



394

323

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B)

Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., 15 de diciembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000232600020100033101 (41.339)

Actor: AGAMA S.A. E.S.P. Y OTROS

Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ

Asunto: Acción Contractual – Suspensión Provisional

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Agama S.A. E.S.P., en contra del auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 3 de marzo de 2011, por medio del cual se negó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo contenido en el oficio n.º 15500-2009-0166 de 18 de enero de 2010. Esta decisión será revocada, por los motivos que se expondrán en la parte considerativa.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 25 de mayo de 2010, a través de apoderado judicial, la sociedad Agama S.A. E.S.P., integrante de los Consorcios Bosa Total y Agama Calle 92, presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. para obtener la nulidad de las decisiones contenidas en los oficios n.ºs 15500 – 2009 – 7640 de 31 de



diciembre de 2009 y 15500 – 2009 – 0166 de 18 de enero de 2010, en las que se impuso a la sociedad demandante la inhabilidad contenida en el aparte b) numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, y también para que sea restablecido su derecho y se reconozcan los perjuicios derivados de la inhabilidad impuesta.

3. La decisión recurrida

En escrito separado la parte demandante solicitó la suspensión provisional de la decisión contenida en el Oficio n.º 15500 – 2009 – 0166 de 18 de enero de 2010, adoptada por el Director de Contratación y Compras de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., doctor Jaime Díaz Ortiz, en virtud de la cual le declaró la inhabilidad contenida en el aparte b) del n.º 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, por razón de la participación de Agama S.A. en la Invitación a contratar n.º ICSC – 983 – 2009, supuestamente estando inhabilitada.

Mediante auto de 3 de marzo de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió no decretar la suspensión provisional solicitada, al concluir que en el caso concreto no se evidencia la vulneración manifiesta de los preceptos legales que el actor adujo para sustentar su petición.

3. Las razones del impugnante

El demandante interpuso en tiempo recurso de apelación contra la decisión aludida, el cual sustentó con base en los mismos cargos presentados en el escrito de solicitud de la medida cautelar, así:

(i) Falta total y absoluta de competencia, por razón de la materia, dado que la decisión de decretar la inhabilidad de la sociedad Agama S.A. E.S.P., fue realizada



396
34

por el Director de Contratación y Compras de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, sin tener la facultad expresa dentro de la Resolución n.º 618 de 2009, sobre los asuntos contractuales de la entidad demandada. Argumentó su inconformidad aduciendo que el contraste de la decisión administrativa contenida en el acto administrativo n.º 15500 – 2009 – 0166 de 18 de enero de 2010 con los artículos 6 y 121 de la Constitución Política, demuestran un desconocimiento evidente, sencillo, manifiesto, claro y ostensible de éstas.

ii) Violación al debido proceso (artículo 29 de la Constitución Nacional) por falta de competencia temporal para declarar la inhabilidad, toda vez que la competencia tiene una oportunidad para ejercerse y para el caso de la actividad contractual de las entidades estatales, se agota cuando termina el proceso de selección de los contratistas. Así, la decisión de declarar la inhabilidad de la sociedad Agama S.A. E.S.P., el 18 de enero 2010, fue tomada extemporáneamente, es decir, después de que la Invitación Pública n.º ICSC – 983 – 2009, fue declarada fallida.

iii.) Violación flagrante a lo establecido en el inciso final del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, por cuanto la entidad demandada le dio efectos en el tiempo a la causal del aparte h), siendo que de la lectura de la norma queda claro que solo se debe dar efectos temporales a las causales consagradas en los ordinales b), c), d) e i).

Con el escrito de sustentación del recurso, se allegó copia auténtica del oficio n.º 15500 – 2010 – 3711 en el que se certifica el día de entrega a la sociedad demandante, del oficio n.º 15500 – 2009 – 0166 de 18 de enero de 2010.

Por lo anterior, solicita se revoque el auto apelado y en su lugar se decrete la suspensión provisional del acto demandado.



II. CONSIDERACIONES

La Sala revocará la decisión del *a quo* y decretará la suspensión provisional de los actos acusados, por las razones que se pasa a exponer:

1. Los alcances de la suspensión provisional

La suspensión provisional, hoy prevista en el artículo 238 de la Constitución Política¹, y regulada por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo - C.C.A.- (artículo 31 del Decreto 2304 de 1989) en vigencia de la anterior Carta Política², fue concebida para la defensa del ordenamiento superior de las eventuales agresiones de actos administrativos, que amparados en su presunción de legalidad, incurran en una ilegalidad manifiesta.

Con la adopción de esta medida cautelar se detienen temporalmente los efectos de los actos administrativos y, por lo mismo, se suspende su fuerza obligatoria (arts. 238 superior, 66 n.º 1 y 152 del C.C.A.).

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo exige para su procedencia: i) que la medida se solicite antes de que sea admitida la demanda y que se sustente de modo expreso en ésta o por escrito separado; ii) la demostración manifiesta de la ilegalidad del acto por infracción ostensible de las normas positivas superiores, visible por la comparación sencilla y sin mayores esfuerzos interpretativos o probatorios entre la norma que se invoca como transgredida y el acto demandado o con los documentos públicos que se aduzcan; y iii) la prueba sumaria del perjuicio que la ejecución del acto causa o

¹ Artículo 238 C.P.: "La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la Ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

² El artículo 193 de la Constitución Nacional de 1886 ya la consagraba.



podría causar a quien promueve la demanda (este último requisito para cuando la acción sea distinta de nulidad simple).

Es decir, en materia de suspensión provisional la violación al ordenamiento jurídico o ilegalidad que se le imputa al acto administrativo debe ser evidente, de tal manera que se manifieste por la simple confrontación directa entre éste y aquél o mediante documentos públicos allegados con la solicitud de suspensión o con la demanda. La sola prueba de que a través de un acto administrativo se causa un daño, no permite declarar la suspensión provisional de sus efectos, porque no es el daño que causa el acto lo que hace operar la figura procesal, sino que su procedencia está condicionada en primer término a la demostración de la abierta y manifiesta ilegalidad del mismo, lo cual hace suponer la antijuridicidad del perjuicio que causa y justifica la medida cautelar.

Por lo demás, y dando alcance a la acepción *“manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma”*, de antiguo la Sala ha propugnado en forma uniforme que para que proceda la suspensión provisional es imprescindible que la transgresión de las normas que se invocan como vulneradas sea de una notoriedad de tal magnitud que emerja de un sencillo cotejo entre ellas y el acto demandado, porque en el caso de requerir un estudio de los medios probatorios del incipiente expediente del proceso³ o el análisis en relación con la actuación administrativa surtida, no resulta posible el decreto de la medida cautelar.

Sin embargo, conviene precisar que la verificación de la violación manifiesta u ostensible del acto infractor no excluye en manera alguna un ejercicio por parte del juez de argumentación y reflexión para motivar una decisión de tanta

³ Incipiente porque para ese momento apenas está conformado por la demanda y los anexos y pruebas que a ella haya allegado el actor, dado que para cuando se decide la solicitud de suspensión provisional –al proferir el auto admisorio de la demanda–, no se ha vinculado al demandado ni al Ministerio Público.



trascendencia como es la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo⁴.

2. El contenido del acto cuya suspensión se solicita

El aparte del acto administrativo contenido en el oficio n.º 15500-2009- 0166 de 18 de enero de 2010, suscrito por el Director de Contratación y Compras, cuya suspensión provisional se solicita es el siguiente:

“2. Por lo anterior, esta entidad no comparte la tesis expuesta por el peticionario según la cual ‘el mismo hecho configura dos causales de inhabilidad’, pues en el caso planteado existen dos hechos diferentes, que aunque tienen relación entre sí, se produjeron en diferentes procesos de contratación, en diferentes momentos y por lo tanto con diferentes consecuencias jurídicas.

Para dar mayor claridad al asunto, debe entender el peticionario que el primer hecho generador de inhabilidad de que habla la causal del literal h del artículo 8, se dio dentro de la Invitación ICSC – 1026 – 2009 y tuvo como origen la relación de parentesco entre el representante legal de Agama S.A. E.S.P., (Señor Hector Julio Robles Cuevas) integrante del Consorcio Agama Calle 93 (sic), con el representante legal de la firma Concretiza Ltda. (Señor Hermes Alexander Robles Cuevas) integrante del Consorcio Rehabilitación Calle 92, lo cual nunca se ha puesto en entredicho. (...)

Dentro del análisis jurídico llevado a cabo por el comité evaluador, se encontró que, en efecto, existía una relación de parentesco (hermanos) entre los representantes legales de dos firmas integrantes de diferentes oferentes, que se trataba de sociedades distintas a las anónimas abiertas y que ambas presentaron formalmente propuesta dentro de una misma licitación, por lo cual se configuró claramente la causal de inhabilidad anteriormente transcrita. (...)

3. De otro lado y se reitera, ocurrió un nuevo hecho generador de inhabilidad como lo fue que esta sociedad se presentó nuevamente a diferentes y simultáneos procesos de contratación, estando incurso en la causal de inhabilidad del literal h dentro de otro proceso previo, por lo cual es este nuevo hecho el que generó una nueva causal de inhabilidad como lo es la del literal b del artículo 8 de la ley 80 que señala. (...)

Se resalta lo anterior debido a que el oferente participó en la licitación ICSC – 1026 de 2009 estando inhabilitado por la causal del literal h) del numeral 1º art. 8 y al presentarse a unos nuevos procesos de contratación estando inmersa en ella, incurrió en la causal b del numeral 1 artículo 8,

⁴ A este respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 27 de mayo de 2009, exp. 36.476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

4e
326

razón por la cual la consecuencia ante este segundo hecho fue la imposición de la sanción que la ley contempla para quienes incurren en la causal de inhabilidad descrita en el literal b) del artículo 8 de la ley 80 de 1993, es decir, la inhabilidad para contratar durante 5 años, tal como lo señala la norma:

Prueba de lo anterior, es la explicación a él dada por medio del oficio 15500 – 2009 – 7581 del 28 de diciembre de 2009, en donde se ha dejado más que claro que el fundamento legal de la posición jurídica que ha adoptado esta Dirección es la misma ley 80, artículo 8, ajustándose al literal de esa norma. Por consiguiente, los funcionarios encargados de estos procesos de selección no han hecho más que cumplir con el deber de velar porque la participación sea legal y se ajuste a esa norma de contratación, advirtiéndole la causal de inhabilidad para evitar procesos de selección inocuos que de llegarse a perfeccionar, sin advertir la misma, resultarían viciados de nulidad absoluta. (...)

Por todas las razones expuestas, esta Dirección ratifica la decisión de imponer la sanción por la ley de contratación establecida en el literal b del artículo 8 a la firma AGAMA S.A. E.S.P.” (Negrillas por fuera del texto original)

3. Los cargos en los que se sustenta la solicitud de medida cautelar y su análisis

El actor formuló, entre otros cargos, que la decisión de decretar la inhabilidad contenida en el aparte b) numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 a la sociedad Agama S.A. E.S.P., fue realizada por el Director de Contratación y Compras de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá sin tener competencia para ello, ya que este funcionario solo tiene asignada la evaluación de las ofertas, sin tener la facultad expresa para expedir actos administrativos que contengan la imposición de sanciones o que decreten inhabilidades.

Para la Sala la suspensión provisional solicitada resulta procedente por el anterior cargo, en tanto se presenta el presupuesto de la manifiesta violación a las normas jurídicas invocadas por la sociedad actora en la demanda, debido a la falta total y absoluta de competencia por razón de la materia del Director de Contratación y Compras de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, según se desprende de las siguientes reflexiones:



3.1. El régimen jurídico de contratación de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, EAAB, es una empresa industrial y comercial del Estado que presta servicios públicos domiciliarios⁵, naturaleza jurídica que sujeta su actividad a las disposiciones de la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de dichos servicios.

Debido a esta naturaleza y a su objeto, los contratos que celebre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado, como los de todas las entidades públicas prestadoras de servicios públicos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001⁶, por regla general no están sujetos a la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino a las normas del derecho privado, salvo que en ellos se incluyan cláusulas exorbitantes o que la ley lo determine⁷.

⁵ Acuerdo Distrital No. 6 de 1995.

⁶ Este artículo fue modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, así: "ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa./Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo. /PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993."

⁷ Existen otras excepciones a la aplicación exclusiva del derecho privado, a saber: el contrato de concesión sobre el acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones o para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, el cual también puede regirse por la Ley 80 de 1993, en conformidad con el artículo 39.1 de la Ley 142 de 1994; o los contratos de las entidades territoriales con las empresas prestadoras de servicios públicos a que hace referencia el actual párrafo del artículo 31 *ejusdem* con la modificación introducida por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, para la asunción de aquéllas de la prestación de servicios públicos o para la sustitución de otra que se encuentra en causal de disolución o liquidación que se regirán por la Ley 80 de 1993 y deberán hacerse por licitación pública; o los contratos de las empresas de servicios públicos con posición dominante en un mercado, cuyo objeto sea la adquisición de un bien o servicio de que trata el artículo 35 in fine, en los cuales las comisiones de regulación pueden ordenar su



Así mismo, en el artículo 44.4 *ibídem*, se ordenó que “[s]in perjuicio de lo dispuesto en otras normas de esta Ley, en los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes”; es decir, que las entidades estatales que prestan servicios públicos domiciliarios deben tener en cuenta las inhabilidades e incompatibilidades prevista en la ley al momento de celebrar sus contratos.

Por otra parte, la Ley 1150 de 2007, por la cual se introdujeron medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictaron otras disposiciones generales, estableció en el artículo 13 que las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deben aplicar en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa -igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad- y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209⁸ y 267 de la Constitución Política, y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

De igual forma, en el artículo 14 *ejusdem* (modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011)⁹ señaló que el régimen de contratación de las empresas industriales

celebración por licitación pública o otros procedimiento que garanticen y estimulen la libre concurrencia de eventuales contratistas; o los contratos para el otorgamiento de áreas de servicio exclusivos del artículo 40 *ibídem*; o aquellos contratos de servicios públicos de condiciones uniformes regulados en los artículos 128 y ss. de la citada ley.

⁸ “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, 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.”

⁹ “ARTÍCULO 14. DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, SUS FILIALES Y EMPRESAS CON PARTICIPACIÓN MAYORITARIA DEL ESTADO. <Artículo modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011.> Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con



y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con capital estatal superior al 50%, es el previsto por la Ley 80 de 1993, salvo dos excepciones a saber: i) cuando se encuentren en competencia con el sector privado o público nacional o internacional; y ii) cuando desarrollen su actividad en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, pero, de todos modos en uno y otro en desarrollo de su actividad contractual estarán sujetas a lo señalado en el citado artículo 13, esto es, a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal.

Cabe concluir, entonces, que actualmente las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios tienen un régimen de derecho contractual especial o mixto que no se puede enmarcar, de manera exclusiva, dentro de las normas del derecho privado, pues, dada su naturaleza, la finalidad que persiguen (interés general) y el manejo de recursos públicos, su actividad contractual se encuentra influenciada en los aspectos anotados por el derecho público, lo que implica que la actuación de ellas en este ámbito pueda ser controlada judicialmente bajo los principios de la función administrativa.

3.2. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar en la Ley 80 de 1993 y la forma y competencia para su cumplimiento

Las inhabilidades e incompatibilidades a que se refiere el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (arts. 8 y 9), constituyen una limitación de la capacidad que se reconoce a las personas naturales y jurídicas

participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes." (Negrillas por fuera del texto original)

4#
307

para contratar con las entidades estatales, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia¹⁰. Efectivamente, las inhabilidades e incompatibilidades son restricciones legales a la capacidad de las personas de ser contratistas del Estado en ciertos eventos.

Según ya se indicó, las empresas industriales y comerciales del Estado, en su gestión contractual están obligadas a dar cumplimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en la Ley 80 de 1993 (arts. 13 y 14 de la Ley 1150 de 2007), siendo claro para la Sala que la aplicación de las normas que conforman dicho régimen involucra el ejercicio de función administrativa y por ende es posible que para su aplicación expidan aquellos actos que tienen la connotación de administrativos, los cuales deben cumplir con las formalidades que dispongan las normas superiores y ser emitidos por el funcionario con competencia para el efecto.

A este respecto, se debe recordar que la competencia hace relación a la facultad que tiene un funcionario u órgano para ejercer función administrativa en una materia y dentro de cierto tiempo y ámbito territorial; dicho de otro modo, es el poder de conocer, gestionar y ejercer autoridad administrativa en ciertos asuntos, dentro de *“...la esfera de atribuciones de los entes o órganos, determinada por el Derecho objetivo o el ordenamiento jurídico. Vale decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe legítimamente ejercer...”*¹¹.

La competencia, como manifestación del principio de legalidad, está delimitada por las atribuciones conferidas por la Constitución, la ley o el reglamento a las entidades y servidores públicos, quienes únicamente pueden hacer, actuar y

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-489 de 26 de septiembre de 1996. También ver: Sentencias C-415/94; C-178/96; C-429/97; y C-054/91.

¹¹ Dromi, Roberto, El Acto Administrativo, Ediciones Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 2000, Pág. 35 y ss.



405

ejercer funciones en lo que les está legalmente permitido y autorizado para el cumplimiento de los fines del Estado (arts. 2, 6, 121 y 122 C.P.)¹². En el ámbito del derecho público la competencia supone, por tanto, un texto, de modo que si el órgano actúa fuera de competencia, el acto administrativo dictado es ilegítimo, tiene vicio de incompetencia y corresponde su nulidad¹³ (arts. 84 y 85 C.C.A).

En tal virtud, es pertinente subrayar que el funcionario competente para dar aplicación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia contractual, no es otro que el jefe o representante legal de la entidad, o el servidor en quien éste delegue, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 11¹⁴ y 12 de la Ley 80 de 1993, en el evento de entidades sometidas a este estatuto, y en tratándose de las entidades estatales exceptuadas de dicha ley, en el servidor público que indique las normas de creación y organización, en concordancia con las disposiciones internas que se adopten, correspondiendo de ordinario también al representante legal de las mismas (gerente o presidente), como sucede en el *sub examine*, según se pasa a analizar.

¹² La competencia es expresa, irrenunciable e improrrogable, y está asignada por el ordenamiento jurídico en razón a criterios o factores, entre los que se destacan: (i) la materia (*ratio materie*), es decir, según las actividades, tareas y funciones que legalmente puede desempeñar la autoridad; (ii) el territorio (*ratio loci*), esto es, el ámbito espacial o circunscripción en la cual se puede ejercer; (iii) el tiempo (*ratio temporis*), o sea el ámbito temporal en el cual es legítimo ejercerla; y el grado; (iv) el nivel de jerarquía o posición vertical que tenga la autorizada dentro de la organización administrativa; y (v) al sujeto (*ratio personae*), esto es, por las calidades o condiciones de la autoridad. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 7 de octubre de 2009, exp. 18496, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹³ Díez, Manuel María, Manual de Derecho Administrativo, Tomo 1, Ed. Plus Ultra. pp. 132 y ss.

¹⁴ "ARTÍCULO 11. DE LA COMPETENCIA PARA DIRIGIR LICITACIONES Y PARA CELEBRAR CONTRATOS ESTATALES. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2o.: / 1o. La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso./ 2o. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República./ 3o. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva: a) Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los Presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, y el Registrador Nacional del Estado Civil. b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades./c) Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles."

406
391

3.3. La ilegalidad manifiesta del acto en el caso concreto

En el *sub lite*, debe determinarse si con la expedición del acto administrativo demandado se trasgredieron, de manera palmaria y directa, las disposiciones jurídicas citadas por el actor.

Aplicadas las anteriores consideraciones al presente caso, se observa, de una parte, que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por ser una empresa industrial y comercial del Distrito Capital, prestadora de servicios públicos domiciliarios, estaba obligada a dar cumplimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades contenido en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993, en concordancia con los artículos 13 y 14 de la Ley 1150 de 2007.

De otra parte, repara la Sala que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado-EAAB-, en desarrollo de los mencionados artículos, expidió la Resolución n.º 0618 de 17 de julio de 2009, por medio de la cual adoptó el manual de la contratación de esta empresa, y en cuyo artículo 7° establece los funcionarios facultados para contratar, de la siguiente manera:

“Artículo 7.- FUNCIONARIOS FACULTADOS PARA CONTRATAR. La competencia para contratar en nombre y representación de la EAAB se encuentra en cabeza del gerente general, quien la podrá delegar en los funcionarios que pertenezcan a los niveles directivo o asesor, en los términos de ley, de conformidad con las resoluciones que sobre este particular estén vigentes.”

Así las cosas, el jefe o director de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá es la persona encargada de dirigir todo el proceso de contratación, realizar la respectiva adjudicación y celebrar los contratos en nombre de ella, de conformidad con las leyes y los estatutos de la entidad. Esta atribución de competencia establecida en la norma interna transcrita, según la cual la dirección de todo el proceso de selección y celebración de los contratos está a cargo del jefe o representante legal de la mencionada entidad estatal, implica, de suyo, que



es él la única persona capaz de obligar legalmente a la entidad, salvo que la hubiese delegado.

De ahí que, el acto administrativo en el que se declare que un proponente se encuentra incurso de una de las causales de inhabilidad e incompatibilidad consagradas por la Constitución Política o la ley¹⁵, únicamente puede ser expedido por el Gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado o por su delegado, en este último evento en forma expresa, mediante acto escrito y cumpliendo las demás condiciones preceptuadas en el orden jurídico¹⁶.

Ahora bien, respecto de las funciones del Director de Contratación y Compras de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., servidor que expidió el acto administrativo contenido en el oficio n.º 15500 – 2009 – 0166 de 18 de enero de 2010 demandado, la Resolución n.º 0618 de 17 julio de 2009, en los apartes pertinentes, prescribe lo siguiente:

“Artículo. 21. PROCESO DE SELECCIÓN. (...) La Dirección de Contratación y Compras definirá las condiciones jurídicas exigibles a los proponentes para los procesos de selección. Las técnicas serán definidas por el área responsable del proceso. La condiciones serán las siguientes: (...)

Título IV. Modalidades de selección.

(...)

Capítulo I. Invitación Pública.

Artículo 25. EVALUACIÓN DE OFERTAS. Corresponde a la Dirección de Contratación y Compras la evaluación de las ofertas, para lo cual podrá contar con el apoyo de otras áreas de la EAAB. Cuando se trate de contratos a celebrarse bajo esta modalidad por decisión del comité corporativo, en los términos de la invitación, se preverá el acompañamiento de pares técnicos o expertos independientes para la evaluación jurídica, técnica y económica de las ofertas, sin perjuicio de acudir a este acompañamiento en cualquier etapa precontractual a juicio propio del

¹⁵ Resolución n.º 0618 de 17 de julio de 2009: “Artículo 11. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. No podrán participar en procesos de selección, ni celebrar contratos con la EAAB, las personas que se hallen incursas en algunas de las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas en la Constitución Política y la ley. (...)”

¹⁶ Ver artículos 9 y ss. de la Ley 489 de 1998.

408
335

comité corporativo. Así mismo, recomendará al Ordenador del gasto, la propuesta más favorable para la EAAB. (...)

La EAAB publicará en su página web el informe de evaluación. Los oferentes podrán realizar observaciones al mismo dentro de los plazos previstos en los términos de invitación” (negritas por fuera del texto original).

Del texto transcrito del manual de contratación de la empresa, encuentra la Sala que el Director de Contratación y Compras solo está facultado para realizar la evaluación de las ofertas, dentro de los procesos de invitación a contratar que realice la entidad demandada, y no para declarar la existencia de inhabilidad a cualquier proponente, atribución que, como se dijo, corresponde al gerente.

En este orden de ideas, es evidente la falta de competencia material en la que incurrió el Director de Contratación y Compras de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, al imponer la “sanción” y declarar la “inhabilidad” contenida en el aparte b) numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 a la sociedad Agama S.A. E.S.P., integrante de los Consorcios Bosa Total y Agama Calle 92, ya que esta potestad solo está dada legalmente para el Gerente de dicha entidad estatal, quien es la persona encargada de dirigir los procesos de selección de oferentes y celebrar contratos, sin que se advierta que, de acuerdo con la ley, la hubiese delegado expresamente para la época en que se expidió el acto materia del *sub examine*.

La Sala recuerda que la incompetencia del órgano administrativo, es sin duda una de las formas de ilegalidad más grave que puede ostentar un acto administrativo, dada la naturaleza de orden público de las normas atributivas de la misma¹⁷. Este vicio entraña la infracción manifiesta de uno de los principios medulares de todo estado de derecho: el de legalidad, según el cual a los servidores públicos les está

¹⁷ Así lo ha señalado la Sala en otras ocasiones, *vid.* Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia del 16 de diciembre de 1994, exp. 7879, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de mayo 11 de 1999, exp. 10.196. C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 16 de febrero de 2006, rad. 13001-23-31-000-1988-07186-01(13414), C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 25 de febrero de 2009, rad. 73001-23-31-000-1997-05889-01(16493) y sentencia de 15 de abril de 2010, rad. 76001-23-31-000-1995-01791-01(18292), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



vedado ejercer funciones que no le han sido asignadas, es decir, con falta de competencia.

En consecuencia, la Sala considera que el acto administrativo contenido en el oficio n.º 15500 – 2009 – 0166 de 18 de enero de 2010 demandado, infringe o transgrede de manera manifiesta los artículos 6 y 121 de la Constitución Política¹⁸, normas invocadas por el solicitante de la medida cautelar que consagran la obligación de los funcionarios de ejercer solo las atribuciones que la Constitución y la ley les asignan, pues fue expedido por el Director de Contratación y Compras de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá sin que tuviese competencia.

4. La prueba sumaria del perjuicio que la ejecución del acto causa o podría causar a quien promueve la demanda

Con el fin de acreditar que la ejecución del acto administrativo causa o puede causar perjuicio al actor, con la demanda y el escrito de suspensión provisional se presentaron una serie de oficios suscritos por la Gerente Corporativo de Servicio al Cliente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, dirigidos al representante legal de la sociedad Agama S.A. ESP, por medio de los cuales se manifiesta:

“Señores
AGAMA S.A. ESP
Ing. Hector Robles
Representante Legal

Asunto: Contrato No. 1-01-31300-1002-2008

Respetado Ingeniero:

¹⁸ Artículo 60. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

41E
33'

Mediante memorando interno n.º 1500-2010-0581, la Dirección de Contratación y Compras de la EAAB-ESP informó a esta Gerencia la inhabilidad sobreviniente en la que incurrió la empresa que usted representa, la cual se encuentra contemplada en el literal b, del numeral 1, del artículo 8 de la ley 80 de 1993. De la misma manera en dicho memorando se informó que era procedente dar aplicación al artículo 9º de la misma ley.

Esta Gerencia, por tanto, se encuentra en espera del listado de los posibles cesionarios de su participación en el Consorcio Rehabilitaciones La Olla, en un plazo de 5 días, para efectos de iniciar el estudio y si hay lugar de ello, aprobación del mismo, cesión que en ningún evento podrá realizarse entre los que integran el Consorcio.

Cabe recordarle que se trata de una obligación contractual de origen legal, que deberá cumplirse en el menor tiempo posible, con el objeto de evitar traumatismos en el desarrollo del objeto contractual y del interés general que se pretende satisfacer con el desarrollo del mismo y en guarda de la pureza y la transparencia de la contratación de la Empresa de Acueducto de Bogotá.”
(Negrillas por fuera del texto original)

En el expediente constan distintos oficios con el mismo contenido, pero haciendo referencia en el asunto a diferentes contratos que, al momento de decretarse la inhabilidad, estaba ejecutando la entidad demandante, como son los contratos n.ºs 1-06-25300-1058-2008, 1-01-31300-1002-2008, 2-05-34100-0448-2009, 1-01-31300-1038-2008, 1-01-30500-0765-2009, 1-01-30500-0860-2009 y 1-01-34300-0898-2009.

La orden dada por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá a la sociedad demandante, referida a la cesión de todos los contratos celebrados entre las partes que se encontraban ejecutando, aunado al hecho de la inhabilidad que se reporta en la misma para contratar con el Estado por el término de cinco (5) años, permite inferir que la ejecución del acto administrativo provocó perjuicios al demandante, lo que hace necesario suspenderlo provisionalmente para impedir que se sigan prolongando sus efectos.

Finalmente, si bien la sociedad demandante presentó otros cargos para suspender provisionalmente el acto administrativo mencionado, no es necesario pronunciarse en esta instancia sobre los mismos por encontrarse configurado,



según lo expuesto por la Sala en este proveído, el de falta de competencia material; por lo tanto, deberá ser en la sentencia, que el Tribunal *a quo*, si hay lugar a ello, en la que se revise todos los cargos esgrimidos contra el acto administrativo por la sociedad demandante para así declarar la legalidad o ilegalidad del mismo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B,

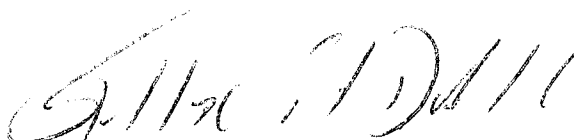
RESUELVE:

PRIMERO: REVÓCASE el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de marzo de 2011.

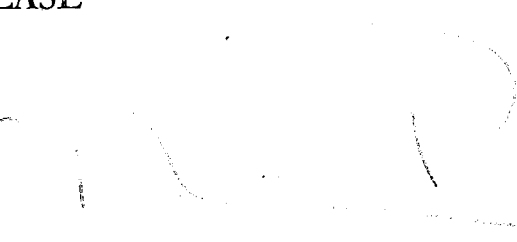
SEGUNDO: En consecuencia, **DECRÉTASE** la suspensión provisional del acto administrativo contenido en el oficio n.º 15500-2009-0166 de 18 de Enero de 2010.

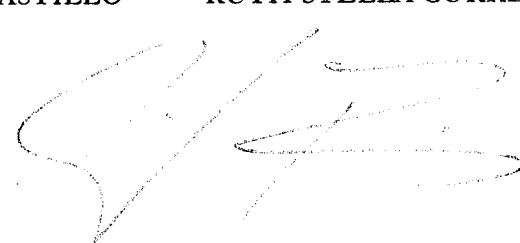
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Presidenta de la Sala


RUTH STELLA CORREA PALACIO


DANILO ROJAS BETANCOURTH