

COMPETENCIA FUNCIONAL DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA - Limitaciones

La competencia funcional del juez de segunda instancia está limitada por las razones de inconformidad expresadas por el recurrente en el escrito de sustentación del recurso de apelación y no por el mero acto procesal dispositivo de parte, a través del cual manifiesta, de manera abstracta, impugnar la respectiva providencia. Lo anterior significa que las competencias funcionales del juez de la apelación, cuando el apelante es único, no son irrestrictas, pues están limitadas, en primer lugar, por el principio de la “non reformatio in pejus”, introducido como precepto en el artículo 31 de la Constitución Política y consagrado por el artículo 357 del C. de P. C. y, en segundo orden, por el objeto mismo del recurso de apelación (revocar o modificar la providencia), cuyo marco está definido, a su vez, por las razones de inconformidad o juicios de reproche esbozados por el apelante, en relación con la situación creada por el fallo de primera instancia. Así, pues, al juez de segundo grado le está vedado, en principio y salvo las excepciones hechas por el legislador, revisar temas del fallo de primer grado que son aceptados por el recurrente (bien porque omite reargüirlos en la sustentación del recurso de apelación o bien porque expresamente los elimina de la discusión manifestando su asentimiento en relación con ellos), pues éstos quedan excluidos del siguiente debate y, por lo mismo, debe decirse que, frente a dichos aspectos, fenece por completo el litigio o la controversia.

ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS DE CARACTER SUBJETIVO - La fuente del daño determina el medio de control procedente para analizar la controversia / MEDIO DE CONTROL PROCEDENTE - Origen del daño / ACCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA PROCEDENTE - Origen del daño

En reiteradas oportunidades, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que, en las acciones contencioso administrativas de carácter subjetivo, la fuente del daño determina el medio de control procedente para analizar la controversia y, ésta, a su vez, la que establece la técnica apropiada en la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional, de manera que si, por ejemplo, el daño tiene origen en la ilegalidad de un acto administrativo de carácter particular y concreto, la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho, pues, para obtener el restablecimiento de los derechos subjetivos y la indemnización de los perjuicios causados, resulta menester emitir pronunciamiento acerca de la nulidad del acto, para efectos de desvirtuar las presunciones de legalidad y de veracidad que reviste y que hacen obligatorio su cumplimiento y obediencia, en los términos del artículo 66 del C.C.A. Pero, si el origen del daño no estriba en un acto administrativo, sino en un hecho jurídico (acción), una omisión o una operación administrativa, la acción procedente será la de reparación directa. NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 23 de abril de 2008, exp. 15906

EXPEDICION DE UN ACTO ADMINISTRATIVO QUE CAUSA UN DAÑO ANTIJURIDICO - Procede la acción de reparación directa para obtener la indemnización de los perjuicios causados a través del acto / EXPEDICION DE UN ACTO ADMINISTRATIVO QUE CAUSA UN DAÑO ANTIJURIDICO - Procede el medio de control de reparación directa para obtener la indemnización de los perjuicios causados a través del acto / RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL O CULPA IN CONTRAHENDO - Será la particularidad de cada caso la que determine la acción procedente / RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL O CULPA IN CONTRAHENDO -

Será la particularidad de cada caso la que determine el medio de control procedente

En algunos eventos, el origen del daño antijurídico, es decir, aquel que el administrado no está en la obligación de soportar, surge de la expedición de un acto administrativo legal, cuya validez es incuestionable. En este caso, resulta improcedente promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para obtener la indemnización de los perjuicios causados a través del acto, pues esta acción y la de simple nulidad están instituidas, en esencia, para controlar la legalidad de los actos administrativos y para pretender la declaración de nulidad de los mismos, con el fin de restablecer el orden jurídico que se ha visto alterado por causa del acto viciado de nulidad, con efectos ex tunc. La acción idónea para canalizar las pretensiones indemnizatorias, en este caso, es la de reparación directa. Las anteriores precisiones resultan importantes para determinar cuál es la acción procedente para debatir la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) de la administración pública, pues a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, en la contratación estatal la etapa precontractual se gestiona a través de una actuación administrativa reglada que se debe ceñir a todo el plexo axiológico enunciado por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y ello implica que las entidades administrativas se deben manifestar a través de actos administrativos, hechos, reglamentos y simples actos de la administración que, por supuesto, son susceptibles de los medios de control jurisdiccional en la forma prevista por el ordenamiento jurídico. Por tal razón, no es posible afirmar de manera categórica que la responsabilidad precontractual de la administración pública es susceptible de ser analizada a través de una sola de las acciones que consagra el Código Contencioso Administrativo, pues será la particularidad de cada caso lo que determine la acción procedente, con sujeción a los criterios anotados.

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL - Ilegalidad del acto previo a la adjudicación.
Requisitos para que proceda la indemnización

El supuesto de responsabilidad precontractual de la administración pública que con más frecuencia se presenta es el que tiene origen en la ilegalidad del acto previo de adjudicación, caso en el cual, para que se abra paso la indemnización por haber sido privado del derecho de ser el adjudicatario del proceso de selección, el demandante está en la obligación de acreditar, de una parte, que el acto administrativo efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, que, efectivamente, su propuesta era la mejor y la más conveniente para la administración -en términos del servicio público-, es decir, que su propuesta era la que debía ser favorecida con la adjudicación, por cumplir la totalidad de los requisitos legales y de los contemplados en el respectivo pliego de condiciones, que es la ley del proceso de selección y la que materializa los criterios que informan el deber de selección objetiva, tal como lo dispone el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Cosa similar sucede cuando el perjuicio se genera por la ilegalidad del acto administrativo previo a través del cual se declara desierto el proceso de selección.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 29

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL - Interés patrimonial negativo o de confianza.
Noción, definición, concepto / **ACTO DE ADJUDICACION QUE OTORGA DERECHO** - No suscripción del contrato en la fecha convenida, sin justo y atendible derecho. Procede la acción de reparación directa / **ACTO DE ADJUDICACION QUE OTORGA DERECHO** - No suscripción del contrato en la fecha convenida, sin justo y atendible derecho. Procede el medio de

control de reparación directa / **NO SUSCRIPCION DEL CONTRATO EN LA FECHA CONVENIDA, SIN JUSTO Y ATENDIBLE DERECHO** - Procede la responsabilidad

extracontractual del Estado

Existen otros casos que dan lugar a la responsabilidad precontractual, donde lo que se persigue es el llamado interés patrimonial negativo o de confianza, como sucede cuando una de las partes se sustrae de la obligación de celebrar el contrato en la fecha convenida, sin justo y atendible motivo, caso en el cual, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la acción de reparación directa es la idónea para solicitar la indemnización de perjuicios que se causan (interés negativo), pues el artículo 86 del C.C.A. señala que "... la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa", al paso que el artículo 90 de la Constitución Política prevé que el "Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas". Obsérvese que en estos casos la acción de responsabilidad extracontractual es procedente, porque, a pesar de que puede mediar un acto administrativo (generalmente el de adjudicación), éste no es el generador del daño; por el contrario, es el que otorga el derecho cuyo desconocimiento engendra la obligación indemnizatoria. (...) en materia contencioso administrativa, la obligación indemnizatoria en la etapa precontractual puede tener origen en la ilegalidad de la actuación administrativa que genera la nulidad del acto previo o en un hecho con relevancia jurídica que puede ocasionar daños, por el incumplimiento de las pautas que informan la buena fe y los deberes secundarios de conducta durante la etapa preliminar o de formación del contrato, como se dijo en precedencia, de manera que, según las circunstancias específicas, las pretensiones se pueden orientar a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de la acción de controversias contractuales o de la acción de reparación directa. NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar de 7 de junio de 2001, exp. 13405

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 86

CAUSA DEL PERJUICIO - Ilegalidad del acto administrativo que revocó directamente el acto de apertura de licitación. Procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

En el caso que analiza la Sala, los demandantes ubicaron la causa de los perjuicios en la ilegalidad del acto administrativo que revocó directamente el acto de apertura de la licitación pública CAM-005-97 y, en ese sentido, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida es idónea para analizar las pretensiones de la demanda, tal como lo establece el artículo 87 del C.C.A. (subrogado por el artículo 17 de la Ley 446 de 1998), pues se trata de un acto administrativo previo, proferido con ocasión de la actividad contractual que puso fin a la actuación administrativa tendiente a seleccionar al contratista de la administración, de modo que, al margen de que los pedimentos de orden declarativo y condenatorio tengan o no vocación de éxito, desde el punto de vista estrictamente procesal el instrumento ejercitado es el apropiado. No obstante, tal como lo señaló el Tribunal de primera instancia, en este caso específico el demandante bien pudo haber promovido la acción de reparación directa, sin cuestionar la legalidad del acto administrativo que puso fin al proceso de selección; pero, en esta hipótesis, generalmente el interés indemnizable se reduce al reconocimiento de los gastos en que incurrió el oferente en la elaboración y en

la presentación de la propuesta y a la pérdida de oportunidad de haber celebrado y ejecutado otro contrato, perjuicios éstos que tienen relación con la terminación anormal del proceso de escogencia, pues al revocarse el acto de apertura del proceso de selección, por exclusiva voluntad de la entidad pública, se eliminó la legítima expectativa que tenían los oferentes de que el

proceso de selección continuara y, ello es un hecho que desconoce la buena fe y la confianza legítima que debe gobernar el iter contractual.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 17

ACTO DE APERTURA DEL PROCESO DE SELECCION - Revocatoria directa /
ACTUACION ADMINISTRATIVA PREPARATORIA - Selección del contratista. Fases

La actuación administrativa preparatoria, orientada a seleccionar al contratista de la administración, se desarrolla en dos fases: una interna y otra externa. La primera de dichas fases es previa al procedimiento administrativo de selección y la desarrolla internamente la entidad administrativa. Comprende, entre otros aspectos, la identificación de la necesidad que requiere satisfacer la administración, la forma en que la debe suplir la necesidad, la identificación del proceso de selección apropiado, la solicitud de autorizaciones, la realización de los estudios previos, de los estudios del sector, la consulta de los precios del mercado, la elaboración del proyecto de pliego de condiciones, etc., y la segunda fase (la externa) es la etapa precontractual propiamente dicha, que inicia con el acto administrativo de apertura del proceso de selección, que es aquel por medio del cual la administración declara o exterioriza, con fuerza vinculante, la voluntad de iniciar un procedimiento administrativo orientado a escoger a su contratista (artículo 30, numeral 1, Ley 80 de 1993).

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30.1

ACTO DE APERTURA DEL PROCESO DE SELECCION - Revocatoria directa / ACTO DE APERTURA DEL PROCESO DE SELECCION - Acto administrativo de carácter general / REVOCATORIA DIRECTA DE ACTO ADMINISTRATIVO - Noción. Definición. Concepto

[Acto de apertura del proceso de selección] se trata, indiscutiblemente, de un acto administrativo de carácter general que crea una situación jurídica abstracta e impersonal dirigida a una pluralidad de sujetos de derecho que no están “individualmente determinados”, en la medida en que invita o convoca públicamente a todo aquel que esté interesado y que cumpla unos requisitos mínimos, para que concurra en igualdad de condiciones a participar en el procedimiento administrativo de escogencia del contratista de la administración, con sujeción a las reglas definidas en los pliegos de condiciones. En dicho acto se sientan las bases preliminares del proceso licitatorio, pues allí se señalan el objeto, los plazos o el cronograma de la actuación, los sujetos a quienes está dirigido, el lugar donde se pueden adquirir los pliegos y las demás cuestiones señaladas en el reglamento; por ende, es un acto que, por su relevancia jurídica, puede ser impugnado de manera autónoma, según lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación. Ahora bien, el acto administrativo de apertura del proceso de selección agota sus efectos, por regla general, con el acto que decide la actuación administrativa, es decir, con el acto que adjudica o el que declara desierto el proceso de selección. Sin embargo, es posible que ese acto de apertura sea retirado del ordenamiento jurídico, de manera definitiva, mediante la

revocatoria directa, es decir, a través de la expedición otro acto administrativo en sentido opuesto. Vista de manera general, la revocatoria directa constituye un medio de control administrativo que ejercen las autoridades públicas respecto de sus propios actos y que les “... permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad...”, del interés público o de derechos fundamentales. NOTA DE RELATORIA: En relación con la noción de

revocatoria directa, consultar Sección Segunda, sentencia de 31 de mayo de 2012, rad. 68001-23-31-000-2004-01511-01(0825-09)

REVOCATORIA DIRECTA DE LOS ACTOS DE CARACTER GENERAL Y PARTICULAR - Diferencias

La diferencia entre la revocatoria de los actos de carácter general (derogatoria) y los de carácter particular estriba en que, en relación con los primeros, tal decisión se puede adoptar en cualquier momento (siempre que no haya agotado sus efectos), con la expedición de otro acto que se limite a dejarlo sin validez, o que modifique su contenido o lo reemplace en su totalidad, sin que para ello se requiera nada más que la voluntad de la administración, pues, debido a su esencia impersonal y abstracta, no consolida una situación jurídica particular y concreta y, por lo mismo, no requiere consentimiento alguno para eliminarlo del universo jurídico. En cambio, en relación con los segundos, el ordenamiento jurídico ha dispuesto un procedimiento reglado que exige el consentimiento del particular en cuyo favor fue expedido, tal como lo dispone el artículo 73 del C.C.A., por cuanto tal medida (la revocatoria) puede afectar situaciones particulares consolidadas, las cuales deben ser protegidas, en los términos de los artículos 29 y 58 de la Constitución; pero, la administración puede revocar directamente los actos de carácter particular y concreto y sin el consentimiento expreso del afectado cuando éstos sean producto del silencio administrativo positivo o cuando fuere evidente que ocurrieron por medios ilegales, según se advierte de la lectura del inciso segundo del artículo 73 del C.C.A.(...) Sobre el particular, resulta pertinente recordar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, hasta antes del 16 de julio de 2002, sólo admitía la posibilidad de que fueran revocados directamente, sin el consentimiento expreso del particular afectado, los actos administrativos de carácter particular y concreto provenientes del silencio administrativo positivo. NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular consultar Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 1 de septiembre de 1998, exp. S-405

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 73 /
CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO
58

ACTO DE APERTURA DEL PROCESO - La administración no puede revocar directamente el acto de apertura del proceso de selección, sin el consentimiento expreso de los participantes que hubieran presentado sus ofertas dentro del plazo de la licitación.

[E]l acto administrativo de apertura puede ser revocado directamente por la administración hasta antes de que agote sus efectos jurídicos, es decir, hasta antes de que se adjudique o se declare desierto el proceso de selección; pero, en cada caso, debe observar las situaciones jurídicas que se han generado y las razones que conducen a adoptar la decisión, para evitar que el acto revocatorio surja viciado de nulidad. En ese sentido, lo puede hacer discrecional mente hasta antes de que los interesados presenten sus ofertas dentro del proceso de

selección, porque hasta ese momento ninguna situación particular puede afectar; pero, cuando ya se haya presentado alguna oferta, para revocar el acto la administración debe iniciar la actuación de que trata el artículo 28 del C.C.A. y solicitar el consentimiento de quien o quienes la hayan presentado dentro del plazo previsto en los pliegos de condiciones. En este último caso, de no contarse con tal consentimiento, si se produce la revocatoria el acto surge viciado de nulidad por expedición irregular, a menos que se presente el supuesto previsto en la parte final del inciso segundo del artículo 73 del C.C.A. (que el acto haya ocurrido “por medios ilegales”), caso en el

cual la administración puede revocarlo directamente, en cualquier estado del proceso de selección (hasta antes de la adjudicación o de la declaratoria de desierto), sin que entonces requiera el consentimiento expreso de los participantes. Ahora, al margen de que el acto de revocatoria sea legal, si con éste se causa un daño antijurídico, la administración está en la obligación de repararlo, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política y el afectado puede solicitar su protección por la vía judicial, a través de la acción contencioso administrativa que resulte procedente.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 73

3-NR-1371-2014

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 76001-23-31-000-1998-01093-01(31297)

Actor: CONSORCIO AGUAS DEL PACIFICO Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE BUENAVENTURA

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 14 de octubre de 2003 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la cual negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.-

Mediante escrito radicado el 29 de julio de 1998 en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Aguas de Manizales S.A. E.S.P., Constructora Castilla Ltda., Operadores de Servicios, Roberto Jaramillo Cárdenas, Juan Bernardo Botero Botero y Mario Mejía Restrepo, integrantes del Consorcio Aguas del Pacífico, actuando por conducto de apoderado, formularon demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., contra el municipio de Buenaventura, con el fin de obtener la declaración de nulidad de la Resolución 050, del 30 de marzo de 1998, “Por medio de la cual se revoca la Resolución No. 315 del 25 de septiembre de 1997” y la condena al pago de los perjuicios materiales causados al consorcio por la expedición ilegal de aquél, en cuantía superior a \$5.838’893.923.00 correspondiente “... a las utilidades que esperaba percibir durante veinte (20) años, que duraría el contrato” (fl. 152, C. 1).

En subsidio, solicitaron que la condena fuera proferida a favor de cada uno de los integrantes del

mencionado consorcio, en proporción a la participación de cada uno de ellos y en la cuantía señalada en el párrafo anterior.

Asimismo, solicitaron la condena al pago a favor del consorcio de \$50'000.000.oo, por concepto de los gastos de preparación de la propuesta.

En subsidio, solicitaron la condena señalada en el párrafo anterior a favor de cada uno de los integrantes del citado consorcio, en proporción a la participación de cada uno de ellos.

Solicitaron la condena en costas a cargo del demandado y el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

1. Hechos.- Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden compendiar así:

2.1.- Mediante Acuerdo Municipal 11 de 1997, el Concejo de Buenaventura facultó al Alcalde para que liderara, convocara y participara en la creación e implementación de la empresa de economía mixta de acueducto y alcantarillado del municipio.

Con miras a lo anterior, se autorizó al Alcalde para "... constituir, mediante convocatoria pública, una Empresa de Economía Mixta cuyo objeto será la gestión, administración, ejecución y prestación de los servicios de Acueducto y Alcantarillado ..." (fl. 154, C. 1); además, dispuso que dicha empresa contara con un operador que sería elegido previa convocatoria de "... licitación pública Internacional (sic) ..." (ibídem).

2.2.- En desarrollo del citado acuerdo, el Alcalde de Buenaventura profirió la Resolución 315, del 25 de septiembre de 1997, "POR MEDIO DE LA CUAL SE ORDEA (SIC) LA APERTURA DE LA LICITACION PUBLICA (SIC) C.A.M. -05-97", cuyo objeto era "La Creación e implementación de la Empresa de Economía Mixta de Acueducto y Alcantarillado del Municipio de Buenaventura"(fl. 156, C. 1).

Pese a lo anterior, el aviso de la convocatoria señalaba que el objeto de la licitación era la recepción de ofertas para la "... operación, administración y mantenimiento de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado ..." (ibídem) del casco urbano de Buenaventura.

2.3.- Los demandantes constituyeron el Consorcio Aguas del Pacífico, con el objeto de presentar una propuesta en la mencionada licitación pública y, eventualmente, con el fin de celebrar y ejecutar el contrato que pudiera surgir del proceso de selección.

2.4.- Al cierre de la licitación, sólo presentaron propuesta el "CONSORCIO AGUAS DEL PACÍFICO Y ACUA SERVICIOS Y OTROS" (fl. 159, C. 1).

Según los demandantes, su propuesta reunía todas las condiciones y exigencias previstas en los pliegos de condiciones y, además, era la más favorable para los intereses de la administración.

2.5.- En abril de 1998, el Consorcio Aguas del Pacífico recibió un oficio en el cual informaba que la administración municipal profirió la Resolución 050, del 30 de

marzo de 1998, a través de la cual revocó la Resolución 315, del 25 de septiembre de 1998, "POR MEDIO DE LA CUAL SE ORDEA (SIC) LA APERTURA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA CAM-005-97" (fl. 167, C. 1).

En sentir de los demandantes, el municipio de Buenaventura no tuvo en cuenta que, al producirse

el cierre del proceso de selección, les creó a los participantes el derecho de que se decidiera la licitación pública; sin embargo, la administración decidió interrumpir abruptamente el mencionado proceso con violación de la garantía del derecho de audiencia y de publicidad, pues la decisión de revocatoria no fue notificada debidamente, como lo ordena la ley.

2.6.- Añadieron los demandantes que la Resolución demandada fue falsamente motivada, por cuanto en ella se realizaron unas interpretaciones amañadas del Acuerdo 11 de 1997.

Precisaron, además, que el acto cuestionado generó perjuicios económicos a los integrantes del Consorcio Aguas del Pacífico, pues éstos incurrieron en gastos por la elaboración y la presentación de la propuesta; además, impidió que percibieran las utilidades que proyectaban recibir con la ejecución del contrato (fls. 154 a 174, C. 1).

3.- Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación.-

La demanda invocó como violados los artículos 6 y 29 de la Constitución Política, 3, 23, 24 (numerales 2, 6 y 7), 25 (numerales 1, 2, 3, 4 y 7), 26 (numeral 1), 28, 29, 30 (numerales 1, 5, 7 y 8), 51 y 77 de la Ley 80 de 1993, 14, 34, 73, 74 y 88 del Código Contencioso Administrativo.

3.1.- Violación de los artículos 6 y 29 de la Constitución Política.-

Según los demandantes, el Alcalde de Buenaventura profirió un acto administrativo sin cumplir con los requisitos contemplados en la ley y, por ende, con extralimitación de sus funciones; además, violó el debido proceso, porque no adelantó el procedimiento que la ley determina para revocar un acto administrativo de carácter particular y porque no lo notificó a través de las formas previstas por el ordenamiento jurídico.

3.2.- Violación de los artículos 3, 23, 24 (numerales 2, 6 y 7), 25 (numerales 1, 2, 3, 4 y 7), 26 (numeral 1), 28, 29, 30 (numerales 1, 5, 7 y 8), 51 y 77 de la Ley 80 de 1993.-

Las citadas normas se desconocieron porque la administración interrumpió el procedimiento administrativo orientado a mejorar y dar continuidad al servicio público de acueducto y alcantarillado del municipio de Buenaventura y porque, al revocar el acto de apertura, se desconocieron los principios que informan la actividad contractual del Estado.

En efecto, se desconoció el principio de transparencia, porque no se notificó el acto administrativo demandado y, además, porque no se permitió conocer a los interesados los antecedentes administrativos que dieron lugar a que se adoptara tal decisión.

Adicionalmente, se vulneró el mencionado principio, porque los pliegos de condiciones contenían las reglas suficientes y claras, para realizar la escogencia objetiva del contratista. A lo anterior, añadió que la escueta motivación del acto de revocatoria escondió la verdadera intención que se perseguía con su expedición.

Otra de las razones por las cuales, en sentir de los demandantes, se desconoció el principio de transparencia, estriba en que la administración no podía revocar el acto administrativo sin el expreso consentimiento de los afectados, pues de esta manera se vulneró el derecho que tenían los oferentes de obtener la definición del proceso de selección.

En opinión de los demandantes, se vulneró el principio de economía, porque, de un lado, se “... buscó un presunto error en la forma, que no existió para dejar sin efecto un proceso de selección” (fl. 179, C. 1) y, de otro lado, se pretendieron acomodar unos motivos, para proceder a la

revocatoria y, además, porque se dilataron los plazos perentorios y preclusivos previstos en el pliego, para, finalmente, dejar sin efectos la actuación administrativa.

El principio de responsabilidad fue soslayado, porque al proferir el acto demandado el Alcalde no tuvo en cuenta los fines perseguidos con la contratación.

La administración desconoció los principios "... de (sic) buena fe, igualdad y el equilibrio económico" (fl. 180, C. 1), las reglas que informan la selección objetiva y las que indican cómo se estructura un proceso de selección.

Señalaron los demandantes que si el acto administrativo de apertura del proceso de selección era ilegal, la administración debió demandarlo a través de la acción de lesividad y no revocarlo a través de otro acto, porque de esta manera se desconocieron los derechos subjetivos de los participantes en el proceso de selección, con violación de los artículos 50, 51 y 77 de la Ley 80 de 1993.

3.3.- Violación de los artículos 14, 34, 73, 74 y 88 del C.C.A.-

El municipio de Buenaventura vulneró las mencionadas disposiciones, porque los demandantes no fueron citados a la actuación que terminó con la expedición del acto demandado; por consiguiente, no pudieron aportar pruebas y, además, porque el acto de apertura del proceso de selección no era susceptible de ser revocado directamente, sin el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho, es decir, de los demandantes (fls. 174 a 195, C. 1).

4.- La actuación procesal.-

Por auto del 21 de abril de 1999, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda, ordenó la notificación personal de la providencia al Alcalde de Buenaventura y al agente del Ministerio Público, dispuso la fijación en lista del negocio y reconoció personería al apoderado de la parte demandante (fls. 220 y 221, C. 1).

4.1.- La contestación.-

Dentro del término de fijación en lista, el municipio de Buenaventura, por conducto de apoderado, contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó unos como ciertos, otros como parcialmente ciertos, dijo no constarle algunos más y negó la categoría de hechos a ciertos enunciados de la demanda (fls. 237 a 240, C. 1).

Como razones de la defensa, sostuvo que el acto de apertura del proceso de selección es un acto de mero trámite que no otorgó ningún derecho particular a los

demandantes, razón por la cual la administración no requería agotar el procedimiento contemplado en los artículos 73 y 74 del C.C.A., para revocarlo directamente.

Sostuvo que la Resolución 050 del 30 de marzo de 1998 contiene un acto administrativo de carácter definitivo que fue expedido con el fin de revocar el acto de apertura de la licitación pública internacional CAM 005-97.

La administración decidió revocar directamente el precitado acto de apertura, por las múltiples ambigüedades e imprecisiones que presentaba el Acuerdo Municipal 11 de 1997, específicamente, porque en el mencionado acuerdo se facultaba al Alcalde para constituir una empresa de economía mixta que se encargara de la gestión, administración, ejecución y

prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado de Buenaventura; pero, se señalaba que esa empresa debía tener un operador de servicios; sin embargo, la lógica indicaba que primero debía conformarse la sociedad y luego escogerse al operador, pues no tendría sentido que se seleccionara el operador de una empresa inexistente.

La empresa de economía mixta aún no se hallaba constituida y, por lo mismo, la actuación tendiente a escoger al operador del servicio era ilegal, de modo que, de haber continuado el proceso de selección, el acto de adjudicación habría sido nulo por infringir las normas en que debía fundarse (artículo 1 del Acuerdo 11 de 1997) y el contrato habría nacido viciado de nulidad, por desviación de poder.

Afirmó que el acto que revocó directamente la apertura del proceso de selección fue conocido por los demandantes, pues, mediante escrito del 8 de julio de 1998, el representante legal del Consorcio Aguas del Pacífico solicitó la expedición de una copia auténtica de la resolución que lo contenía, para ejercer la acción contencioso administrativa procedente, de tal suerte que en la mencionada fecha se dio por notificado, por conducta concluyente.

Propuso como excepciones las que denominó “INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR NO AGOTAR VÍA GUBERNATIVA” e “INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN” (fls. 254 y 255, C. 1).

5.- Los alegatos de primera instancia.-

5.1.- El municipio de Buenaventura reiteró las razones expuestas en la contestación de la demanda, referidas a que el acto de apertura del proceso de selección no generaba derecho alguno a favor de los demandantes y a que la revocatoria de dicho acto era imprescindible, porque aquél era abiertamente ilegal.

Solicitó que las pretensiones de la demanda fueran negadas (fls. 398 a 406, C. 1).

5.2.- La parte actora señaló que el municipio demandado no remitió al proceso la totalidad de la prueba documental decretada en el auto de pruebas y que tal conducta era constitutiva de indicio grave en contra del demandado.

Señaló que la administración, una vez transcurrido el plazo de la licitación, sólo podía adjudicar o declarar desierto el proceso de selección, pero no podía revocar el acto de apertura del proceso de selección.

Solicitó que se accediera a las pretensiones de la demanda (fls. 420 a 431, C. 1).

6.- La sentencia recurrida.-

Mediante fallo del 14 de octubre de 2003, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca puso fin a la controversia, en primera instancia, negando las pretensiones de la demanda.

Para lo anterior, el Tribunal precisó que correspondía “... a través del material probatorio acreditar que la actuación administrativa discutida es inválida, por la índole de ella (sic) controversia y por las circunstancias que ella presenta (sic) el enfoque consistía en desvirtuar los motivos aducidos por la administración como irreales o manifiestamente superfluos, pero ello no fue establecido en el debate procesal” (fl. 453, C. Consejo).

Añadió que “... una parte de la doctrina considera más viable el encauzamiento de la controversia

por una acción de responsabilidad como lo es la acción de reparación directa con la perspectiva de DAÑO ANTIJURÍDICO, como daño que los licitantes no estaban obligados a soportar independientemente del actuar ajustado a derecho de la administración” (ibídem).

Consideró inocuo analizar las excepciones propuestas, por cuanto las pretensiones de la demanda estaban condenadas al fracaso (fls. 434 a 454, C. Consejo).

7.- El recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico (fl. 455, C. Consejo), con el fin de obtener la revocatoria del fallo de primera instancia y que, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, cuestionó la afirmación del Tribunal referida a que la acción de reparación directa es la adecuada para obtener el resarcimiento de los perjuicios causados en este tipo de eventos.

Insistió en que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la adecuada para analizar las pretensiones de la demanda. Citó jurisprudencia de esta Corporación, para sustentar su postura.

Adujo que la administración no podía revocar el acto administrativo de apertura del proceso de selección, sin contar con el consentimiento de los participantes, pues al producirse el cierre de la licitación se creó una situación jurídica a favor de ellos, lo que impedía que lo retirara del ordenamiento jurídico directamente y sin agotar el procedimiento previsto en el Código Contencioso Administrativo, de modo que, si la administración consideraba que el acto de apertura vulneraba el orden jurídico, debió demandarlo ante la jurisdicción, en ejercicio de la acción de lesividad.

Señaló que la parte actora realizó todas las actuaciones tendientes a demostrar los hechos y las pretensiones de la demanda, pero el municipio no obró con lealtad procesal y se abstuvo de remitir al proceso algunas de las pruebas documentales decretadas por el Tribunal. Por tal razón, censuró la decisión de primera instancia en cuanto afirmó que el demandante no probó que la actuación de la administración fuera inválida.

Precisó que, al margen de lo anterior, las pruebas que militan en el proceso demuestran que la propuesta del consorcio demandante era la mejor, que con la ejecución del contrato pretendía percibir una utilidad en la cuantía indicada en la demanda y que, para elaborar y presentar la propuesta, incurrió en los gastos señalados en la demanda (fl. 466 a 493, C. Consejo).

8.- El traslado para alegar en segunda instancia y el concepto del Ministerio Público.-

Por auto del 30 de septiembre de 2005 se corrió traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto (fl. 496, C. Consejo).

Todos los sujetos procesales guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

I. La competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora

contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 14 de octubre de 2003, por cuanto la cuantía del proceso, determinada por la pretensión de mayor valor, asciende a \$5.838'893.923¹. Para la época de interposición de la demanda ² eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya cuantía excediera de \$4'320.000.00³, monto que, como se puede observar, se encuentra ampliamente superado. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

II.- Análisis del recurso.-

¹ Pretensión 2-A de condena.

² 29 de julio de 1998.

³ Artículo 2º del Decreto 597 de 1988.

La competencia funcional del juez de segunda instancia está limitada por las razones de inconformidad expresadas por el recurrente en el escrito de sustentación del recurso de apelación y no por el mero acto procesal dispositivo de parte, a través del cual manifiesta, de manera abstracta, impugnar la respectiva providencia.

Lo anterior significa que las competencias funcionales del juez de la apelación, cuando el apelante es único, no son irrestrictas, pues están limitadas, en primer lugar, por el principio de la “non reformatio in pejus”, introducido como precepto en el artículo 31 de la Constitución Política y consagrado por el artículo 357 del C. de P. C. y, en segundo orden, por el objeto mismo del recurso de apelación (revocar o modificar la providencia), cuyo marco está definido, a su vez, por las razones de inconformidad o juicios de reproche esbozados por el apelante, en relación con la situación creada por el fallo de primera instancia.

Así, pues, al juez de segundo grado le está vedado, en principio y salvo las excepciones hechas por el legislador⁴, revisar temas del fallo de primer grado que son aceptados por el recurrente (bien porque omite reargüirlos en la sustentación del recurso de apelación o bien porque expresamente los elimina de la discusión manifestando su asentimiento en relación con ellos), pues éstos quedan excluidos del siguiente debate y, por lo mismo, debe decirse que, frente a dichos aspectos, fenece por completo el litigio o la controversia.

En este caso, la inconformidad del recurrente, respecto del fallo de primer grado, radica en tres aspectos fundamentales, a saber: a) la idoneidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para obtener la reparación de los perjuicios causados por la terminación del proceso de escogencia del contratista, b) la ilegalidad del acto administrativo que revocó directamente el acto de apertura del proceso de selección, específicamente, por la falta de consentimiento de los participantes para adoptar la decisión administrativa y c) la prueba de los perjuicios.

⁴ El artículo 357 del C. de P.C. consagra la excepción, al señalar que el superior no puede modificar la providencia apelada en la parte que no fue recurrida, a menos que “... en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella...” –conexidad-. También cuando la providencia ha sido cuestionada por ambas partes (de manera directa o por adhesión), o cuando la sentencia impugnada es inhibitoria, o cuando por razones de orden público se hace necesario introducir modificaciones al fallo de primer grado

(ver Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, casación del 8 de septiembre de 2009, exp. 11001-3103-035-2001-00585-01).

Lo anterior significa que los demás cargos de ilegalidad que la parte actora formuló en la demanda quedaron al margen del debate de segunda instancia, pues ninguna mención de ellos hizo en el recurso de apelación, lo que quiere decir que aceptó que el fallo de primera instancia los desestimara.

En ese sentido, el análisis de la Sala se limitará, exclusivamente, a los aspectos censurados a través del escrito de sustentación del recurso de apelación.

1.- La acción procedente.-

En reiteradas oportunidades, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que, en las acciones contencioso administrativas de carácter subjetivo, la fuente del daño determina el medio de control procedente para analizar la controversia⁵ y, ésta, a su vez, la que establece la técnica apropiada en la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional, de manera que si, por ejemplo, el daño tiene origen en la ilegalidad de un acto administrativo de carácter particular y concreto, la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho, pues, para obtener el restablecimiento de los derechos subjetivos y la indemnización de los perjuicios causados, resulta menester emitir pronunciamiento acerca de la nulidad del acto, para efectos de desvirtuar las presunciones de legalidad y de veracidad que reviste y que hacen obligatorio su cumplimiento y obediencia, en los términos del artículo 66 del C.C.A.

Pero, si el origen del daño no estriba en un acto administrativo, sino en un hecho jurídico (acción), una omisión o una operación administrativa, la acción procedente será la de reparación directa.

Ahora, resulta importante precisar que, en algunos eventos, el origen del daño antijurídico, es decir, aquel que el administrado no está en la obligación de soportar, surge de la expedición de un acto administrativo legal, cuya validez es incuestionable. En este caso, resulta improcedente promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para obtener la indemnización de los perjuicios causados a través del acto, pues esta acción y la de simple nulidad están instituidas, en esencia, para controlar la legalidad de los actos administrativos y

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 15.906. En el mismo sentido, ver sentencia del 13 de mayo de 2009, exp. 15.652.

para pretender la declaración de nulidad de los mismos, con el fin de restablecer el orden jurídico que se ha visto alterado por causa del acto viciado de nulidad, con efectos ex tunc. La acción idónea para canalizar las pretensiones indemnizatorias, en este caso, es la de reparación directa.

Las anteriores precisiones resultan importantes para determinar cuál es la acción procedente para debatir la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) de la administración pública, pues a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, en la contratación estatal la etapa precontractual se gestiona a través de una actuación administrativa reglada que se debe ceñir a todo el plexo axiológico enunciado por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y ello implica que las entidades administrativas se deben manifestar a través de actos administrativos, hechos, reglamentos y simples actos de la administración⁶ que, por supuesto, son susceptibles de los

medios de control jurisdiccional en la forma prevista por el ordenamiento jurídico.

Por tal razón, no es posible afirmar de manera categórica que la responsabilidad precontractual de la administración pública es susceptible de ser analizada a través de una sola de las acciones que consagra el Código Contencioso Administrativo, pues será la particularidad de cada caso lo que determine la acción procedente, con sujeción a los criterios anotados.

En efecto, el supuesto de responsabilidad precontractual de la administración pública que con más frecuencia se presenta es el que tiene origen en la ilegalidad del acto previo de adjudicación, caso en el cual, para que se abra paso la indemnización por haber sido privado del derecho de ser el adjudicatario del proceso de selección, el demandante está en la obligación de acreditar, de una parte, que el acto administrativo efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, que, efectivamente, su propuesta era la mejor y la más conveniente para la administración -en términos del servicio público-, es decir, que su propuesta era la que debía ser favorecida con la adjudicación, por cumplir la totalidad de los requisitos legales y de los contemplados en el respectivo pliego de condiciones, que es la ley del proceso de selección y la que materializa los criterios que informan el deber de selección objetiva, tal como lo dispone el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

⁶ DROMI, José Roberto: “La Licitación Pública”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.

Cosa similar sucede cuando el perjuicio se genera por la ilegalidad del acto administrativo previo a través del cual se declara desierto el proceso de selección.

Estas acciones tienen fundamento en el artículo 87 del C.C.A., el cual, para la fecha en que fue interpuesta la demanda que dio origen al presente proceso (29 de julio de 1998), se hallaba vigente con la subrogación hecha por el artículo 17 de Ley 446 de 1998⁷.

Señalaba el inciso segundo de la norma en cita: “Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”.

La norma introdujo, nuevamente⁸, la noción de actos previos o separables del contrato⁹ y añadió varios aspectos que merecen ser destacados: i) permitió varias opciones para ejercer su control por vía jurisdiccional, mediante tres clases de acciones, la de nulidad, la de nulidad y restablecimiento del derecho y la contractual propiamente dicha, ii) estableció como condición para incoar las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los actos separables, que el contrato no hubiera sido celebrado¹⁰, iii) la oportunidad para ejercer las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos separables del contrato, es decir, aquellos proferidos antes de la celebración del mismo, con ocasión de la actividad contractual¹¹, fue fijada en 30 días, contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto, lo

⁷ Vigente a partir de su publicación (artículo 163). Diario Oficial 43.335 de 8 de julio de 1998.

⁸ El texto original del artículo 87 del Decreto 01 de 1984 acuñaba la noción de actos separables

del contrato, cuyo control se ejercía a través de las “otras acciones” previstas en el mismo código.

⁹ Sobre los actos previos o separables del contrato, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 7 de abril de 2011, exp. 14.827.

¹⁰ En una reciente sentencia de esta subsección, la Sala analizó las distintas hipótesis que se pueden presentar respecto de la declaración de nulidad de los actos previos al contrato, con ocasión de la actividad contractual y el término de caducidad aplicable a cada caso específico (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. 25.646).

¹¹ Con la aclaración de que la actuación administrativa no siempre culmina con la celebración del contrato; sin embargo, desde 2006, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha entendido que todos los actos previos proferidos con ocasión de la actividad contractual pueden ser demandados dentro de los treinta (30) días que prevé la norma, incluso aquel que declara desierta la licitación, porque éste también es proferido con ocasión de esa actividad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 2 de agosto de 2006, exp. 29.231).

cual constituye una excepción a la regla general, puesto que se aplica un plazo de caducidad diferente al previsto para estas mismas acciones cuando se impugnan actos administrativos de naturaleza distinta ¹² y después de celebrado el contrato y iv) los actos precontractuales pueden ser impugnados mediante la acción contractual, pero con el único propósito de obtener la nulidad absoluta de éste, como resultado de la ilegalidad del acto demandado.

Pero existen otros casos que dan lugar a la responsabilidad precontractual, donde lo que se persigue es el llamado interés patrimonial negativo o de confianza, como sucede cuando una de las partes se sustrae de la obligación de celebrar el contrato en la fecha convenida, sin justo y atendible motivo, caso en el cual, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la acción de reparación directa es la idónea para solicitar la indemnización de perjuicios que se causan (interés negativo), pues el artículo 86 del C.C.A. señala que “... la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa”, al paso que el artículo 90 de la Constitución Política prevé que el “Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Obsérvese que en estos casos la acción de responsabilidad extracontractual es procedente, porque, a pesar de que puede mediar un acto administrativo (generalmente el de adjudicación), éste no es el generador del daño; por el contrario, es el que otorga el derecho cuyo desconocimiento engendra la obligación indemnizatoria.

A este respecto, la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia del 7 de junio de 2001, dijo:

“... no existe reparo alguno en que sea la acción de reparación directa prevista en el art. 86 C.C.A. la adecuada para definir el litigio planteado por la demandante, porque en ese caso la obligación de indemnizar no tiene origen en los vicios del proceso licitatorio del cual salió favorecida, ni tampoco en un contrato como fuente de obligaciones, ya que éste no llegó a celebrarse, ‘sino en el daño asumido por ella como consecuencia de la omisión del Hospital Sandiego de Cereté de suscribir el contrato que le había adjudicado’ ... ”¹³.

¹² Por regla general, los actos administrativos pueden ser demandados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso (artículo 136, numeral 2 del C.C.A.) y a través de la acción de simple nulidad en cualquier tiempo (numeral 1 ibídem).

13 Exp. 13.405.

Por lo anterior, en materia contencioso administrativa, la obligación indemnizatoria en la etapa precontractual puede tener origen en la ilegalidad de la actuación administrativa que genera la nulidad del acto previo o en un hecho con relevancia jurídica que puede ocasionar daños, por el incumplimiento de las pautas que informan la buena fe y los deberes secundarios de conducta durante la etapa preliminar o de formación del contrato, como se dijo en precedencia, de manera que, según las circunstancias específicas, las pretensiones se pueden orientar a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de la acción de controversias contractuales o de la acción de reparación directa.

En el caso que analiza la Sala, los demandantes ubicaron la causa de los perjuicios en la ilegalidad del acto administrativo que revocó directamente el acto de apertura de la licitación pública CAM-005-97 y, en ese sentido, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida es idónea para analizar las pretensiones de la demanda, tal como lo establece el artículo 87 del C.C.A. (subrogado por el artículo 17 de la Ley 446 de 1998), pues se trata de un acto administrativo previo, proferido con ocasión de la actividad contractual que puso fin a la actuación administrativa tendiente a seleccionar al contratista de la administración, de modo que, al margen de que los pedimentos de orden declarativo y condenatorio tengan o no vocación de éxito, desde el punto de vista estrictamente procesal el instrumento ejercitado es el apropiado.

No obstante, tal como lo señaló el Tribunal de primera instancia, en este caso específico el demandante bien pudo haber promovido la acción de reparación directa, sin cuestionar la legalidad del acto administrativo que puso fin al proceso de selección; pero, en esta hipótesis, generalmente el interés indemnizable se reduce al reconocimiento de los gastos en que incurrió el oferente en la elaboración y en la presentación de la propuesta y a la pérdida de oportunidad de haber celebrado y ejecutado otro contrato, perjuicios éstos que tienen relación con la terminación anormal del proceso de escogencia, pues al revocarse el acto de apertura del proceso de selección, por exclusiva voluntad de la entidad pública, se eliminó la legítima expectativa que tenían los oferentes de que el proceso de selección continuara y, ello es un hecho que desconoce la buena fe y la confianza legítima que debe gobernar el iter contractual.

Lo que no podría pretender el oferente, en la anterior hipótesis, es el reconocimiento de la utilidad esperada con la ejecución del frustrado contrato, pues tal tipo de perjuicio no tiene origen en la terminación de la actuación administrativa, sino en la ilegalidad de la decisión, es decir, del acto administrativo previo que culmina el proceso de escogencia y que desconoce el derecho del oferente de ser adjudicatario; por tal razón, para que esta última pretensión se abra paso, el demandante requiere acreditar que el acto administrativo efectivamente desconoció normas superiores del ordenamiento jurídico y que su propuesta era la mejor y la más conveniente para la administración.

2.- El acto de apertura del proceso de selección y la revocatoria directa de dicho acto.-

Generalmente, la actuación administrativa preparatoria, orientada a seleccionar al contratista de

la administración, se desarrolla en dos fases: una interna y otra externa¹⁴.

La primera de dichas fases es previa al procedimiento administrativo de selección y la desarrolla internamente la entidad administrativa. Comprende, entre otros aspectos, la identificación de la necesidad que requiere satisfacer la administración, la forma en que la debe suplir la necesidad, la identificación del proceso de selección apropiado, la solicitud de autorizaciones, la realización de los estudios previos, de los estudios del sector, la consulta de los precios del mercado, la elaboración del proyecto de pliego de condiciones, etc., y la segunda fase (la externa) es la etapa precontractual propiamente dicha, que inicia con el acto administrativo de apertura del proceso de selección, que es aquel por medio del cual la administración declara o exterioriza, con fuerza vinculante, la voluntad de iniciar un procedimiento administrativo orientado a escoger a su contratista (artículo 30, numeral 1, Ley 80 de 1993).

Contrario a lo que adujo la parte actora a lo largo de todo el proceso, se trata, indiscutiblemente, de un acto administrativo de carácter general que crea una situación jurídica abstracta e impersonal dirigida a una pluralidad de sujetos de derecho que no están “individualmente determinados”¹⁵, en la medida en que invita o

¹⁴ DROMI, José Roberto. Ob. cit., pág. 160.

¹⁵ Esta es la nota característica de los actos administrativos de carácter particular, en contraposición con los actos de carácter general, según la clasificación planteada por el tratadista León Duguit y sus discípulos de la escuela de Burdeos (citado por RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo: “Derecho Administrativo General y

convoca públicamente a todo aquel que esté interesado y que cumpla unos requisitos mínimos, para que concurra en igualdad de condiciones a participar en el procedimiento administrativo de escogencia del contratista de la administración, con sujeción a las reglas definidas en los pliegos de condiciones.

En dicho acto se sientan las bases preliminares del proceso licitatorio, pues allí se señalan el objeto, los plazos o el cronograma de la actuación, los sujetos a quienes está dirigido, el lugar donde se pueden adquirir los pliegos y las demás cuestiones señaladas en el reglamento; por ende, es un acto que, por su relevancia jurídica, puede ser impugnado de manera autónoma, según lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación¹⁶.

Ahora bien, el acto administrativo de apertura del proceso de selección agota sus efectos, por regla general, con el acto que decide la actuación administrativa, es decir, con el acto que adjudica o el que declara desierto el proceso de selección.

Sin embargo, es posible que ese acto de apertura sea retirado del ordenamiento jurídico, de manera definitiva, mediante la revocatoria directa, es decir, a través de la expedición otro acto administrativo en sentido opuesto¹⁷.

Vista de manera general, la revocatoria directa constituye un medio de control administrativo que ejercen las autoridades públicas respecto de sus propios actos y que les “... permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad ...”¹⁸, del interés público o de derechos fundamentales.

Técnicamente resulta más atinado hablar de revocatoria de los actos administrativos de carácter particular, individual y concreto y de derogatoria de los actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, pues es éste el fenómeno que se produce cuando una disposición posterior deja sin efecto, total o parcialmente otra anterior, bien sea de forma expresa o de manera tácita; no

Colombiano”, Ed. Temis S.A., Bogotá, 2013, pág. 354. En el mismo sentido, ver: BIELSA, Rafael: “Derecho Administrativo”, Tomo II. Sexta edición. Buenos Aires, 1964, pág. 20).

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 6 de agosto de 1997, exp. 13.495.

¹⁷ En ese sentido, ver, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, Editorial Thomson Civitas, págs. 658 y 659.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 31 de mayo de 2012, rad. 68001-23-31-000-2004-01511-01 (0825-09).

obstante, la misma ley refunde los dos conceptos y se refiere indistintamente a la revocatoria directa en relación con los actos de contenido general y respecto de los de alcance particular y concreto (artículo 71 del C.C.A.).

Al margen de lo anterior, para los fines que interesan al presente proceso, importa destacar que la diferencia entre la revocatoria de los actos de carácter general (derogatoria) y los de carácter particular estriba en que, en relación con los primeros, tal decisión se puede adoptar en cualquier momento (siempre que no haya agotado sus efectos), con la expedición de otro acto que se limite a dejarlo sin validez, o que modifique su contenido o lo reemplace en su totalidad, sin que para ello se requiera nada más que la voluntad de la administración, pues, debido a su esencia impersonal y abstracta, no consolida una situación jurídica particular y concreta y, por lo mismo, no requiere consentimiento alguno para eliminarlo del universo jurídico. En cambio, en relación con los segundos, el ordenamiento jurídico ha dispuesto un procedimiento reglado que exige el consentimiento del particular en cuyo favor fue expedido, tal como lo dispone el artículo 73 del C.C.A., por cuanto tal medida (la revocatoria) puede afectar situaciones particulares consolidadas, las cuales deben ser protegidas, en los términos de los artículos 29 y 58 de la Constitución; pero, la administración puede revocar directamente los actos de carácter particular y concreto y sin el consentimiento expreso del afectado cuando éstos sean producto del silencio administrativo positivo o cuando fuere evidente que ocurrieron por medios ilegales, según se advierte de la lectura del inciso segundo del artículo 73 del C.C.A., que dice:

“Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales”.

Sobre el particular, resulta pertinente recordar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, hasta antes del 16 de julio de 2002, sólo admitía la posibilidad de que fueran revocados directamente, sin el consentimiento expreso del particular afectado, los actos administrativos de carácter particular y concreto provenientes del silencio administrativo positivo. Al respecto, sostuvo:

"A diferencia del decreto 2733 de 1959, el Decreto 01 de 1984 contempló dos excepciones a la prohibición de revocar los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas o reconocedores de derechos de igual categoría, sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular:

- a. La prevista en el inciso 2 del artículo 73 antes transcrito, es decir que la administración tiene la potestad de revocar unilateralmente los actos administrativos que resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, para lo cual pueden presentarse dos situaciones:

“-Que se den las causales contempladas en el artículo 69 del C.C.A., en otras palabras, cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política y a la ley, cuando no estén conformes con el interés público o social o atenten contra él o cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

“-Que sea evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

- a. El inciso final de dicho artículo (73), permite la revocatoria de los actos administrativos, cuando sea necesaria para corregir simples errores aritméticos o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión. Esta disposición no constituye propiamente una excepción a la prohibición que se examina, sino que puede considerarse como un instrumento adecuado para corregir imprecisiones que no inciden en el fondo de determinado acto administrativo.

“No obstante, es necesario aclarar que la posibilidad que tienen las autoridades de revocar los actos administrativos es referida únicamente a los derivados del silencio administrativo positivo, en tales excepciones no se halla comprendida la disposición contemplada en el inciso 1 del artículo 73. Se agrega que a la luz del artículo 41 *ibídem*, solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.

“Hechas las anteriores precisiones, se puede afirmar que es verdad incontrovertible que si se reúnen los presupuestos legales para la revocación del acto, la administración debe solicitar a su respectivo titular el consentimiento expreso y escrito; si no lo obtiene, no estando autorizada para revocarlo, debe demandar su anulación ante la autoridad judicial competente. Es la filosofía que orienta el artículo 73 del C.C.A., una de las normas garantes de la seguridad jurídica, del respeto y vigencia de los derechos de los asociados dentro del Estado Social de Derecho. Este criterio se ha mantenido uniforme, no solo en distintos pronunciamientos de la Sala Plena de la Corporación, sino también en sus Secciones”¹⁹.

Pero, en sentencia de 16 de julio de 2002²⁰, la misma Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación revisó el entendimiento que le venía dando al artículo transcrito, para precisar que, “... tal como quedó redactada la norma del artículo 73, son dos las circunstancias bajo las cuales procede la revocatoria de un acto que tiene efectos particulares, sin que medie el consentimiento del afectado: una, que tiene que ver con la aplicación del silencio administrativo y otra, relativa a que el acto hubiere ocurrido por medios ilegales”²¹.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1 de septiembre de 1998.

²⁰ Expediente IJ-029.

21 *Ibíd.*

Todo lo anterior significaría, en principio, que el acto administrativo de apertura del proceso de selección se podría revocar sin necesidad de agotar el procedimiento establecido en los artículos 73 y 74 del C.C.A., por tratarse de un acto administrativo de carácter general; sin embargo, ocurre que este acto administrativo goza de algunas particularidades que no pueden pasar desapercibidas y que, por lo mismo, se deben tener en cuenta al momento de pensar en la revocatoria directa.

En efecto, el acto de apertura no sólo da inicio al proceso de selección, su principal y más importante característica es que constituye una especie de policitud que realiza la administración pública, para que los interesados, que reúnan ciertas condiciones, formulen sus ofrecimientos en los plazos y con el lleno de los requisitos previstos en los pliegos de condiciones, los cuales, a su turno, deben estar concebidos con sujeción a lo dispuesto por la Constitución y la ley, de tal suerte que, si bien el acto de apertura del proceso de selección, al igual que la policitud (artículo 847 del C. de Co), en principio, no obliga, ni crea, ni modifica situaciones jurídicas particulares y concretas²², una vez los interesados presentan sus respectivas ofertas, dentro del plazo establecido previamente en los pliegos de condiciones, se genera la legítima expectativa de que su propuesta sea considerada y, en ese momento, la oferta pública de la administración, contenida en el acto de apertura del proceso de selección, se particulariza y se convierte en irrevocable, es decir, engendra una situación individual, porque existe una aceptación expresa de ella por parte de quienes realizan sus ofrecimientos y, de esta forma, se comienza a perfilar el negocio jurídico que se proyecta celebrar, de manera que, a partir de ese momento, para revocar el acto administrativo de apertura, la administración debe agotar el procedimiento establecido en los artículos 73 y 74 del C.C.A.; por consiguiente, debe iniciar la actuación administrativa en la forma prevista por el citado artículo 28 y debe solicitar el consentimiento de quienes presentaron formalmente sus propuestas durante el plazo de la licitación y, en caso de que éstos no accedan a la revocatoria, la entidad pública no tiene opción distinta que promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra su propio acto, es decir, debe ejercer la llamada acción de lesividad.

22 La policitud encierra una promesa que no obliga, salvo que exista aceptación por parte de algún interesado (Vid. POTHIER, Robert Joseph: “Tratado de las Obligaciones de Pothier”, Primera parte, ed. Imprenta y Litografía J. Roger, Barcelona, 1939).

Pero, si la revocatoria directa se presenta porque fuere evidente que el acto de apertura “...ocurrió por medios ilegales” (inciso segundo, artículo 73 del C.C.A.)²³, resulta indudable que la administración puede dejarlo sin efectos, directamente, sin necesidad de pedir el consentimiento de quienes puedan resultar afectados por la decisión, pues no tendría sentido que la administración quedara atada por un acto que ha surgido de forma “manifiestamente” ilícita, por el hecho de que el particular se oponga a que la decisión administrativa sea retirada del ordenamiento jurídico.

En suma, el acto administrativo de apertura puede ser revocado directamente por la administración hasta antes de que agote sus efectos jurídicos, es decir, hasta antes de que se adjudique o se declare desierto el proceso de selección; pero, en cada caso, debe observar las situaciones jurídicas que se han generado y las razones que conducen a adoptar la decisión, para evitar que el acto revocatorio surja viciado de nulidad.

En ese sentido, lo puede hacer discrecional mente hasta antes de que los interesados presenten

sus ofertas dentro del proceso de selección, porque hasta ese momento ninguna situación particular puede afectar; pero, cuando ya se haya presentado alguna oferta, para revocar el acto la administración debe iniciar la actuación de que trata el artículo 28 del C.C.A. y solicitar el consentimiento de quien o quienes la hayan presentado dentro del plazo previsto en los pliegos de condiciones. En este último caso, de no contarse con tal consentimiento, si se produce la revocatoria el acto surge viciado de nulidad por expedición irregular, a menos que se presente el supuesto previsto en la parte final del inciso segundo del artículo 73 del C.C.A. (que el acto haya ocurrido “por medios ilegales”), caso en el cual la administración puede revocarlo directamente, en cualquier estado del proceso de selección (hasta antes de la adjudicación o de la declaratoria de desierto), sin que entonces requiera el consentimiento expreso de los participantes.

Ahora, al margen de que el acto de revocatoria sea legal, si con éste se causa un daño antijurídico, la administración está en la obligación de repararlo, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política y el afectado puede solicitar su protección por la vía judicial, a través de la acción contencioso administrativa que

23 Es de anotar que el primer supuesto, es decir, el de la revocatoria directa del acto proveniente del silencio administrativo positivo, es imposible que se presente cuando se trata del acto de apertura del proceso de selección.

resulte procedente, según quedó consignado páginas atrás (ver numeral 1 de estas consideraciones).

En este caso específico, el Alcalde de Buenaventura, a través del acto administrativo cuestionado, revocó directamente la Resolución 315, del 25 de septiembre de 1997, “POR MEDIO DEL CUAL SE ORDEA (SIC) LA APERTURA DE LA LICITACION PUBLICA C.A.M.-005-97”, bajo la aducción de la causal 1 del artículo 69 del C.C.A., por cuanto el acto era manifiestamente opuesto a la Constitución Política y a la ley.

Para motivar la revocatoria directa la administración señaló, en lo esencial (se transcribe como aparece a folio 132 a 134, C. 1):

“... la Resolución 315 extralimita las autorizaciones concedidas por el Honorable Concejo Municipal en el Acuerdo No. 11, pues en virtud de aquella no se realiza la convocatoria para la constitución de una sociedad de economía mixta, tal como lo ordena el mencionado Acuerdo, sino que se decreta la apertura de una licitación pública para escoger un operador que administre el sistema de agua potable y alcantarillado en el municipio de Buenaventura”.

“... en consecuencia la Resolución 315 es claramente violatoria del Acuerdo No 11

...

“Que el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo establece que:

“Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte en cualquiera de los siguientes casos:

“1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley.

“Que en la presente oportunidad se reúnen las condiciones para proceder de oficio a la revocatoria directa de la Resolución 315 de 1997, con fundamento en el numeral 1º. Del artículo

69 del Decreto 01 de 1984”.

En opinión de la parte recurrente, la administración pública no podía revocar el acto administrativo sin el previo consentimiento de los participantes, porque en relación con ellos se había concretado una situación jurídica que no podía ser desconocida por la administración.

La Sala considera que el razonamiento de la parte actora es válido y, en principio, la administración no podía revocar directamente el acto de apertura del proceso de selección, sin el consentimiento expreso de los participantes que hubieran presentado sus ofertas dentro del plazo de la licitación, tal como quedó dicho párrafos atrás; sin embargo, dentro del proceso no existe prueba alguna de que, para la fecha en que se expidió el acto administrativo censurado, se hubieran presentado ofertas dentro del proceso de selección.

La parte actora omitió la carga probatoria que le correspondía asumir en los términos del artículo 177 del C.C.A. y dejó carentes de prueba los supuestos de hecho alegados en la demanda, tendientes a demostrar la ilegalidad de la actuación de la administración.

En efecto, al proceso no fue allegado ningún elemento de juicio que permita deducir cuáles fueron los interesados que presentaron propuestas dentro del plazo de la licitación y, en esa medida, se ignora si la administración, al revocar el acto de apertura del proceso de selección, desconoció las expectativas o intereses individuales y subjetivos de algunos de los destinatarios del acto revocado.

De hecho, la demandante afirma que presentó su propuesta dentro del plazo de la licitación, pero omitió allegar copia de la propuesta que dice haber presentado y la constancia de que ello efectivamente ocurrió, documentos éstos que debían reposar en su poder.

Es de anotar que la parte demandante adujo durante todo el trámite procesal que la entidad demandada obró de forma contraria a los postulados que informan el deber de lealtad procesal que debe regir toda actuación judicial, porque se abstuvo de remitir al proceso la totalidad de la prueba documental decretada por el Tribunal de primera instancia; sin embargo, la parte demandante asumió una actitud completamente pasiva frente al proceder de su contraparte y permitió que el proceso avanzara sin que se recaudaran los elementos de juicio suficientes que permitieran al juez elaborar los juicios de valor apropiados, en relación con la situación debatida, pues omitió solicitar al Tribunal que requiriera a la parte demandada la prueba faltante y que, en caso de que permaneciera en renuencia, ejerciera los poderes correccionales que el ordenamiento procesal le otorga para hacer cumplir sus órdenes. Por otra parte, permitió que las providencias que daban por concluida las etapas probatorias adquirieran firmeza, sin advertir,

siquiera, que la prueba decretada no había sido recaudada y sólo en el escrito de sustentación del recurso de apelación se duele de todas esas falencias que pudieron ser remediadas en las etapas procesales respectivas si hubiera obrado con diligencia.

Toda la labor probatoria de la parte actora estuvo dirigida a acreditar los gastos en que incurrió por la presunta elaboración y presentación de la propuesta, pero dejó de lado acreditar lo más importante: la presentación y el contenido de la propuesta que era lo que le generaba la expectativa de que se habló párrafos atrás.

Así, pues, no existe en el proceso el menor elemento de prueba que permita señalar que la administración debió solicitar el consentimiento de algún participante, para revocar directamente el acto administrativo de apertura del proceso de selección, pues no fue acreditado que, para la

fecha de su expedición, se hubiera generado una legítima expectativa en relación con algún interesado o, lo que es lo mismo, no fue acreditado que el acto de revocatoria afectara directamente a algún sujeto determinado.

Por todo lo anterior, la sentencia de primera instancia se confirmará.

III.- Costas.-

No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A:

Primero.- CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 14 de octubre de 2003, por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo.- Sin condena en costas.

Tercero.- En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE,

HERNÁN ANDRADE RINCÓN CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

n.d.

n.d.

Última actualización: 26 de diciembre de 2024