**COPIAS - Simples - Valor probatorio**

En su gran mayoría los documentos que obran en el expediente se aportaron en copias simples remitidas por Emserfusa; sin embargo, se tienen como pruebas válidas en los términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2013.

**ACCIÓN - Contratación pública - Escogencia - Fuente del daño**

Por ello, teniendo en cuenta que la escogencia de la acción pertinente se determina de acuerdo con la fuente del daño, tiene que advertirse que la controversia se suscitó dentro de una actuación precontractual en la cual se profirieron varios actos y, en ese sentido, es imperativo concluir que en el proceso no se debate la responsabilidad por hechos, omisiones u operaciones desprovistos de cualquier vínculo previo entre las partes, lo cual permite concluir que el daño pretendido no se situó en el ámbito de la acción de reparación directa, consagrada en el artículo 136 del CCA.

**ACTOS PRECONTRACTUALES - Acción - Procedencia**

El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, vigente para las acciones impetradas a partir del 8 de julio de 1998 y hasta el 2 de julio de 2011, introdujo una modificación acerca de la procedencia y oportunidad para el ejercicio de acciones judiciales contra los actos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato estatal, así: «Artículo 87 CCA. (Modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) De las controversias contractuales. (…) 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 subraya no es del texto). […] Para clasificar la acción impetrada en este caso, sin entrar a definir la legalidad del procedimiento de libre concurrencia de oferentes , es de importancia destacar que, aún en las relaciones precontractuales que se rigen por el derecho privado, se generan vínculos obligacionales, unilaterales o bilaterales, como el de celebrar el contrato que se ha previsto formalizar por escrito , entre la parte que ofrece el negocio jurídico y la que acepta de manera incondicional, caso en el cual la responsabilidad por el eventual daño derivado de la negativa a formalizar el contrato no se ubica en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, propia de la acción de reparación directa que se conoce en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, precisamente porque en este evento se evidencia la existencia de los actos previos.

**ACTOS PRECONTRACTUALES - Naturaleza**

Es importante recordar que en la etapa precontractual se pueden generar actos administrativos unilaterales de carácter definitivo o actos jurídicos que no tienen la condición de actos administrativos -según se interprete el criterio delimitador del acto -, los cuales en ambos casos producen efectos jurídicos y potencialmente pueden ocasionar un daño o lesión patrimonial a los proponentes. La jurisprudencia ha identificado como actos precontractuales, por ejemplo: el que cierra el paso al derecho a participar en la invitación pública, el que adjudica el contrato a un proponente que no tenía el respectivo derecho; el que declara desierta una convocatoria que debió ser adjudicada, el que niega la celebración del contrato a un oferente con el mejor derecho, todos los cuales pueden ser demandables como fuentes del daño.

**ACTOS PRECONTRACTUALES - Daño - Reparación**

Se puntualiza que, para lograr la indemnización de perjuicios frente a los actos que acaban de referir, se requería incluir la pretensión de nulidad por parte del proponente afectado, especialmente respecto de aquellas resoluciones que contenían la negativa al silencio administrativo positivo, las cuales fueron expresamente identificadas como “actos administrativos”, y en principio estaban amparadas por la presunción de legalidad, no obstante lo cual la demandante no impetró la pretensión correspondiente.

**REPARACIÓN DIRECTA - Improcedencia**

De manera concreta se reafirma la improcedencia de cuestionar la legalidad de un acto administrativo mediante la acción de reparación directa.

**PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA - Demanda - Pretensiones**

El principio iura novit curia no constituye una herramienta para que en la sentencia se construyan las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho que no fueron presentadas en la demanda, por cuanto por esa vía se vulneraría el debido proceso, al irrespetar el derecho a la contradicción y a la defensa.

**ACTO DE ADJUDICACIÓN - Ilegalidad - Contrato estatal - Utilidades**

En cuanto al restablecimiento del derecho en caso como el presente es bueno observar que si el acto de autorización del proceso de libre concurrencia era ilegal, el alcance de la indemnización que se debatía en el proceso judicial en momento alguno podría comprender el reconocimiento de la utilidad derivada de un contrato que no podía celebrarse al amparo de la ley.



**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 25000232600020100033201 (47996)**

**Actor: SERVICIOS AMBIENTALES SER AMBIENTAL S.A. E.S.P.**

**Demandado: MUNICIPIO DE FUSAGASUGÁ y EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE FUSAGASUGÁ EMSERFUSA ESP**

**Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (CCA)**

**Temas***:* ACTOS PRECONTRACTUALES -acción pertinente / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - indebida escogencia de la acción en el caso de que la fuente del daño sea un acto administrativo - improcedencia de cuestionar la legalidad de un acto administrativo mediante la acción de reparación directa

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora - contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 28 de junio de 2012, mediante la cual se dispuso:

*“****PRIMERA: DECLARAR*** *la indebida escogencia de la acción.*

*“****SEGUNDA:*** *Sin condena en costas.*

*“****TERCERA:*** *Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaria liquídense los gastos del proceso y devuélvanse los remanentes al interesado. Pasados 2 años sin que hubieran sido reclamados dichos remanentes, se consideran prescritos a favor de la Rama Judicial”.*

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. Síntesis del caso**

Servicios Ambientales – Ser Ambiental S.A. ESP[[1]](#footnote-1) se presentó al proceso de libre de concurrencia de oferentes abierto por la Empresa de Servicios Públicos de Fusagasugá Emserfusa ESP[[2]](#footnote-2) para la prestación del servicio de aseo y fue calificada en el primer orden de elegibilidad; sin embargo, el proceso se suspendió por orden de la Procuraduría General de la Nación.

El gerente de la entidad expidió una Resolución de adjudicación y al día siguiente fue declarado insubsistente. El procedimiento de contratación se suspendió nuevamente y la Procuraduría reiteró la medida.

Por último, Emserfusa declaró la no ocurrencia del silencio administrativo positivo, no publicó ni notificó la resolución de adjudicación, aunque entregó copia en cumplimiento de una acción de tutela. Por tanto, el contrato no llegó a suscribirse.

**2. La demanda**

Mediante demanda presentada el 25 de mayo de 2010[[3]](#footnote-3) la sociedad Servicios Ambientales – Ser Ambiental S.A. ESP, invocando la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo[[4]](#footnote-4), solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra el municipio de Fusagasugá y la Empresa de Servicios Públicos de Fusagasugá ESP Emserfusa ESP (se transcribe en forma literal):

“*Pagar a la sociedad* ***SERVICIOS AMBIENTALES S.A. E.S.P. (SER AMBIENTAL)****, la indemnización a que tiene derecho por los hechos u omisiones constitutivos que deben derivar en responsabilidad de la ALCALDÍA MUNICIPAL DE FUSAGASUGÁ y la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE FUSAGASUGÁ E.S.P. - EMERSERFUSA S.A. E.S.P., por falla en el servicio al convocar a un proceso de libre concurrencia de oferentes para la adjudicación de la prestación del servicio público domiciliario de aseo en el municipio de Fusagasugá, aparentemente sin el lleno de los requisitos legales; Al suspender unilateralmente e indefinidamente el proceso de concurrencia: al no proferir acto administrativo sustentado y notificado en debida forma a través del cual diere a conocer la Suspensión del Proceso; por abstenerse de suscribir el contrato debidamente adjudicado, al no permitir entrada en vigencia del contrato de adjudicación del proceso de libre concurrencia de oferentes con base en la* ***RESOLUCIÓN No. 347 DE 05 DE JUNIO DE 2007****, mediante la cual ser adjudicó el proceso de libre concurrencia de oferentes, y que ha ocasionado los siguientes daños:*

“*a. Perjuicios materiales: Por la suma de … ($973’690.455,32).*

“*b. Indexación a la fecha de la presentación de la demanda … ($32´190.196.68).*

“*c. Intereses a la fecha de presentación de la demanda: sobre el capital la suma de … ($281’811.137)[[5]](#footnote-5).*

“*2. Se ordene pagar a favor de la sociedad SERVICIOS AMBIENTALES S.A. E.S.P. (SER AMBIENTAL) el lucro cesante futuro que se toma por la proyección de ganancias del contrato a (15) quince años en la suma de … ($3.195’160.638,oo) [[6]](#footnote-6).*

“*3. Que la ALCALDÍA MUNICIPAL DE FUSAGASUGÁ y la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE FUSAGASUGÁ E.S.P. - EMSERFUSA E.S.P. pagará intereses tal como lo prescribe el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.*

“*4. Que la ALCALDÍA MUNICIPAL DE FUSAGASUGÁ y la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE FUSAGASUGÁ E.S.P. – EMSERFUSA E.S.P. darán cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.*

“*5. Se condene a la ALCALDÍA MUNICIPAL DE FUSAGASUGÁ y la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE FUSAGADUGÁ E.S.P. – EMSERFUSA E.S.P., en las costas y gastos del proceso, así como las agencias en derecho”[[7]](#footnote-7).*

**3. Los hechos**

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

**3.1.** Debido a la prestación deficitaria en el servicio de aseo, previo concepto favorable de la Superintendencia de Servicios Públicos y autorizada por su junta directiva, según consta en acta No. 11 de 28 de diciembre de 2006, Emserfusa publicó los términos de referencia para la contratación de la prestación del servicio público de aseo en el municipio de Fusagasugá, mediante la libre concurrencia de oferentes.

**3.2.** El 27 de marzo de 2007 se establecieron los resultados de la evaluación y calificación de propuestas, en los que se recomendó la adjudicación del contrato a Ser Ambiental, único proponente, por cuanto la calificación arrojaba 938 puntos sobre el total de 1000.

**3.3.** En la misma fecha, por orden del Procurador General de la Nación, Emserfusa comunicó la suspensión inmediata de la convocatoria pública para seleccionar el operador del servicio público de aseo.

**3.4.** Una vez que se dieron las respuestas a la Procuraduría y se modificó el cronograma para la contratación, Emserfusa expidió la Resolución No. 347 de 5 de junio de 2007, por medio de la cual adjudicó el proceso de libre concurrencia a Ser Ambiental.

**3.5.** El 5 de junio de 2007 el señor Clímaco Pinilla presentó demanda en ejercicio de la acción popular ante el Juzgado Único Administrativo de Girardot en contra del proceso de contratación[[8]](#footnote-8); según afirmó la parte actora, a la fecha de presentación de la demanda que ahora se resuelve, la acción popular se encontraba sin sentencia definitiva[[9]](#footnote-9).

**3.6.** El 6 de junio de 2007, Emserfusa suspendió nuevamente el proceso de libre concurrencia.

**3.7.** Por medio de acto administrativo No. 082 del 31 de julio de 2007 Emserfusa negó la petición de reconocer el silencio administrativo, que fue invocado por Ser Ambiental, en orden a hacer valer el acto de adjudicación del contrato.

**3.8.** Mediante Oficio No. GE01-160-07 de 2 de agosto de 2007, Emserfusa se negó a suscribir el contrato de servicio de aseo, en tanto faltaban algunas etapas para ello.

**3.9.** Por acto administrativo No. 091 del 27 de agosto de 2007, Emserfusa negó el recurso de reposición interpuesto contra el acto No. 082 del 31 de julio de 2007.

**3.10.** A través de un fallo de tutela, la demandante logró que Emserfusa le entregara la copia de la Resolución No. 347 del 5 de junio de 2007, la cual contenía la adjudicación del proceso de libre concurrencia a favor de Ser Ambiental.

**3.11.** Según indicó la demandante, solo hasta el 4 de diciembre de 2007 el Juzgado Único Administrativo del Circuito de Girardot dictó medida cautelar dentro de la acción popular iniciada por Clímaco Pinilla, en el sentido de *“abstenerse (…) de proveer de eficacia a la Resolución No. 347 del 5 de junio de 2007”.*

**4. Fundamentos de derecho**

La parte actora invocó los artículos 136, 139 y 206 del CCA[[10]](#footnote-10).

**5. Actuación procesal**

**5.1.** El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda mediante auto de 14 de julio de 2010[[11]](#footnote-11), que fue aclarado por auto de 25 de agosto de 2010[[12]](#footnote-12).

**5.2.** El citado Tribunal decretó las pruebas solicitadas en auto de 9 de diciembre de 2010.

**5.3. Contestación de la demanda**

**5.3.1.** En la contestación de la demanda[[13]](#footnote-13), Emserfusa explicó que la autorización de la junta directiva fue otorgada con base en un estudio de diagnóstico y viabilidad técnica realizado en desarrollo del contrato de consultoría 108 de 2006; observó que el 30 de marzo de 2007 el Procurador General de la Nación, mediante oficio 319 de 26 de marzo de 2007, con apoyo en el artículo 170 de la Ley 734 de 2002, les comunicó la suspensión inmediata del proceso de contratación, entre otras razones, por cuanto consideró que la Junta Directiva no tenía facultad para autorizar la celebración de un contrato destinado a entregar a un operador privado la prestación del servicio de aseo en todos sus componentes, además de que en ese oficio se indicaron presuntas violaciones al principio de transparencia y de selección objetiva en la contratación.

Explicó que el procedimiento de contratación se reanudó por cuanto el Gerente de Emserfusa consideró que había acreditado las respuestas requeridas a las observaciones de la Procuraduría, lo que realizó mediante el oficio GE 01-046-07 del 18 de mayo de 2007.

Manifestó que la Resolución 347 de 5 de junio de 2007, contentiva de la adjudicación del contrato, se suscribió por el Gerente un día antes de la fecha fijada en el cronograma del proceso de contratación, pero no llegó a ser notificada por la entidad, dado que al día siguiente el referido gerente fue declarado insubsistente, mediante la Resolución 005 de 2007[[14]](#footnote-14).

Indicó que dicho documento no correspondía a un acto perfeccionado, independientemente de que con posterioridad hubiera tenido que entregar al interesado una copia, de acuerdo con la decisión del juez de tutela, adoptada el 1º de noviembre de 2007.

Precisó que solo hasta el 26 de julio de 2007 se presentó un pronunciamiento formal por parte de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de confirmar la suspensión del procedimiento de contratación.

Expuso que, mediante providencia del 4 de diciembre de 2008, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca confirmó la medida cautelar consistente en abstenerse de dar eficacia jurídica a la pretendida resolución de adjudicación, puesto que ese tribunal estimó que las facultades de la junta directiva debieron ceñirse al acuerdo de creación No. 16 de 2005 y que esta junta carecía de atribuciones para entregar en *“concesión”* el servicio de aseo.

Concluyó que Emserfusa tenía justificación para no suscribir el contrato correspondiente, en cumplimiento de la medida cautelar que le fue impuesta.

La demandada invocó como **excepciones**, las siguientes: **i)** caducidad de la acción, toda vez que la demanda radicada el 25 de mayo de 2010 debió presentarse a más tardar el 12 de junio de 2009 y que la diligencia de conciliación administrativa se solicitó con posterioridad a esa fecha, habiéndose declarado fallida y, **ii)** cobro de lo no debido, por cuanto la demandante no puede reclamar perjuicios materiales con base en los montos de inversión realizados, sin haberse suscrito el contrato.

**5.3.2.** Por su parte, el municipio de Fusagasugá, al contestar la demanda[[15]](#footnote-15) observó que no le constaban los hechos, debido a que Emserfusa era una empresa de servicios públicos independiente del municipio, creada por Acuerdo No. 13 de 1965 y transformada mediante Acuerdo No. 065 de 1996 en empresa de servicios públicos domiciliarios, como empresa industrial y comercial del estado, con personería jurídica y autonomía presupuestal, en los términos de la Ley 489 de 1998.

El municipio demandado presentó las **excepciones** de: **i)** caducidad de la acción en los términos del artículo 136 del CCA; **ii)** falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual se fundó en que el municipio no tiene responsabilidad por las actuaciones de Emserfusa, ni participó en los hechos materia de la demanda y, **iii)** indebida escogencia de la acción, de carácter contractual, siguiendo las voces de la sentencia C-1048 de 2001, emanada de la Corte Constitucional, toda vez que en esa sentencia se consideró que las pretensiones para que se declare la existencia de un contrato se deben ventilar a través de la acción contractual.

**6. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C – Sala de descongestión- profirió sentencia el 28 de junio de 2012, mediante la cual, después de presentar un recuento de la actuación procesal y de los documentos que obraban en copias auténticas[[16]](#footnote-16), declaró la indebida escogencia de la acción.

El Tribunal *a quo* apoyó su decisión en que el hecho generador del daño invocado en este proceso se deriva de un acto precontractual susceptible de impugnación *“mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 87 del C.C.A.”.*

El Tribunal realizó un recuento de lo afirmado en la demanda y advirtió que:

“*Esto significa que el daño cuya indemnización se pretende no es la negativa de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE FUSAGASUGÁ – EMSERFUSA E.S.P. a suscribir el contrato (…) sino la supuesta irregularidad en la expedición del ‘Adendo’ No. 4 del 6 de junio de 2007, en virtud de la cual la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE FUSAGASUGÁ – EMSERFUSA E.S.P. suspendió indefinidamente el proceso de contratación”[[17]](#footnote-17).*

Resaltó que, según la demanda, mediante el Adendo 004 de 6 de junio de 2007, Emserfusa suspendió unilateral e indefinidamente el proceso de libre concurrencia de oferentes, en decisión que oficializó por intermedio del comunicado de esa misma fecha, de acuerdo con los documentos que obran en el expediente[[18]](#footnote-18).

**7. El recurso de apelación**

La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia el 16 de enero de 2013[[19]](#footnote-19) y sustentó su recurso dentro del mismo escrito.

La demandante insistió en que la razón de la demanda fue la omisión en la suscripción del contrato y afirmó que Emserfusa no hizo nada para decretar la nulidad, la revocatoria de la Resolución No. 347 de 5 de junio de 2007, o cualquier otra acción orientada a desaparecer los efectos jurídicos de esa decisión.

Indicó que solo pudo conocer el contenido del acto de adjudicación cuando recibió el oficio GE01-567-2007 de fecha 6 de noviembre de 2007, con el cual se le entregó copia informal, en cumplimiento de lo ordenado por el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá, al decidir la acción de tutela. Agregó que dicha Resolución solo se entiende notificada a la parte actora con la presentación de la demanda.

Por otra parte, destacó que, si bien allegó copias simples de algunos documentos, dentro del proceso solicitó oficiar a Emserfusa para que allegara los antecedentes y esa empresa no cumplió en su totalidad con aportar en debida forma las pruebas ordenadas por el Tribunal.

**8. Actuaciones en segunda instancia**

El recurso de apelación se admitió en auto de 25 de abril de 2014, una vez que se allegaron las certificaciones solicitadas al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para definir la oportunidad de la impugnación[[20]](#footnote-20).

Mediante auto de 19 de mayo de 2014, se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público[[21]](#footnote-21).

**9. Alegatos en segunda instancia**

**9.1.** En la oportunidad para alegar, Emserfusa solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, considerando lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“*Entonces, a falta de la notificación de la Resolución 347/07 se generó ineficacia del mismo, por ello no genera efectos a quien estén destinados, en tanto que este requisito constituye una de las etapas del procedimiento que tiene por objeto dar firmeza a las decisiones administrativas. Si bien en la decisión transcrita* [la sentencia de primera instancia] *se dice que si a consecuencia de una operación administrativa, a falta de notificación o notificación irregular se causa un daño, la acción a impetrar es la reparación directa; sin embargo no se puede predicar lo mismo en el presente caso, pues la causa del daño no es el Acto Administrativo 347/07, fue el acto precontractual ‘ADENDO 004 del 06 de junio de 2007’. Desde allí es preciso mencionar que si la empresa Ser Ambiental S.A. ESP fue afectada por la suspensión del proceso, debió acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para pedir la nulidad y restablecimiento del derecho, por los efectos directos que produjo en el proceso el citado ADENDO 004”[[22]](#footnote-22).*

Recordó, para el evento en que esta Corporación entre a decidir de fondo la presente controversia, que se debe en tener en cuenta la excepción sobre el cobro de lo no debido, toda vez que la demandante está solicitando perjuicios materiales por más de $4.482’852.000, supuestamente causados en una época en la que no tenía derecho alguno a la adjudicación del contrato.

**9.2.** El municipio de Fusagasugá afirmó que el procedimiento de contratación terminó con el Adendo 004 del 6 de junio de 2007 y que con ese acto se originó el supuesto perjuicio para el demandante, el cual ha debido ser objeto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos del artículo 87 del CCA.

Citó la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación que ha advertido la improcedencia de cuestionar la legalidad de un acto administrativo mediante la acción de reparación directa[[23]](#footnote-23).

Por tanto, solicitó confirmar la sentencia impugnada.

**9.3.** La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio, en su oportunidad[[24]](#footnote-24).

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** legitimación por pasiva; **3)** los actos probados en este proceso; **4)** la acción pertinente en el caso de los actos precontractuales; **5)** naturaleza de los actos precontractuales; **6)** el caso concreto, **7)** acotación final sobre la práctica de la prueba pericial; **8)** costas, **9)** reconocimiento de personería.

**1. Competencia del Consejo de Estado**

**1.1. Jurisdicción competente**

Con fundamento en el criterio orgánico que se adoptó en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo[[25]](#footnote-25), teniendo en cuenta que las dos entidades demandadas en este proceso son de naturaleza pública[[26]](#footnote-26), se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del presente asunto.

**1.2. Cuantía**

El Consejo de Estado es competente para conocer de este recurso, por tratarse de un proceso de doble instancia debido a la cuantía, aplicando lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 1395 de 2010[[27]](#footnote-27), dado que la sumatoria de las pretensiones de la demanda[[28]](#footnote-28) excede los 500 salarios mínimos mensuales vigentes[[29]](#footnote-29) a la fecha de la presentación de la misma.

Por tanto, se reafirma la competencia definida en el auto de admisión del recurso de apelación que ahora se desata.

**2.** **Legitimación por pasiva**

Desde el punto de vista formal se tiene en cuenta que Emserfusa fue demandada en este proceso por haber expedido los actos relacionados con el procedimiento de contratación y, por su parte, el municipio de Fusagasugá se vio vinculado, por cuanto el Alcalde Municipal fue “*quien fungió como presidente* [de la Junta Directiva] *el 28 de diciembre de 2006*”, en la cual se autorizó la apertura del proceso de libre concurrencia de oferentes, acto que resultó cuestionado en la suspensión del procedimiento de contratación que ordenó la Procuraduría General de la Nación.

La Sala no se pronunciará sobre el fondo de esta legitimación pasiva, dado que previamente, atenderá el estudio de la imputación materia de la apelación, es decir, la escogencia de la acción, para lo cual a continuación se relacionan los actos probados en el proceso.

**3. Los actos probados en el proceso**

En su gran mayoría los documentos que obran en el expediente se aportaron en copias simples remitidas por Emserfusa; sin embargo, se tienen como pruebas válidas en los términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil[[30]](#footnote-30), de conformidad con la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2013[[31]](#footnote-31).

Para el propósito de la presente providencia, de acuerdo con la demanda y con el contenido del expediente, se destacan las siguientes pruebas:

**i)** la convocatoria realizada por Emserfusa a un proceso de “*concurrencia de libres oferentes”* el 2 de marzo de 2007, modificada por Adendo 001 de 15 de marzo de 2007, en desarrollo de la cual se recibió, evaluó y calificó la propuesta de la empresa Ser Ambiental en primer orden de elegibilidad, según informe del comité evaluador de 27 de marzo de 2007[[32]](#footnote-32); **ii)** el Adendo 002 de 27 de marzo de 2007, por el cual se suspendió el proceso “*hasta nueva fecha”*[[33]](#footnote-33)*,* de conformidad con lo ordenado por el Procurador General de la Nación en el oficio de 319 de 26 de marzo de 2007; **iii)** el Adendo 003 del 1º de junio de 2007, mediante el cual se modificó el cronograma del proceso de libre concurrencia de oferentes; **iv)** el Adendo 004 del 6 de junio de 2007, a través del cual Emserfusa suspendió “*inmediatamente cualquier actuación relacionada con la invitación pública de libre concurrencia de oferentes de la prestación del servicio público domiciliario (…) en razón a que no se conoce aún el pronunciamiento de la Procuraduría General de la Nación con respecto a las aclaraciones dadas al oficio No. 319 emanado del Procurador General de la Nació*n”; **v)** el *“acto administrativo No. 082*” de 31 de julio de 2007, contentivo de la decisión de Emserfusa de “***NEGAR*** *la aplicación del silencio administrativo positivo”* sobre la adjudicación solicitada por Ser Ambiental al no haber recibido copia del respectivo acto. En este “acto administrativo” se indicó que no era posible enviar un acto de esa naturaleza *“ya que a la fecha no se ha efectuado adjudicación alguna del contrato”* [[34]](#footnote-34); **vi)** el oficio GE 01 160 07 de 2 de agosto de 2007, mediante el cual el Gerente de Emserfusa comunicó a Ser Ambiental que “*no es posible proceder a la suscripción del contrato con Ustedes ya que faltan varias etapas para llegar a ello y el proceso se encuentra suspendido, como es de público conocimiento”* y se refirió a *“la respuesta”* dada a la proponente, el 31 de julio de 2007; **vii)** el *“acto administrativo No. 091 de 27 de agosto de 2007”* mediante el cual Emserfusa decidió *“no reponer el acto administrativo 082*”[[35]](#footnote-35).

Igualmente, obra en el expediente la Resolución 347 del 5 de junio de 2007, suscrita por el gerente de Emserfusa, mediante la cual resolvió “*ADJUDICAR el ‘contrato de Operación y Gestión’ a la empresa Ser Ambiental S.A. ESP*”.

Puede observarse que la minuta indicativa del contrato, según el anexo 3 de los términos de referencia, se titulaba *“Contrato de Operación y Gestión”*, en el cual “e*l Operador”* asumía la “*operación especializada del servicio público de aseo*”, incluyendo los componentes de barrido, limpieza, recolección, transporte, disposición final y gestión comercial[[36]](#footnote-36).

Por otra parte, se observa que el artículo segundo de la referida Resolución 347 dispuso:

“*Artículo Segundo: SUSCRIBIR en consecuencia el correspondiente Contrato de Operación y Gestión de conformidad a las condiciones, plazos y parámetros establecidos en los Términos de Referencia, anexos y Adendos del proceso de Libre Concurrencia de Oferentes*[[37]](#footnote-37)”.

También consta en el expediente la comunicación de 6 de noviembre de 2007, mediante la cual el gerente de Emserfusa remitió copia del citado acto, en cumplimiento de una demanda de tutela entablada por Ser Ambiental, así (se transcribe de forma literal):

“*Dando cumplimiento al fallo de tutela de segunda instancia proferido por el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE FUSAGASUGÁ, de fecha 1º de noviembre del año en curso y notificado al suscrito como representante legal el 2 de noviembre del mismo, me permito enviar copia informal de la Resolución No. 347 del 5 de junio de 2007, mediante la cual se adjudica el proceso de libre concurrencia de oferentes para la contratación de la prestación del servicio público domiciliario de aseo en los componentes de barrido, limpieza y recolección y transporte y disposición final y gestión comercial en el Municipio de Fusagasugá*”[[38]](#footnote-38).

La primera conclusión que se extrae de las actuaciones que han sido relacionadas anteriormente, con independencia de su naturaleza jurídica, bien sea la de acto administrativo o no, consiste en que tienen en común su referencia a la etapa precontractual del proceso de libre concurrencia de oferentes, puesto que se profirieron dentro del procedimiento de contratación adelantado por Emserfusa, aunque este no culminó con la formalización del respectivo contrato.

Por ello, teniendo en cuenta que la escogencia de la acción pertinente se determina de acuerdo con la fuente del daño[[39]](#footnote-39), tiene que advertirse que la controversia se suscitó dentro de una actuación precontractual en la cual se profirieron varios actos y, en ese sentido, es imperativo concluir que en el proceso no se debate la responsabilidad por hechos, omisiones u operaciones desprovistos de cualquier vínculo previo entre las partes, lo cual permite concluir que el daño pretendido no se situó en el ámbito de la acción de reparación directa, consagrada en el artículo 136 del CCA para los siguientes eventos:

“*Artículo 86. Acción de reparación directa.  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 de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa*”.

Es útil destacar que la pretensión de indemnización de perjuicios en este caso pasó por la invocación del procedimiento de libre concurrencia de oferentes y la no suscripción del contrato, refiriendo en los hechos de la demanda varios actos, los cuales serán examinados para establecer si alguno de ellos puede ser identificado como la fuente del daño y definir, a su vez, la acción pertinente.

**4. La acción pertinente en el caso de los actos precontractuales**

**4.1.** El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, vigente para las acciones impetradas a partir del 8 de julio de 1998[[40]](#footnote-40) y hasta el 2 de julio de 2011[[41]](#footnote-41), introdujo una modificación acerca de la procedencia y oportunidad para el ejercicio de acciones judiciales contra los actos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato estatal, así:

*“Artículo 87 CCA.* (Modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998)*De las controversias contractuales. (…)*

*“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 subraya no es del texto).

Por su parte, en la demanda cuyo recurso de resuelve se pretendió la indemnización en la siguiente forma (se transcribe de forma literal):

*“por falla en el servicio al convocar a un proceso de libre concurrencia de oferentes para la adjudicación de la prestación del servicio público domiciliario de aseo en el municipio de Fusagasugá, aparentemente sin el lleno de los requisitos legales; Al suspender unilateralmente e indefinidamente el proceso de concurrencia: al no proferir acto administrativo sustentado y notificado en debida forma a través del cual diere a conocer la Suspensión del Proceso; por abstenerse de suscribir el contrato debidamente adjudicado, al no permitir entrada en vigencia del contrato de adjudicación del proceso de libre concurrencia de oferentes con base en la* ***RESOLUCIÓN No. 347 DE 05 DE JUNIO DE 2007****, mediante la cual ser adjudicó el proceso de libre concurrencia de oferentes, y que ha ocasionado los siguientes daños”.*

Por tanto, de la lectura de la pretensión se reafirma que la controversia se situó en la etapa precontractual, es decir en aquella actuación que ocurrió a partir de la invitación a contratar, aunque en este caso el contrato no llegó a suscribirse.

Se afirma lo anterior, al observar que tuvo lugar la convocatoria a un proceso de libre concurrencia de oferentes realizada por Emerfusa el 2 de marzo de 2007, publicada en su página web, con el documento de los términos de referencia para la contratación de la prestación del “*servicio público domiciliario de aseo en los componentes de recolección y transporte, barrido y limpieza de vías aéreas públicas, disposición final y gestión comercial en el municipio de Fusagasugá*”, la cual constituyó una invitación a contratar con quien presentara la mejor propuesta, de conformidad con los respectivos términos de referencia.

**4.2.**  Se agrega a lo anterior que la propuesta de Ser Ambiental y su calificación en primer orden sitúan la controversia específicamente en el ámbito de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, bajo la égida del inciso segundo del artículo 87 del CCA[[42]](#footnote-42), por las siguientes razones:

**4.3.** Debe tenerse en cuenta que en el punto 1.6 de los términos de referencia se indicó que el régimen legal de la convocatoria -y del contrato- era el derecho privado, de conformidad con la Ley 142 de 1994, contentiva del régimen de servicios públicos domiciliarios. Desde esa óptica, el vínculo precontractual se encontraba regido, supuestamente, por las reglas de la oferta de contrato y su aceptación, que estaban previstas en los artículos 845, 846 y 857 del Código de Comercio[[43]](#footnote-43), dado que se formalizó la presentación de la propuesta por parte de la empresa Ser Ambiental, de acuerdo con lo que se encuentra probado con el acta de cierre del proceso de libre concurrencia de oferentes de fecha 20 de marzo 2007, a lo cual se suma la evaluación que – sin entrar en su estudio de fondo -, en el presente caso arrojó que la ahora demandante fue calificada como elegible en el primer orden por el comité evaluador, de conformidad con los términos de referencia.

Para clasificar la acción impetrada en este caso, sin entrar a definir la legalidad del procedimiento de libre concurrencia de oferentes[[44]](#footnote-44), es de importancia destacar que, aún en las relaciones precontractuales que se rigen por el derecho privado, se generan vínculos obligacionales, unilaterales o bilaterales, como el de celebrar el contrato que se ha previsto formalizar por escrito[[45]](#footnote-45), entre la parte que ofrece el negocio jurídico y la que acepta de manera incondicional, caso en el cual la responsabilidad por el eventual daño derivado de la negativa a formalizar el contrato no se ubica en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, propia de la acción de reparación directa que se conoce en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, precisamente porque en este evento se evidencia la existencia de los actos previos.

**5. Naturaleza de los actos precontractuales**

Es importante recordar que en la etapa precontractual se pueden generar actos administrativos unilaterales de carácter definitivo o actos jurídicos que no tienen la condición de actos administrativos -según se interprete el criterio delimitador del acto[[46]](#footnote-46)-, los cuales en ambos casos producen efectos jurídicos y potencialmente pueden ocasionar un daño o lesión patrimonial a los proponentes.

La jurisprudencia ha identificado como actos precontractuales, por ejemplo: el que cierra el paso al derecho a participar en la invitación pública, el que adjudica el contrato a un proponente que no tenía el respectivo derecho; el que declara desierta una convocatoria que debió ser adjudicada, el que niega la celebración del contrato a un oferente con el mejor derecho, todos los cuales pueden ser demandables como fuentes del daño.

En los términos del artículo 87 del CCA, vigente para la época en que se expidieron los actos relacionados en esta providencia, era preciso que la demanda incluyera de manera expresa la pretensión de nulidad del respectivo acto, bien sea por violación de la ley o del pliego de condiciones, por incompetencia o por desviación de atribuciones del funcionario que las profirió, puesto que los actos expedidos, -por ejemplo los que negaron la ocurrencia del silencio administrativo o los efectos de la resolución de adjudicación- estaban amparados por la presunción de legalidad y tenían fuerza obligatoria en los términos del artículo 64 y 67 del CCA[[47]](#footnote-47), o eran obligatorios y producción efectos bajo las reglas de los artículos 845, 846 y 857 del C.Co., según se definiera el régimen legal aplicable al respectivo acto.

Se puntualiza que, para lograr la indemnización de perjuicios frente a los actos que acaban de referir, se requería incluir la pretensión de nulidad por parte del proponente afectado, especialmente respecto de aquellas resoluciones que contenían la negativa al silencio administrativo positivo, las cuales fueron expresamente identificadas como *“actos administrativos”*, y en principio estaban amparadas por la presunción de legalidad, no obstante lo cual la demandante no impetró la pretensión correspondiente.

De manera concreta se reafirma la improcedencia de cuestionar la legalidad de un acto administrativo mediante la acción de reparación directa[[48]](#footnote-48).

Por último, desde el punto de vista del procedimiento ante esta jurisdicción, se hace notar que, para la fecha de la demanda, los actos precontractuales debían ser impugnados a través de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter contractual; dentro del término de caducidad especial de 30 días, de conformidad con el inciso segundo del artículo 87 del CCA[[49]](#footnote-49).

**6. El caso concreto**

El **problema jurídico** que la Sala plantea en esta apelación consiste en determinar la causa del daño que se reclama, y si fue uno de los actos acreditados en la demanda, procederá a determinará si se incurrió o no en la indebida escogencia de la acción.

De acuerdo con lo expuesto, dentro del procedimiento precontractual existieron varios actos que finalmente desencadenaron en que el contrato no llegó a suscribirse.

Sin embargo, para la Sala el acto que concretó esa decisión final, y cuya nulidad debió ser demandada en este proceso, no fue el Adendo No. 004, toda vez que, a diferencia de lo que se afirma en la sentencia de primera instancia, ese acto no contenía una suspensión *“indefinida”* del procedimiento de contratación, toda vez que se refería a una suspensión condicionada a que se recibiera la respuesta final de la Procuraduría General de la Nación, cuyo texto no se conocía en forma completa a la fecha en que la junta directiva de la entidad decidió suspender nuevamente el proceso de contratación.

En ese sentido, sin desconocer la fuerza vinculante de las modificaciones a los términos de referencia[[50]](#footnote-50), se observa que el Adendo 004 realmente no contenía un acto de carácter definitivo con fuerza para excluir o privar al proponente de la celebración del contrato, de manera que respecto de dicho acto no puede predicarse para la demandante la carga procesal de solicitar su nulidad.

Se adiciona la consideración anterior teniendo en cuenta que en el oficio GE 01 160 07 de 2 de agosto de 2007, el gerente de Emserfusa comunicó a Ser Ambiental que “*no es posible proceder a la suscripción del contrato con Ustedes ya que faltan varias etapas para llegar a ello …”.*

No obstante, en el estudio de los actos allegados al plenario, la Sala encuentra que, para los efectos de este proceso, la decisión definitiva de Emserfusa – que debió ser objeto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho- se produjo con posterioridad a la expedición del Adendo 004, en las Resoluciones No. 082 de 31 de julio de 2007 y No. 091 de 27 de agosto de 2007, -que en forma expresa fueron identificadas como *“acto administrativo*”-mediante las cuales esa entidad decidió negar la aplicación del silencio administrativo positivo respecto del acto de adjudicación -la Resolución 347 de 2007 – la cual se negó a reconocer como acto eficaz - por la conducta irregular del gerente que la expidió y que no publicó ni notificó dentro del proceso de contratación-, lo que confirmó en el acto No. 091 al “*no reponer el acto administrativo 082*”[[51]](#footnote-51).

Eventualmente, Ser Ambiental se pudo encontrar perjudicada – o no-, por muchas actuaciones, por ejemplo, dado que Emserfusa obró por fuera de sus competencias al abrir el respectivo proceso de contratación, excediendo los límites del objeto para el cual fue creada y por cuanto el acto de autorización para contratar emanado de la junta directiva de la entidad fue suspendido, pero en su caso particular el supuesto daño se concretó mediante el acto administrativo en el cual se le negó el reconocimiento de un silencio administrativo que pretendía abrir paso a la contratación con base en la Resolución 347 de 2007, decisión que se adoptó en la Resolución No. 082 de 2007, toda vez que se consideró que no existía un acto de tal naturaleza y no era procedente expedir una copia del *“acto administrativo solicitado”,* lo cual se reafirmó en la Resolución 091 de 2007, al considerar que tal acto *“en la empresa no se ha dado a conocer y por lo tanto es ineficaz mas no ilegal y así se ha resuelto”[[52]](#footnote-52).*

Materialmente, los actos administrativos antes citados – Resoluciones No. 982 t Ni. 091- negaron el supuesto derecho a la adjudicación a la ahora demandante.

Se agrega que al entregar la copia de la Resolución 347 no se modificó la anterior decisión, toda vez que Emserfusa dejó a salvo que no le reconocía efectos vinculantes como acto de adjudicación, puesto que realizó la entrega con apoyo en lo observado por el juez de tutela, el cual estimó que así fuera un acto incompleto o imperfecto, no estaba sujeto a reserva frente a la proponente.

En cuanto a la indebida escogencia de la acción, en este estado del análisis resulta preciso adicionar que no cabe explorar la adecuación de la acción de reparación directa hacia una acción contractual, toda vez que en las pretensiones de la demanda no se solicitó la nulidad de los actos antes reseñados, de manera que no se cumplió con el presupuesto de la demanda en forma con la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual exige que para la anulación de tales actos los cargos deben ser claramente identificados en la demanda, para que el demandado pueda atender la contradicción de los mismos y el juez, dentro del principio de la congruencia, pueda pronunciarse sobre estos.

Por otra parte, tampoco se encuentra sentido útil a intentar la adecuación de la acción, teniendo en cuenta que los actos precontractuales no fueron demandados en la oportunidad establecida en el inciso segundo del artículo 87 del CCA, es decir dentro de los 30 días hábiles siguientes a la comunicación o notificación, lo que llevaría a la caducidad de la acción, además de que, se resalta, el principio *iura novit curia*[[53]](#footnote-53) no constituye una herramienta para que en la sentencia se construyan las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho que no fueron presentadas en la demanda, por cuanto por esa vía se vulneraría el debido proceso, al irrespetar el derecho a la contradicción y a la defensa.

Como consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

**7. Acotación final sobre la práctica de la prueba pericial**

Finalmente, a título ilustrativo, para orientar el análisis del dictamen en casos como el presente, la Sala debe llamar la atención sobre tres aspectos:

**i)** la inconducencia de la prueba del daño emergente y del lucro cesante que en este proceso pretendió fundarse en la existencia de inversiones “preoperativas” y soportes de compras y gastos realizados entre 2009 y 2010, toda vez que era incierto el derecho a la adjudicación y, para la época referida, el proceso de contratación había sido suspendido y la empresa de servicios públicos se había negado a reconocer los efectos de la resolución de adjudicación, dada la medida impuesta por la Procuraduría General de la Nación y la existencia de la acción popular.

**ii)** Por otra parte, en la actuación de primera instancia el Tribunal *a quo* no podía dejar de revisar el contenido del cuestionario que se sometió a la perito decretada en el proceso, puesto que al practicar la prueba le correspondía buscar su concreción y pertinencia, para evitar que el dictamen incluyera cálculos que se apartaran del supuesto fáctico del debate y que luego, a la hora de fallar, no pudieran servir como apoyo para la eventual liquidación de perjuicios.

**iii)** Finalmente, en cuanto al restablecimiento del derecho en caso como el presente es bueno observar que si el acto de autorización del proceso de libre concurrencia era ilegal[[54]](#footnote-54), el alcance de la indemnización que se debatía en el proceso judicial en momento alguno podría comprender el reconocimiento de la utilidad derivada de un contrato que no podía celebrarse al amparo de la ley[[55]](#footnote-55).

**8. Costas**

Habida cuenta de que para este proceso aplica el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 el cual indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a la condenan en costas.

**9. Reconocimiento de personería**

Teniendo en cuenta que el municipio de Fusagasugá y la Empresa de Servicios Públicos de Fusagasugá Emserfusa ESP otorgaron poderes que fueron presentados por sus nuevos apoderados en el presente proceso[[56]](#footnote-56), se reconocerá la personería correspondiente.

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

##### F A L L A

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 28 de junio de 2012.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO: RECONOCER** personería adjetiva al abogado Javier Alonso Figueroa Tocora, con tarjeta profesional 160.813 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la Empresa de Servicios Públicos de Fusagasugá Emserfusa ESP, entidad que hace parte del extremo demandado en el presente proceso.

**CUARTO: RECONOCER** personería adjetiva a la abogada Luceida Ardila Dimaté, con tarjeta profesional 228.847 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de municipio de Fusagasugá, que igualmente, hace parte del extremo demandado en el presente proceso.

**QUINTO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**MARÍA ADRIANA MARÍN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. En adelante se podrá denominar Ser Ambiental

   [↑](#footnote-ref-1)
2. En adelante se podrá denominar Emserfusa. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 16, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. En adelante CCA. [↑](#footnote-ref-4)
5. Copia parcial, se omiten las cifras en letras. [↑](#footnote-ref-5)
6. Copia parcial, se omiten las cifras en letras. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 4, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Expediente 2007-000145. [↑](#footnote-ref-8)
9. Acerca de la acción popular citada debe tenerse en cuenta que fue entablada contra el municipio de Fusagasugá y Emserfusa. Al contestar la demanda Emserfusa presentó la sentencia de 5 de febrero de 2010, mediante la cual el Juzgado Administrativo del Circuito de Girardot declaró probada la afectación del derecho a la moralidad administrativa y anuló la autorización del 28 de diciembre emanada de la Junta Directiva de esa empresa. (folios 75 a 86, cuaderno 1.). En la segunda instancia, Emserfusa allegó la sentencia del 12 de junio de 2012, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C –en descongestión- revocó el numeral cuarto -referido al incentivo económico- y confirmó, en lo demás, la sentencia de 5 de febrero de 2010 (folios 249 a 258, cuaderno principal segunda instancia). [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 15, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 19 a 22, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 27, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 51 a 64, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 74, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 44 a 50 cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-15)
16. Observó que no podía apreciar los documentos del procedimiento para la contratación, dado que se encontraban en copia simple. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 240 cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 142 y 143 cuaderno 4, documentos suscritos por el gerente y representante legal ( e ) de Emserfusa. [↑](#footnote-ref-18)
19. Según certificó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se encontraba afectado por el paro judicial en la fecha en que vencía el término para presentar el recurso de apelación. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 296 a 299, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folio 301, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folio 310, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-22)
23. Citó las siguientes sentencias: **1.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Consejera ponente: Myriam Guerrero de Escobar, sentencia de 3 de febrero de 2010. Exp 44001-23-31-000-1999-00608-01 (19417), **2.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Consejera Ponente ( e ) Gladys Agudelo Ordóñez, sentencia del 23 de junio de 2010, radicación: 85001-23-31-000-1998-00129-01 (18319). (folio 323, cuaderno principal segunda instancia). [↑](#footnote-ref-23)
24. Folio 325, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-24)
25. Artículo 82 CCA. “*La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley*”. [↑](#footnote-ref-25)
26. Emserfusa es una empresa industrial y comercial del estado, del orden municipal, folio 416, cuaderno principal segunda instancia. El municipio de Fusagasugá es una entidad territorial. [↑](#footnote-ref-26)
27. *Ley 1395 de 2010 “Artículo 3o****.*** *Modifíquese el numeral 2 del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, el cual quedará así: 1. Por el valor de la suma de todas las pretensiones acumuladas al momento de la presentación de la demanda”.* [↑](#footnote-ref-27)
28. La suma total de $4.482’852.427, reclamada por concepto de perjuicios causados. Folio 15, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-28)
29. A la fecha de presentación de la demanda, de acuerdo con el salario mínimo del año 2010. El valor equivalente a 500 SMMLV era: $515.000 x 500= $257’500.000. [↑](#footnote-ref-29)
30. En el mismo sentido que lo dispone el artículo 146 del Código General del Proceso (CGP). [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Consejero ponente: Enrique Gil Botero, expediente: 25.022. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folios 98 a 106, cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folio 116, cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folios 144 a 146, cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folios 160 a 164, cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-35)
36. Cuaderno de términos de referencia, Anexo 3, página 1. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folio 168, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-37)
38. Folio 165, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-38)
39. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, 2 de febrero de 2005, radicación número: 25000-23-26-000-2004-00942-01(28289), actor: Carcafé Ltda. C. I., demandado: Federación Nacional de Cafeteros – auto de rechazo de la demanda por indebida escogencia de la acción. **“***Por lo tanto como la causa fuente del daño que se pide indemnizar proviene de un acto administrativo, que se presume legal, la acción de reparación directa resulta indebida. Y no puede el Consejo de Estado entrar a considerar ahora UN HECHO NUEVO, alegado en el recurso de apelación, como es que dicho acto no fue notificado debidamente, porque el recurso de apelación frente a autos de rechazo de la demanda no tienen por objeto agregar situaciones nuevas a su demanda, sino controvertir la legalidad de la providencia apelada, como así lo enseña el artículo 352 del C. P. C.”*

    En el mismo sentido, en vigencia del CPACA, se ha observado:

    Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, auto de 2 de agosto de 2018, radicación: 25000-23-36-000-2015-00679-01(57079)A, actor: Lírica S.A., demandado: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, referencia: reparación directa “*En efecto, si la causa del daño es un hecho de la administración, una omisión, una operación administrativa o la ocupación de un inmueble, debe formularse una pretensión de reparación directa (artículo 140 del C.P.A.C.A.). Si, por el contrario, la causa de los perjuicios es una decisión de la administración que crea, modifica o extingue una situación jurídica, es decir, un acto administrativo, la pretensión adecuada es, por regla general, la de nulidad (si éste es de carácter general, impersonal y abstracto) (artículo 137 del C.P.A.C.A.),* ***o la de nulidad y restablecimiento del derecho, (si el acto es de carácter particular, individual y concreto o si es presunto o ficto, o si se profirió en la etapa previa de un contrato estatal) (artículo 138 del C.P.A.C.A.)****, mientras que si, se expidió durante o después de la ejecución de un contrato de tal naturaleza, la pretensión que corresponde es la de controversias contractuales* (artículo 41 del C.P.A.C.A.)” (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-39)
40. Fecha de publicación de la Ley 446 de 1998. [↑](#footnote-ref-40)
41. Fecha en la cual empezó a regir el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo (CPACA) contenido en la Ley 1437 de 2011.

    [↑](#footnote-ref-41)
42. En la sentencia C- 1048 de 2001 la Corte Constitucional indicó: *“****La nueva versión del artículo 87 del C.C.A. sitúa a la legislación a medio camino entre la doctrina de la separabilidad absoluta de los actos previos, y la de la inseparabilidad de los mismos,*** *combinando las* ***ventajas garantistas y proteccionistas de los derechos de terceros a la relación contractual, propias de la primera****, con los principios de eficacia y celeridad de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, que se vinculan a la segunda de las mencionadas doctrinas*” (la negrilla no es del texto), [↑](#footnote-ref-42)
43. “A*rtículo 845 C.Co. Oferta elementos esenciales.**La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario. // Artículo 846 C.Co. Irrevocabilidad de la propuesta.* ***La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario****. La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria. // Artículo 857 C.Co. Revocación de la oferta pública. La oferta pública sólo podrá revocarse, antes del vencimiento del término de la misma, por justa causa. La revocación deberá ponerse en conocimiento del público en la misma forma en que se ha hecho la oferta o, en su defecto, en forma equivalente. La revocación no producirá efectos con relación a la persona o personas que hayan cumplido ya las condiciones de la oferta*”(la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-43)
44. Al margen puede observarse que algunos de los componentes descritos en los anexos que correspondían a las actividades a contratar, según el documento de términos de referencia, llevarían a calificar el contrato como una concesión de servicio público que, ciertamente, como avizoró el Procurador General de la Nación, no se podía otorgar por Emserfusa. [↑](#footnote-ref-44)
45. Aunque el contrato del derecho privado era en principio consensual, los términos de referencia en este caso disponían la firma de un contrato escrito. [↑](#footnote-ref-45)
46. [↑](#footnote-ref-46)
47. “***Artículo 64 CCA. Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos.*** *Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo, serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados*”.

    **“*Artículo 66 CCA.****Pérdida de fuerza ejecutoria. Los actos administrativos son obligatorios y pueden ser suspendidos o anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Pierden fuerza ejecutoria en los siguientes casos: 1. Por suspensión provisional o anulación.  2. Cuando reconozcan derechos a la administración si, al cabo de cinco (5) años de estar en firme, no han sido ejecutados. 3. Por pérdida de vigencia”.* [↑](#footnote-ref-47)
48. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera Ponente: María Adriana Marín,27 de septiembre de 2018, radicación número: 08001-23-31-000-2004-11129-01(42769), actor: Transportes Monterrey Ltda y Transportes Lolaya Ltda, demandado: municipio de Soledad, referencia: acción de reparación directa, temas: indebida escogencia de la acción - Improcedencia de la acción de reparación directa para cuestionar la legalidad de actos administrativos / fallo inhibitorio.

    *“En ese orden de ideas, resulta claro que si bien a las sociedades demandantes, mediante la expedición de la resolución 056 de 1994, se les habría podido crear una situación jurídica desfavorable, en la medida en que vieron afectado su flujo de pasajeros, lo cierto es que solamente resultaba cuestionable a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en tanto era menester analizar la legalidad o no de la decisión de la administración en relación con los preceptos superiores y con los elementos de hecho en que debió fundarse dicho acto administrativo, todo a efectos de desvirtuar la presunción a la que se ha hecho referencia y que hace obligatorio su cumplimiento y obedecimiento en los términos del artículo citado. (…). // Así las cosas, es preciso advertir que la situación analizada en el presente asunto convergerá en un fallo inhibitorio y, por dicha circunstancia, la Sala está impedida para abordar el fondo de la litis, por lo que resulta inocuo efectuar el correspondiente estudio y análisis frente a la posible configuración de otras excepciones –como la caducidad- Como consecuencia de todo lo expuesto, se confirmará la decisión apelada”.* [↑](#footnote-ref-48)
49. Jurisprudencia reiterada, entre otras, en las siguientes sentencias de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 1. Sentencia de 19 de julio de 2018, radicación: 08001233100020090075301 (54914), actor: Instituto Julio Verne, demandado: Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación Departamental, referencia: acción de nulidad y restablecimiento del derecho (CCA); 2. Consejero ponente (E) : Hernán Andrade Rincón, sentencia de 13 de agosto de 2014, radicación 250002326000200401200 01, expediente 35965, demandante Selcomp Ltda., demandado Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Educación Distrital – Distrito Capital; y en las siguientes sentencias con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez; 3. Sentencia de 12 de febrero de 2014, radicación 250002326000200137701, expediente 32721, actor Integrantes Unión temporal Bogotá Móvil, demandado Fondo de Educación y Seguridad Vial Fondatt, acción contractual. 4. Sentencia de 12 de febrero de 2014, radicación: 250002326000200102922, expediente 31753, actor Insetel Ltda., demandado: Municipio de Purificación, acción: nulidad y restablecimiento del derecho; 5. Sentencia de enero 29 de 2014, radicación 250002326000 2001 02053 01, expediente 30250, actor Consorcio FAB, demandado Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea, acción contractual; 6. Sentencia de noviembre 13 de 2013, radicación 250002326000 2001 0292201, expediente 28479, actor: Unión Temporal de Servicios Eléctricos, demandado: Fondo de Educación y Seguridad Vial Fondatt; 7. sentencia de noviembre 13 de 2013, radicación 25000232600 1999 0219701, expediente 25646, actor Ciarquelet Ltda., demandado Distrito Capital Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital y otro.

    Esta jurisprudencia fue desarrollada por la Subsección A, con base en la sentencia C-1048 de 2001 de la Corte Constitucional y los pronunciamientos de la Sección Tercera; luego, fue acogida por las otras Subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en cuanto al plazo de 30 días para incoar la acción contra los actos previos en vigencia del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. Se citan, por ejemplo, las siguientes providencias: 1. Subsección B, Consejero Ponente: Ramiro De Jesus Pazos Guerrero, sentencia de 27 de marzo de 2014, radicación: 20001-23-31-000-1999-00784-01(27453), actor: Cooperativa de Trabajo Asociado de Casacara Cootasca, demandado: Instituto Nacional de Vías – Invías, referencia: acción de controversias contractuales (apelación sentencia); 2. Subsección C, Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz, sentencia de 10 de septiembre de 2014, radicación: 25000-23-26-000-2000-01305-01(27203), actor: Seguridad El Pentágono Colombiano Ltda. - Sepecol Ltda., demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y otros, referencia: apelación sentencia - acción de nulidad y restablecimiento del derecho. [↑](#footnote-ref-49)
50. Consejo de Estado, Sala de la Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. sentencia de 16 de septiembre de 2013, radicación: 25000-23-26-000-2003-00113-01(30571), actor: Consorcio Condival E.J.M., demandado: Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, referencia: apelación sentencia- acción contractual, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente (E): Hernán Andrade Rincón, sentencia de 25 de junio de 2014, radicación: 250002326000200100707 02 (33319), actor: Unión Temporal Germon, demandado: Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, referencia: acción contractual - apelación sentencia. [↑](#footnote-ref-50)
51. Folios 160 a 164, cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-51)
52. Folio 163, cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-52)
53. En virtud del cual el juez define el derecho aplicable a la controversia, pudiendo apartarse de los fundamentos de derecho que las partes han invocado. [↑](#footnote-ref-53)
54. En efecto, la autorización de la junta directiva fue anulada en la sentencia de la acción popular.

    [↑](#footnote-ref-54)
55. El alcance del restablecimiento del derecho no puede medirse en esos casos como equivalente a la utilidad dejada de percibir.

    [↑](#footnote-ref-55)
56. Folios 407 a 420, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-56)