**ENTIDADES TERRITORIALES - Inversión de recursos - Servicios públicos**

Los municipios les corresponde garantizar la prestación de los servicios públicos, para lo cual, entre otras funciones, deben realizar la construcción, ampliación, rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de esos servicios. Esta función, podrán cumplirla directamente o través de terceros. Si es por medio de estos últimos, es claro que si son particulares desempeñaran una función propia de los municipios (…) La función que al municipio le correspondía legalmente y que fue reproducida en el convenio de apoyo financiero n.° 2060220 del 26 de enero de 2006, esto es, la realización de los procesos de selección necesarios para la obra de infraestructura, se acordaría con la entidad demandada, como responsable de la prestación del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado, como efectivamente ocurrió, según dan cuenta las decisiones cuestionadas. En ese orden, frente al ejercicio de las funciones propias de los órganos del Estado, es aplicable lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 489 de 1998 (…) Entonces, la impugnación de los actos administrativos aquí cuestionados, como lo son los que definen un proceso de selección, está regida por las disposiciones propias de esas decisiones unilaterales, que no son otras que las del Código Contencioso Administrativo y será esta la jurisdicción a quien le corresponde su conocimiento, habida cuenta que es la instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad, entre otros, de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los órganos del Estado, como ocurre en este caso en particular.

**ACTO QUE DECLARA DESIERTO - Proceso de licitación pública - Naturaleza**

En un primer momento, la Sección consideró que los actos administrativos de declaratoria de desierta no eran actos precontractuales dictados con ocasión de la actividad contractual, en tanto su finalidad era contraria a esa actividad, habida cuenta que la finalizaban. En ese entendido, se consideró que la acción para su impugnación era la de nulidad y restablecimiento del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, es decir, con cuatro meses de caducidad; sin embargo, en un segundo momento, se recogió ese entendimiento, en dos providencias de la misma fecha, en las que se precisó lo contrario, es decir, que la declaratoria de desierta tenía el carácter de un acto previo dictado con ocasión de la actividad contractual y, por lo tanto, sometido a las prescripciones del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, con la reforma introducida por la Ley 446 de 1998.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá D. C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 23001-23-31-000-2008-00287-01**(**40260**)

**Actor: LOS MIEMBROS DEL CONSORCIO EL DORADO**

**Demandado: PROACTIVA AGUAS DE MONTERÍA S.A. E.S.P.**

**Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

*Temas: Término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo que declaró desierto un proceso de selección.*

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 21 de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Tercera de Decisión, que dispuso negar las pretensiones de la demanda (fls. 684 a 711, c. ppal 2ª instancia).

**SÍNTESIS DEL CASO**

Los miembros del consorcio El Dorado demandaron la nulidad de los oficios PAM-GR/08-04/00073 del 11 de abril, PAM-GR-GR/08-05/-00103 del 29 de mayo, PAM-GR-GR/08-06/00136 del 24 de junio, PAM-GR-GR/08-07/00145 del 2 de julio, PAM-GR-GR/08-07/00170 del 18 de julio y PAM-GR-GR/08-07/00178 del 26 de julio, todos de 2008, por medio de los cuales, a juicio de la parte actora, se declaró desierta la Licitación Pública n.° PAM-PC-LC-004 de 2008. Como consecuencia de la nulidad, solicitaron el reconocimiento de los perjuicios causados por la no adjudicación.

1. **ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

El 5 de noviembre de 2008 (fl. 26, c. ppal), los miembros del consorcio El Dorado[[1]](#footnote-1), en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contenida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra de Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P. (fls. 1 a 26, c. ppal), la que fundamentó en lo siguiente:

**1.1. Síntesis de los hechos**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 1 a 8, c. ppal):

1.1.1. En enero de 2008, Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P. abrió la Licitación n.° PAM-PC-LC-004-2008 para la construcción de cuatro lagunas facultativas colector matriz para la margen izquierda de la ciudad de Montería, por un valor de $2.825.874.237. Dineros provenientes del préstamo del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, que a su vez derivó en el convenio interadministrativo n.° 27 de 2009, celebrado entre el referido Ministerio y el FONADE, último que designó a la demandada como delegataria para adelantar la referida licitación; el plazo de construcción se fijó en 8 meses.

1.1.2. Agotados los trámites de rigor y cerrada la oportunidad para presentar propuestas, el 6 de marzo de 2008 se presentaron tres proponentes, incluida la aquí accionante.

1.1.3. El acta de cierre del 6 de marzo de 2008 presentó varias inconsistencias, a saber: (i) se afirmó que la apertura de las propuestas se llevó a cabo a las 3:10 p.m., cuando uno de los proponentes firmó el acta a las 2:10 p.m. y certificó que los valores consignados en ella reflejaban los de su propuesta, así como la demás información consignada. Lo anterior puso en evidencia, a juicio del actor, la apertura de las propuestas en otra hora distinta a la indicada; (ii) se dice en el acta que los señores Fernando Moncaleano Archila y Juan Amaury Sánchez la firmaron, cuando frente al primero su firma estampada no coincide con la que habitualmente utiliza en sus actos públicos, al tiempo que el segundo a esa hora se encontraba en la ciudad de Montería. Irregularidades advertidas al Director de Inversiones Estratégicas y Viceministro de Agua Potable y Saneamiento del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo mediante oficio n.° 5100-2-45893 dirigido al Gerente del convenio interadministrativo n.° 27.

1.1.4. El trámite de evaluación y adjudicación excedió los límites temporales fijados en la ley y el pliego de condiciones. Igualmente, la demandada se negó sistemáticamente a dar información sobre dichos trámites, para lo cual se escudó en la confidencialidad estipulada en la subcláusula n.° 34 del pliego de condiciones.

1.1.5. El 8 de mayo de 2008, la parte actora le insistió a la demandada sobre el trámite de evaluación y adjudicación, en tanto por los medios de prensa y radio se informaba que el proceso se había declarado desierto. Al respecto, la demandada se limitó a decir que el proceso se encontraba en trámite y que una vez culminara se le comunicaría la decisión final.

1.1.6. El 12 de junio de 2008, la parte actora presentó un nuevo derecho de petición para que se le informara la suerte del proceso de selección en estudio. La demandada insistió en su respuesta y que los términos para adjudicar aún estaban en curso.

1.1.7. El 2 de julio de 2008, la parte actora recibió de la demandada el oficio n.° PAM-GR-GR/08-7/00145, en el que se le informó que la última elaboró el informe de evaluación n.° PAM-GR-GR/08-05/00103 del 29 de mayo de 2008 y que se estaba a la espera de la aprobación del mismo por parte del Banco Mundial.

1.1.8. El 7 de julio de 2008, los miembros del consorcio accionante formularon un nuevo derecho de petición, con el fin de obtener una respuesta definitiva. El 18 de julio siguiente, mediante oficio PAM-GR-GR/08-07/00170, la demandada, al dar alcance a su comunicación PAM-GR-GR/06-7/00145 del 2 de julio de 2008, comunicó al consorcio que se decidió declarar desierto el proceso de selección en estudio, toda vez que ninguna de las propuestas resultó elegible. Igualmente, informó que el Banco Mundial no objetó esa decisión.

1.1.9. El 26 de julio de 2008, mediante oficio PAM-GR-GR/08-07/00178, la demandada le comunicó al consorcio la declaratoria de desierta del proceso de selección en estudio.

**1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 8 a 11, c. ppal):

*PRIMERA. Que se declare la nulidad del oficio PAM-GR-GR/08-04/00103 del 29 de mayo de 2008, que contiene informe de evaluación definitivo mediante el cual PROACTIVA AGUAS DE MONTERÍA S.A. E.S.P. declaró desierta la licitación PAM-PC-LC-2008.*

*SEGUNDA. Que se declare la nulidad del oficio PAM-GR-GR/08-04/00073 del 11 de abril de 2008; que contiene informe de evaluación previo de la licitación PAM-PC-LC- 2008.*

*TERCERA. Que se declare la nulidad del oficio PAM-GR-GR/08-07/00145 del 2 de julio 2008. Igualmente que se declare la nulidad del oficio PAM-GR-GR/08-07/00170 del 18 de julio de 2008; que dio alcance al oficio n.° PAM-GR-GR/08-07/00145 del 2 de julio de 2008.*

*Cuarto. Que igualmente se declare la nulidad del oficio n.° PAM-GR-GR-08/07/178 del 26 de julio de 2008, mediante el cual PROACTIVA AGUAS DE MONTERÍA S.A. E.S.P., que responde el derecho de petición de “EL CONSORCIO EL DORADO”, explicando las razones que tuvieron en cuenta para rechazar la propuesta de este.*

*Quinta. Que como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, se declare al CONSORCIO EL DORADO, como ÚNICO PROPONENTE habilitado para seguir el proceso de evaluación y adjudicación en la licitación PAM-PC-LC-004-2008, convocada* [por] *PROACTIVA AGUAS DE MONTERÍA, por cuanto su propuesta cumplía con los requisitos de los pliegos de condiciones.*

*Sexta. Que con fundamento en la anterior declaración, de ser posible aun de conformidad con el término de ejecución del contrato, se ordene adjudicar este, al CONSORCIO EL DORADO.*

*Séptima: Subsidiariamente, de no proceder la adjudicación solicitada, que se condene a PROACTIVA AGUAS DE MONTERÍA S.A. E.S.P. a pagar al proponente, “CONSORCIO EL DORADO” la suma de mil quinientos millones de pesos, por concepto de resarcimiento de perjuicios representados en los beneficios económicos dejados de percibir por la no adjudicación del contrato, según porcentaje (%) de acuerdo a los costos directos por presentación de la propuesta, costos por el stand-by de los profesionales específicos requeridos en la propuesta, costos de legalización del contrato, costos de oportunidad del dinero reservado para pagar la legalización del contrato, costos de equipos de construcción, valor esperado de ganancia por la ejecución del contrato, costos de oportunidad por no poder participar en otros procesos licitatorios nacionales con igual objetivo, teniendo en cuenta que se afectaba nuestra capacidad residual de contratación (kr), durante el tiempo de vigencia de la póliza de garantía de seriedad de la propuesta, y otros, los cuales detallé de la siguiente manera (…)* [hace la valoración de cada uno de los supuestos enunciados. La utilidad esperada la calculó en la suma de $2.489.702.552].

*Sexta. Que en el evento de que la condena solicitada de resarcimiento de perjuicios, se obligue a pagar, dicho valor deberá ser afectado, con el reajuste de su monto, de acuerdo con el I.P.C., certificado por el DANE, a partir de la fecha de causación periódica mensual de tales utilidades esperadas y hasta la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia y, a partir de esta que devengue intereses moratorios hasta la fecha de su pago efectivo. Además que con la misma periodicidad se le reconozcan rendimientos financieros bancarios corrientes, tasados de conformidad con la certificación que expida la Superintendencia Bancaria.*

*Séptima: Que se condene a la entidad demandada a pagar las costas y las agencias en derecho.*

*Octava: Que la sentencia que le ponga fin al proceso, se le dé cumplimiento en los términos del artículo 176 y 177 C.C.A.*

**1.3. Concepto de la violación**

La parte actora (fls. 12 a 22, c. ppal) estimó vulnerados los siguientes contenidos normativos:

1.3.1. Los pliegos de condiciones, Sección I, la subcláusula 3, teniendo en cuenta las irregularidades del acta de cierre y apertura de las ofertas advertidas en los hechos de la demanda. Lo anterior también desconoció los principios de la función pública contenidos en el artículo 209 Superior y los principios de la Ley 80 de 1993, así como el artículo 5 del Decreto 066 de 2008.

De la misma Sección, la subcláusula 26.1. toda vez que la demandada no dio la posibilidad de conocer las decisiones adoptadas durante el proceso de selección, sino cuando la declaratoria de desierta ya se encontraba tomada. De esa forma se desconoció el debido proceso, así como el derecho de defensa y contradicción de los proponentes; igualmente, la subcláusula 34, en tanto se notificó de forma extemporánea la decisión de declaratoria de desierta. Lo anterior porque debió hacerse antes del 2 de julio de 2008, cuando vencía la póliza de seriedad de las ofertas, sin embargo se hizo sólo hasta el 18 del referido mes y año;

Igualmente, se desconoció la Sección IV, numeral 2, formulario de la oferta, información para la calificación, carta de aceptación y convenio, dado que la capacidad jurídica de la Empresa de Administración Pública Cooperativa de Gestión Territorial del Desarrollo Ltda. se acreditó debidamente y no como lo determinó la demandada.

La Sección II, datos de la licitación, numeral 5.5., fue desconocida porque si las certificaciones de la experiencia exigida no eran claras, la entidad demandada estaba obligada a pedir las aclaraciones del caso, cosa que omitió.

1.3.2. Los artículos 24, 25, 30.8 de la Ley 80 de 1993, por la imposibilidad de conocer las decisiones adoptadas durante el proceso de selección.

1.3.3. El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, por cuanto se rechazó la propuesta de los accionantes por defectos formales. En el mismo sentido, se desconoció el artículo 10 de la referida ley, que regula sobre la posibilidad de subsanar las propuestas cuando contengan el tipo de defectos que dio lugar al rechazo de la propuesta del consorcio actor.

1.3.4. Los artículos 6, 29, 74, 83, 90 y 209 Superiores, dadas las omisiones en que incurrieron los funcionarios públicos responsables del proceso de selección; la violación del debido proceso y del principio de buena fe, al igual que las disposiciones que regulan la responsabilidad del Estado, en los términos explicados, así como los principios de la función pública.

**2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Proactiva S.A. E.S.P. (fls. 306 a 313, c. ppal) estimó que en el proceso de selección cuestionado se respetaron todas las exigencias constitucionales y legales. Las horas plasmadas en el acta de recibo, cierre y apertura de las ofertas corresponden a lo realmente ocurrido, lo que ocurrió es que en la demanda se confundieron las horas de radicación con las de apertura. Explicó que si bien el Gerente General no suscribió ese documento otorgó poder para que la Gerente Administrativa y Financiera lo hiciera a su nombre; igualmente, en nombre del consorcio asistió y firmó la referida acta la señora María José Salgado. Lo anterior, a juicio de la demandada, explica con suficiencia las aparentes inconsistencias advertidas por la parte actora.

Igualmente, los funcionarios del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial se enteraron de las observaciones de algunos proponentes sobre supuestas irregularidades en las horas consignadas para la apertura de las propuestas, por cuanto estos últimos les dirigieron comunicaciones a aquellos con observaciones sobre el particular, pero no porque supieran o afirmaran la ocurrencia de las mismas.

**3. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, con base en las pruebas allegadas, la parte actora reiteró los argumentos de su demanda (fls. 589 a 604, c. ppal).

1. **LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia del 21 de octubre de 2010, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto, sostuvo (fls. 686 a 711, c. ppal 2ª instancia):

*III. CONSIDERACIONES (…)*

*DEMANDA Y CADUCIDAD DE LOS ACTOS DEMANDADOS*

*En primer lugar, es del caso establecer que en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual son demandables mediante las acciones de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.*

*Sin embargo esta regla no se aplica al acto de declaratoria de desierta de la licitación, pues como fue establecido en providencia del 26 de abril de 2006 por el Consejo de Estado “(…) Es pertinente advertir, que lo expuesto, no opera para los actos de la declaratoria de desierta de la licitación o concurso, porque en tal evento, la jurisprudencia de la Sala ha considerado que no se trata de un acto precontractual, toda vez que no da lugar a la celebración de un contrato, razón por la que el término para demandar estos actos, es aquel previsto en el numeral 2 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 98 de la Ley 446 de 1998, de conformidad con el cual el término para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto”. (…)*

*Vistos los anteriores* [se refiere a los actos demandados]*, observa la Sala que la comunicación PAMGRGR/0807/00145 del 2 de julio de 2008, en la cual se informa que el Banco Mundial, como fuente de los recursos objeto de la licitación está estudiando la recomendación de Proactiva, para comunicársela a los proponentes y el oficio PAMGRGR/00807/00178 del 26 de julio que responde un derecho de petición; son actos de trámite que no contienen decisión definitiva, por lo tanto no son demandables. Y en caso de considerarse como actos precontractuales, que no es del caso, la acción contra ellos se encontraría caducada.*

*Por lo que, los cargos estimados sólo serán estudiados respecto al oficio PAMGRGR/0804/00103 del 29 de mayo de 2008 a través del cual se declara desierta la licitación, comunicado mediante oficio PAMGRGR/0807/00170 del 18 de julio de 2008 que en conjunto con el oficio PAMGRGR/0804/00073 del 11 de abril de 2008, contentivo del informe de evaluación de la licitación pública nacional PAMPCLC 004/2008 forman un acto complejo; decisión que fue demandada dentro del término legal impuesto para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, es decir cuatro (4) meses.*

Frente a los cargos de nulidad, el *a quo* consideró que ninguno de ellos estaba llamado a prosperar. La Sala se releva de citar expresamente los fundamentos de esta decisión, en tanto la cuestión aquí girará en torno a la caducidad de la acción, como se verá más adelante.

1. **SEGUNDA INSTANCIA**

**1. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, el 16 de noviembre de 2010, la parte actora interpone y sustenta recurso de apelación contra la misma. Para el efecto, reiteró los cargos de la demanda, los cuales, a juicio y contrario a lo sostenido por el *a quo*, están plenamente probados, así como los perjuicios causados (fls. 713 a 717, c. ppal 2ª instancia).

**2. ALEGATOS**

En esta oportunidad, las partes reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 728 a 731, 729 a 743, c. ppal 2ª instancia).

El Ministerio Público (fls. 745 a 753, c. ppal 2ª instancia) conceptúa que debía revocarse la decisión del *a quo*, para en su lugar, declarar de oficio probada la excepción de caducidad de la acción. Para el efecto, recordó que si bien esta Sección en un momento consideró que el acto administrativo de declaratoria de desierta no era un acto precontractual dictado con ocasión de la actividad contractual y, por consiguiente, resultaba improcedente ejercer contra él la acción de controversias contractuales, sino que lo correcto era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que la caducidad era de cuatro meses, también recordó que desde el 2 de agosto de 2006, exp. 30.141, se rectificó esa postura para decir que sí se trataba de un acto precontractual y, por lo tanto, bien podía ejercitarse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de él y, por consiguiente, la caducidad, en vigencia de la Ley 446 de 1998, era de 30 días siguientes a su comunicación, publicación o notificación.

En esos términos, aclaró que los únicos actos definitivos son el oficio PAM-GR-GR-/08-04/00103 del 29 de mayo de 2008, por medio del cual se enteró a los proponentes de la decisión de declarar desierto el proceso, pero que debía esperarse la no objeción del Banco Mundial; al igual que el oficio PAM-GR-GR-0707/00170 del 18 de julio de 2008 que comunicó a los proponentes de la decisión de declaratoria de desierta. De la misma forma, precisó que esas decisiones fueron adoptadas en ejercicio de una función administrativa propia del municipio de Córdoba, encargada a la demandada por disposición del parágrafo único de la cláusula tercera del convenio de apoyo financiero n.° 2060220 del 26 de enero de 2006.

Sin embargo, consideró que de acuerdo con la postura jurisprudencial vigente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho estaba caducada, en tanto con tomar cualquiera de las fechas de los dos actos administrativos mencionados el término de los 30 días de que trata el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, estaría superado.

1. **CONSIDERACIONES**

**1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

**1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente**

1.1.1. Frente a la jurisdicción, precisa señalar que Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P. es una empresa privada, al igual que la parte actora; sin embargo, el proceso de selección en estudio originalmente le correspondía adelantarlo al municipio de Montería, pero dada la existencia de un concesionario del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en ese territorio, aquél debía acordar con este último toda la logística para la ejecución de la obra objeto del proceso de selección cuestionado. En efecto, así se desprende de los siguientes elementos jurídicos y probatorios:

El artículo 5 de la Ley 142 de 1994, frente a las funciones de los municipios en relación con la prestación de los servicios públicos, prescribe:

*Competencia de los municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos. Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:*

*5.1. Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente.* (…)

*5.6. Apoyar con inversiones y demás instrumentos descritos en esta Ley a las empresas de servicios públicos promovidas por los departamentos y la Nación para realizar las actividades de su competencia.*

Por su parte, el artículo 76.1 de la Ley 715 de 2001[[2]](#footnote-2), en cuanto a las funciones de los municipios en lo relativo a la inversión de recursos en materia de servicios públicos, dispone:

*ARTÍCULO 76. COMPETENCIAS DEL MUNICIPIO EN OTROS SECTORES. Además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los Municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias:*

*76.1. Servicios Públicos*

*Realizar directamente o a través de terceros en materia de servicios públicos además de las competencias establecidas en otras normas vigentes la construcción, ampliación rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de servicios públicos.*

De las anteriores disposiciones se tiene que a los municipios les corresponde garantizar la prestación de los servicios públicos, para lo cual, entre otras funciones, deben realizar la construcción, ampliación, rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de esos servicios. Esta función, podrán cumplirla directamente o través de terceros. Si es por medio de estos últimos, es claro que si son particulares desempeñaran una función propia de los municipios, tal como quedó visto[[3]](#footnote-3).

En esa dirección y en cumplimiento de las anteriores disposiciones, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, FONADE y el municipio de Montería suscribieron el convenio de apoyo financiero n.° 2060220 del 26 de enero de 2006, para la construcción de la primera etapa del sistema de alcantarillado sanitario de la margen izquierda de la ciudad de Montería. En tal sentido, en la parte considerativa del citado convenio se consignó (fls. 449 y 450, c. ppal 2):

*1)* [Q]*ue en los lineamientos establecidos en el plan nacional de desarrollo “Hacia un Estado Comunitario” la política sectorial de agua potable seguirá orientada a garantizar el aumento de la población beneficiada y la calidad en la prestación de los servicios en la zona urbano y rural; 2) que en este sentido y das las funciones sociales del Estado, las acciones se dirigirán primordialmente a que la población de menores ingresos cuente con el acceso a los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo; 3) que el Gobierno Nacional está en la obligación de establecer los instrumentos apropiados con los cuales se incentive la eficiencia por parte de las empresas prestadoras de los servicios públicos, apoyando la responsabilidad municipal de garantizar la prestación eficiente de los mismos; 4) que el numeral 14 del artículo 14 del Decreto 216 de 2003 establece que corresponde al Ministerio, por intermedio de la Dirección de Agua Potable y Saneamiento Básico y Ambiental, “Diseñar, desarrollar e implementar planes, programas y proyectos para la gestión eficiente de los prestadores de los servicios de agua potable, saneamiento básico y ambiental y desarrollar y divulgar las herramientas e instrumentos necesarios para tal fin”; 5) que en cumplimiento de esta política la Nación ha incluido dentro de su presupuesto recursos destinados a la realización de obras de acueducto y saneamiento básico, mediante El Proyecto 111-12000-551 Rec. 13 denominado “IMPLANTACIÓN DEL PROGRAMA DE AGUA Y SANEAMIENTO BÁSICO EN LOS DEPARTAMENTOS DEL PAÍS. ARTÍCULO 6. LEY 812 DE 2003”; 6) que con cargo a esta apropiación se financiará el proyecto objeto de este convenio, el cual fue priorizado en las audiencias públicas celebradas en virtud de lo establecido en el artículo 6 de la Ley 812 de 2003, mediante la cual se aprobó el plan nacional de desarrollo “Hacía un Estado Comunitario”; 7) que el 22 de octubre de 2004, FONADE y el MINISTERIO celebraron un convenio interadministrativo de gerencia de proyectos cuyo objeto es la prestación por parte de FONADE de los servicios técnicos, jurídicos y administrativos y realización de todas las acciones necesarias para ejecutar la gerencia de la interventoría, técnica, administrativa y financiera del proyecto denominado “Proyecto de Agua Potable y Saneamiento básico Ambiental que utilicen recursos de la Nación, financiados a través del mecanismo de ventanilla única”, así como suscribir y realizar los pagos a que haya lugar en desarrollo de los convenios interadministrativos de apoyo financiero del mencionado proyecto; 8) que en el convenio interadministrativo n.° 27 del 22 de octubre de 2004, suscrito entre EL MINISTERIO y FONADE, se establece la celebración de convenios de apoyo financiero; 9) que el presente proyecto fue viabilizado mediante comité técnico n.° 14 del 19 de septiembre de 2005 y cuenta con el visto bueno del DNP, siendo financiado con fondos de la Banca Multilateral de conformidad con el oficio n.° 2300 E2-4274, emitido por el MINISTERIO el 28 de enero del presente año; 10) que EL MUNICIPIO manifiesta a través de su representante legal, con la firma del presente convenio, que no se encuentra incumpliendo lo preceptuado por la Ley 617 de 2000, ni tampoco tiene deudas pendientes con la Nación ni el MINISTERIO, por lo cual puede suscribir este documento de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 3º del artículo 4 de la Ley 716 de 2001.*

Igualmente, del referido convenio se destacan las siguientes cláusulas (fls. 449 a 458, c. ppal):

*CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO: Aunar esfuerzos entre el MINISTERIO, FONADE y el MUNICIPIO para apoyar la ejecución de las obras correspondientes al proyecto “CONSTRUCCIÓN PRIMERA ETAPA DEL SISTEMA DE ALCANTARILLADO SANITARIO DE LA MARGEN IZQUIERDA DE LA CIUDAD DE MONTERÍA, CÓRDOBA”. (…) CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO DEL MUNICIPIO: (…) 4) realizar los procesos de selección y contratación necesarios para la ejecución del proyecto de acuerdo con los esquemas y modelos establecidos por el MINISTERIO y FONADE. Dichos procesos de selección deberán efectuarse de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios. En caso de que los recursos aportados por la Nación provengan de organismos multilaterales de crédito, la sección de los contratistas, y las cláusulas especiales de ejecución, y pago se someterán a los procedimientos de selección y contratación de dichos organismos; 5) iniciar los procesos de selección dentro de los tres (3) meses siguientes al perfeccionamiento del presente convenio, de conformidad con el instructivo que el MINISTERIO le entregará a través de FONADE y enviar de oportunamente los documentos de la fase precontractual y contractual de la interventoría. En caso de presentarse observaciones por parte del interventor respecto a los procedimiento utilizados por EL MUNICIPIO, el interventor deberá comunicarlo al MINISTERIO, quien podrá abstenerse de financiar el proyecto hasta tanto no se subsanen las observaciones presentadas por el interventor.*

Más adelante, el pluricitado convenio en el parágrafo único de la cláusula tercera dispuso (fl. 454, c. ppal 2)

*PARÁGRAFO ÚNICO. En el evento de que la prestación de los servicios esté a cargo de una entidad diferente a EL MUNICIPIO en virtud de un contrato de operación y/o concesión, o porque es la empresa que prestaba los servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 142 de 1994, EL MUNICIPIO acordará con dicha entidad operadora el proceso de selección, contratación y ejecución de las obras y demás actividades a desarrollar en cumplimiento del objeto del presente convenio. No obstante lo anterior, en el evento que corresponda al operador y/o concesionario realizar los procesos descritos anteriormente, en virtud del contrato de operación y/o concesión, este deberá acogerse a las obligaciones, procedimiento y normas definidas en el presente convenio, en concordancia con los requisitos establecidos por la Ley 142 de 1994 o normas legales que lo rijan, o por el Banco Mundial, según sea el caso, utilizando para ello los esquemas y los modelos suministrados por el MINISTERIO a través de FONADE y sometiéndose al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente documento para EL MUNICIPIO, incluida la constitución de la garantía si a ello hubiere lugar. Así mismo el operador deberá suministrar toda la información necesaria a FONADE para la liquidación del presente convenio.*

Como se observa, a través de esta última estipulación en cita se convino que la función que al municipio le correspondía legalmente y que fue reproducida en el convenio de apoyo financiero n.° 2060220 del 26 de enero de 2006 (cláusula tercera, numerales 4 y 5), esto es, la realización de los procesos de selección necesarios para la obra de infraestructura, se acordaría con la entidad demandada, como responsable de la prestación del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado, como efectivamente ocurrió, según dan cuenta las decisiones cuestionadas.

En ese orden, frente al ejercicio de las funciones propias de los órganos del Estado, es aplicable lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 489 de 1998 que prescribe sobre el particular:

*RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS Y CONTRATOS. La celebración del convenio y el consiguiente ejercicio de funciones administrativas no modifica la naturaleza ni el régimen aplicable a la entidad o persona privada que recibe el encargo de ejercer funciones administrativas. No obstante, los actos unilaterales están sujetos en cuanto a su expedición, y requisitos externos e internos, a los procedimientos de comunicación e* ***impugnación a las disposiciones propias de los actos administrativos****. Igualmente si se celebran contratos por cuenta de las entidades privadas, los mismos se sujetarán a las normas de contratación de las entidades estatales* (se destaca)*.*

Entonces, la impugnación de los actos administrativos aquí cuestionados, como lo son los que definen un proceso de selección, está regida por las disposiciones propias de esas decisiones unilaterales, que no son otras que las del Código Contencioso Administrativo y será esta la jurisdicción a quien le corresponde su conocimiento, habida cuenta que es la instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad, entre otros, de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los órganos del Estado, como ocurre en este caso en particular (artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006).

De igual forma, vale advertir que en primera instancia, la parte demandada presentó recurso de reposición en contra del auto admisorio, para lo cual alegó la falta de jurisdicción, en tanto Proactiva estaba sometida al derecho privado y, por consiguiente, sus controversias al conocimiento de la jurisdicción ordinaria (fls. 198 a 202, c. ppal). El *a quo* mediante auto del 21 de mayo de 2009 negó el recurso interpuesto y confirmó la admisión de la demanda, en tanto la prestación de servicios públicos es una temática asignada al conocimiento de esta jurisdicción (fls. 207 a 303, c. ppal). Como se observa se trató de una cuestión ya discutida al interior del proceso y que confirma en el entendimiento de la Sala.

1.1.2. Antes de definir la competencia, resulta pertinente primero detenerse en la acción procedente. Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sección ha coincidido en señalar que la acción pertinente para demandar los actos que declaran desierto un proceso de selección, en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998, normatividad aplicable al presente asunto, es la de nulidad y restablecimiento del derecho; cosa distinta ha ocurrido frente al término de caducidad de esa acción, como se verá más adelante. En consecuencia, como esa fue la acción ejercida por la parte actora, fuerza concluir que es la procedente.

1.1.3. Ahora, esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en tanto la cuantía del asunto así lo impone[[4]](#footnote-4).

**1.2. La legitimación en la causa**

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que la demandada expidió el acto administrativo cuestionado y su contraparte fue proponente dentro del proceso de selección donde se originó ese acto jurídico.

**1.3. La caducidad**

Establecido como está que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, conviene detenerse en el término de caducidad aplicable. Para el efecto, la Sala considera conveniente recordar los actos administrativos cuestionados, así:

(i) Oficio PAM-GR/08-04/00073 del 11 de abril de 2008, por medio del cual el Gerente General de Proactiva, aquí demandada, remitió el informe de evaluación por ella realizado al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para su correspondiente aval y decisión final (fls. 167 y 168, c. ppal).

(ii) Oficio PAM-GR-GR/08-05/-00103 del 29 de mayo de 2008, por el que el Gerente General de Proactiva solicitó al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial tramitar el aval del Banco Mundial para declarar desierto el proceso de selección en estudio, en tanto ninguna de las propuestas resultaba elegible (fls. 169 a 173, c. ppal).

(iii) Oficio PAM-GR-GR/08-06/00136 del 24 de junio de 2008, a través del cual el Gerente General de Proactiva respondió un derecho de petición formulado por el consorcio accionante, en el que esta última solicitó información sobre el estado del proceso de selección en estudio. En esa oportunidad, Proactiva se limitó a decir que dadas las cláusulas de confidencialidad no estaban autorizados a brindar información sobre el proceso hasta que se produjera la adjudicación, la cual debía producirse a más tardar el 2 de julio de 2008, razón por la cual en esa fecha se informaría la decisión definitiva (fls. 151 y 152, c. ppal).

(iv) Oficio PAM-GR-GR/08-07/00145 del 2 de julio de 2008, mediante el cual el Gerente General de Proactiva informó a los participantes de la Licitación PAM-PC-004-2008, aquí en estudio, sobre la presentación del informe evaluación y que se estaba a la espera del aval del Banco Mundial para comunicarles la decisión correspondiente (fl. 155, c. ppal).

(v) Oficio PAM-GR-GR/08-07/00170 del 18 de julio de 2008, por el cual el Gerente General de Proactiva dio alcance al oficio PAM-GR-GR/08-07/00145 del 2 de julio de 2008 e informó a los proponentes (fl. 163, c. ppal):

*El Banco Mundial con nota recibida el 17 de julio de 2008 ha dado al Ministerio su no objeción para declarar desierta la licitación y le ha hecho algunas recomendaciones relacionadas con la necesaria revisión detallada de los documentos relacionados con un nuevo proceso licitatorio, esto es notificación, publicidad, pliego y especificaciones técnicas, de los cuales tomamos atenta nota.*

*Igualmente y aunque la Empresa cree haber cumplido de forma cabal con los requerimientos y exigencias del pliego de condiciones, y así lo manifestó al Ministerio,* ***el Banco consideró que algunas fallas en el manejo de la confidencialidad en el proceso, debe declararse desierto el mismo, a lo cual la Empresa ha procedido con esta nota****.*

*Agradecemos a ustedes la confianza depositada en la Empresa al participar en esta licitación y los invitamos muy cordialmente a vincularse de nuevo como proponentes dentro del nuevo proceso que iniciaremos en los próximos días, para lo que les rogamos estar muy pendientes de nuestros avisos y publicaciones* (se destaca)*.*

(vi) Oficio PAM-GR-GR/08-07/00178 del 26 de julio de 2008, por el que el Gerente General de Proactiva respondió un derecho de petición formulado por uno de los miembros del consorcio accionante. En esa oportunidad, informó los defectos que dieron lugar al rechazo de la propuesta de la parte actora y acompañó varios documentos relativos al proceso de selección (fls. 164 y 165, c. ppal).

En dirección contraria del *a quo* y del Ministerio Público, la Sala concluye que los oficios de los numerales (i) hasta el (iv) son meras comunicaciones entre los participantes y los responsables del proceso de selección en cuestión. En efecto, en una se remite al Ministerio de Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial el informe de evaluación realizado por Proactiva; en otra, la última solicitó al referido Ministerio el trámite del aval ante el Banco Mundial para tomar la decisión final dentro del proceso de selección en estudio; en una más se da información a la accionante sobre el estado de la licitación, y finalmente, se entera a los proponentes de que se está a la espera del aval del Banco Mundial para adoptar la decisión correspondiente. De lo expuesto no cabe duda de que se trata de actos de trámite, en donde no se adoptó ningún tipo de decisión frente al proceso de selección cuestionado, razón por la cual frente a ellos la Sala se abstendrá de realizar pronunciamiento, en tanto no son pasibles de acción contenciosa.

En ese orden, se tiene que la decisión de fondo está contenida en el oficio referido en el numeral (v), es decir, en el oficio PAM-GR-GR/08-07/00170 del 18 de julio de 2008. Lo anterior es así, en tanto del texto de ese oficio se desprende que allí se informó sobre la decisión de declaratoria de desierta, hasta el punto que así lo entendió la parte actora en su demanda (fl. 12, c. ppal[[5]](#footnote-5)). Ahora, también en la demanda se afirmó que ese oficio se recibió *“días después”* (fl. 5, c. ppal), sin especificar cuándo fue conocido; sin embargo, en la demanda, más adelante, se afirmó *“3.4. Tampoco podía desconocer en virtud del principio del debido proceso desconocer los términos perentorios para conocer en la fecha estipulada (hasta la vigencia de la garantía de seriedad de las ofertas la cual se extendió hasta el 2 de julio de 2008), el resultado oficial del proceso licitatorio, y recibiendo después de estas fechas el 18 de julio de 2008, el oficio PAM-GR-GR/08-07/00170 enviado por PROACTIVA AGUAS DE MONTERÍA S.A. E.S.P., que en sus palabras literales es para dar alcance al oficio PAM-GR-GR/06/, del 2 de julio de 2008, (fecha límite en la que se debió adjudicar el contrato), para informar que se había enviado al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el informe contenido en oficio PAM-GR-GR/08-05/00103 de mayo 29 de 2008, en el que se solicitó la no objeción del Banco Mundial para declarar desierta la licitación porque ninguna de las propuestas había resultado elegible para la empresa. Se conoció entonces que habían tomado la decisión de declarar desierta la licitación”* (fls. 20 y 21, c. ppal).

En la misma dirección, el representante legal suplente del consorcio actor[[6]](#footnote-6) manifestó en el interrogatorio de parte rendido ante el *a quo* el 28 de septiembre de 2009 que *“sólo hasta el 18 de julio de 2008 fue que nos respondió* [se refiere a Proactiva] *sobre la declaración de desierta de la licitación”* (fl. 552, c. ppal 2).

Igualmente, en la comunicación del 22 de julio de 2008, suscrita por el referido representante suplente del consorcio accionante y dirigida al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, manifestó que la *“violación de la confidencialidad del proceso licitatorio para declarar desierta la licitación, es de absoluta responsabilidad de Proactiva S.A.”* (fl. 501, c. ppal 2). Lo anterior deja entrever que para esa fecha ya se conocía el texto del referido oficio, en tanto fue en él que se advirtió que el Banco Mundial consideró necesario declarar desierto el proceso por la violación a la confidencialidad de las propuestas.

En consecuencia, la Sala tendrá como fecha de conocimiento de la declaratoria de desierta el 22 de julio de 2008, en atención al momento más favorable y cuando la conducta concluyente de la parte actora dio a entender, sin lugar a dudas, que conocía de la decisión adoptada. En consecuencia, la normatividad procesal aplicable para esa fecha era el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, con la reforma introducida por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. Frente al alcance de esta disposición en relación con los actos administrativos de declaratoria de desierta, la jurisprudencia de la Sección tuvo dos entendimientos distintos.

En efecto, en un primer momento, la Sección consideró que los actos administrativos de declaratoria de desierta no eran actos precontractuales dictados con ocasión de la actividad contractual, en tanto su finalidad era contraria a esa actividad[[7]](#footnote-7), habida cuenta que la finalizaban. En ese entendido, se consideró que la acción para su impugnación era la de nulidad y restablecimiento del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, es decir, con cuatro meses de caducidad; sin embargo, en un segundo momento, se recogió ese entendimiento, en dos providencias de la misma fecha, en las que se precisó lo contrario, es decir, que la declaratoria de desierta tenía el carácter de un acto previo dictado con ocasión de la actividad contractual y, por lo tanto, sometido a las prescripciones del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, con la reforma introducida por la Ley 446 de 1998. En esa oportunidad, se dijo[[8]](#footnote-8):

*Por lo tanto para la Sala no resulta acertada la interpretación del recurrente debido a que, como en reiteradas oportunidades se ha establecido[[9]](#footnote-9), la ley es clara en señalar que todos los actos precontractuales, que se expidan* ***con ocasión de la actividad contractual****, son susceptibles de ser atacados a través del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 87 del C. C. A. cuyo término de caducidad es de 30 días.*

*Por consiguiente, el acto administrativo que declara desierta la licitación también es de aquellos expedidos con ocasión de la actividad contractual, pues por su naturaleza, uno de los efectos de esa decisión es truncar el proceso* ***contractual*** *iniciado con anterioridad y por lo tanto sí es aplicable el inciso 2 del artículo 87 del C. C. A., razón por la cual la Sala modifica su tesis anterior, según la cual dicho acto solo era demandable en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad establecido en el artículo 136, numeral 2, es decir, de 4 meses.*

*En efecto, la posición anterior de la Sección Tercera aseveraba que el artículo 87 del C. C. A. solo era aplicable a los actos precontractuales relacionados con la actividad contractual y excluía al que declaraba desierta la licitación, a pesar de ser precontractual, porque dicho acto manifiesta la voluntad de la Administración de frustrar el procedimiento licitatorio o concursal, impidiendo la celebración del contrato, y por lo tanto no se profería con ocasión de la actividad contractual.*

*Para la Sala esa tesis resulta contraria al verdadero sentido de la ley, pues de la interpretación armónica de los artículos 24, 25 y 30 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 87 del C. C. A., se evidencia que la intención del legislador no fue crear diversos términos de caducidad o acciones diferentes a la contractual para demandar los actos producidos durante la formación del contrato.*

*Si esto fuera así, el acto de adjudicación del contrato también tendría un término de caducidad diferente, pues el artículo 24 citado anteriormente lo incluye como aquellos expedidos durante la actividad contractual o con ocasión de ella de la misma forma en que trata el que declara desierto el proceso de escogencia.*

*Además es precisamente la actividad contractual la que da origen al acto de declaratoria de desierto de un proceso licitatorio o concursal pues si no fuera así, dicho acto no existiría toda vez que no habría lugar a su expedición porque qué se haría frustrar o finalizar?*

*Entonces, no existe una razón legal de la cual se deduzca que el acto que declara desierto el proceso licitatorio o concursal tenga un término de caducidad diferente al consagrado en el artículo 87 del C. C. A., toda vez que se trata de un acto expedido durante la actividad contractual y con ocasión de ella, que precisamente finaliza el proceso por las razones previstas en la ley 80 de 1993.*

Esa posición es que la Sección ha mantenido desde entonces hasta la fecha[[10]](#footnote-10), además la vigente para cuando estaba corriendo el término de caducidad de la acción y antes de la presentación de la demanda. En esos términos, los treinta días que disponía el artículo 87 pluricitado vencían el 4 de septiembre de 2008. Siendo así, es claro que presentada la demanda el 5 de noviembre siguiente (fl. 26, c. ppal), la acción fue intentada de forma extemporánea.

Ahora, en gracia de discusión de admitirse que la decisión definitiva se adoptó con el oficio PAM-GR-GR/08-07/00178 del 26 de julio de 2008, en tanto en este se dio alcance al primer oficio comentado de fecha 18 de julio de 2008 y se especificaron las razones del rechazo de las propuestas de los actores y, además, se acompañaron los documentos producidos dentro del proceso de selección, la conclusión sería la misma.

Para el efecto, corresponde determinar cuándo se enteró la accionante del contenido del oficio PAM-GR-GR/08-07/00178 del 26 de julio de 2008 para el inicio del cómputo de la caducidad de la acción. En tal sentido, en la demanda se afirmó que *“el 26 de julio de 2008, PROACTIVA AGUAS DE MONTERÍA S.A. E.S.P., envía el oficio PAM-GR-GR-/08-07/0178, a la apoderada del consorcio EL DORADO, informándole que se le comunicó a los representantes de los consorcios participantes la declaratoria de desierta de dicha licitación y las razones que la motivaron (…)”* (fl. 6, c. ppal).

Lo anterior coindice con lo dispuesto en el pliego de condiciones sobre la notificación de la adjudicación. En efecto, en el numeral 34.1 se dispuso que antes *“de la expiración de la garantía de seriedad de la oferta, el contratante le notificará por carta la decisión de adjudicación del contrato al licitante cuya oferta haya sido aceptada”* (fl. 20, c. 4). Aun cuando la disposición en cita refiere a la adjudicación, bien puede entenderse que se trataba de la notificación utilizada para efectos de la decisión definitiva del proceso de selección en estudio, como en efecto lo fue, tal como da cuenta la aceptación de ese hecho en la demanda.

Como se observa, la parte actora aceptó que el 26 de julio de 2008 se enteró del contenido del oficio PAM-GR-GR/08-07/00178 de la misma fecha. Siendo así, desde el día siguiente empezó a computar el término de los treinta días del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, tantas veces citado. En consecuencia, el plazo máximo para presentar la acción se verificó el 9 de septiembre de 2008 y presentada esta el 5 de noviembre siguiente, es claro que la caducidad está igualmente verificada.

2. Por último, no habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

**F A L L A**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 21 de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Tercera de Decisión.

**SEGUNDO:** En su lugar, **DECLARAR** probada de oficio la caducidad de la acción, en los términos expuestos en esta sentencia.

**TERCERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**CUARTO: SIN COSTAS**,toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

**QUINTO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Presidente

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO DANILO ROJAS BETANCOURTH**

 Magistrada Magistrado

1. Si bien originalmente la demanda se presentó por el consorcio directamente a través de su representante legal, mediante auto del 10 de diciembre de 2008, el *a quo* inadmitió la demanda para que se allegara el documento de conformación del consorcio, así como el certificado de existencia y representación de las sociedades que lo conformaban y los poderes de cada uno de los representantes de esta últimas personas jurídicas (fls. 178 y 179, c. ppal). La parte actora aportó cada uno de los documentos solicitados (fls. 180 a 191, c. ppal), razón por la cual a través del auto del 20 enero de 2009 se admitió la demanda (fls. 193 y 194, c. ppal). [↑](#footnote-ref-1)
2. *“Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos*[*151*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr004.html#151)*,*[*288*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr009.html#288)*,*[*356*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr011.html#356)*y*[*357*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr011.html#357)*(Acto Legislativo*[*01*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2001.html#1)*de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”*. [↑](#footnote-ref-2)
3. En materia de responsabilidad de extracontractual, la Sala ha puesto de relieve la especial connotación que tiene la prestación de los servicios públicos por parte de particulares, como lo es el servicio de salud, así: *“8.11.7. Por último, la Sala pone de presente que el derecho a la salud como derecho fundamental incorporado en la Constitución, vinculante para todo el poder público y para los particulares, supera la clásica frontera entre el derecho público y el derecho privado, en especial en aquellos casos en los cuales una persona jurídica de derecho privado presta servicios de salud por remisión de una entidad pública, con lo cual su conducta tiene un claro componente de interés general y su responsabilidad, en consecuencia, debe ser examinada por el juez de la reparación a la luz de la responsabilidad estatal. Esto tiene sentido, por cuanto la persona de derecho privado se constituye frente al usuario del servicio de salud en una prolongación de la entidad pública obligada a prestar dicho servicio”*. En: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2014, exp. 31.182, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-3)
4. En efecto, se impone esa conclusión si se tiene en cuenta que la sola pretensión por utilidad dejada de percibir se calculó en la suma de $2.489.702.552 (fls. 10 y 11, c. ppal, numeral 5 de la pretensión séptima).

 [↑](#footnote-ref-4)
5. Al formular los cargos, la parte actora sostuvo: *“1.1. Notificación extemporánea de la declaratoria de desierta de la licitación; ya que se realizó fuera de la fecha establecido en el pliego de condiciones la decisión de la declaratoria de desierta del proceso de licitación, (debió ser antes de la expiración de la garantía de seriedad de las ofertas, es decir el 2 de julio de 2008) al “CONSORCIO EL DORADO, el oficio PAM-GR/08-07/00170, del 18 de julio de 2008, por medio del cual fue siguiendo sus palabras literales (sic) para dar alcance al oficio PAM-GR-GR/06-7/00145, del 2 de julio de 2008”* (fl. 12, c. ppal). [↑](#footnote-ref-5)
6. Calidad acreditada en el documento de constitución del consorcio accionante (fls. 182 y 183, c. ppal). [↑](#footnote-ref-6)
7. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 7 de junio de 2001, exp. 19.583, M.P. María Elena Giraldo Gómez. En esa oportunidad, se fundamentó esa posición en el entendido de que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, *“Se aplica a los actos precontractuales siempre y cuando estén relacionados con la actividad contractual; y que // No se aplica al acto que declara desierta una licitación pública o un concurso público, a pesar de ser acto precontractual; esto, porque la declaratoria de desierta, por la materia de la decisión, manifiesta la voluntad administrativa dirigida a frustrar, precisamente, el procedimiento de licitación o de concurso de méritos, impidiendo la celebración del contrato o la negociación económica, según su caso. Estas dos razones, de causa y de efecto, hacen visible que el acto que declara desierta la licitación no se profiere “con ocasión de la actividad contractual”.* Posición reiterada por la Sección, entre otras, en: auto del 14 de junio de 2001, exp. 19.078, M.P. Ricardo Hoyos Duque; auto del 14 de agosto de 2003, exp. 22.848, M.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 22 de abril de 2004, exp. 15.118, M.P. María Elena Giraldo Gómez; auto del 2 de febrero de 2005, exp. 26183, M.P. Alier Hernández Enríquez; auto del 2 de febrero de 2005, exp. 27656, M.P. María Elena Giraldo Gómez; auto del 2 de febrero de 2005, exp. 28844, M.P. Alier Hernández Enríquez; auto del 31 de agosto de 2005, exp. 29113, M.P. María Elena Giraldo Gómez, y sentencia del 26 de abril de 2006, exp. 16041, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 2 de agosto de 2006, exp. 30.141, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. En el mismo sentido ver: auto de la misma fecha y ponente, exp. 29.231. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cita original: Ver, entre otros: \*) Sentencia del 29 de junio de 2000. Exp: 16.602. Actor: Sociedad Baupres Limitada Pilotos Prácticos BPP. Demandado: ECOPETROL. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. \*) Auto que dictó la Sección Tercera el 23 de mayo de 2002. Exp. 22.049. Actor: Ansiscom. Demandado: Nación – Registraduría Nacional del Estado Civil (Fondo Rotatorio). Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-9)
10. En efecto, sobre el particular ver entre otras: auto del 24 de enero de 2007, exp. 32865, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 29 de julio de 2013, exp. 24.311, M.P. Ramiro Pazos Guerrero; sentencia del 12 de febrero de 2014, exp. 32.721, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 31 de agosto de 2015, exp. 33.368, M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz, y sentencia del 12 de mayo de 2016, exp. 49025, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-10)