericial parte de realizar suposiciones respecto de la calificación de los elementos de la solvencia técnica y el perito no

expuso las razones técnicas o la metodología utilizada para llegar a las conclusiones a las que arribó.

104.- No le asiste la razón a la recurrente cuando afirma que se le debía otorgar eficacia probatoria a la experticia por el sólo hecho de que la accionada no hubiera presentado alguna solicitud de adición o complementación ni la hubiese objetado por error grave, pues se insiste, la fuerza persuasiva del dictamen pericial como medio probatorio para demostrar un determinado hecho que resulta relevante para el litigio depende de la verificación de ciertos aspectos tales como la claridad, solidez, precisión y calidad de los fundamentos de la experticia, la idoneidad del perito y la coherencia entre aquellos y los demás medios probatorios que obren en el proceso, entre otros.

105.- La Sala, al analizar la experticia aislada, pero también conjuntamente con las demás pruebas, advierte que la opinión expuesta por el perito Martín Alzate Duque, no sólo se extiende a puntos de derecho que son privativos del juez, como por ejemplo la valoración de la mejor propuesta y las utilidades que deben ser indemnizadas, sino que además incurre en juicios hipotéticos o especulativos para llegar a las conclusiones a las que arribó en su experticia, pues para la fecha en la que la realizó no contaba con la totalidad de las propuestas para determinar cuál era la mejor, ni mucho menos cual era el puntaje que se le debía asignar a cada una de ellas, una razón más para restarle eficacia a ese medio probatorio.

106.- En consecuencia, considera la Sala que acertó el Tribunal al negarle eficacia probatoria a la experticia arribada.

107.- **Otros pronunciamientos:** No hay lugar a pronunciarse respecto de los argumentos que trae la recurrente en torno al indicio grave en contra de la accionada y el supuesto incumplimiento de la carga dinámica de la prueba por no haber arribado la totalidad de las propuestas al proceso licitatorio, pues desde el punto de vista procedimental no se pueden tener en cuenta tales argumentaciones teniendo en cuenta que lo que hace al aducirlos como fundamento de su apelación es traer hechos nuevos ya que no fueron esgrimidos en la demanda y esto equivale a alterar la *causa petendi* en detrimento del debido proceso, cuestión aquella que prohíbe tajantemente la parte final del inciso segundo del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

108.- **Conclusiones:** Como corolario de todo lo expuesto lo que se evidencia es que con la decisión de adjudicación la accionada no incurrió en acto alguno

configurador de culpa in contrahendo, sujeto su actividad a las reglas contenidas en el pliego de condiciones, a los parámetros y normas que rigen la actividad precontractual en los términos de la ley comercial y de las reglas diseñadas para el proceso de selección correspondiente, a los principios propios de las actividades ceñidas a los parámetros del derecho privado, razón por la cual las pretensiones de la accionante se encuentran totalmente destinadas al fracaso.

109.- Por último, no hay lugar a reconocer las pretensiones indemnizatorias teniendo en cuenta que la actora no demostró que con la expedición del acto precontractual de adjudicación la accionada haya incurrido en la violación de los parámetros que gobiernan la actividad precontractual de las empresas prestadoras de servicios públicos, ni de los principios que rigen el ejercicio de sus en los términos de la ley, por lo que no proceden las pretensiones propuestas.

Por estas razones, la sentencia apelada será confirmada pero por las razones expuestas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, pero por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Subsección
Magistrado

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Aclaración de voto