

**RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS  
PÚBLICOS: LA AUSENCIA DE BUENA FE COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO  
DE SOLEMNIDAD**



**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
FACULTAD DE DERECHO**

**Pedro A. Buitrago Rincón  
Trabajo de grado  
Director: Edgar Guarín Ramírez**

## **TABLA DE CONTENIDO**

### **INTRODUCCIÓN**

- 1. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA LEY 142 DE 1994 COMO FUNDAMENTO DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE EN MATERIA PRECONTRACTUAL EN SEDE DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.**
- 2. IMPORTANCIA Y ALCANCE DE LA BUENA FE OBJETIVA Y SUS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LOS PROCESOS CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.**
- 3. CONSECUENCIAS PROCESALES Y ESTANDAR DE PRUEBA DIFERENCIAL COMO CONSECUENCIA DE LA INAPLIACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LAS RELACIONES PRECONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.**
- 4. CONCLUSIONES**
- 5. REFERENCIAS**

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, titulado “Responsabilidad precontractual en las empresas de servicios públicos: la ausencia de buena fe como excepción al principio de solemnidad”, busca demostrar la tesis según la cual la ausencia de buena fe constituye una excepción a la exigencia del principio de solemnidad en los procesos derivados de la responsabilidad precontractual en los que concurra como demandada una empresa de servicios públicos.

La investigación aquí presentada, surge como resultado de la necesidad de disipar algunas de las dudas que se generan en escenarios académicos o judiciales sobre la aplicación de la Ley 142 de 1994. Si bien la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de moldear las distintas instituciones jurídicas que regulan el actuar de las personas jurídicas que acometen la prestación de un servicio público, aún existen muchas zonas grises que comprometen y desafían a los operadores judiciales, específicamente en lo que concierne a la desestimación, por parte de las empresas de servicios públicos, de las pretensiones indemnizatorias de terceros que puedan verse afectados por las conductas precontractuales de dichas empresas, haciendo uso del principio de solemnidad, según el cual no puede comprobarse un perjuicio indemnizable a menos que se haya dejado de celebrar el contrato ante la existencia de un acto administrativo de adjudicación.

La presente investigación tiene como objetivo, brindar herramientas que aporten a dirimir la controversia en torno a los intentos, por parte de las empresas de servicios públicos, de eludir los reproches de responsabilidad precontractual que sean contra ellas formulados, con el propósito de poner el derecho normativo al servicio de la justicia, cerrando el margen de discrecionalidad empleado por dichas personas jurídicas, con la finalidad de desatender reclamos legítimos ante el acaecimiento de perjuicios que se deriven de su actuar precontractual.

Para los anteriores efectos, se planteó la investigación en términos descriptivos y explicativos, mediante el empleo de un diseño metodológico de corte cualitativo, razón por la cual se realizó un análisis documental que incluyó doctrina y jurisprudencia nacional, en aras de delimitar las diferentes posiciones que se han considerado para solucionar los retos conceptuales que representan las empresas de servicios públicos y la aplicación de su modelo.

En desarrollo de los objetivos propuestos, el cuerpo de la investigación tiene como finalidad aportar herramientas que permitan entender las particularidades creadas para la puesta en funcionamiento de un modelo de servicios públicos caracterizado por la *libre entrada*, entendida como “*la posibilidad que tienen distintos sujetos (de diversa naturaleza) de desarrollar actividades de servicios públicos, complementarias o conexas a estos, sin necesidad de autorizaciones o negocios jurídicos entre estos y la entidad pública responsable del servicios*” (Arias García, 2010).

Con el objetivo de demostrar la tesis planteada, en el Capítulo 1 serán abordadas las implicaciones jurídicas originadas por la existencia de un régimen particular, creado por el legislador y que atribuye las características especiales que deben ser observadas por las empresas de servicios públicos en sus procesos contractuales, al dotarlos de una identidad diferencial, respecto de aquellos procesos de contratación estructurados bajo el imperio de la Ley 80 de 1993, justificando la presencia y aplicación del principio de buena fe como soporte de sus actuaciones a nivel precontractual. El capítulo 2 desarrollará la importancia y el alcance de la buena fe objetiva, y sus deberes secundarios de conducta, en materia precontractual en sede de las empresas de servicios públicos. En el capítulo 3 se centró la atención en las implicaciones procesales que se derivan de la inaplicación del principio de buena fe en desarrollo de la actividad precontractual, dado el estándar de prueba diferencial que debe acreditar una empresa de servicios públicos que pretenda desvirtuar las pretensiones indemnizatorias de un tercero reclamante, consecuencia de un perjuicio atribuible a su conducta precontractual. Finalmente en el capítulo 4 son recogidas, a manera de conclusiones, las ideas principales desarrolladas a lo largo de la investigación.

## **1. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA LEY 142 DE 1994 COMO FUNDAMENTO DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE EN MATERIA PRECONTRACTUAL EN SEDE DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.**

En desarrollo de los objetivos planteados por el artículo 365 de la Constitución Política de 1991, fue promulgada la Ley 142 de 1994, conocida como el *estatuto de los servicios públicos*, mediante la cual se dio la *liberalización de los servicios públicos*, que acorde con el profesor ENRIQUE GIL BOTERO prologando en (Marín Cortés, 2010, pág. IX) “ha producido una transformación jurídica en relación con los conceptos de público y privado, que traspasa las concepciones tradicionales que llamaban la atención sobre la diferencia de tratamiento que debía existir, entre sujetos estatales y sujetos privados”.

La Ley 142 de 1994<sup>1</sup>, en adelante L.142/94, abrió la posibilidad para que los particulares asistieran a la prestación de los servicios públicos en condiciones de igualdad y competitividad, para lo cual se facultó la creación de sociedades de derecho privado, cuyo objeto social consistiera precisamente en la prestación de aquellos servicios con la intención de superar las barreras que se venían presentando de tiempo atrás, las cuales generaron serios rezagos en materia de cobertura y calidad. Como puede apreciarse desde la misma exposición de motivos de la ley en comento, se resaltó la importancia de contar con una nueva manera de regular los servicios públicos que permitiera la materialización de los fines del estado, considerando:

- Primero, que la calidad de vida y los niveles de salud dependen, en alto grado, del acceso que las personas tengan a los servicios públicos;

---

<sup>1</sup> Mediante la L.142/94 se desarrolló el artículo 365 de la Constitución Política, el cual se consagra: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

- Segundo, que para mejorar la productividad y, por lo tanto, la remuneración de los trabajadores y empresarios colombianos y su posibilidad de competir en el mundo de la apertura<sup>2</sup>, es indispensable que tengan servicios adecuados producidos en forma eficiente.
- Y tercero, que por las razones anteriores, el Estado Colombiano dedica la mayor parte de su presupuesto de inversión y de los recursos de crédito que obtiene, a proyectos destinados a los servicios públicos, en el campo de agua potable, del saneamiento ambiental, de la generación y distribución de energía y telecomunicaciones. (Congreso República de Colombia, 1994)

De esta manera se sustrajeron los servicios públicos del esquema original de la administración pública, para disponerlos en el campo del derecho mercantil, lo anterior claro está sin que el Estado renunciara por completo a su vigilancia y control, pues en consonancia con la letra y espíritu de la Constitución Política, aquellos se erigieron como el mecanismo por excelencia para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho, a considerar; *i. Servir a la comunidad; ii. Promover la prosperidad general; y iii. Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes.* Con la aplicación de esta fórmula de carácter mixto se buscó la correcta integración entre dos esferas, de lo público y lo privado, para alcanzar la eficaz materialización de los derechos de los ciudadanos. Este cambio fue ampliamente notado por la jurisprudencia nacional, como puede observarse en un salvamento de voto del Magistrado Cifuentes Muñoz:

Bajo la óptica del Estado social de derecho al Estado corresponderá, entonces, una función mucho más activa, dirigida a garantizar condiciones de existencia digna para toda la población. Se ha dejado atrás la obligación estatal de "proteger a todas las personas... en su vida, honra y bienes". El Estado tiene una función amplia y distinta,

---

<sup>2</sup> Referida a la apertura económica que vivió Colombia en la década de los noventa, como un fenómeno socio-económico que buscaba integrar el continente latinoamericano con la economía global, mediante la introducción de elementos adicionales a las economías locales, como la competitividad extranjera, la calidad de los productos producidos en cada uno de los países y los fomentos a la innovación. Con dicha política se buscó que la industria nacional mejorara su capacidad productiva, permitiéndole competir en igualdad de condiciones con productos de orígenes diversos, de manera que se buscaba incrementar la calidad de lo producido y reducir los costos asociados a la producción.

definida en nuestra Constitución. Con el Estado social como telón de fondo, el concepto de servicios públicos adquiere una dimensión que supera la función inicial de definir el ámbito de lo público o para intentar explicar la actividad estatal en ciertos sectores y la cesión contractual de ciertas actividades a particulares, para situarse en el plano de la realización de los derechos de los ciudadanos. El servicio público, en cuanto mecanismo de realización de fines estatales y en cuya realización deben participar el Estado y los particulares, no adquiere el carácter de potestad. Es decir, no es en ejercicio de la potestad estatal (*imperium*), salvo que exista reserva, que se prestan los servicios públicos. Se trata de un espacio común al cual pueden acudir, en los términos señalados legalmente, empresas públicas, privadas o mixtas a satisfacer las necesidades vitales y los intereses generales de la población. Se explica así el hecho de que entre el usuario y quien presta el servicio público pueda existir una relación reglamentaria y legal junto al régimen de derecho privado. En efecto, respecto a las condiciones de prestación del servicio, ellas se fijan en la ley, y en cuanto al acceso al servicio, bien puede el legislador disponer que se trate de un contrato regido por el derecho privado. (Corte Constitucional, 1996)

La L.142/94 cambió sustancialmente la estructura del modelo de la prestación de los servicios públicos, de manera que al abrir la puerta a los operadores privados<sup>3</sup>, tuvo que generar las transformaciones necesarias para que la nueva ecuación pudiera funcionar sin contratiempos de carácter jurídico-administrativos. Las transformaciones necesarias pasaron por aspectos tan variados como el procedimiento de conformación, composiciones de capital, régimen jurídico aplicable a sus actos y contratos, y muchas manifestaciones adicionales que siguen evolucionando con el tiempo, pues no puede obviarse que nos encontramos frente a una institución jurídica aun en crecimiento.

Al establecer las posibilidades de configuración de las personas jurídicas que se organizarán para asumir la prestación de un servicio público se dejó un espacio lo suficientemente amplio que ofrecía bastantes alternativas según fuese el caso e intereses de

---

<sup>3</sup> Pese a que hasta este punto hemos hablado únicamente de la posibilidad que se le dio a los particulares para asistir de manera armónica a la prestación de los servicios público, debe manifestarse que se hace referencia en un sentido sumamente amplio, pues como es de común conocimiento, dichas empresas también pueden generarse con una conformación mixta en su capital o bien también pueden ser de carácter netamente oficial.

la parte motivada. Así la L.142/94 dispuso que las empresas prestadoras de los servicios públicos pueden ser empresas oficiales cuando el capital es en su totalidad público, puede hablarse de empresas mixtas si es mayoritariamente público o de bien pueden denominarse empresas privadas cuando el capital es mayoritariamente privado. De igual manera la L.142/94 se permitió una concesión adicional frente a la conformación, al establecer que aquellas entidades descentralizadas de cualquier orden que no quisieran asumir la forma de sociedades por acciones podrían constituirse como Empresas Industriales y Comerciales del Estado.<sup>4</sup>

<b>Conformación del capital</b>	100% Público	< Público	< Privado
<b>Denominación</b>	Empresa oficial	Empresa Mixta	Empresa Privada

Como puede observarse, la anterior puede resultar una manera adecuada para realizar la categorización de las personas jurídicas que presten servicios públicos, no obstante, y como lo veremos en lo sucesivo, los efectos prácticos no difieren mucho en uno u otro escenario, habida cuenta de las correspondientes disposiciones legales y jurisprudenciales que atribuyen consecuencias jurídicas equiparables en los distintos escenarios que puede atravesar una ESP en ejercicio de su actividad.

De cualquier modo, la respuesta del sector privado frente a la posibilidad de asistir a la prestación de los servicios públicos no se hizo esperar y han sido muchas las sociedades comerciales que se han constituido con el objeto de prestar los distintos servicios domiciliarios, entre los cuales, al tenor del artículo segundo de la L.142/94, se encuentra el acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural, lo cual las más de las veces ha favorecido la acometida y prestación en condiciones de calidad de los mencionados servicios en regiones en las que por motivos geográficos u otras razones, los gobiernos municipales encontraban dificultades para asegurar el acceso de los ciudadanos a los mismos.

---

<sup>4</sup> Disposición contenida en el artículo 17 párrafo 1. Ley 142 de 1994.

Los logros obtenidos por la reformulación del modelo bajo el cual se prestaban los servicios públicos han generado luchas y debates muy grandes entre quienes consideran inoportuno y erróneo el trasladar los servicios públicos al campo de lo privado, con el correspondiente perjuicio del Derecho Administrativo, y aquellos otros que consideran adecuado el cambio para materializar los fines estatales, con el correspondiente cambio en el rol del Estado. La anterior es una de las discusiones, pero existen muchos otros debates que atienden a la filosofía misma de la cuestión, sobre la conveniencia de que algo tan importante como los servicios públicos se encuentren en manos de actores privados y que sean manejados por lógicas mercantiles, no obstante está es una controversia ajena a nuestro propósito, razón por la cual no será abordada en esta oportunidad.

En el primer escenario planteado nos enfrentamos a lo que ha sido denominado por la doctrina como la *Huida del Derecho Administrativo*, entendida en palabras de Suarez Tamayo como: (Suarez Tamayo, 2010, pág. 79) “la supuesta tendencia de someter a la Administración Pública, o algunas de sus funciones o actividades, a normas de derecho privado o el acudir cada vez más, a formas privadas”, o bien empleando la formulación de Martín-Retortillo en (Chávez Marín, 2008, pág. 366):

La huida del Derecho Administrativo es vista por la doctrina como una tendencia jurídica a través de la cual, de un ejercicio formalizado de las funciones (de la administración pública), fundamentalmente a través de cauces jurídico-públicos, en los últimos años se abandonan estos procedimientos de actuación para dar paso a la utilización de fórmulas de derecho privado.

Esta situación puede resultar bastante evidente cuando se efectúa un análisis rápido frente a las características propias del modelo esbozado por la L.142/94, pues como mecanismo para proporcionar agilidad y capacidad de respuesta se equiparó su funcionamiento a las personas jurídicas de naturaleza privada, otorgando ciertas concesiones frente a sus potestades contractuales y administrativas.

Sin embargo y en contraposición con aquellos que piensan que este fenómeno marca el inicio del fin para las diferentes instituciones del derecho administrativo, surge una segunda posición, mediante la cual se sostiene que si bien existe un cambio en el rol del

Estado, este obedece a la adaptación a los nuevos entornos moldeados por la contemporaneidad, en el que se pasa de la clásica regulación económica a la *regulación para la competencia*, la cual según el profesor Gaspar Ariño en (Chávez Marín, 2008, pág. 364):

No tiene como objetivo central el “control” –del sistema y sus operadores- sino que, por el contrario, trata de promover la competencia allí donde sea posible, y se limita a proteger los intereses de los usuarios –seguridad, calidad y precio del servicio- allí donde ésta mantenga las características de un monopolio natural.

En lugar de esa obsesiva idea de control a posteriori de los costes, a efectos de su reconocimiento o no en tarifa, una regulación conforme al mercado tratará de ofrecer incentivos que empujen a las empresas a operar más eficientemente, obteniendo así una mayor cuota de mercado o un mayor beneficio. El objetivo de la regulación no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de las actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella.

Considerado lo anterior podría anotarse que la primera posición descrita resultaría infundada, pues conforme a la evolución de la economía y las instituciones jurídicas, el papel de intervención del Estado se centraría en la fijación de políticas, la planeación, el control, así como la vigilancia de los diferentes actores involucrados en la prestación de los servicios públicos. Estaría entonces a salvo, el Derecho Administrativo, así como la teoría del servicio público, sin embargo resulta necesario entender, acorde con Atehortúa Ríos (Atehortúa Ríos, 2004, pág. 22) que “objeto de estas disciplinas ya no es el “Estado, como ente dedicado a la prestación de los servicios públicos”, sino que es “lo público y en particular el servicio público”.

Resulta pertinente para nuestro objeto de estudio hacer la anterior aclaración, pues son los efectos prácticos de dicho fenómeno los que nos brindan los elementos de análisis necesarios para nuestra investigación. Como principales elementos podemos encontrar: i. El paso de actividades prestadas por el Estado a manos privadas; y ii. El cambio en el régimen bajo el cual operan dichas empresas, pues al quedar el servicio en manos de operadores privados, su régimen de operación y contratación también es el privado.

Las empresas de servicios públicos fueron concebidas como organizaciones comerciales, aun pese a la existencia, en ciertas ocasiones, de grandes participaciones de recursos públicos en sus capitales, como estrategia para poder responder a los retos de competitividad que se le planteaban al enfrentarse a los *netamente privados* en la prestación o ejecución de determinadas actividades. Esto atendiendo a las serias limitaciones que se les habrían impuesto de haber sujetado su actividad administrativa y/o contractual a los postulados consagrados en el Estatuto de Contratación Estatal «Ley 80 de 1993». Por obvios motivos lo anterior no puede implicar una cláusula residual de competencia para actuar de manera irresponsable en la ejecución de aquellos recursos públicos que han sido destinados para la acometida de los servicios.

Lo anterior puede observarse con mayor claridad en el cuerpo mismo de la L.142/94, expresado en sus artículos 31, modificado por el art. 3 de la Ley 689 de 2001 y 32, al consignarlo en los siguientes términos: (Congreso de la República de Colombia, 1994)

Art. 31. Modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

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

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

Es en dichos términos como la L.142/94 pone en campo del derecho privado el funcionamiento y operación de las ESP, con lo cual se generaría la pregunta de ¿Por qué el régimen privado? La respuesta no es una sola, existen varias situaciones que llevarían al

mismo escenario, no obstante ya se han dado algunos indicios sobre cuál puede ser la dominante.

Algunos autores efectúan divisiones en las causas, categorizándolas como internas y externas. En el segundo grupo incluyen aquellos fenómenos de corte ideológico que “son impuestos por los países desarrollados o por entes y organismos transnacionales, tales como la globalización, el neoliberalismo, la eliminación de monopolios, la libre competencia, las privatizaciones, las reformas y ajustes institucionales, la reducción del aparato estatal” (Suarez Tamayo, 2010, pág. 92). No obstante son las causas internas las que a nuestro parecer pueden resultar más sencillamente verificables, en este primer grupo encontramos fenómenos como la ineficiencia, lentitud o impericia en el manejo administrativo.

Como lo manifestamos líneas arriba, con la reforma planteada por la L.142/94 se buscó dotar de agilidad la operación de las ESP, con la intención de prepararlas para responder a los entornos cambiantes y competitivos a los que se iban a enfrentar al entrar al mismo espacio de los actores privados.

Ante las características del nuevo entorno, resultan ser la competitividad y el dinamismo aquellos atributos fundamentales requeridos para garantizar la adecuada operación de este tipo de empresas, atributos requeridos ante la nueva configuración de las relaciones jurídico-económicas de las economías en proceso de revitalización y/o modernización. Los constantes desafíos permitieron que la textura misma de las empresas sufriera mutaciones inimaginables, respaldadas claro está por la experiencia internacional y por marcos normativos progresistas que tuvieron la sagacidad de efectuar la lectura adecuada de los tiempos que se avecinaban. Producto de dicha sumatoria puede observarse en el dinamismo que ha tenido dicho sector en nuestro país, pues mal podría observar que todo termina con la L.142/1994.

Para responder a dichos retos impuestos por un contexto en constante evolución se sujetó la actividad de las ESP al derecho privado, como una alternativa para brindarle las alternativas de respuesta en tiempo real que beneficiaran, como se manifestó atrás, la competitividad. En palabras del profesor Troncoso Reigada en (Marín Cortés, 2010, pág. 125)

Se pretende conceder a los entes administrativos la misma libertad en el desarrollo de su actividad de la que gozan los propietarios en la gestión de sus negocios para participar así de la mayor eficacia de aquellos. El acercamiento al mundo privado y al actuar privado requiere la utilización del ordenamiento jurídico que regula la actividad de los particulares. Por ello más que una huida del derecho administrativo, lo que se produce es una búsqueda del derecho privado, para así lograr la libertad y la flexibilidad deseada. Lógicamente esto es a costa de una atenuación del principio de legalidad, que encauza cualquier actividad de la administración, y de limitar los controles que implica el derecho público.

Como se ha dicho con insistencia, uno de los principales cambios considerados por la ley fue la modificación al régimen jurídico aplicable, tema que fue expresamente tratado en el Título II de la misma, y que por motivos evidentes generó todo tipo de reacciones en la sociedad, por supuesto las demandas de inconstitucionalidad no se hicieron esperar y la H. Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

Pero independientemente de la anterior discusión doctrinal sobre qué debe ser objeto de normas del derecho público o del derecho privado, considera la Corte que esa sola apreciación no puede constituir base suficiente para declarar la inexecutable del régimen establecido por el legislador para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en vista de que la norma constitucional que los organiza no lo determina expresa y menos privativamente. Al respecto, simplemente el Constituyente dejó en manos de la ley, sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, su cobertura, calidad, financiación, tarifas, etc. Luego, el legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la ley 142 y entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios tantas veces citados, sin transgredir con ello la normatividad Superior. (Corte Constitucional, 1997)

Tenemos entonces que el contenido del régimen jurídico especial aplicable a las ESP, incluye tanto su forma de contratación como de operación, este segundo aspecto requiere la consideración de algunas reflexiones importantes.

Uno de los primeros comentarios que deben efectuarse es que hasta este punto aun pese a la consideración de la existencia de empresas de servicios públicos oficiales y empresas mixtas con importantes participaciones públicas, no se efectúa ningún tipo de diferenciación respecto del régimen aplicable frente a su actuación o administración. En este punto la ley decide ignorar las participaciones públicas en el capital de las empresas, sea cual sea su porcentaje y decide atribuir la misma consecuencia jurídica, esto es la aplicación del derecho privado.

No obstante se considera que aquellos actos de administración o de gestión que involucran la relación *usuario- empresa* son actos administrativos, regidos por el derecho administrativo y por consiguiente su control es ejercido por conducto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo esto consiste en el ejercicio de una potestad excepcional, como lo anota el profesor Dussán Hitscherich:

Aun cuando no es común que las empresas que prestan servicios públicos puedan expedir actos administrativos, pues el servicio público no es una función administrativa, la propia Ley 142 de 1994 contempla dos circunstancias en que estos pueden producirse, como se explica a continuación.

- 1) Según el artículo 33 LSPD quienes prestan servicios públicos estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de los actos que profieran para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requieran para la prestación del servicio.
- 2) También son actos administrativos los de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación del servicio. Aun cuando la norma parece establecer una numeración taxativa, puede afirmarse que los mismos son el sustrato de la relación entre la empresa y el usuario. (Dussán Hitscherich, 2001, págs. 245,247)

Una vez delimitado el contenido del régimen jurídico aplicable a las ESP, existe un elemento adicional que matizaría aún más el fenómeno reseñado bajo el nombre de la *huida del derecho administrativo*, pues debe considerarse el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007<sup>5</sup>.

Art. 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal. (Congreso de la República de Colombia, 2007)

Con ocasión de la Ley 1150 de 2007 podría considerarse que se impone un límite a la cláusula de libertad contractual contenida en la Ley 142 de 1994, no con la intención de imponer talanqueras u obstáculos al ejercicio de las empresas de servicios públicos, todo lo contrario, lo que se busca es armonizar su actividad con los principios mismos de la función administrativa en aras a alcanzar los fines estatales. A lo que Marín Cortés alude:

No obstante, tal contundencia en la idea debe matizarse hoy, con la expedición de la ley 1150 de 2007, que dispuso, en el artículo 13, que este tipo de entidades deben aplicar –en materia contractual- los principios de la función administrativa y los de la gestión fiscal, de manera que se ha combinado su régimen jurídico, pues ya no será tan privado, como lo expresaba en voz alta el 31 citado. (MARÍN CORTES, 2010, pág. 125)

Acorde con esta nueva postura, vale entonces manifestar que pese a su régimen jurídico aplicable y su naturaleza, la contratación en las empresas de servicios públicos oficiales no

---

<sup>5</sup> “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación de servicios públicos”.

podía ya orientarse exclusivamente en torno a las reglas del mercado o necesidades comerciales, pues también eran consideradas como instrumentos para alcanzar los objetivos estatales, lo que reforzó la tesis de su carácter especial, de la cual ya se ha venido hablando.

En este escenario, los principios a considerar en ejercicio de la labor contractual de las empresas de servicios públicos estatales no eran otros distintos a aquellos consignados en el Artículo 209<sup>6</sup> superior, pero acorde con numerosos pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional<sup>7</sup> nos centraremos en aquellos considerados *funcionales* tales como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En desarrollo de los propósitos del documento, abordaremos de una manera rápida el contenido de los mencionados principios, de forma tal que se permita una comprensión más detallada de aquellos límites impuestos, como lo manifestamos líneas atrás.

- a) Moralidad: Un primer acercamiento a las definiciones nos sitúan en el campo de la ética, bajo la cual el principio de moralidad se erige como una prenda de confianza en aquellos a quienes se ha encomendado la tarea de la administración pública o bien también podría considerarse como “la garantía de transparencia y publicidad en la toma de decisiones que afectan los derechos e intereses individuales” (Corte Constitucional, Sentencia T-238, 1993).
- b) Eficacia: Enfocado a la responsabilidad que tiene el Estado frente al cumplimiento de sus compromisos adquiridos en desarrollo de los fines constitucionales. Atiende de igual manera al correcto funcionamiento de la administración en cumplimiento de sus funciones.
- c) Economía: Este principio atiende a la obtención del mayor beneficio social al menor costo posible, principio que puede combinarse armónicamente con el de la eficiencia, mediante los cuales se busca que la Administración en sus actuaciones efectúe una asignación inteligente de los recursos disponibles, de manera que se puedan eliminar

---

<sup>6</sup> Constitución Política. Art. 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igual, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

<sup>7</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencias C-561 de 1999, C-028 de 2006, C-539 de 2011.

los gastos necesarios o superfluos y se obtengan mejores y mayores beneficios en lo social.

- d) Celeridad: Con este principio se busca optimizar la gestión de la administración frente a su capacidad de respuesta y agilidad, con el propósito de que se puedan obtener resultados positivos al reaccionar de manera oportuna a las situaciones y necesidades que busca satisfacer.
- e) Imparcialidad: Con este principio se busca que cualquier tipo de decisión que deba ser tomada se haga con base en argumentos objetivos, dejando de lado la posibilidad de considerar posiciones o características individuales en la toma de las mismas. Es una barrera al favorecimiento que puedan otorgar los servidores a terceros por condiciones particulares.
- f) Publicidad: Mediante este principio se busca establecer una herramienta de control social a la actividad de la administración, en este caso de manera específica a la actividad contractual de la misma, proporcionándole las herramientas a los ciudadanos para que puedan ejercer derechos conexos como la defensa si resultase necesario.

La inclusión de estos principios en la contratación de las empresas de servicios públicos oficiales propende por la garantía de transparencia que debe darse en cualquier escenario en el cual exista la participación de dineros públicos y sumado lo anterior a la potestad conferida a los órganos de control para vigilar el funcionamiento de dichas empresas, se ofrecen las suficientes garantías para que se tenga tranquilidad frente a su operación y gestión, minimizando las posibilidades de actos de corrupción en su interior.

Ahora veamos el fundamento jurídico por el cual el régimen especial de contratación de las ESP, creado por la Ley 142 de 1994, debe atender a las obligaciones adicionales traídas como manifestación de los deberes secundarios con fuente en la buena fe contractual. Lo anterior como un elemento esencial en la preparación y formación de los actos derivados de la contratación en las Empresas de Servicios Públicos y sus relaciones con terceros interesados en fortalecer y facilitar su operación.

Dicho lo anterior, acudiremos a las disposiciones contenidas en los artículos 31 y siguientes del Título II de la Ley 142 de 1994. Este segmento de la ley establece el régimen jurídico al cual han de someterse los actos y contratos de las empresas de servicios públicos. Para dichos efectos el artículo 31, que con posterioridad fue modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, establece que *“los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”* (Congreso de la República de Colombia, 2001, art.3). Este punto, que ya fue tratado en capítulos anteriores, buscó sustraer el régimen de contratación de las ESP de la esfera de la Ley 80 de 1993 y dejarlo en sede del derecho privado.

Con fundamento en lo anterior, la contratación en las ESP se efectúa con atención a las normas dispuestas para la materia en las correspondientes codificaciones civil y comercial. Dicha posición se ve reforzada con ocasión del artículo 32, a cuyo tenor se establece:

Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. (Congreso de la República de Colombia, 1994, art. 32)

Consideremos ahora una disposición adicional que se incluyó en el cuerpo de la norma, a través de la cual se consagran ciertos tipos de contratación especial en la operación de las ESP. Así, en desarrollo del artículo 36 de la norma que venimos comentando, se autoriza la celebración de contratos especiales, tales como: i. Contratos de concesión; ii. Contratos de administración profesional de acciones; iii. Contratos de transferencia de dominio; y iv. Contratos de extensión del servicio. Pero lo que buscamos resaltar de dicho artículo es lo consignado en su párrafo, el cual manifiesta que *“salvo los contratos de que trata en numeral 39.1, todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado”* (Congreso de la República de Colombia, 1994, art. 39). El numeral 1° al cual hace

referencia el párrafo, está referido a los contratos de concesión, que son los únicos tipos contractuales para los que la norma considero la aplicación del Estatuto General de la Contratación Pública.

Consideradas las anteriores normas, podemos manifestar ratificando nuestras posiciones anteriores, que la voluntad del legislador fue someter la operación de las ESP, sin atención especial a la conformación de su capital, al derecho privado y sus instituciones. Razón por la cual, encontramos perfectamente compatible la aplicación del principio de buena fe, que llegados a este punto utilizaremos en su acepción más específica, traída por el artículo 871 del Código de Comercio, al establecer que:

Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo 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. (Presidencia de la República de Colombia, 1971, art. 871)

Como resultado, tenemos que la celebración y ejecución de los contratos celebrados por las ESP, deberán sujetarse al derecho privado y sus instituciones, entre las cuales encontramos la buena fe y las obligaciones adicionales que se derivan de su aplicación. Dichos deberes de conducta derivados de la buena fe serán de obligatoria observación por las partes, pese a que no exista una inclusión expresa en el contenido contractual o bien este aún no se halla celebrado, y su incumplimiento dará lugar a los reproches de responsabilidad ante el posible acaecimiento de perjuicios. Razón por la cual, su observancia no consiste solo en el respeto formal por los intereses de la contraparte, sino que por el contrario constituye una garantía de protección patrimonial en desarrollo del curso negocial.

No obstante, lo que no puede dejarse de lado al momento de estudiar las consecuencias prácticas en la aplicación del régimen especial, creado por el legislador, para la operación de las empresas de servicios públicos, es que estas fueron concebidas como organismos de orden privado, con autonomía e independencia para responder a los entornos cambiantes y dinámicos de las relaciones negociales de la libre competencia. En consecuencia, su régimen, sus instituciones y su evolución normativa han respaldado el vuelco al derecho privado como catalizador de su condición como instrumento para alcanzar

los fines estatales, sin dejar de responder a su obligación como actor privado en las relaciones de competencia convencionales. La controversia entre si es adecuado considerarlas como integrantes del sector descentralizado por servicios y por ende como entidades estatales, se abordará con posterioridad, aun cuando no implicará grandes desvíos en el desarrollo de la investigación, pues como se desarrolló a lo largo del capítulo, la intención consistió en demostrar que la existencia de un régimen especial, aplicable a las empresas de servicios públicos, no solo afecta componentes generales en la operación de dichas empresas, sino que específicamente introduce particularidades especialmente relevantes en lo que al manejo de sus procesos contractuales se refiere, lo que a su vez fundamenta la estricta aplicación del principio de buena fe en sus actuaciones, so pena de que puedan generarse perjuicios, en terceros, susceptibles de ser indemnizados.

## **2. IMPORTANCIA Y ALCANCE DE LA BUENA FE OBJETIVA Y SUS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LOS PROCESOS CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.**

En los diferentes procesos en los que participan las Empresas de Servicios Públicos, se pueden apreciar constantemente los detalles derivados del diseño híbrido que empleó el legislador al momento de su formación. Elementos de su actividad cotidiana, como su contratación, se ven permeados por instituciones de derecho público con amplias influencias del derecho privado, o viceversa.

En efecto, la contratación en las ESP, es una de las características que más herramientas nos aporta para sostener la particular calidad de este tipo de forma asociativa. Su régimen, como ya se manifestó en desarrollo del capítulo 1, fue concebido por el Congreso de la República como un sistema mixto, en el que se proporcionaban herramientas ágiles provenientes de las instituciones de derecho privado, junto con mecanismos de control propios del derecho público para la gestión de los recursos. Como las características

específicas propias de los modelos de contratación empleados en la operación de las ESP ya fueron revisados, nos centraremos ahora en otro elemento que debe intervenir directamente en la conformación de sus actos y contratos

En este contexto surge un elemento de vital importancia, que para los efectos de la presente investigación fue empleado tanto en su consagración general, formulada por la Constitución Política de 1991, como en una consagración más específica en la que nos detendremos con posterioridad, conforme a lo dispuesto por los Códigos Civil y Mercantil.

El elemento al que se hace referencia es el principio de buena fe, consagrado en su forma genérica en el artículo 83 de la Constitución Política, al disponer que “*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas*” (Constitución Política, 1991, art. 83).

El principio de la buena fe ha recorrido un camino muy extenso, desde sus consagraciones romanas como *bona fides*, referida a la exigencia de honradez y fidelidad en las actuaciones de las personas, hasta sus acepciones más modernas en desarrollo del Código Civil Alemán, en el cual es elevada a la categoría de principio general del derecho, calificándola como un valor supremo y absoluto. No obstante para los fines de la presente investigación, no se hará una gran referencia a su nacimiento y evolución desde las épocas romanas, por considerar que de realizarlo se tendría que abordar en un texto de igual magnitud al que es ofrecido. Por el contrario, se efectuará un salto conceptual a los desarrollos más recientes, proporcionados por la jurisprudencia y doctrina nacional y concentrándonos en dos aspectos concretos: la buena fe objetiva; y la buena fe contractual, así como sus deberes derivados de conducta. Para lo pertinente procederemos a revisar los principales pronunciamientos judiciales en los que se ha abordado el estudio de sus características.

La buena fe como principio ha gozado de un tratamiento privilegiado por parte de la Corte Constitucional, quien ha dedicado suficientes esfuerzos en aras de delimitar su contenido y desarrollar su alcance para garantizar su adecuada implementación en cada uno de los casos en los que sea susceptible su aplicación. Como principio y requisito de actuación ha sido entendido como:

Una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a la luz del principio de buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel, y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido análogos. De igual manera la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico. (Corte Constitucional, 2004)

En dicha oportunidad, la Corte Constitucional, abarcó un espectro muy amplio al intentar definir el contenido del principio. Empezó por otorgarle especial importancia a los pilares sobre los cuales se funda la buena fe, al considerar vitales aspectos como: i. La honestidad; ii. La confianza; iii. La rectitud; iv. El decoro y; v. La credibilidad, que se puedan predicar de los acuerdos los cuales se lleguen en ejercicio de una voluntad soberana y espontánea.

Frente a los sujetos en quienes pueda recaer el ejercicio del principio, fue muy clara al establecer que como conducta debe someterse a la actuación de las **i.** autoridades públicas, lo cual constituiría un ejercicio integral de los principios que rigen la función pública y; **ii** a la actuación de los particulares, en dos escenarios: **ii.i** En ejercicio de sus actividades entre privados; y **ii.ii** Cuando como particulares presentaran peticiones o solicitudes ante la autoridad.

Este segundo ítem constituye un punto angular en el desarrollo de la buena fe como principio, pues les es impuesto como deber de actuación, sin que importe entre quien se está dando el acto o ante quien. En esta medida, puede considerarse un deber, pero no puede ignorarse su calidad como medida de protección constitucional y legal, como garantía de los

intereses tanto de la Administración como de los Administrados. Punto que nuevamente es reforzado por la jurisprudencia constitucional al recordar que:

En los debates al interior de la Asamblea Nacional Constituyente se señaló que tanto los particulares como las autoridades están sujetos a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad, integradores del principio de buena fe. Para los primeros, como una barrera que evita el abuso del derecho; y para los segundos, como límite a los excesos y a la desviación de poder. Allí también se explicó que el reconocimiento de la presunción de buena fe pretendía superar la desconfianza hacia el particular en sus actuaciones ante la administración pública, con el fin de humanizar las relaciones jurídicas y reducir los requisitos y procedimientos exigidos por las autoridades. (Corte Constitucional, 1992)

No obstante, frente a la acepción constitucional que fue revisada, debe decirse que esta surge con posterioridad a algunos de los ordenamientos de carácter privado, como el Código Civil o el Código de Comercio, cuerpos normativos que ya habían realizado esfuerzos por consagrar su existencia y delimitar su contenido, como es manifestado por la Corte:

La buena fe no fue concebida dentro de nuestro ordenamiento jurídico solo a partir de la Constitución de 1991, sino que desde las legislaciones civil y comercial empezó a ser considerada elemento esencial de las relaciones entre particulares, según lo establecen los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, donde se reviste de claridad, equilibrio, reciprocidad y consideración de los intereses de la contraparte. (Corte Constitucional, 2013)

Han sido muchas las ocasiones en las que la H. Corte Constitucional recuerda el inconmensurable valor de la buena fe y su rol en desarrollo de las actividades humanas, como garantía de confianza en los acuerdos generados como producto de las relaciones negociales de los ciudadanos. De conformidad con lo anterior, desarrolla la jurisprudencia, una doble acepción para el principio, en cuanto medida de protección y como valor ético, el cual implica *“que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto,*

*sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos”* (Corte Constitucional, 2004)

Esta segunda concepción sobre el contenido del principio de buena fe, revela una característica adicional, en la que podría operar una relación *género-especie*, basada en las relaciones de confianza que puedan generarse en desarrollo de las distintas actividades humanas. Esta variable podría formularse en los términos de la confianza legítima, mediante la cual se busca proteger las expectativas generadas con ocasión de una determinada actuación, frente a los cambios intempestivos de la contraparte y que tengan el potencial para generar perjuicios considerables.

Sirva de ejemplo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que al revisar el principio de confianza legítima, como principio de actuación entre las autoridades y los administrados, estableció que su propósito es:

Proteger al administrado frente a modificaciones intempestivas que adopte la administración, desconociendo antecedentes en los cuales aquél se fundó para continuar en el ejercicio de una actividad o reclamar ciertas condiciones o reglas aplicables a su relación con las autoridades. (Corte Constitucional, 2011)

En consecuencia, el alcance la confianza legítima, como especie de la buena fe, busca proteger las expectativas -verificables-, que en determinada situación se hayan podido formar los particulares, teniendo como base “*acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas*” (Corte Constitucional, 2004) y que originen en los particulares reclamantes situaciones o circunstancias de las que derive un perjuicio.

La buena fe, como hasta el momento hemos venido reseñando, ha sido abordada por la jurisprudencia, atendiendo a sus cualidades como criterio de conducta, que puede fácilmente ser verificado por las partes en ejercicio de sus actividades, mas no en su acepción como percepción sobre las cualidades de los sujetos. Lo anterior nos permite establecer la delimitación entre la buena fe vista desde las cualidades del sujeto o sus actuaciones – buena

fe subjetiva- y la buena fe como modelo de conducta, susceptible de ser objetivizada y por tanto sus cualidades medibles. En esta segunda versión, se puede decir que corresponde a:

Un concepto técnico-jurídico referido a la conducta o al comportamiento que se considera como el parámetro que debe ser observado en las relaciones que los particulares establecen, noción ésta que corresponde al concepto que el derecho utiliza en temas diversos como parte del supuesto de hecho de algunas normas jurídicas y, por otra, la buena fe es el contenido de un deber de conducta que se concreta en el deber de comportarse con corrección y lealtad en el tráfico jurídico. (Solarte Rodríguez, 2004)

En consonancia con lo anterior, se podría manifestar que la buena fe, desde su perspectiva objetiva, no tiene en consideración las cualidades propias del sujeto que interviene en una determinada actividad, o bien sus percepciones frente a su modo de acción, por el contrario se concentra en circunstancias, fácilmente verificables, en la formación de los actos o contratos de las personas – naturales o jurídicas-, que pueden fácilmente considerarse como cánones de conducta frente a una situación concreta.

Los elementos constitutivos de esta noción, se pueden observar con mayor facilidad en lo que se ha denominado como buena fe contractual, para la cual se emplearán las consagraciones específicas a las que se hacía referencia al empezar el presente capítulo, traídas por el Código Civil y Código de Comercio respectivamente.

Dicho lo anterior empezaremos por aludir al artículo 1603 del Código Civil –Ley 57 de 1887-, el cual al desarrollar los efectos de las obligaciones establece que:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley, pertenecen a ella. (Consejo Nacional Legislativo, 1887, art. 1603)

Un primer acercamiento a la disposición citada debe considerar que la misma se refiere a una actividad contractual, es decir, la buena fe se aplica en un contexto en el que un determinado

número de sujetos realizan una manifestación de su voluntad tendiente a obligarse. En este punto no resulta imprescindible establecer cuál es el contenido prestacional o la modalidad contractual empleada. Basta con establecer la concurrencia de dos o más personas – naturales o jurídicas-, que de manera libre y espontánea manifiestan su voluntad con la finalidad de obligarse.

En segundo lugar, debe considerarse que con ocasión del principio de buena fe, no quedan obligados solo al contenido expreso de su acuerdo, sino que acaecen sobre ellos unos deberes inherentes a la esencia de las obligaciones adquiridas, que pueden ser establecidos por su naturaleza intrínseca o bien por mandato legal. En palabras de Mosset Iturraspe, la buena fe:

Crea deberes secundarios de conducta, que integran el contrato, forman parte de su contenido, aunque exorbitan los deberes estructurales o los pactados. Y entre ellos encontramos: los deberes de lealtad, de dar aviso a tiempo de cualquier circunstancia que pueda afectar a la otra parte; deber de veracidad; de defensa o de colaboración. (Mosset Iturraspe, 2000, pág. 213)

En vista de lo anterior, vale manifestar que el contrato es un primer referente en la formación del contenido de las obligaciones, pero este resulta desbordado por otros deberes inherentes a su celebración o formación –como veremos-. Con ocasión de la buena fe, los intervinientes en el *iter contractual* quedan obligados a todas aquellas prestaciones adicionales que sean requeridas en atención a la naturaleza misma del negocio. Ya Mosset mencionaba algunos deberes derivados – lealtad, veracidad, defensa, colaboración-, a los cuales podrían sumarse la diligencia, la transparencia, la solidaridad y en un sentido más amplio, todas aquellas conductas que impidan situaciones como el abuso del derecho o bien la generación de perjuicios a la contraparte, como es el caso del deber de mitigación del daño, el cual se refiere a impedir que la contraparte sufra un daño más grande, si se está en la capacidad de impedirlo.

El proceso mediante el cual se incorporan estas obligaciones adicionales o deberes secundarios de conducta derivados de la buena fe, se desarrolla por medio de lo que se denomina por la doctrina como integración del contenido contractual, considerado como el:

Proceso de “enriquecer” el haz de derechos y deberes surgidos de la simple manifestación de los particulares, con aquellos que la ley, la costumbre, la equidad natural o la buena fe *han de incorporar al contrato*, y estos deberes, a pesar de “activarse” por dichas fuentes remotas, no dejan de ser *derechos y deberes contractuales* que surgen como consecuencia del citado “enriquecimiento contractual”. [Sic] (Solarte Rodríguez, 2004, pág. 302)

Como se ha visto, mediante el proceso de incorporación contractual se añaden cargas prestacionales a las partes intervinientes en la formación o celebración de un determinado contrato, teniendo como fundamento un mandato legal o bien una imposición traída por la costumbre o la buena fe. En desarrollo de la presente investigación nos hemos concentrado en aquellos deberes secundarios de conducta que tienen su origen en la buena fe, que como veremos más adelante pueden ser distinguidos en los llamados deberes de finalidad negativa y deberes de finalidad positiva.

No obstante, antes de continuar con las modalidades bajo las cuales pueden pensarse los deberes secundarios, vale dedicar un momento para justificar su naturaleza, por lo menos considerando su calificación como *secundarios*, que no debe operar como un distractor o como un elemento reduccionista de su importancia.

Para poder hablar correctamente de deberes secundarios de conducta se hace necesario no perder de vista el contexto en el cual se desarrollan, esto es la formación o celebración de un acuerdo de voluntades tendiente a la imposiciones de cargas prestacionales mutuas. Resulta evidente, en este punto, que el objetivo principal de la negociación no consiste en contraer obligaciones tendientes a la protección de la contraparte, o bien por lo menos de no afectación.

El punto central del proceso de formación del contrato atiende a las necesidades propias de los contratantes, bien sea la provisión de un servicio o producto. El objeto de negociación puede llegar a ser tan variado como se pueda imaginar. De aquí que pueda hablarse de una obligación principal –u obligaciones-, que atiende al objeto y alcance del contrato y de unos deberes secundarios a esa obligación principal, que con ocasión del enriquecimiento contractual al cual aludimos, puede imponer prestaciones adicionales con

fundamento en la ley, costumbre o buena fe. Como también lo manifiesta el profesor SOLARTE:

Junto al deber prestacional emergente de la obligación, existen otros deberes jurídicos, que se han dado en llamar “deberes secundarios de conducta”, “deberes colaterales”, “deberes complementarios” o “deberes contiguos”, tales como los de información, protección o seguridad, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se encuentren expresamente pactados por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe.[Sic] (Solarte Rodríguez, 2004, pág. 304)

Por consiguiente, entendiendo los deberes secundarios de conducta, derivados en nuestro caso de la buena fe, como aquellas obligaciones adicionales que recaen sobre los intervinientes en la formación o celebración del contrato, pero que no están expresamente consagradas en el contenido contractual, se hace ahora necesario delimitar el alcance de dichas cargas prestacionales, para lo cual emplearemos la distinción acuñada por la doctrina entre los deberes secundarios de finalidad negativa y aquellos de finalidad positiva.

Los deberes secundarios de finalidad negativa, tienen como propósito evitar que se produzcan daños o perjuicios a los intereses patrimoniales de las partes intervinientes en el contrato (Solarte Rodríguez, 2004). Como el principal ejemplo de esta categoría encontramos el deber de protección, el cual desarrollaremos más adelante. Consideramos que podría resultar válido ubicar en esta categoría el deber de mitigación del daño, pues a pesar de que ya existe una afectación a un bien patrimonial de uno de los contratantes, si una de las partes cuenta con las herramientas para evitar que este sea mayor, estaría en la obligación de actuar en consonancia.

En el otro lado encontramos los denominados deberes secundarios de finalidad positiva, a través de los cuales se busca *enriquecer* la prestación principal mediante la imposición de elementos que propicien la seguridad y confianza de los intervinientes en la formación o celebración contractual, “*ejemplo de los cuales serían los deberes de información, colaboración, consejo o fidelidad*” (Solarte Rodríguez, 2004). Estos deberes, de manera similar a los descritos en la categoría anterior, no se encuentran taxativamente

enunciados en ningún cuerpo normativo, razón por la cual se han nombrado a manera de ejemplo algunos deberes, pero las posibilidades pueden ser tan variadas como lo requiera la relación contractual que se estaría generando.

En este punto se debe aclarar que los deberes de conducta mencionados, se generan como un modelo de conducta deseable, pero finalmente no en todas las relaciones contractuales asistiríamos a la concurrencia de las obligaciones secundarias mencionadas, pues es factible que se presenten situaciones en las que no sean necesarias algunas de las conductas consideradas en el punto anterior, o bien también puede generarse una situación que impone deberes adicionales que no han sido aquí considerados. Todo depende de las condiciones mismas de la especie contractual que se está gestando y aquella depende exclusivamente de las necesidades e intereses de las partes intervinientes.

Acorde con lo mencionado en los párrafos anteriores, las relaciones contractuales o precontractuales se ven enriquecidas con deberes adicionales que tienen su origen en el principio de buena fe. En el caso de las tratativas previas o etapa precontractual su importancia deriva de su papel como garante en el alistamiento frente al cumplimiento de las prestaciones principales. En esta medida, se constituye como un primer filtro preparatorio a la manifestación de voluntades de las partes, brindando herramientas de protección para blindar el futuro contenido contractual y posterior ejecución de las obligaciones.

Atendiendo a la clasificación empleada con anterioridad, se hará referencia a los principales deberes reconocidos por los doctrinantes como obligaciones adicionales a las prestaciones contractuales. Para lo cual en un primer momento hablaremos del deber de protección, como principal exponente de los deberes de finalidad negativa, que como mencionamos previamente busca evitar el acaecimiento de un daño en el iter precontractual.

El deber de protección surge como una medida adicional de protección a la ejecución de las obligaciones impuestas por la celebración del contrato. Si bien su origen se remonta a tipos contractuales relacionados con el transporte de personas, razón por la cual se encuentra justificado su énfasis en evitar daños a las personas o al patrimonio, como obligación secundaria incursionó en el campo de acción de muchos otros tipos contractuales, teniendo como fundamento los posibles riesgos que puedan presentarse durante la fase precontractual o bien durante la ejecución de las obligaciones. Aquí lo que se busca es proteger la integridad

personal o patrimonial de los intervinientes en la formación de los tipos contractuales, lo anterior como una manifestación del principio de buena fe.

Como mencionamos, otra de las modalidades aceptadas por la doctrina como deberes de finalidad negativa, consiste en el deber de mitigación del daño, el cual implica que ante el acaecimiento de una conducta o situación dañina a la persona o patrimonio de una de las partes, es deber de su contraparte evitar que se sufra un daño aun mayor, lo anterior solo en aquellos casos en los que se cuente con herramientas razonables para evitar un daño mayor. Este deber, por motivos obvios, no exige que se acuda a la salvaguarda de los bienes ajenos sin consideración alguna a la seguridad propia. Por el contrario, solo exige de la contraparte una conducta de protección en aquellos eventos en los que pueda prestarla, sin que de ello resulte perjuicio para su persona o patrimonio.

Ahora veamos las distintas manifestaciones aceptadas por la doctrina, en desarrollo de los denominados deberes de finalidad positiva, que como dijimos, tienen como finalidad la inclusión de elementos que propicien la seguridad y confianza de los intervinientes en los procesos de formación contractual o bien de manera más general, vale decir que “*son los que atienden a favorecer el cumplimiento del contrato*” (Borda, 2014). Como principales expresiones encontramos los deberes de información, confidencialidad, consejo y fidelidad.

El deber de información ha sido entendido como la obligación que tienen las partes de ofrecer en detalle las condiciones bajo las cuales ha de desarrollarse la prestación, aquí yacen inmersos los aspectos técnicos, económicos, logísticos, operacionales y demás, que puedan afectar, bien la celebración misma del contrato o su ejecución. La doctrina entiende que esta es una obligación o carga de carácter dinámico, es decir que aquella parte que se encuentre en una mejor posición para dar a conocer los detalles de la operación debe hacérselos conocer a la otra. Bien puede considerarse una manifestación del principio de lealtad contractual, no obstante ha sido catalogado por la doctrina como una manifestación del principio de buena fe, mediante el cual se busca que las partes asistan a la celebración del contrato con la información suficiente para poder manifestar su voluntad libre de vicios o error.

Por del deber de confidencialidad entiende la doctrina, aquella obligación impuesta a las partes en la que se comprometen a la no divulgación de la información de carácter reservado, que hayan obtenido con ocasión de los actos de preparativos a la celebración de

un contrato o bien de la ejecución del mismo. Con ocasión de este deber “*las partes que han entrado en negociaciones se obligan a mantener en secreto la información sensible recibida, excepto que se haya autorizado su divulgación*” (Borda, 2014, pág. 15). Este es un punto tan relevante en las negociaciones o tratativas previas, que en ocasiones pueden celebrarse acuerdos específicos para establecer la reserva sobre los documentos que deban compartirse, lo anterior considerando que el *know how* es un activo invaluable en la operaciones de algunas empresas, razón por la cual exponerse a dejar dicha información al libre manejo de las partes constituye un riesgo exageradamente amplio.

Si bien el deber de confidencialidad o reserva ha sido catalogado como de *finalidad positiva*, en algunas ocasiones podría considerarse mal categorizado, pues la finalidad detrás de su protección puede radicar en la salvaguarda de la información en aras de evitar un perjuicio de carácter patrimonial.

El deber de consejo puede considerarse un complemento al deber de información, solo que este exige un comportamiento calificado, pues como conducta no solo implica la transmisión de la información con la que se cuente, sino que amerita que se exija una valoración que permita proceder o abstenerse en una determinada relación contractual. El deber de consejo implica, que quien está en posición de otorgarlo, cuenta bien con información privilegiada o bien con la preparación suficiente para obtener resultados óptimos.

Finalmente, por el deber de fidelidad se entiende la obligación que recae en una o ambas partes con ocasión de la fase precontractual o bien de la ejecución misma de la prestación contenida en un contrato –por lo general de mandato-, y que constituye una prenda de confianza para garantizar el adecuado cumplimiento de sus objetivos.

El deber de fidelidad tiene manifestaciones positivas como ejecutar completamente el encargo y privilegiar siempre los intereses de la persona por cuya cuenta se actúa, así como algunas expresiones negativas como aquellas que impiden mantener o iniciar relaciones con personas que puedan ocasionar conflictos de intereses. (Solarte Rodríguez, 2004, pág. 310)

Dicho lo anterior, puede pensarse en el deber de fidelidad como una garantía adicional para el cumplimiento a satisfacción de las obligaciones contractuales. Como manifestación del principio de buena fe otorga a los contratantes la confianza necesaria para saber que las prestaciones van a ser cumplidas a cabalidad y con los estándares de calidad requeridos, así como evitar que se pongan en riesgo los intereses de las partes por cuenta de manejos desleales.

Una vez vistos los diferentes aspectos que rodean el ejercicio de buena fe, específicamente en la conducta precontractual de las empresas de servicios públicos, así como las obligaciones adicionales que le son impuestas con ocasión de los deberes secundarios de conducta, podemos manifestar que dado el carácter del principio y la finalidad por éste perseguida, debe la buena fe considerarse como un requisito fundamental en desarrollo de la estructuración y materialización de los procesos contractuales en las empresas de servicios públicos, razón por la cual en caso de que se presentaran eventos en los que se inaplicara o inobservara su contenido, podrían presentarse reclamaciones por parte de los terceros interesados, que no podrían desestimarse haciendo uso genérico de la exigencia de solemnidad, como veremos en lo sucesivo.

### **3. CONSECUENCIAS PROCESALES Y ESTANDAR DE PRUEBA DIFERENCIAL COMO CONSECUENCIA DE LA INAPLIACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LAS RELACIONES PRECONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.**

El siguiente punto a tratar, una vez vistos algunos de los aspectos especiales en la operación de las empresas de servicios públicos, consiste en delimitar cual es el marco de respuesta que pueda desplegarse ante el incumplimiento de uno o varios de los deberes secundarios de conducta derivados de la buena fe y que hayan ocasionado un daño o perjuicio verificable en cabeza de una de las partes.

Para lo propio abordaremos el siguiente capítulo revisando algunos de los aspectos generales frente a la naturaleza procesal que ostentan las empresas de servicios públicos, las características generales frente a la responsabilidad por culpa in contrahendo, así como algunas de las características del procedimiento a aplicar en el caso en el que una de sus partes sea una empresa de servicios públicos. Con posterioridad determinaremos cual es el fundamento de la responsabilidad ante el incumplimiento o inobservancia de los deberes secundarios de conducta. Y para finalizar abordaremos el desarrollo que se le ha dado al principio de solemnidad como fundamento de la responsabilidad precontractual en sede de la jurisdicción contencioso administrativa, así como las excepciones aplicables en consideración a la naturaleza misma de las ESP y aquellas características a considerar como consecuencia de la aplicación del principio de la buena fe contractual.

Desde el momento en el que se abrió la puerta a las transformaciones traídas por la L.142/94 se generó incontables controversias respecto a sus principales características y no han sido pocas las veces que las cortes han tenido que intervenir para aclarar un panorama, que a ojos de abogados y operadores judiciales, parece aun en ciertos aspectos indescifrable.

Uno de los debates más recurrentes se ha dado entorno a la naturaleza jurídica de las ESP, discusión que reviste especial importancia habida cuenta de los efectos prácticos correspondientes si se asume una u otra posición, razón por la cual han sido muchos los autores y doctrinarios que abogan en uno u otro sentido, empleando desde argumentos netamente técnicos, desde lo jurídico, hasta otros que lindan más en los terrenos de la política.

Las bases de este debate quedaron sentadas con la expedición misma de la L.142/94, pues la primera pregunta que surgió era si aquellas empresas que aceptaran la prestación de servicios públicos entraban a conformar o no la estructura del Estado y más importante aún si debía considerárselas o no como entidades descentralizadas.

Los argumentos no se hicieron esperar en uno u otro sentido, y la expedición de la Ley 489 de 1998 «*Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional*» reactivó la polémica, pues al redefinir los diferentes aspectos sobre la estructura de la rama ejecutiva se plantearon nuevas inquietudes, polarizando aún más la discusión entre quienes consideraban las ESP como meros entes privados, en consecuencia no podrían ser entidades descentralizadas y menos aún integrantes

de la estructura del Estado y aquellos que consideran a las ESP como entidades descentralizadas y en consecuencia integrantes de la estructura estatal.

Para zanjar la discusión la jurisprudencia y algunos doctrinarios desarrollaron posiciones que incluían a las empresas de servicios públicos en la rama ejecutiva del Estado, argumentando de la siguiente manera:

Esta postura, que hemos defendido férreamente desde hace varios años – según se ha dejado entrever, a medida que se explican los criterios anteriores-, considera que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios son entidades descentralizadas, luego forman parte de la estructura del Estado. Su fundamento es esencialmente normativo – como debe ser, tratándose de una pregunta de esta naturaleza-, y desde allí ha dado respuesta al criterio opuesto.

Esta posición fue tímidamente enunciada por la Sección Tercera del Consejo de Estado – a propósito de la definición de la competencia para conocer del recurso de anulación contra un laudo arbitral-, en la sentencia de 1° agosto 2002 (exp. 21.041. Actor: Electrificadora del Atlántico S.A. ESP. Demandada: Termorío S.A. ESP). Pese a que no dieron mayores explicaciones al respecto, se dijo:

“Para el caso, según la normatividad antes citada, es indiferente que Electranta sea empresa de servicios públicos mixta o que fuese empresa de servicios públicos oficial, por cuanto, *en una u otra hipótesis, se trata de una entidad estatal.*” (MARÍN CORTES, 2010, págs. 140-141)

Uno de los principales argumentos es de carácter normativo –en contraposición a las posiciones ideológicas y/o políticas que se empleadas en la otra orilla-efectuando una interpretación armónica de los artículos 38 y 68 de la ley 489 de 1998.

La formulación de la tesis positiva<sup>8</sup> es recogida por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de marzo de 2006 (Corelca vs. Tebsa S.A.) Con la ponencia del Consejero Alier Hernández Enríquez, la cual con sendos argumentos ratificó la pertenencia de las ESP de

---

<sup>8</sup> En la acepción empleada por Fabián Marín Cortés en “Los servicios *semipúblicos* domiciliarios”. Temis. 2010

carácter mixto a la estructura del Estado como integrante del sector descentralizado por servicios.

Para dichos propósitos empleó una interpretación sistemática y contundente que conducía a un único resultado, este entendido como la reafirmación de la naturaleza de las ESP sin que se debieran considerar otros aspectos, tales como su régimen jurídico.

El desarrollo argumentativo de la mencionada providencia se desarrolla en tres puntos, que consideramos el núcleo de la decisión, que recogeremos a continuación:

En primer lugar, porque el artículo 38 de la ley 489 de 1998 establece que también hacen parte de la rama ejecutiva las sociedades de economía mixta, género al cual pertenecen las empresas mixtas que prestan servicios domiciliarios. (Consejo de Estado, 2006)

El núcleo central del mencionado argumento radica en la posibilidad de equiparar las ESP de carácter mixto con las *Sociedades de Economía Mixta*, toda vez que desde la formulación constitucional no se efectúa una delimitación de los porcentajes que deben considerarse para concebir la existencia de dicho tipo asociativo. Por ende resultan imprecisas aquellas concepciones mediante las cuales solo puede catalogarse como sociedades de economía mixta aquellas personas jurídicas en las que el Estado cuente con una participación superior al 50%. Este punto encuentra su respaldo en lo desarrollado con ocasión de la sentencia C-953 de 1999, pues en dicha providencia se dispuso que *“toda sociedad donde exista participación estatal y privada, sin importar el monto del capital con que se concurre, forma una sociedad de economía mixta, y por tanto esa entidad pertenece a la estructura del Estado.* (Corte Constitucional, 1999)

Un segundo argumento a considerar es desarrollado en los siguientes términos:

[...] Si bien el régimen jurídico de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios puede ser diferente al común de las sociedades de economía mixta, esta nota particular no es la que hace la diferencia en la naturaleza jurídica de una entidad estatal. En efecto, bien pueden dos establecimientos públicos tener diferencias en su

régimen jurídico, pero no por eso dejan de tener una naturaleza común. Lo propio se aplicaría a dos empresas industriales y comerciales del Estado que se distinguen por algún tratamiento especial en su régimen jurídico, sin que ello tampoco desdiga de su naturaleza jurídica común. (Consejo de Estado, 2006)

Continúa la providencia aportando los elementos necesarios para establecer la naturaleza de las ESP de una forma adecuada, haciendo especial énfasis en que si bien el régimen jurídico puede calificar el tipo de ciertas personas jurídicas, no es el elemento determinante para excluir o no de la estructura estatal a determinadas entidades. Para dar un ejemplo de lo aquí planteado por el Consejo de Estado podemos considerar el caso de las instituciones de educación superior de naturaleza estatal, si bien dichas entidades están sujetas a regímenes especiales, muchas veces equiparables a instituciones de derecho privado, no es este un elemento suficiente para transmutar su naturaleza y sacarlas de la estructura del Estado.

Finalmente coadyuva el H. Consejo de Estado su posición con un argumento final que, creemos de igual manera, resulta fundamental para comprender la naturaleza de las ESP mixtas, al considerar que una interpretación restringida de la ley 489 de 1998, en el sentido de considerar a las ESP de carácter oficial como las únicas llamadas a integrar la estructura estatal, constituye una lectura equivocada de la intención del legislador, como veremos:

Este entendimiento es equivocado, por dos razones. De un lado, porque –Según ya se dijo – las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios no se diferencian, en su naturaleza de las sociedades de economía mixta, y que tan solo hay entre ellas una relación de género a especie. Según este argumento, las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios están incluidas en el literal f) del art. 38, que precisa que integran la rama ejecutiva «f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta».

De otro lado, estas entidades también pertenecen a la estructura del Estado porque el propio artículo 38 establece, en el literal g) – en caso de que el anterior argumento no fuera suficiente-, que integran la rama ejecutiva «g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley

para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público». En defecto de cualquier otra razón, esto explicaría la integración de toda otra entidad administrativa, que como en el caso de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios requiere autorización legal, ordenanzal, de acuerdo o equivalentes, para ser creada. (Consejo de Estado, 2006)

Es en dichos términos como pretende el Consejo de Estado acabar una controversia resurgida y que en distintos sectores de la doctrina consideran obsoleta e innecesaria. No obstante debe manifestarse que en buen momento llegó la providencia del Consejo de Estado, pues permitió la unificación conceptual de un tema que no se consideraba plenamente cerrado. Con posterioridad se presentaron ciertos episodios en los que la misma corporación se encargó de reafirmar el alcance de lo planteado en la sentencia de 2006.

Como se manifestó líneas arriba, pese a que la solución presentada por el Consejo de Estado brindó herramientas importantes para el desarrollo del debate frente a la naturaleza de las ESP, para nuestros propósitos prestaremos especial atención a lo desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007, por considerar que los aspectos allí abordados colaboran de una mejor manera para el desarrollo de la presente investigación.

Con ocasión de la sentencia C-736 de 2007, la Corte Constitucional se pronunció frente a una demanda de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 1° del Decreto Ley 128 de 1976 *«Por medio del cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas»*, también fueron demandados los artículos 38 numeral 2° literal d) (parcialmente), 68 (parcialmente) y 102 (parcialmente) de la Ley 489 de 1998, y el artículo 14 numerales 6° y 7° de la Ley 142 de 1994.

La H. Corte Constitucional entendió el momento en el que llegaban las demandas, así como las necesidades propias del debate que se reabría, y con la expedición de la sentencia C-736 de 2007, buscó zanjar las discusiones existentes. Para la cual empleó dos tipos herramientas distintas en su ejercicio argumentativo. Como primera medida, la Corte efectuó algunas precisiones sobre la naturaleza y características propias de las sociedades de

economía mixta, visibilizando los rasgos buscados por el constituyente y el legislador respectivamente. Al determinar el origen de su naturaleza jurídica consideró que esta:

Surge siempre que la composición de capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea “del Estado” o de propiedad de “particulares” sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada mixta (...) De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni “mixta”, sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución. (Corte Constitucional, 1999)

Bajo esta argumentación, fue delimitado uno de los principales aspectos característicos de las sociedades de economía mixta – sino el aspecto más importante-, esto es la conformación de su capital, en el cual concurren recursos estatales y privados, sin que importen en una primera instancia las proporciones en uno u otro escenario. Sigue la Corte, manifestando que: *“las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas tanto conforme a las definiciones legales vigentes al momento de expedirse la Constitución de 1991, como en armonía con las precisiones ulteriores efectuadas por el legislador en la Ley 489 de 1998”* (Corte Constitucional, 1999). A esta conclusión se llega por conducto de una adecuada interpretación del artículo 115 superior, al manifestar que el listado contenido en dicha disposición no podría entenderse en sentido taxativo, y por consiguiente excluyente frente a otras entidades.

Para dichos efectos se emplea el ejercicio hermenéutico y argumentativo formulado con ocasión del análisis del artículo 354 de la Constitución, mediante el cual se consagra la pertenencia del Contador General de la Nación como un funcionario de la Rama Ejecutiva del poder público. En dicha ocasión se manifestó que dada su consagración como funcionario de la rama ejecutiva, aun pese a su no inclusión en el listado del artículo 115, permite

evidenciar que dicha formulación no fue pensada en términos taxativos, sino por el contrario con una intención meramente descriptiva.

Ahora bien, pese a determinar las características de las sociedades de economía mixta, se aprovecha la oportunidad para realizar un examen a las empresas de servicios públicos creadas por la Ley 142 de 1994, llegando a la conclusión de que estas últimas son mecanismos asociativos de especial naturaleza, y que de la interpretación de las normas que regulan su actividad, no resulta necesariamente la verificación de una relación de género – especie, entre aquellas y las sociedades de economía mixta. Frente a este punto la Corte se pronunció en los siguientes términos:

La Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean “sociedades de economía mixta”. A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad. (Corte Constitucional, 2007)

Conviene subrayar que este giro, respecto de considerar o no a las ESP como sociedades de economía mixta, no afectan nuestro propósito, pues para los efectos prácticos que requeridos para sustentar nuestra posición, poco o nada importa que se siga considerando a la ESP como sociedad de economía mixta o no, lo anterior en vista de que es la segunda parte de la sentencia la que interesa a nuestro propósito, esto es la pertenencia de las ESP a la estructura de la rama ejecutiva como entidad del orden descentralizado, por cuanto de allí se desprenden los principales efectos prácticos en materia de jurisdicción frente a sus controversias. En consonancia con lo anterior se dedicarán algunas líneas a este segundo punto, no obstante ya haber sido tratado con anterioridad, pues como ya ha sido manifestado el principal sustrato fue precisamente la Sentencia C- 736 de 2007.

A este respecto, la Corte desprende su argumentación de la interpretación del artículo 38 literales d) y g) de la Ley 489 de 1998, referidos a la integración de la rama ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, manifestando que:

La Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. (Corte Constitucional, 2007)

La Corte considera que no fue la voluntad del legislador excluir a las ESP de carácter mixto o privado de la estructura de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado, por el contrario entiende que en desarrollo del literal g) *“Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”* (Congreso de la República de Colombia, 1998, art. 38 literal d.) se buscó la integración de las distintas categorías incluidas dentro de las ESP al mencionado sector descentralizado.

Frente a las objeciones planteadas al literal g), hace uso la Corte, de una interpretación exegética de la norma objeto de examen, concluyendo que:

Si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas *“las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. [Sic]* (Corte Constitucional, 2007)

En síntesis, se puede manifestar la sentencia C- 736 de 2007 es un pronunciamiento bastante importante para el desarrollo conceptual de las ESP, pues refuerza los argumentos empleados para defender su especial naturaleza, consagrada por la Ley 142 de 1994, sino que también proporciona las herramientas suficientes para resolver los conflictos de jurisdicción que seguían presentándose con ocasión de las controversias judiciales en las que hiciera parte una ESP, pues al delimitar su pertenencia a la Estructura de la Rama Ejecutiva como una entidad del orden descentralizada, permite concluir a los operadores judiciales que su juez natural es el contencioso administrativo. Este último, un punto de vital importancia, pues permitía cerrar las discusiones *reabiertas* que solo contribuían en la generación de inseguridad jurídica.

Una vez delimitado el campo de acción de las ESP, y considerándolas como integrantes plenas de la rama ejecutiva del poder público como entidades del orden descentralizado por servicios, en atención a las reflexiones ya estudiadas, nos corresponde realizar la determinación del juez competente para las controversias en las que se vea involucrada una ESP, sin que dicha actividad sea afectada por la composición de capital bajo la cual esté conformada la correspondiente persona jurídica.

Entonces, planteado en dichos términos la pregunta a responder sería: ¿Qué juez debe conocer las controversias en las que se vea inmersa una Empresa de Servicios Públicos?, a lo que en un primer momento manifestaríamos que no existe una respuesta única, como veremos.

Para responder a dicha pregunta, no debemos perder de vista el marco esbozado por la Corte Constitucional en sentencia C-736 de 2007, pues dicha sentencia ofrece la principal herramienta para determinar en cada caso cual es la jurisdicción competente.

Frente a las controversias de orden contractual, la Ley 1437 de 2011, estableció que:

Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del

plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. (Congreso de la República de Colombia, 2011)

Como vimos, las ESP fueron incluidas en la estructura de la rama ejecutiva como entidades del orden descentralizado, lo que debería responder *per se* a esta cuestión. Lamentablemente lo anterior no gozó de suficiente claridad en todos los espacios, o quizá se buscó que no la tuviera, como bien lo anota el profesor Marín:

Pero como no faltan los problemas, o las ganas de ponerlos. En algunos círculos académicos y empresariales corrió el rumor acerca de que la Corte Constitucional no expresó en su sentencia que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios eran entidades estatales, sino que solo dijo que eran descentralizadas y que pertenecían a la rama ejecutiva. ¡No faltaba más! (Marín Cortés, 2010, pág. 155)

Frente a este punto, que predica completa claridad como ya fue revisado, no presentamos objeciones, pues si resulta que integra la rama ejecutiva y además se considera una entidad descentralizada, escapa a nuestra imaginación la naturaleza alternativa que podría ostentar una ESP. Por los argumentos antes proporcionados, consideramos que las ESP son entidades estatales y por consiguiente se ven afectadas por las disposiciones contenidas en el título iii y iv de la Ley 1437 de 2011, como ya vimos para el caso de las controversias de origen contractual.

Ahora bien, frente a la responsabilidad extracontractual de las ESP no nos alejamos de nuestro ejercicio argumentativo anterior, pues partiendo de la premisa básica – ESP como entidades estatales-, no hace falta una lectura muy intensa frente a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011-. Como veremos:

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

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. (Congreso de la República de Colombia, 2011, art. 140)

Obedeciendo al criterio orgánico planteado por la Corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007, consideramos que la delimitación de jurisdicción aplicable no cuenta ya con muchas zonas oscuras, pues como vimos se da un tratamiento similar tanto en desarrollo de las controversias de origen contractual, como aquellas con causa extracontractual, asignándole al juez de lo contencioso administrativo su conocimiento. No obstante, no puede perderse de vista que nos encontramos frente a una figura de carácter mixto, pues la misma ley contempla algunos asuntos que deben ser tramitados ante la jurisdicción ordinaria. Lo anterior, sin que se presente afectación alguna a los eventos que ya fueron estudiados.

Con respecto al segundo punto de la descripción planteada al empezar el capítulo, veremos algunos de los principales aspectos a considerar cuando se habla de la responsabilidad por culpa in contrahendo o responsabilidad precontractual en su acepción más general, dejando de lado en un primer momento las especificidades mismas determinadas por su aplicación en una empresa de servicios públicos.

Conviene subrayar que cuando nos referimos a la responsabilidad por culpa in contrahendo o responsabilidad precontractual, hacemos referencia aquella que surge como resultado de los daños patrimoniales que sufra una de las partes intervinientes en el proceso de formación de un contrato. Tenemos entonces que:

La ley hace responsable patrimonialmente, a quien en la etapa de los arreglos anteriores al negocio jurídico definitivo, lesiona de manera dolosa o culpable los intereses de la otra parte interesada en llevar adelante dicha negociación. Así, quien vicia la voluntad de otro, rompe intempestivamente las tratativas, las prolonga deliberadamente, para luego contratar con un tercero, etc., está obligado a responder, por su falta de buena fe y lealtad. (Yong Serrano, 2009, pág. 171)

En la formulación anterior, vemos que la lesión patrimonial que se pretende conjurar tiene su origen en una conducta ejecutada, bien a título de culpa o de dolo, en la etapa de formación del negocio jurídico. Considera el profesor Yong algunas de las modalidades bajo las cuales puede acaecer la figura de la responsabilidad precontractual; i. Viciando la voluntad del otro; ii. Rompimiento intempestivo de las tratativas; iii. Prolongación injustificada de las tratativas; y iv. Contratación con un tercero. Las anteriores modalidades bastan para ejemplificar las posibilidades de configuración de este tipo de responsabilidad, pero pueden concurrir otras conductas que tengan los mismos efectos, pues debe siempre enmarcarse en un espectro más amplio, el principio de buena fe contractual. Por consiguiente, cualquier conducta que quebrante los estándares de acción por éste impuestos, daría lugar a los reproches de responsabilidad ante el acaecimiento de perjuicios o daños patrimoniales.

Este punto, reforzado por el profesor Yong, mediante la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia, que en sentencia de 12 de agosto de 2002 manifestó que la formación del contrato “*se encuentra precedida de una serie de aproximaciones, encuentros y consultas entre las partes, lo cual puede conllevar a que en esta etapa se puedan presentar situaciones perjudiciales para aquellas si no ciñen su conducta al principio de buena fe*” (Yong Serrano, 2009, pág. 176).

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, vuelve al principio de buena fe y a las obligaciones de conducta que puedan resultar de su aplicación, como fundamento de la responsabilidad en aquellos casos en los que no se haya perfeccionado el contrato, como un mecanismo de protección a las partes, o como ha sido manifestado en sus fallos como una herramienta contra el abuso del derecho, en cualquiera de sus acepciones:

Cuando alguien abusa del derecho de no contratar, es preciso pasar de largo ante tan cimero postulado de la libertad que se tiene para contratar, y ver entonces comprometida igualmente su responsabilidad civil, la que por tener su génesis en el camino cumplido para llegar a un contrato que finalmente no se produjo, ha dado en denominarse **responsabilidad precontractual**. ‘Por lo mismo, se trata de una responsabilidad que impide ‘que una parte abuse de su libertad para concluir o no el contrato proyectado, en daño de aquella otra cuyo interés ha sido solicitado por ella’;

de modo tal ‘que una interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo (culpa in contrahendo) puede dar derecho a una indemnización por el daño que sea consecuencia de la defraudación de la confianza en la seriedad de los tratos que venían realizándose. [Sic] (Corte Suprema de Justicia, 1989)

En términos generales, se puede decir que surge responsabilidad precontractual ante la interrupción súbita, demora injustificada, negativa arbitraria a la contratación, o bien cualquier otra conducta, que antes de la celebración de un contrato genere en la contraparte un perjuicio o daño patrimonial que no está en la obligación de soportar, razón por la cual queda habilitado para que por vía judicial obtenga su correspondiente indemnización.

Ahora bien, en lo sucesivo veremos cuál es la naturaleza correspondiente a los reproches de responsabilidad provenientes de la infracción a los deberes de conducta derivados de la buena fe contractual. Para dichos efectos, nos centraremos en una sola de las etapas, por considerarlo acorde a los fines de la presente investigación, pues como bien lo manifiesta el profesor Solarte “*los deberes secundarios de conducta pueden actuar en tres momentos del iter contractual: en la etapa previa a su perfeccionamiento, en la celebración y ejecución del contrato y en la etapa poscontractual*” (Solarte Rodríguez, 2004, pág. 311).

Considerado lo anterior, centraremos nuestra atención en la responsabilidad atribuible a una de las partes, ante la inobservancia a los deberes secundarios de conducta en la etapa previa al perfeccionamiento contractual, pues su conducta, aun pese a la inexistencia de un vínculo contractual formal, está sujeta a estrictas normas, como es bien manifestado por Bernal Fandiño:

Las partes deben comportarse de acuerdo con los estándares de la buena fe en todas las etapas contractuales, incluyendo la negociación del acuerdo. La etapa contractual comprende el recorrido de los futuros contratantes previamente a la celebración del contrato, a la aceptación de la oferta, pues a partir de ese momento se inicia la etapa contractual como tal. El inicio de la etapa precontractual puede presentarse con ocasión de una oferta pública o privada, o incluso antes de la oferta, con simples acercamientos entre las partes para determinar sus necesidades y posibilidades para concretar el negocio. (Bernal Fandiño, 2013, pág. 44)

De lo anterior resulta que de la infracción a los deberes secundarios o colaterales de conducta, en la etapa de formación contractual, derivan consecuencias jurídicas para la parte infractora, consistentes en la imposición de condenas tendientes a reparar los perjuicios sufridos por la contraparte. Ante esta situación surge un cuestionamiento de relevancia mayor, que formularemos en los siguientes términos: ¿Cuál es la naturaleza de la acción que surge como consecuencia de los perjuicios sufridos ante la inobservancia de los deberes de conducta derivados de la buena fe en la etapa de formación contractual?

La respuesta no es necesariamente sencilla, y como en la mayoría de debates jurídicos, existen partidarios para cada una de las posiciones concebidas. Abordaremos en primer lugar la posición que creemos menos acertada al momento de responder a la pregunta, para lo que esbozaremos sus principales elementos.

La posición contractualista, como ha sido denominada por la doctrina, centra su argumentación en la idea de que en la etapa precontractual, si bien pueden surgir daños generados con ocasión de la inobservancia a ciertos deberes genéricos, al estar plenamente reconocidas las partes y aún más importante, al haber iniciado el *iter contractual*, no cabría otro modelo de responsabilidad distinto al contractual. Sin que se tengan intensiones reduccionistas, este argumento es en ocasiones empleado junto a otro mucho más pragmático, si así se quiere pensar, que consiste en la imposibilidad de equiparar la responsabilidad proveniente de la infracción a deberes de conducta por parte de los agentes intervinientes en el proceso de formación contractual –quienes ya han dado muestras de querer comprometer su voluntad-, con la vana responsabilidad que surge de un accidente automovilístico, en el que los agente intervinientes no tienen –o tuvieron- la menor intensión de comprometer su voluntad, este este caso para la reparación de los daños correspondientes. La profesora Bernal defiende la tesis contractualista de la responsabilidad por infracción a los deberes secundarios de conducta en la etapa precontractual, empleando el siguiente argumento:

(...)

Se ha considerado que la llamada culpa *in contrahendo*, aunque no surge propiamente de un contrato, si se genera por la relación entre quienes entran a negociar un contrato. Por tratarse de personas determinadas, con deberes concretos derivados del principio general de la buena fe, y no de un deber genérico –*neminem laedere*- como el propio

de la responsabilidad extracontractual, el incumplimiento de tales deberes implica una responsabilidad que se corresponde con la llamada responsabilidad contractual. [Sic] (Bernal Fandiño, 2013, pág. 46)

No obstante la impecable formulación frente a la fuente de las obligaciones secundarias – buena fe-, la cual aceptamos en su totalidad, disentimos profundamente frente a la segunda parte del argumento de la profesora Bernal, pues consideramos que la aplicación del principio de la buena fe y el deber genérico *neminem laedere* no son excluyentes *per se*. Conclusión a la que se puede llegar al buscar el fundamento jurídico de la responsabilidad extracontractual como respuesta a los reproches realizados con ocasión de la infracción de deberes de conducta derivados de la buena fe, pues en dicho escenario también concurre una infracción al deber de no causar daño a otro, elemento habilitador para buscar reparación por vía judicial. Esta posición también ha sido ampliamente acogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como bien lo reseña el profesor Yong al citar la sentencia de 19 de diciembre de 2006:

Para este alto tribunal los tratos preliminares, entendidos como el conjunto de actividades (reuniones, intercambio de opiniones) realizadas por las partes con miras a concretar la celebración del contrato, están sujetas al principio de *neminem laedere*, de tal suerte que si alguna de aquellas, en esta etapa, perjudica a la otra, surge para quien así procede el deber inexorable de indemnizar el perjuicio. (Yong Serrano, 2009, pág. 177)

De lo anterior resulta que la naturaleza de la acción a iniciar, en aras de obtener la indemnización por los perjuicios ocasionados por la inobservancia a los deberes de conducta derivados de la buena fe, se ubica en terreno de la responsabilidad extracontractual, razón por la cual deberán ser orientados todos los argumentos a la acreditación de su incumplimiento.

Ahora veamos las características especiales a sortear en el caso de la responsabilidad extracontractual de las empresas de servicios públicos, pues dichas causas deben ser llevados ante el juez de lo contencioso, razón por la cual resulta importante determinar cuáles son los

estándares que se deben aplicar, para determinar los eventos en los que se puede realizar un reproche de responsabilidad a su actuación.

En consonancia con lo anterior, lo primero que debe manifestarse es que si bien la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha enriquecido su jurisprudencia bebiendo de las fuentes y postulados generales de la responsabilidad precontractual, dichos desarrollos no son aplicables en su integralidad por cuenta de sus diferencias conceptuales, como manifiesta su jurisprudencia:

Las fuentes que enriquecen la responsabilidad precontractual en el ámbito civil y mercantil no pueden traerse al ámbito de la contratación estatal en toda su extensión porque rige el principio de la solemnidad, en tanto el perfeccionamiento del contrato está condicionado a que el acuerdo de voluntades sobre el objeto y la contraprestación se eleve a escrito. (Consejo de Estado, 1997)

De lo anterior se desprende que existe un elemento claramente diferenciador, cuando se aborda el estudio de la responsabilidad precontractual frente a sus acepciones en la jurisdicción ordinaria y en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Este elemento es la solemnidad, pues como la jurisprudencia lo ha entendido, consiste en una limitante al momento de acreditar el nexo causal entre una conducta y un daño.

Este es abiertamente un concepto restrictivo, pues le impone al demandante un estándar de prueba mayor, cuando su juicio de reproche sea formulado contra una entidad estatal. Como elemento implica que no puede alegarse un daño que tenga su origen en las actuaciones previas a la celebración de un contrato y su correspondiente elevación a escrito.

Lo anterior envolvería serias consecuencias y limitaciones frente a la acreditación de daños prevenientes de la infracción a los deberes de conducta derivados del principio de buena fe, pues como hemos venido manifestando, los mismos corresponden a deberes que no se encuentran necesariamente inmersos en el contenido estricto de un contrato, o como en el caso que venimos analizando, el mismo aún no se habría perfeccionado, lo que generaría complicaciones adicionales al momento de acreditar la responsabilidad de la entidad demandada.

Conforme al principio de solemnidad, el proceso de contratación en las entidades estatales responde a un proceso de carácter rígido, amparado también en el debido proceso, el cual se erige como un marco de garantías y procedimientos que deben observarse en aras de proteger a los intervinientes. Esta posición ha encontrado lugar en la jurisprudencia nacional, así como en las distintas entidades que han acometido su estudio, aceptando que “*al tratarse la contratación estatal de una actividad pública reglada, la misma se encuentra expresamente reglamentada, regulada, debiéndose cumplir con la cabalidad de todos los presupuestos exigidos*” (Procuraduría delegada para la contratación estatal, 2009).

Como resultado se tiene que la rigidez propia de los procesos de contratación estatal cuentan con una doble acepción, primero como herramientas de protección para el interviniente y en segundo lugar como procedimiento a observarse con el objetivo de dar cumplimiento a los fines estatales. Como también es manifestado por la Corte Constitucional:

(...)

Salvaguarda además la vigencia de los principios constitucionales de igualdad (artículo 13) y de libre concurrencia (artículo 333), al otorgar a todas las personas previstas en el pliego de condiciones que reúnan la capacidad técnica, administrativa, económica y financiera, la oportunidad de presentar ofertas a la Administración y de obtener el derecho a ser beneficiario de la adjudicación del contrato, siempre y cuando presente la propuesta más favorable. [Sic] (Corte Constitucional, 2006)

Ahora bien, con fundamento en lo visto, podemos sostener que la acreditación de responsabilidad precontractual proveniente de infracciones por parte de entidades estatales tiene una seria restricción por cuenta del principio de solemnidad. Conforme a dicho principio, solo se adquieren derechos a partir del acto de adjudicación y la elevación de la contraprestación a documento escrito.

De lo consagrado por el principio de solemnidad se infiere que en la etapa previa a la adjudicación o celebración del contrato, solo se podrían generar en el oferente expectativas frente a un posible beneficio, pero estas solo podrán materializarse *ex post* al acto de adjudicación y celebración del contrato.

Lo anterior, es a nuestro criterio problemático pues implica que un oferente solo puede considerar afectado su patrimonio o intereses en dos eventos, por lo menos en lo que

se refiere a la responsabilidad precontractual: i. Cuando con posterioridad al acto de adjudicación el contrato no es suscrito por causas imputables al receptor de la oferta, o bien se cambian las condiciones al oferente de lo que puede resultar su imposibilidad para celebrar el contrato; y ii. Cuando antes del acto de adjudicación el receptor de la oferta ha incumplido alguna de las etapas del proceso, verificación que puede realizarse de manera objetiva, dada la naturaleza reglada del procedimiento preparatorio de la contratación.

No obstante lo anterior, no puede perderse de vista un elemento imprescindible a la hora de determinar los elementos constitutivos de la responsabilidad precontractual en las empresas de servicios públicos, esto es el régimen jurídico aplicable a su contratación y actuaciones.

Como vimos con ocasión de la sentencia C-736 de 2007, las empresas de servicios públicos se consideran como entidades del sector descentralizado por servicios y conforman la rama ejecutiva del poder público, por ende son entidades estatales. Ahora bien, la Ley 142 de 1994 consagró un régimen especial aplicable a su contratación y actuación, dicho régimen sustrajo sus procedimientos de contratación de las manos de la Ley 80 de 1993 y en contraposición la ubicó en sede del derecho privado y sus instituciones. Razón por la cual, las empresas de servicios públicos en su contratación acuden a las disposiciones contenidas en el Código Civil y el Código de Comercio, empero, la Ley 1150 de 2007, consciente del papel de dichas empresas como herramientas para alcanzar los fines estatales, dispuso la aplicación de los principios que rigen la función administrativa en su operación.

En contraste con lo anterior, la Ley 142 de 1994 nada dispuso frente a cuál era la jurisdicción competente para conocer los procesos en los que una empresa de servicios públicos fuera parte. Dicho criterio debió desarrollarse en sede jurisprudencial, para lo cual resultaron necesarias algunas precisiones frente a la naturaleza de las ESP, su régimen jurídico aplicable –pues pese a su consagración legal generaba muchas dificultades en los operadores judiciales- y en un sentido más general las características propias de su diseño legal.

Considerados los anteriores aspectos, podemos manifestar que conforme a las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1994, como norma reguladora de los servicios públicos y de aquellas empresas que desarrollen su acometida, se establecieron excepciones

adicionales a aquellos postulados que hasta entonces guiaban el rumbo y operaciones de las entidades estatales.

Las empresas de servicios públicos, como entidades estatales de especialísima naturaleza, no están sujetas a los rígidos postulados que integran la contratación estatal, por el contrario deben aplicar en su totalidad las disposiciones de los ordenamientos de carácter privado.

En este escenario, y continuando con la línea argumentativa que veníamos trabajando párrafos atrás, advertimos una característica diferenciadora sumamente importante. Esta, considerada en los elementos a acreditar por parte de un oferente al momento de elevar un juicio de reproche de responsabilidad precontractual.

Como ya fue manifestado, con ocasión de la contratación estatal rige en su plenitud el principio de solemnidad, el cual implica que solo se podrá reclamar una indemnización derivada de los perjuicios que surjan con ocasión a: i. La negación arbitraria a celebrar un contrato con posterioridad al acto de adjudicación; i.ii El cambio en las condiciones contractuales al oferente, de tal magnitud que hagan imposible la suscripción del contrato, aun pese a la existencia de un acto de adjudicación; y ii. El quebrantamiento o inobservancia del procedimiento establecido para la preparación o celebración contractual.

En contraste con lo anterior y haciendo gala de sus características especiales, las empresas de servicios públicos en ejercicio de sus procedimientos contractuales no están sujetas a las estrictas estructuras de la contratación estatal –lo que no implica ausencia de seriedad-. Al estructurar sus procesos contractuales conforme a las normas del derecho privado, no existen ya procedimientos rígidos que comprometan su responsabilidad, no obstante esto no consiste una autorización implícita para operar de forma irresponsable. Todo lo contrario.

Si bien no existen procedimientos a ejecutar en estricto sentido, sus acciones están estrechamente reguladas por el principio de buena fe, que le impone un estándar más estricto, si así se quiere pensar.

Como resultado de lo anterior, tenemos que el fundamento de la responsabilidad precontractual no está sujeto a las limitaciones impuestas por el principio de solemnidad, como en el caso de las entidades estatales estándar. El fundamento de la responsabilidad precontractual en las empresas de servicios públicos, tiene como principal elemento el

ejercicio estricto del principio de buena fe y sus deberes de conducta derivados. De ahí que un oferente pueda considerar afectados sus intereses o perjudicado su patrimonio aun en eventos en los que en apariencia se cumplió formalmente con el procedimiento.

Corresponde al juez de lo contencioso, determinar en dichos eventos si existe razón para considerar que una de las actuaciones de la ESP atentó contra uno o varios de los deberes de conducta derivados de la buena fe y que en consecuencia generó un perjuicio que deba ser indemnizado. En dicho escenario, corresponde al juez determinar la existencia de los elementos que lo acerquen a una mejor comprensión de los hechos generadores del daño, no basta con verificar las formalidades del procedimiento que debió surtirse, como sería el caso ante la concurrencia de una entidad estatal regular. El juez de lo contencioso debe realizar un análisis en profundidad que le permita determinar si se cumplieron o no con los postulados inmersos en los deberes secundarios de conducta.

La jurisprudencia ha sido consistente con dicha posición, como puede verificarse en sentencia de 6 de marzo de 1997 de la sección tercera del Consejo de Estado, cuando al resolver un recurso de apelación contra sentencia, en la que una de sus partes era EMPOPASTO S.A. dispuso:

Contraría el principio de la buena fe, la conducta asumida por la administración de EMPOPASTO S.A. (...)

El incumplimiento de los deberes que tiene la administración para la culminación de todos los tramites tendientes al perfeccionamiento de un contrato ya celebrado, frente a la diligencia del particular co-contratante en cumplirlos, da lugar a que la entidad pública negligente responda patrimonialmente por los daños y perjuicios irrogados teniendo como título jurídico de imputación lo que se conoce en la doctrina como responsabilidad precontractual de la administración pública.[Sic] (Consejo de Estado, 1997)

Dicho pronunciamiento judicial nos proporciona valiosas herramientas para la defensa de nuestra posición, en primer lugar porque confirma la competencia que tiene el juez de lo contencioso para conocer de las causas en las que concurren partes que están sujetas al derecho privado. Y en segundo lugar, porque realiza un examen de responsabilidad centrado

en el cumplimiento de los deberes secundarios del principio de buena fe, que en el caso en concreto halla vulnerados por cuenta de la exigencia de requisitos adicionales solicitados al oferente en aras de impedir la celebración del contrato. El Consejo de Estado es tajante en reconocer que se presenta un daño por el cual debe responder la entidad, aun pese a la existencia del contrato, y dicha imputación se hace con fundamento en la responsabilidad precontractual de la administración.

Otro ejemplo de lo anterior podemos verificarlo en sentencia de 10 de julio de 2003 de la sección tercera del Consejo de Estado, en la que se resolvió un recurso de apelación contra una sentencia emitida en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en dicha oportunidad manifestó:

Por lo tanto es razonable que dentro de las particularidades del asunto TELECUN no actuó con buena fe porque no fue diligente, ni serio ni probo al exigir al adjudicatario, y por fuera de los pliegos de condiciones, requisitos nuevos que condujeron de buena fe al adjudicatario a tratar de satisfacerlos sin considerar, de una parte, que la Administración le aplicaría para la suscripción del contrato los cinco días previstos en el pliego de condiciones. (Consejo de Estado, 2003)

Para concluir, vale manifestar que las ESP constituyen una excepción al régimen de contratación estatal, no solo en lo que se refiere a la aplicación del derecho privado en sus actuaciones, sino en las manifestaciones que dicho fenómeno tiene en los diferentes escenarios que afronta en ejercicio de su actividad comercial. Una de dichas expresiones, como vimos, se refiere a las características adicionales que deben ser observadas en ejercicio de sus conductas precontractuales y los deberes adicionales derivados de la buena fe a los que están obligadas, so pena que ante su incumplimiento puedan surgir reclamaciones, por parte de los terceros involucrados, y que en consecuencia estas no puedan ser desestimadas acudiendo a la aplicación del principio de solemnidad, lo que genera las situaciones que hemos venido advirtiendo con ocasión y en ejercicio de los procesos de responsabilidad precontractual en los que sean parte. Como vimos, el estándar de acreditación en uno u otro proceso varía acorde con cual sea la fuente de la responsabilidad, que depende en estricto

sentido del régimen aplicable, sin que deba sufrir afectación alguna con ocasión de la determinación de la jurisdicción competente para resolver sus litigios.

#### 4. CONCLUSIONES

- La ley 142 de 1994 creó un modelo en el que los particulares podían asistir a la prestación de los servicios públicos, como estrategia para impulsar iniciativas privadas que permitieran mejorar la cobertura y calidad de dichos servicios, por considerarlos inherentes a la finalidad del Estado.
- Para estimular la participación de actores privados, el legislador consagró un régimen jurídico especial para las empresas de servicios públicos, sometiéndolos al derecho privado y sus instituciones, tanto en su contratación como en los actos propios de su operación.
- Pese a la conformación de los capitales en las empresas de servicios públicos, independiente a la existencia de participaciones privadas, la jurisprudencia considera a las empresas de servicios públicos como entidades del sector descentralizado de la rama ejecutiva del poder público y en consecuencia son consideradas como entidades estatales.
- Al determinar por vía jurisprudencial la naturaleza de las empresas de servicios públicos como entidades descentralizadas integrantes de la rama ejecutiva del poder público, también se llenó el vacío correspondiente a la falta de determinación del juez competente para conocer sus controversias. Adjudicando al juez de lo contencioso administrativo e conocimiento de los procesos en los que sea parte una empresa de servicios públicos, salvo las excepciones consideradas en la ley.
- Las empresas de servicios públicos al gozar de un régimen especial determinado por el legislador, basan su operación y contratación en las normas de derecho privado, razón por la cual tienen la obligación de aplicar lo dispuesto en los Códigos Civil y Comercial.
- En ejercicio de la aplicación de las normas del derecho privado, en su contratación deben observar estrictamente los postulados del principio de la buena fe contractual y sus deberes de conducta derivados, entre los que se encuentran el deber de información, consejo, lealtad, fidelidad y protección.

- Los deberes de conducta derivados de la buena fe constituyen obligaciones adicionales que no se encuentran necesariamente incluidas en el contenido del contrato y tienen como finalidad la protección de las partes intervinientes, así como la estimulación de condiciones que faciliten el cumplimiento del objeto contractual.
- La buena fe contractual y sus deberes de conducta derivados deben observarse en todas las etapas del *iter contractual*, so pena de generar un daño patrimonial o perjuicio que deba ser indemnizado.
- La responsabilidad precontractual en las empresas de servicios públicos tiene su principal fundamento en la inobservancia a los deberes de conducta derivados de la buena fe, en contraposición a la verificación de los procedimientos rígidos dispuestos en la contratación estatal regular y la aplicación del principio de solemnidad.
- Sin consideración a la jurisdicción competente para conocer los litigios relativos a la responsabilidad precontractual de las empresas de servicios públicos, el régimen jurídico no desaparece. Razón por la cual corresponde al juez, verificar la acreditación de los supuestos que dan origen a los reproches de responsabilidad conforme a las fuentes correspondientes. Que como vimos en el caso de las empresas de servicios públicos radica en la verificación del cumplimiento de la buena fe contractual y sus deberes de conducta derivados.

## 5. REFERENCIAS

- Arias García, F. (2010). *Servicios públicos domiciliarios: Análisis de la jurisdicción coactiva bajo el marco de la libre competencia económica*. Tunja: Universidad Santo Tomás.
- Atehortúa Ríos, C. A. (2004). *Régimen jurídico. Empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Fandiño, M. (2013). La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta. *Vniversitas*, 44.
- Borda, A. (2014). La buena fe en la etapa precontractual. *Vniversitas*, 17.
- Chávez Marín, A. R. (2008). *Lecturas de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Congreso de la República de Colombia. (1994). *Ley 142*. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (1998). *Ley 489*. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2001). *Ley 689*. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2007). *Ley 1150*. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley 1437*. Bogotá.
- Congreso República de Colombia. (1994). *Secretaría del Senado*. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2752>
- Consejo de Estado. (1997). *Expediente 13.405*. Bogotá.
- Consejo de Estado. (1997). *Sentencia de 6 de marzo. Rad. 10038*. Bogotá.
- Consejo de Estado. (1999). *Concepto 1.171 de 28 de enero, C.P. Javier Henao*.
- Consejo de Estado. (2003). *Sentencia 10 de julio. Rad- 25000-23-26-000-1995-01323-01 (13684)*. Bogotá.
- Consejo de Estado. (2006). *Sentencia 2 de marzo de 2006, exp. 29.703. Corelca vs. Tebsa. C.P. Alier E. Hernández*.
- Consejo Nacional Legislativo. (1887). *Ley 57*. Bogotá.
- Constitución Política. (1991). *Constitución Política*.
- Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T-469*. Bogotá.
- Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C - 263*. Bogotá.
- Corte Constitucional. (1997). *Sentencia C-066*. Bogotá.
- Corte Constitucional. (1999). *Sentencia C- 953*. Bogotá.
- Corte Constitucional. (1999). *Sentencia C-953*.

- Corte Constitucional. (2004). *Sentencia C-131*. Bogotá.
- Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C-820*. Bogotá.
- Corte Constitucional. (2006). *Sentencia SU - 713*. Bogotá.
- Corte Constitucional. (2007). *Sentencia C- 736*. Bogotá.
- Corte Constitucional. (2011). *Sentencia T - 956*. Bogotá.
- Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C- 527*. Bogotá.
- Corte Constitucional, Sentencia T-238. (1993).
- Corte Suprema de Justicia. (1989). *Expediente 4.964, 31 de marzo*. Bogotá.
- DAZA VALLEJOS, D. (2008). Jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas. *Via inveniendi et iudicandi*, 14.
- Dussán Hitscherich, J. (2001). *El régimen de los servicios públicos domiciliarios*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- MARÍN CORTES, F. (2010). *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá: Temis.
- Marín Cortés, F. (2010). *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá: Témis.
- Moisá, B. (2010). *La causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos aires.
- Mosset Iturraspe, J. (2000). *Ejecución de un mutuo financiero con olvido de la buena fe*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina.
- Presidencia de la República de Colombia. (1971). *Decreto 410*. Bogotá.
- Procuraduría delegada para la contratación estatal, Rad. IUS-2009-282747 (Procuraduría delegada para la contratación estatal 5 de Octubre de 2009).
- Solarte Rodriguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas*, 287.
- Suarez Tamayo, D. (2010). *Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Yong Serrano, S. (2009). *Introducción a la responsabilidad pública y privada*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.