

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Acto precontractual - Declaración de desierto - Principio de transparencia - Violación - Desviación de poder - Principio de economía - Causales objetivas

Según la jurisprudencia de la Sala la administración no tiene la facultad discrecional para declarar a su arbitrio desierto un proceso de selección de contratista, decisión que sólo resulta procedente cuando medien causales y circunstancias contempladas en las normas, habida consideración a que la facultad de adjudicar o no un contrato estatal es reglada. [...] De consiguiente, la declaratoria de desierto únicamente procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva [num. 18 art. 5º eiusdem] y nunca a instancias de omisión ilegales de los deberes a cargo de la entidad estatal pues ello riñe con los principios de la función administrativa [209 superior y 3º de la Ley 489 de 1998], y en particular los propios de la función administrativa contractual [art. 23 ley 80 1993]. [...] Ahora bien, está establecido en el plenario que la administración accionada en el acto de declaratoria de desierto del proceso de contratación directa, fundamentó su determinación en que no había adelantado la evaluación jurídica correspondiente y como ello impedía la «escogencia objetiva», procedió a declarar desierto dicho proceso. De allí que los argumentos esbozados para adoptar esa determinación no son de recibo y, por contera, no había lugar a declarar desierto el aludido proceso de contratación, por dichos motivos. [...] En efecto, la Administración no puede invocar su propio proceder negligente como motivo para adoptar esa decisión extrema, de modo que en este evento el funcionario público hizo uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual han sido conferidos. [...] la Sala encuentra configurado el vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el cual fue instituido, haciéndolo servir finalidades para las cuales no está destinado.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Actos precontractuales - Idoneidad para demandar

La Sala tiene determinado que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la idónea para cuestionar la legalidad de los actos precontractuales y obtener la reparación de los daños causados con los mismos, en tanto no se haya celebrado el contrato, [...] norma esta que es producto de la evolución de la jurisprudencia en la interpretación de las normas que han regulado el tema, [...] de ahí que, a propósito de lo que debía entenderse por actos separables de los contratos, la jurisprudencia había definido que tal calificación estaba reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, [...] que pueden ser demandados invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho [...] en contra de los actos precontractuales, [...] dentro de los treinta [30] días siguientes a su comunicación, notificación y publicación, sin que la interposición de la acción interrumpa el proceso licitatorio, ni la celebración o ejecución de contrato

RECURSO DE REPOSICION - Acto precontractual - Naturaleza facultativa - Naturaleza

Las actuaciones contractuales le son aplicables las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esa ley. Asimismo, conforme al texto legal aludido los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición [...] Y el acto de declaratoria de desierto de un proceso de selección es -a no dudarlo- de aquellos expedidos con motivo u ocasión de la actividad contractual, [...] y que resultan relevantes en este caso, esto es: (i) le son aplicables las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa y [ii] sólo es susceptible de recurso de reposición en sede administrativa. [...] La vía gubernativa acontece cuando el acto administrativo queda en firme por no haber sido interpuesto el recurso de reposición. [...] En tales condiciones, si no era obligatorio interponer el recurso de reposición contra el acto acusado para agotar la vía gubernativa, el demandante podía -como en efecto lo hizo- demandar el acto de declaratoria de desierto sin tener que previamente interponer dicho recurso

PERJUICIOS MATERIALES - Daño Emergente - Pérdida de oportunidad - Asuntos contractuales

La Sala tiene determinado que si un proponente participa en un proceso de selección lo hace bajo el supuesto de que la entidad accionada le adjudicaría el contrato a la mejor propuesta. De manera que si se declara desierto, sin que se reúnan los presupuestos legales para ello, como sucede en el *sub examine* y el juez anula, en consecuencia, esa ilegal determinación, el daño causado se traduce en los perjuicios que provienen la pérdida de oportunidad, esto es, en los gastos que demandó la licitación, erogaciones que asumió el oferente, en igualdad de condiciones frente a

todos los proponentes, con independencia de que resultara o no favorecido en la adjudicación. Sumas que deberán reintegrarse debidamente actualizadas. Ahora, como no está acreditado en el plenario el valor de dichos perjuicios, no existen bases suficientes para condenar en concreto por este concepto. Se proferirá, entonces, condena en abstracto.

PERJUICIOS MATERIALES - Tasación

Para efectuar la liquidación por concepto de daño emergente, [...] tendrá el monto de los gastos, que se lleguen acreditar, en que incurrió el consorcio para la presentación de la oferta, en especial respecto de los siguientes ítems: [i] la preparación de la propuesta, [ii] compra del pliego de condiciones; [iii] compra de la póliza de seriedad [y sus respectivas renovaciones] y [iv] pago de fotocopias y encuadernación. Se actualizará dicho valor con los índices de precios al consumidor desde la fecha de notificación de la resolución n.º 9305 el 30 de diciembre de 1997 hasta la de expedición del fallo, [...] Asimismo se reconocerán los intereses del 6 % anual sobre el capital histórico -artículo 1617 Código Civil-, en tanto no aplica los intereses del numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, que rigen las obligaciones insolutas surgidas de los contratos estatales, pues como el actor no probó su mejor derecho a la adjudicación; no resulta posible sostener que tendría que fungir como contratista.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH (E)

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-1998-01825-01(23734)

Actor: HERNANDO ANGEL NAVARRO

Demandado: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (ASUNTOS CONTRACTUALES)

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de 15 de agosto de 2002, dictada por la Sub Sección "A" de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. La sentencia será revocada.

SÍNTESIS DEL CASO

En 1997 la Secretaría de Educación del Distrito Capital adelantó un proceso de selección denominado "Llamamiento a ofertas n.º 12" para contratar talleres de cultura y recreación para los estudiantes de planteles oficiales de Bogotá, el demandante considera que la entidad no ha debido declarar desierto este proceso

y que, en consecuencia, ha de indemnizársele pues estima que la suya era la única propuesta que podía ser adjudicataria.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. El 6 de mayo de 1998, Hernando Ángel Navarro presentó, por intermedio de apoderado judicial, demanda en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en la cual solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo Resolución n.º 9305 de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá D.C.-Secretaría de Educación, de fecha 30 de diciembre de 1997 por medio de la cual se declaró desierto el concurso público denominado ‘Llamamiento a ofertas n.º 12 del año de 1997’ suscrito por el Doctor José Luis Villaveces Cardoso, Secretario de Educación.

SEGUNDA: Que como restablecimiento del derecho se ordene a la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá D.C. para que por medio de la Secretaría de Educación se adjudique y se suscriba con el señor Hernando Ángel Navarro un contrato de prestación de servicios profesionales igual al por él ofertado en atención al ‘Llamado a ofertas n.º 12’ del año de 1997 con igual alcance y condiciones incluidos en su oferta presentada el día cuatro (4) de julio de 1997 según la oferta que reposa en la Secretaría de Educación Distrital con un valor igual al ofertado ajustado de acuerdo con el artículo 178 del C.C.A. y se hagan las apropiaciones presupuestales correspondientes.

TERCERA: En subsidio de la segunda pretensión anterior, se ordene a la Alcaldía Mayor de Santa fe de Bogotá la reparación del daño a Hernando Ángel Navarro, estimado en la suma de ochenta y cuatro millones de pesos moneda corriente (\$84.000.000,00) ajustando dicho valor de acuerdo con el artículo 177 del CCA y ordenándose incluir este valor en el presupuesto y apropiaciones correspondientes.

2. En apoyo a sus pretensiones, la parte actora relató que el llamado a ofertas n.º 12 tuvo por objeto contratar talleres en las áreas de cultura y recreación que contribuyeran al mejoramiento de la calidad de la educación extendiendo la formación y la atención en el tiempo libre y la “*jornada contraria*” de los estudiantes de los planteles oficiales del Distrito Capital.

2.1 El 26 de junio siguiente se convocó públicamente este concurso, mediante publicación del aviso en un diario de circulación nacional y fijación del mismo el 21 de junio en el edificio donde funciona la Secretaría de Educación. El 4º de julio se procedió a la apertura pública y el acta correspondiente da cuenta de la participación de 20 proponentes entre ellos Hernando Ángel Navarro.

2.2 El 30 de diciembre de 1997 después de cinco meses y medio del cierre del concurso, la Secretaría de Educación Distrital produjo la Resolución n.º 9305, por medio de la cual declara desierto el Llamado a ofertas n.º 12.

2.3 Alegó que el 14 de agosto de 1997 remitió para revisión jurídica los llamados a oferta n.º 12, 13 y 14 y al efecto envió las dos ofertas “*seleccionadas*” (Fundación

Colombia-Crea-Ceudes y Hernando Ángel Navarro). Indicó que en repetidas ocasiones solicitó que se le pusiera en conocimiento el informe de evaluación, lo mismo que se procediera a la emisión del respectivo informe jurídico y puso de presente la demora en el trámite de adjudicación, sin que obtuviera respuesta.

2.4 Señaló que el proponente Hernando Ángel Navarro le asistía el derecho total a la adjudicación, ya que la Secretaría fue el único que cumplió la totalidad de los requisitos establecidos en los términos de referencia y la declaratoria de desierta procede únicamente por causales que impidan la selección objetiva.

3. Enfatizó que la resolución demandada presenta una clara violación al mandato de buena fe establecido en el artículo 28 de la Ley 80, pues en de manera falsa e indebida se alteró el sentido de la norma para inducir a error y justificar la declaratoria desierta. Invocó como infringidos *“los artículos 23; 24, en especial los numerales 2, 3, 4, 7 y 8; 25 en especial los numerales 2, 3, 4, 9, 17 y 18; 26 en especial los numerales 2, 4 y 5; 28; 29; 30, en especial los numerales 6 y 8 y parágrafo del numeral 12 (sic) de Ley 80 de 1993, así como el Código Penal por presunta falsedad y fraude procesal en la resolución 9305 del 30 de diciembre de 1997”*. Igualmente, invocó como violados los artículos 2,3,6,44, 62, 64 y 76 en especial los numerales 4 y 5 del CCA; lo mismo que los artículos 2,6,23,25 y 92 de la Constitución Política.

II. Trámite procesal

4. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca **admitió** la demanda por auto de 10 de septiembre de 1998, el cual fue notificado a la accionada el 4 de noviembre siguiente.

5. La Alcaldía Mayor de Bogotá **contestó** la demanda y se opuso a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y en particular afirmó que *“si bien es cierto que el demandante fue casi el único que llegó hasta la recta final de la selección, esto no es óbice para pretender que obligatoriamente el contrato le tiene que ser adjudicado, máxime cuando por diversos motivos no se pudo obtener el concepto de la oficina jurídica, concepto requerido precisamente por el tipo de servicios que se querían contratar”*.

6. Mediante proveído de 5 de diciembre de 2000 se corrió **traslado** a las partes para alegar de conclusión. Sólo intervino el actor quien reiteró los argumentos de la demanda y solicitó declarar no probadas las excepciones presentadas.

7. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 15 de agosto de 2002, profirió la **sentencia** objeto de impugnación y en ella resolvió negar las súplicas de la demanda.

7.1 Luego de hacer una relación de los medios de prueba obrantes en el plenario, precisó que la parte actora hizo uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho *“y el hecho de que hubiese formulado como segunda pretensión principal la de restablecimiento del derecho, consistente en este evento en la adjudicación y suscripción de un contrato de prestación de servicios profesionales de igual contenido al por él ofertado (...) no implica que la acción instaurada sea indebida o improcedente”*. Distinto es establecer si es viable o no ese pedimento, lo cual es materia de pronunciamiento en la sentencia.

7.2 Destacó que en el llamado a ofertas participaron 20 proponentes, siendo inicialmente rechazadas 15 ofertas y luego otras dos, por no haber presentado

garantía de seriedad de la oferta y una de ellas por haber incurrido en equivocación en cuanto al objeto del mismo, “*quedando en definitiva opcionadas a la decisión de adjudicación las ofertas presentadas por el señor Hernando Ángel Navarro y el consorcio Fundación Colombia Crea-Ceudes, que la Coordinación del Proyecto efectuó la calificación técnica de estas dos ofertas asignándoles a la primera, un puntaje total de 70 puntos y a la segunda un puntaje total de 82 puntos sobre 100*”.

7.3 Advirtió que de acuerdo con el numeral 7º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 la selección objetiva implica no solamente un análisis y ponderación de factores de carácter técnico y económico sino también el jurídico, que es obligatorio. Además el numeral 5º del artículo 24 *ibidem*, preceptúa que en dichos pliegos o términos deben indicarse los requisitos objetivos necesarios para participar, requisitos que si bien no son materia de factores de escogencia, para fines de determinar el ofrecimiento más favorable, si son materia de análisis y definición de naturaleza jurídica que condicionan la selección objetiva.

7.4 La invocación que se hace en el acto acusado del artículo 12 del decreto 855 de 1994 es absolutamente inocua, dado que es norma aplicable a efectos de contratación directa, de modo que no sirve de sustento o soporte jurídico al acto, sin que ello por sí solo determine la ilegalidad del mismo.

7.5 Agregó que en el actor no demostró tener derecho a la adjudicación del llamado de ofertas n.º 12 ya que conforme al análisis técnico de las ofertas “*otro de los proponentes seleccionados obtuvo un puntaje mayor, razón para que en el supuesto de no haber sido declarado desierto el llamado a ofertas, habría sido el adjudicatario del concurso*”. Frente al argumento del actor, en el sentido que esa propuesta no podía ser considerada por haber vencido la garantía de seriedad de la oferta, puso de presente que el vencimiento de la póliza no era en modo alguno imputable a dicho oferente sino a la ineficiencia y retardo de la Administración en la toma de dicha decisión. Mas aún, bien podía la entidad que adelantaba el proceso de selección, en el evento de considerar viable y procedente la adjudicación, haber solicitado la ampliación de su vigencia.

7.6 Al finalizar anotó que la no prosperidad de la declaratoria de nulidad, no implica en modo alguno que se avale la conducta asumida por la entidad demandada, “*por el contrario, es ella altamente censurable en cuanto es constitutiva de omisión en el cumplimiento de una obligación a su cargo dentro del proceso de selección*” interfiriéndolo y determinando en últimas su fracaso.

8. Contra la sentencia de primera instancia la demandante interpuso y sustentó oportunamente **recurso de apelación**, en relación con dos puntos: (i) la motivación del acto acusado contiene una falsedad, y (ii) la no acreditación del derecho a la adjudicación.

8.1. Esgrimió sobre el primer tópico que es claro que la motivación del acto administrativo atacado contiene una falsedad, que es reconocida por el a-quo, que determina una falsa motivación del acto y que no puede ser desconocida o minimizada mediante una interpretación armónica como la que hace el fallador.

8.2. Subrayó, en relación con el segundo aspecto, que de conformidad con el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 los proponentes deben prestar garantía de los ofrecimientos hechos y ella debe ser semejante a la solicitada para la vigencia del contrato y en caso de expirar su vigencia antes de la terminación del proceso de adjudicación debe extenderla y “*el proponente Consorcio Colombia Crea-*

Ceudes (...) extendió sólo hasta el 30 de noviembre de 1997 la vigencia de la garantía originalmente presentadas; a partir de esta fecha el Consorcio, en forma discrecional, no extendió la vigencia de la garantía y, por consiguiente, retiró la validez de su ofrecimiento” Agregó que la entidad no dio cumplimiento a lo estipulado en el numeral 8º del artículo 30 de la Ley 80 e impidió conocer y controvertir los informes de evaluación, de modo que el puntaje asignado es fruto de la violación al debido proceso. Insistió en que el proponente más opcionado es aquel que cumpla con todas las condiciones exigidas en los pliegos. Y, por consiguiente, el único con oportunidad o chance de adjudicación y por haber cumplido con todos los requisitos exigidos.

9. Mediante auto de 13 de diciembre de 2002 se dio **traslado** a las partes para alegar. La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio. El accionado, al reiterar lo expuesto en el proceso, solicitó la confirmación del fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

I. Competencia

10. El Consejo de Estado es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso suscitado mediante la interposición de la acción de controversias contractuales, competencia que tiene su fuente en lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, contenido en el Acuerdo 58 de 1999 (modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003), en el que se distribuyen los negocios por Secciones.

11. Adicionalmente, precisa la Sala que le corresponde resolver el asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que la cuantía de la demanda alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988 para que asuma el conocimiento de una acción contractual en segunda instancia. En 1998, cuando fue presentada la demanda, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual fuera conocido por esta corporación era de \$18.850.000 -artículos 129 y 132 del C.C.A, subrogados por el Decreto 597/88– y la mayor de las pretensiones (lucro cesante) fue estimada en la demanda en la suma de \$100.000.000,00.

Idoneidad de la acción

12. El accionado propuso como excepción indebida escogencia de la acción y por ello ha debido demandar en nulidad y restablecimiento del derecho de conformidad con el artículo 85 del CCA. Al respecto el *a quo* aunque despachó negativamente la excepción y adujo que la administración Distrital incurrió en una falla en la prestación del servicio por omisión y era dentro de tales parámetros que debió ser planteada la demanda. Al respecto el apelante señaló que la acción incoada era la idónea para reclamar el perjuicio causado.

12.1 La Sala tiene determinado¹ que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la idónea para cuestionar la legalidad de los actos precontractuales y obtener la reparación de los daños causados con los mismos, en tanto no se haya

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 14 de octubre de 2011, rad. 0500123260001997103201 (20811), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

celebrado el contrato, evento en el cual ésta es remplazada por la contractual en el actual régimen del artículo 87 Código Contencioso Administrativo, en tanto establece:

Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones o condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones 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 esta acción 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.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá (sic) pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.

12.2 Norma esta que es producto de la evolución de la jurisprudencia en la interpretación de las normas que han regulado el tema, conforme se reitera a continuación². El Decreto Ley 2304 de 1989, en sus artículos 17 y 23³, modificó el régimen anterior del Decreto 01 de 1984, y al hacerlo suprimió la limitación que éste consagraba en el sentido de que la impugnación de los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo pudiera realizarse después de la terminación o liquidación del contrato⁴, para permitir que la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho pudiera intentarse desde el momento de su expedición.

² Cfr. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de junio de 2009, rad. 150012331000199606432-01 (17.133), CP Ruth Stella Correa Palacio.

³ En cuanto al término para ejercer oportunamente la acción, preservó los dos años dispuestos por el Decreto 01 de 1984, “de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento”, so pena de que su inobservancia acarrearla la caducidad (artículo 23).

⁴ El Texto original del Decreto ley 01 de 1984, luego modificado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, era del siguiente tenor: “ARTICULO 87. ACCIONES RELATIVAS A CONTRATOS. Cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él. La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre interés directo en el contrato. Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código.” –Subraya la Sala-. Sin embargo, a su vez el texto original del Decreto ley 01 de 1984 en el artículo 136 que fuera modificado por el artículo 23 del Decreto – ley 2304 de 1989, establecía: “ARTÍCULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. (...) Las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella. Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato (...)”.

12.3 De ahí que, a propósito de lo que debía entenderse por actos separables de los contratos, la jurisprudencia había definido que tal calificación estaba reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, siendo los contractuales propiamente dichos los que se produjeran en las etapas de ejecución y liquidación, los cuales debían controlarse, por consiguiente, a través de la acción prevista en el artículo 87 del C.C.A.

12.4 La jurisprudencia de la Sala respecto de la procedencia de la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos precontractuales, había señalado:

No hay duda de que la contratación del Estado se produce a través de un procedimiento administrativo ‘...integrado por una serie de actos, hechos, reglamentos y simples actos en que se desenvuelve la función administrativa, o sea la actividad estatal residual...’ (José Roberto Dromi. ‘La Licitación Pública’ pág. 71); esta circunstancia ha permitido la distinción de varias etapas perfectamente definidas: la precontractual o de preparación del contrato que comprende la autorización de contratar (artículo 150-9 de la Constitución Política y la selección del co-contratante (arts. 27 a 45 del Decreto-Ley 222 de 1983), la de celebración, la del perfeccionamiento, la de la ejecución y la de la liquidación de los contratos.

El desarrollo del procedimiento administrativo precontractual se nutre con actos jurídicos privados de los oferentes o proponentes o licitadores y con actos administrativos unilaterales de la entidad pública; el profesor José Roberto Dromi explica esta materia con máxima claridad.

Aplicando lo expuesto a la contratación administrativa, digamos que el procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual se integra además con la actividad que desarrolla a ese efecto el futuro co-contratante del Estado. En otros términos, en la actividad previa a la contratación administrativa, debemos distinguir entre la actividad que desenvuelve la Administración por un lado y la ejercida por el particular o ente público en su caso por el otro. Ambas actividades se canalizan por las fuentes o formas propias de exteriorización previstas por el ordenamiento jurídico. Esto es, como ya vimos, la de la Administración a través de actos, hechos, reglamentos y simples actos; en tanto que la de los oferentes eventuales co-contratantes, a través de actos y hechos jurídicos particulares. Los primeros están regulados por el Derecho Administrativo, en tanto una persona física o jurídica privada, están regulados por el Derecho Civil o Comercial. Si el oferente fuere un ente público supuesto de los contratos interadministrativos los actos y hechos que emita o ejecute serán administrativos y de suyo regulados también por el Derecho Público.

Si ejemplificamos, en la actividad precontractual, preparatoria, provisional o preliminar del contrato administrativo, encontramos hechos jurídicos privados o de particulares, como la compra del pliego, la presentación de la oferta, el retiro de la oferta, la constitución de la garantía, la solicitud de inscripción en los registros respectivos, la formulación de observaciones e impugnaciones en el acto de apertura, etcétera.

Además, y consecuentemente con lo expuesto, encontramos actos administrativos, como el llamado a licitación, la admisión, la exclusión de oferente, la recepción de propuestas, la adjudicación; y si el procedimiento de

contratación fuere el concurso, los ejemplos podrían ser: el llamado a concurso, la admisión, la aprobación, el nombramiento, etcétera. Por otra parte, tienen carácter reglamentario, parcialmente, el pliego de condiciones, las bases del concurso, y en un todo, el Reglamento de Contrataciones del Estado aplicable al caso. Por último son simples actos de la Administración, los informes, dictámenes, proyectos, valorizaciones de antecedentes etc., y hechos de la administración, la actuación material de recepción de ofertas, publicaciones, anuncios, registraciones, etcétera.

Como consecuencia de lo dicho, podemos afirmar que la selección del co-contratante por cualquier procedimiento (licitación pública, licitación privada, contratación directa, remate público, concurso, etc.), no se agota en un acto administrativo único, sino que es el resultado de varios actos, hechos, reglamentos y simples actos de la Administración que reciben concurrencia y colaboración de los particulares a través de actos y hechos jurídicos privados, siempre que el oferente fuere una persona privada.

El acto final de selección (adjudicación, designación, etc.) es siempre la consecuencia proveniente de un procedimiento previo. 'El sistema estatal de selección de contratista es invariablemente un procedimiento administrativo donde se articulan la demanda del Estado, las ofertas de los particulares interesados, el desenvolvimiento de distintos actos principales y accesorios y un acto definitivo de elección que se denomina adjudicación'.

De otra parte, para la selección del contratista, la Administración dispone de varios mecanismos cuya utilización depende del cumplimiento de las condiciones de la ley; se tiene, la contratación directa, la licitación privada o el concurso de méritos de igual naturaleza, y la licitación o concursos públicos, constituyendo éste último la regla general (art. 29 del decreto 222).

La licitación constituye también un procedimiento administrativo es decir una sucesión continua y encadenada de actos sucesivos, cada uno de los cuales tiene la finalidad específica y todos tienden a un resultado final en función del cual se entroncan y armonizan. Sin perjuicio del significado y finalidad inherentes a cada uno de los actos, todos participan del objetivo común que es el de desembocar en el acto final del procedimiento: la selección de la propuesta adecuada o frustrada la finalidad - la conclusión de que ninguna de las mismas es satisfactoria o de que no tienen, condiciones jurídicas para ser aceptadas.

En consecuencia, los actos procesales tienden a crear un último acto unilateral, que se incluye dentro del propio procedimiento. En forma diferente, el procedimiento licitatorio, como un todo, tiende a proporcionar la creación de un acto bilateral, externo al procedimiento, si bien condicionado por éste: contrato'. (Celso Antonio Bandeira de Mello. 'El llamado a concurso en los Licitantes' Contenido en la obra colectiva El Derecho Administrativo en Latinoamérica Vol. I. págs. 170 y 171).

La apreciación anterior se confirma con la definición legal de la licitación pública establecida en los artículos 27 y 28 del Decreto 222 de 1983; a todo con esos preceptos, la licitación pública se caracteriza porque la invitación a contratar se hace públicamente, a un número indeterminado de personas, por los medios de publicidad que prevé el artículo 30, inciso 3 del mismo decreto; el pliego de condiciones está creando situaciones jurídicas a ese número plural e indeterminado de personas, en relación con todos y cada

uno de los temas de que trate, bien por mandato de la ley (ordinal 2º artículo 30 ibídem) o bien por razones de conveniencia para el servicio público.

2. Descubrir la naturaleza jurídica del acto cuya nulidad se demanda revestía importancia para deducir la procedencia de la acción de nulidad a cuyo ejercicio se acoge el actor para censurarlo ante la jurisdicción.⁵

12.5 Posteriormente, la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, vigente desde el 1 de enero de 1994 -artículo 81-, para efectos de interposición de la acción de controversias contractuales suprimió la diferenciación que con anterioridad a la misma hacía la jurisprudencia entre actos separables de los contratos, los cuales eran atacables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, y los actos contractuales impugnables a través de la acción de controversias contractuales.

12.6 Bajo la égida de la citada ley, en su artículo 77 -norma de estirpe procesal-, todos los actos que se produjeran con motivo u ocasión de la actividad contractual, fueran anteriores, concomitantes o posteriores al contrato, únicamente podían ser demandados mediante la acción de controversias contractuales, excepto aquellos en que en el resto de su articulado expresamente la Ley 80 de 1993 prescribió otra vía como para el acto de adjudicación, en el párrafo primero del mismo artículo 77, de declaratoria de desierta de la licitación o concurso y de calificación y clasificación de proponentes ante la cámara de comercio, según el artículo 22-5 *ibídem*, que pueden ser demandados invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

12.7 El alcance que la jurisprudencia dio a esta norma, permitió continuar con el uso de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos precontractuales, dado que la de controversias contractuales suponía la existencia del contrato y circunscribía la legitimación en causa a la parte del contrato, a menos que la pretensión fuera la de nulidad absoluta del contrato, caso en el cual esta correspondía a las partes, al Ministerio Público o a cualquier persona.

12.8 Situación que, luego, cambió por cuenta de la modificación introducida al artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998⁶, en conformidad con la cual se consagró legislativamente la idoneidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho para el enjuiciamiento de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual.

12.9 En efecto, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, al modificar el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que versa sobre las controversias contractuales, consagró la posibilidad de que los actos separables proferidos

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 1º de agosto de 1991, exp. 6802, CP Juan de Dios Montes Hernández.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 10 de marzo de 1994, exp. 9118 C.P. Carlos Betancur Jaramillo. El artículo 38 de la Ley 446 de 1998, al modificar el artículo 87 del C.C.A., que versa sobre las controversias contractuales, consagró la posibilidad de que los actos separables proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, sean demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, sin que la interposición de la acción interrumpa el proceso licitatorio, ni la celebración o ejecución de contrato. Término que según la misma norma está además sujeto, como condición adicional, a la no celebración del contrato, dado que una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta de éste.

antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, sean 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 y publicación, sin que la interposición de la acción interrumpa el proceso licitatorio, ni la celebración o ejecución de contrato, término que según la misma norma está además sujeto, como condición adicional, a la no celebración del contrato, dado que una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos –como el de la adjudicación- solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta de éste en el escenario de la acción de controversias contractuales.

12.10 En el *sub lite*, encuentra la Sala que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, es idónea en tanto se dirige a enjuiciar la legalidad de un acto precontractual, como lo es aquel contenido en la Resolución n.º 9305 de 30 de diciembre de 1997, por medio del cual se declaró desierto el concurso público denominado “*llamamiento a ofertas n.º 12*”.

Carácter facultativo del recurso de reposición contra el acto de declaratoria de desierta

13. El demandante planteó que la Secretaría de Educación no cumplió con el deber de notificarle personalmente la decisión de declaratoria de desierta del proceso de selección y por ello no dio oportunidad de interponer los recursos procedentes, “por lo cual demandó directamente el acto administrativo resolución 9305 del 30 de noviembre de 1997”.

13.1 Es preciso reiterar⁷ que según las voces del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las actuaciones contractuales le son aplicables las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esa ley.

13.2 Asimismo, conforme al texto legal aludido los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

13.3 Y el acto de declaratoria de desierta de un proceso de selección es -a no dudarlo- de aquellos expedidos con motivo u ocasión de la actividad contractual, pues uno de sus efectos es nada menos que frustrar el proceso contractual mismo.

13.4 No se puede desconocer que la declaratoria de desierta es aquella determinación que adopta la Administración de no elegir ninguna de las propuestas recibidas para la adjudicación del contrato ofrecido, cuando se presentan motivos o causas que hacen imposible cumplir con una selección objetiva, debiendo la entidad dar cuenta en forma expresa en el respectivo acto administrativo de las circunstancias que propiciaron dicha declaración⁸.

13.5 Como la declaratoria de desierta se adopta mediante un acto administrativo producido con motivo u ocasión de la actividad contractual, le resultan predicables

⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 14 de octubre de 2011, rad. 0500123260001997103201 (20811), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (Subsección B), sentencia de 27 de abril de 2011, rad. 25000232600019970392401 (18293), CP Ruth Stella Correa Palacio.

las dos hipótesis a que hace alusión el inciso 1º del artículo 77 de la Ley 80 y que resultan relevantes en este caso, esto es: (i) le son aplicables las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa y (ii) sólo es susceptible de recurso de reposición en sede administrativa.

13.6 En tal virtud, es preciso remitirse a lo prescrito por el artículo 63 del C.C.A. a cuyos términos el agotamiento de la vía gubernativa⁹ acontece cuando el acto administrativo queda en firme por no haber sido interpuesto el recurso de reposición. En consonancia con este mandato, el artículo 51 del CCA *in fine* determina que el recurso de reposición no es obligatorio, o lo que es igual, es de naturaleza facultativa.

13.7 Una conclusión se sigue de lo anterior: no es preciso interponer este recurso contra el acto de declaratoria de desierta de un proceso de selección de contratista y por ello se puede acudir directamente a la jurisdicción en procura del restablecimiento de su derecho¹⁰.

13.8 Finalmente, es de resaltar que si bien el parágrafo 1º del citado artículo 77 de la Ley 80 previó que el acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa y que éste podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo, esta regla no es aplicable al acto de declaratoria de desierta contra el cual sí procede el recurso de reposición, como quedó dicho.

13.9 En tales condiciones, si no era obligatorio interponer el recurso de reposición contra el acto acusado para agotar la vía gubernativa, el demandante podía - como en efecto lo hizo- demandar el acto de declaratoria de desierta sin tener que previamente interponer dicho recurso

II. Hechos probados

14. De conformidad con las pruebas válidamente aportadas al proceso, se tienen probados los siguientes hechos relevantes:

14.1 Que la Secretaría de Educación del Distrito Capital formuló llamado a ofertas n.º 12 cuyo objeto y alcance era seleccionar en igualdad de oportunidades “a quien ofresca (sic) mejor propuesta” para contratar talleres en las áreas de cultura y recreación, que “contribuyan al mejoramiento de la calidad de la educación extendiendo la formación y la atención en el tiempo libre y la jornada contraria, de los estudiantes de los planteles oficiales” del D.C., con un presupuesto de \$100.000.000,00, según se desprende de lo expresado en los términos de referencia del llamado a ofertas n.º 12 de 1997 (copia auténtica, f. 24 a 28 c ppal. y 55-58 c. 5)¹¹.

14.2 Que el 4 de julio de 1997 tuvo lugar el cierre de este llamado en el cual se presentaron 20 (veinte) proponentes, de lo cual da cuenta copia auténtica del acta n.º 34 de apertura de urna y cierre de llamado a ofertas n.º 12 remitido al *A Quo*

⁹ Recuérdese que el agotamiento de la vía gubernativa es requisito para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, exigencia que surge de la aplicación del privilegio de la decisión previa de que goza la administración, por cuya virtud la interposición de los recursos hace que la administración está facultada para pronunciarse sobre las objeciones que se imputan al acto y definir si lo confirma, aclara o revoca.

¹⁰ Cfr. Betancur Jaramillo, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Señal Editora, Medellín, 2002, p. 195. En el mismo sentido Berrocal Guerrero, Luis Enrique, *Manual del Acto Administrativo*, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2009, p. 429.

¹¹ Dicho proceso contó con la correspondiente disponibilidad presupuestal, según da cuenta el certificado correspondiente con número 1192 de junio 18 de 1997 (copia auténtica, f. 224 c. 5).

en cumplimiento del auto que abrió a prueba, según oficio 478217 de octubre 18 de 2000 (f. 29- 31 c. ppal., 34-36. 52-54 c.5):

| Llamado a ofertas n.º 12 –propuestas presentadas- |
|--|
| Corporación Cimar |
| Vetusta-Nova Corporación artística |
| Fundación Teatro Nacional |
| Fundación Cultural Chiminagua |
| Santa Fe Corporación Deportiva |
| Consortio Fundación Colombia-Crea-Ceudes |
| Asociación Horizontes-Proyectos con la comunidad |
| Universidad de los Andes |
| Fundación ayuda al deporte |
| Hernando Ángel Navarro |
| Centro de Exposición y música Macumba |
| Juan Carlos de Irizarri |
| Swin Service |
| Corporación Ballet de las Américas |
| Javier Ignacio Medina González |
| Felipe García y Crispulo Torres |
| Escuela Estudio XXI |
| Taller de Expresión Gráfica |
| Gabriel Moure |
| Fundación Cultural y Artística Cataplum. |

14.3 Que el coordinador del proyecto 116 remitió el 14 de agosto de 1997 a la Coordinación General Asesora Jurídica las “propuestas seleccionadas” dentro del llamamiento a ofertas n.º 12 con el fin de solicitar el concepto jurídico, según da cuenta copia auténtica del oficio de esa fecha (copia auténtica f. 32 c. ppal.).

14.4 Que el 3 de septiembre de 1997 el proponente Hernando Ángel Navarro solicitó a la Secretaría de Educación copia de la oferta presentada por el Consortio Fundación Colombia-Crea-Ceudes y se pusiera a disposición de los interesados los informes de evaluación, en orden a proceder a formular las observaciones correspondientes (f. 33 c. ppal.).

14.5 Que la Secretaría de Educación procedió a hacer la calificación de las propuestas en el llamado a oferta n.º 12, de las que sólo analizó dos, “*debido a que los demás oferentes no presentaron la póliza de seriedad y la Universidad de los Andes o cumple con el objeto*”, según dan cuenta los cuadros correspondientes de evaluación (copia auténtica f. 13 a 15 c. 5)¹² y cuyo resultado final es el siguiente:

| Oferente | Calificación |
|---------------------|---------------------|
| Hernando A. Navarro | 70/100 puntos |
| Crea-Ceudes- | 82/100 puntos |

14.6 Que la oficina jurídica no adelantó el estudio jurídico correspondiente, como se desprende del oficio de 3 de septiembre de 1997 suscrito por Hernando Ángel

¹² En el mismo sentido en el acto acusado se pone de relieve que de las 20 propuestas presentadas únicamente las de Hernando Ángel Navarro y Consortio Fundación Colombia Crea-Ceudes cumplieron con los requisitos establecidos por la Secretaría de Educación. Las cuales fueron remitidas a la oficina jurídica para que expidiera el concepto jurídico correspondiente (f. 21,23 c. ppal.).

Navarro y dirigido a la Secretaría de Educación¹³ (f. 43 c.5); del oficio de 12 de noviembre de 1997 de Hernando Ángel Navarro a la Subsecretaría Administrativa de la Secretaría de Educación Distrital (f. 41 c. ppal.); del oficio de 22 de noviembre de 1997 de Hernando Ángel Navarro al Secretario de Educación Distrital¹⁴ (f.42 y 43 c. ppal.); del oficio de 20 de noviembre de 1998 suscrito por el coordinador del proyecto 1163 de la Secretaría de Educación a la Subsecretaría Administrativa de esa dependencia distrital¹⁵ (copia auténtica f. 44 c. ppal.); del oficio de 21 de noviembre de 1997 suscrito por la Subsecretaría Administrativa y dirigido a la coordinadora general jurídica de la Secretaría de Educación¹⁶ (copia auténtica f. 31-32 c. 5); del oficio de 9 de diciembre de 1997 del mismo oferente al Secretario de Educación Distrital¹⁷ (f. 45 y 46 c. ppal. y copia auténtica f. 22-23 c. 5); del oficio de 10 de diciembre de 1997 dirigido por Hernando Ángel Navarro al Secretario de Educación Distrital¹⁸ (f. 47-49 c. ppal.) y del propio texto del acto impugnado donde se lee que el concepto jurídico correspondiente solicitado por el responsable del Proyecto Oportunidades a Jóvenes a la Coordinación no fue “expedido”, “perjudicándose con este un promedio de 90.000,00 y jóvenes de los planteles educativos oficiales del D.C.¹⁹ (copia auténtica f. 21-23 c. ppal.).

14.7 Que la póliza de seriedad de 10% sobre el valor total de la oferta es uno de los requisitos que deben cumplir los oferentes, conforme lo establece el numeral 5.13 de los términos de referencia del llamado a ofertas n.º 12 (copia auténtica f. 24 a 28 c ppal.)

14.8 Que el 4 de noviembre de 1997 el Consorcio Fundación Colombia-Crea-Ceudes remitió a la Secretaría actualización de la póliza n.º 971755150 en el llamado a ofertas n.º 12 con vigencia hasta el 30 de noviembre de 1997, según da cuenta copia auténtica del oficio remitido esa fecha y de la correspondiente póliza de seguros (f. 34 y 35 c. ppal. y copia auténtica f. 16- 21 c. 5).

14.9 Que el proponente Hernando Ángel Navarro amplió la vigencia de la Póliza n.º 0025236 de la Previsora S.A. tomada para amparar la seriedad de su oferta en varias oportunidades: primero hasta el 4 de noviembre de 1997 (copia al carbón f. 36 y 37 c. ppal. y f. 44 c. 5), luego hasta el 1º de enero del año siguiente y finalmente hasta el 4 de marzo de 1998, según dan cuenta los certificados correspondientes (copia al carbón f. 38 a 40 c. ppal. y copia auténtica f. 41-42, 44-45 c.5), los avisos de prensa correspondientes (f. 49-50 c. 5).

¹³ Donde solicitó copia de los informes de evaluación.

¹⁴ En el que anotó que la oficina jurídica no ha hecho la evaluación correspondiente, en esta se indica “a la fecha y después de más de tres meses la oficina jurídica inexplicablemente ha guardado silencio respecto de este llamado a ofertas, al punto que hoy debido a esta dilación de Jurídica, el llamado a ofertas corre el gran peligro de quedar sin adjudicación por vencimiento de la apropiación presupuestal (...)”

¹⁵ Allí se indica que “en vista que no ha sido posible obtener respuesta alguna por parte de la oficina jurídica” respecto al llamamiento a oferta n.º 12, solicitó autorización para “contratar los proyectos favorecidos de acuerdo a la calificación que obtuvieron”

¹⁶ En la que le solicita “nuevamente se apersona del asunto con el fin de que el Comité de contratación pueda adjudicar este llamado a ofertas y dar continuidad a la ejecución del proyecto”.

¹⁷ Donde pide que se tome la decisión pertinente ante la inminencia de la expiración de la apropiación presupuesta y resalta que: “A la fecha y después de casi seis meses de cerrado el concurso y cuatro meses de permanecer el estudio en jurídica no nos ha sido posible conocer documento o informe alguno ni siquiera el estado actual del trámite contractual de adjudicación o las razones por las cuales no se ha obrado con austeridad de tiempo pese a nuestros continuos requerimientos verbales y escritos”

¹⁸ Pone en su conocimiento que había sido informado por el coordinador del proyecto que la oficina jurídica había manifestado que los originales se habían extraviado, siendo ante ello imposible efectuar la adjudicación.

¹⁹ En la Resolución n.º 9305 de 30 de diciembre de 1997, por la cual la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Bogotá declaró desierto el llamamiento a ofertas n.º 12, se lee en uno de sus considerandos: “Que los conceptos jurídicos solicitados por el responsable del Proyecto Oportunidades a Jóvenes a partir del 14 de agosto de 1997 a la Coordinación General Jurídica y que a la fecha 30 de diciembre de 1997 no han sido expedidos”.

14.10 Que mediante resolución n.º 9305 de 30 de diciembre de 1997, el Secretario de Educación Distrital declaró desierto el llamamiento a oferta n.º 12 del mismo año, al razonar que:

Que los conceptos jurídicos solicitados por el responsable del Proyecto Oportunidades a Jóvenes a partir del 14 de agosto de 1997 a la Coordinación General Jurídica y que a la fecha 30 de diciembre de 1997 no han sido expedidos, teniendo en cuenta que para estos llamamientos a oferta existe la disponibilidad presupuestal n.º 1192 de junio 18 de 1997 por un valor de 300 millones de pesos (...), perjudicándose con esto un promedio de 90.000 niños y jóvenes de los planteles educativos oficiales del D.C.". (copia auténtica f. 21-23 c. ppal.)

15. Ahora bien, es importante destacar que en el expediente no obra la totalidad de las propuestas presentadas en el concurso de méritos cuestionado, por cuanto sólo reposa copia de las propuestas presentadas por el Hernando Ángel Navarro dentro del llamado a ofertas no. 12 (f. 89 a 144 c. ppal., 1 a 57 c. 2, c. 3, c. 4, 232-284 c. 5) y por el consorcio Fundación Colombia-Crea Ceudes (f. 285- 329 c.5). Esta omisión será más adelante valorada.

III. Problema jurídico

16. Teniendo en cuenta los hechos probados y las razones de inconformidad de la parte apelante con el fallo de primera instancia, el problema jurídico consiste en establecer (i) si la no evaluación jurídica de las ofertas puede ser fundamento para declarar frustrado un proceso de selección y (ii) en caso negativo, determinar si la del demandante es la mejor de las propuestas y por lo mismo si es susceptible o no de ser indemnizado.

IV. Análisis de la Sala

La administración no tiene la facultad discrecional para declarar a su arbitrio desierto un proceso de selección de contratista

17. El demandante expuso que la propuesta que formuló dentro del concurso de méritos "llamamiento a ofertas n.º 12", con el objeto de contratar talleres en las áreas de cultura y recreación que contribuyan al mejoramiento de la calidad de la educación extendiendo la formación y la atención en el tiempo libre y la jornada contraria de los estudiantes de los planteles oficiales del Distrito Capital, se ajustó plenamente a los requisitos de los términos de referencia, pero, que fue privada por la entidad accionada del derecho a ser adjudicataria al declarar desierto el proceso de selección.

18. Esgrimió que (i) al justificar la declaratoria desierta se adulteró el texto del párrafo segundo del artículo 29 de la Ley 80 "adicionando a su texto (...) la frase 'requerimientos legales'. Y efectivamente, posterior a la transcripción del artículo aludido, la resolución en el primer párrafo de la página tres se motiva sólo en el hecho de que la Coordinadora Jurídica omitió presentar el informe jurídico"; (ii) la suya era la mejor propuesta ya que el oferente que obtuvo mayor puntaje no amplió la póliza de seriedad de la propuesta.

19. El Tribunal adujo que el acto acusado "se fundamenta no solamente en los incisos segundo y tercero del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, sino también en el numeral 18 del artículo 25 *ibidem*, conforme al cual la declaratoria de desierta de

la licitación o concurso procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y, ante la existencia de un supuesto de hecho o motivo fáctico verdadero, ausencia de análisis jurídico, ajustado a la norma superior en cuanto conforme a ella implica la declaratoria de desierta de la licitación o concurso por impedir la escogencia objetiva, el acto impugnado encuentra el debido sustento legal, no se estructura la violación directa de la norma en cita y no se halla desvirtuada la presunción de legalidad y veracidad que lo ampara”.

20. La jurisprudencia tiene determinado que si se demanda la nulidad del acto de adjudicación y se pretende ser indemnizado por estimar haber presentado la mejor propuesta, debe establecerse no sólo que el acto administrativo acusado efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico, sino que además debe demostrarse que la propuesta del demandante era la mejor y más conveniente para la administración.

21. La Sala reitera²⁰ que los procesos de selección de contratistas del Estado están concebidos para que de ordinario culminen en el acto de adjudicación al proponente que hizo la oferta más favorable, decisión que debe estar debidamente razonada y motivada (arts. 24 n.º 7 y 30 n.º 11 Ley 80 de 1993). Sin embargo, pueden sobrevenir circunstancias excepcionales que trunquen o hagan imposible la selección objetiva del contratista y que generan el fracaso del proceso de contratación.

21.1 Conviene aclarar que la Ley 80 de 1993, en desarrollo del principio de economía (artículo 25 y n.º 9 del artículo 30), prevé que la declaratoria de desierta²¹ únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se adoptará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

21.2 Consultada la historia fidedigna del establecimiento de esta disposición (art. 27 C.C.) se tiene que para el legislador era claro que la medida excepcional de declaratoria de desierta únicamente procedería por motivos o causales constitutivos de impedimentos para la escogencia objetiva, *“de tal manera que si la administración se ve en el caso de hacer tal declaración, tiene el deber ineludible de sustentar en forma precisa y detallada las razones o móviles determinantes de la decisión adoptada en ese sentido”*.²²

21.3 Con esta perspectiva, el estatuto general de contratación de la administración pública exige que en los pliegos de condiciones se definan en forma precisa y clara las reglas que permitan la selección del contratista, que eviten condiciones que puedan frustrar la escogencia del mismo y precipiten la declaratoria desierta del proceso de selección ante situaciones excepcionales (numeral 5 letra b) del artículo 24 Ley 80 de 1993). De suerte que la Ley 80 de 1993 cambió lo establecido en el Decreto 222 de 1983, en el que se establecía la procedencia de esta figura excepcional, entre otros eventos, por motivos de conveniencia (art. 42).

²⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 14 de octubre de 2011, rad. 0500123260001997103201 (20811), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²¹ La norma habla de esta figura respecto de licitación o concurso, pero las consideraciones allí previstas naturalmente también resultan predicables respecto de cualquier proceso de selección.

²² Exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en Gaceta del Congreso, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992, pág. 18.

21.4 Según la jurisprudencia de la Sala²³ la administración no tiene la facultad discrecional para declarar a su arbitrio desierto un proceso de selección de contratista, decisión que sólo resulta procedente cuando medien causales y circunstancias contempladas en las normas, habida consideración a que la facultad de adjudicar o no un contrato estatal es reglada.

21.5 De consiguiente, no cualquier hecho puede conducir a la declaratoria de desierto de un proceso de selección, sino que es menester que aquel impida la selección objetiva de la propuesta dentro del marco dispuesto por el ordenamiento jurídico.

21.6 De acuerdo con tal planteamiento, es lógico concluir que no puede quedar al libérrimo arbitrio de la Administración decidir si opta por esta medida excepcionalísima, de modo que decisiones como la que se estudia pone no sólo en riesgo la escogencia de la oferta favorable al interés público perseguido con ella sino en tela de juicio principios de la Ley 80 de 1993 y sus normas (artículos 3º; 24 numeral 5, apartes a) y b); 25 numeral 1º, 2º y 3º; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993).

21.7 En tanto situación excepcional, la Administración no queda habilitada por vía general para declarar desierto cuando las razones que invoca están por fuera de la ley y por lo mismo *“cuando alguna de las causales de declaratoria de desierto no está configurada, la Administración debe proceder a la adjudicación del contrato”*²⁴. Igualmente, cuando se formulan las propuestas en consonancia con el pliego surge la obligación de adjudicarla al mejor proponente, de conformidad con los criterios previamente establecidos para su evaluación. De modo que la declaratoria de desierto no puede provenir de la negligencia o de la conducta omisiva de la entidad y mucho menos puede revestírsele al incumplimiento de sus mínimos deberes un manto de legalidad.

21.8 Por ello, al optar por declarar frustrado el proceso de selección por no haber adelantado satisfactoriamente todas las etapas correspondientes la propia administración, en particular por no haberse surtido la evaluación jurídica, la administración desconoció el principio de transparencia que debe informar la actuación estatal en estos ámbitos, habida cuenta que en desarrollo del mismo postulado, el numeral 8º de la Ley 80 previene de manera nítida que las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerá sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley y que además les es prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva.

21.9 No debe perderse de vista que, como lo ha sostenido la Sala²⁵, los artículos 23, 24, 25 y 26 de la ley 80 de 1993 ordenan que las actuaciones de quienes intervienen se desarrollen con arreglo al *principio de transparencia* (desarrollo del principio de imparcialidad de la función administrativa, arts. 209 Constitucional), por cuya virtud en los términos de referencia se definirán *ab initio* las reglas objetivas, justas claras y completas que aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación (lit. b num. 5 del art 24 ley 80 de 1993); con sujeción a los principios de economía y publicidad (art. 209 C. N). Todo ello, en orden a asegurar la selección objetiva (num. 1 del art. 5 *eiusdem*).

²³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 27 de abril de 2011, rad. 25000232600019970392401 (18.293), CP Ruth Stella Correa Palacio.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2010, exp. 16432, CP Mauricio Fajardo Gómez.

²⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, rad. 76001-23-31-000-1996-02716-01, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

21.10 De consiguiente, la declaratoria de desierta únicamente procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva (num. 18 art. 5º *eiusdem*) y nunca a instancias de omisión ilegales de los deberes a cargo de la entidad estatal pues ello riñe con los principios de la función administrativa (20º superior y 3º de la Ley 489 de 1998), y en particular los propios de la función administrativa contractual (art. 23 ley 80 1993).²⁶

22. Tal y como señala el recurrente resulta inaceptable reconocer valor a la situación ilegal promovida conscientemente por la misma administración, que pretendió revestir de legalidad al declarar desierto el proceso de selección cuando la razón, por cierto esgrimida en el propio acto administrativo impugnado y acreditada con otros medios de convicción, no fue otra que la negligente conducta desplegada por ella misma. El instituto excepcionalísimo de la declaratoria de desierta no puede servir para amparar la culpa grave de la demandada.

22.1 Si una de las manifestaciones del *principio de economía*, tal y como señala el numeral 18 del artículo 25 del Estatuto de Contratación Estatal, consiste en que la declaratoria de desierta de un proceso de selección sólo procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, es claro que invocar su propia negligencia configura infracción del mismo. Violación que, por contera, supone la infracción al debido proceso administrativo que debe también orientar la función administrativa contractual habida cuenta que es una desviación o abuso del poder. Tránsito grosero que no sólo se invoca inconsultamente como motivo en la resolución que se impugna, sino que además quedó acreditada con el proceder también negligente desplegado por la accionada, al rehusarse una y otra vez a responder los derechos de petición que insistentemente le formuló el hoy recurrente. En otras palabras, no es título para desestimar las propuestas el que la administración no cumpla con sus más elementales deberes como entidad estatal interesada en la selección de un futuro contratista.

22.2 Para la Sala no resulta admisible el criterio expuesto por el *a quo*, con arreglo al cual si no se lleva a cabo la correspondiente evaluación jurídica por negligencia de la Administración (que por cierto censura el Tribunal) se configura un motivo que impide la escogencia objetiva. Semejante lectura, conduce a avalar un comportamiento arbitrario y contrario al derecho.

22.3 El apotegma del derecho romano con arreglo al cual nadie debe ser oído cuando alegue su propia torpeza, culpa o inmoralidad ("*Nemo auditur suam turpitudinem allegans*" (*Pacta quae contra leges constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est*)²⁷, que es tan recurrentemente invocado en el ámbito del derecho común, se predica *a fortiori* en el ámbito de la contratación pública gobernada por el principio de legalidad²⁸.

²⁶ Sobre la función administrativa contractual como una actividad reglada y no discrecional ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de noviembre 25 de 2004, exp. 25.560, C.P. German Rodríguez Villamizar.

²⁷ Vid. Petit, Eugène, *Derecho Romano*, Editorial Porrúa, México, 1994, p. 331.

²⁸ Por cuya virtud "*la autoridad administrativa, en tanto ejecutora de la ley, sólo puede ejercer las facultades que ésta le haya encomendado, toda vez que la ley es la más importante garantía de los derechos frente a la tentativa de abuso del gobernante. Principio de legalidad que busca la limitación del papel del ejecutivo (De Laubadère), en tanto éste se encarga de traducir la ley en la realidad y por lo mismo ella constituye a la vez fundamento y límite a su accionar (Rivero). De modo que la Administración actúa secundum legem en tanto actividad estatal sub-legal (Marienhoff)*": "La acción de cumplimiento en Colombia: ¿Un medio de control judicial de la administración que no produjo los efectos que se esperaban?" en AAVV *El derecho público en Iberoamérica, Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo*, Tomo II, Bogotá, Universidad de Medellín y Editorial Temis, 2010, pp. 481 y ss.

22.4 Ahora bien, está establecido en el plenario que la administración accionada en el acto de declaratoria de desierto del proceso de contratación directa, fundamentó su determinación en que no había adelantado la evaluación jurídica correspondiente y como ello impedía la “escogencia objetiva”, procedió a declarar desierto dicho proceso. De allí que los argumentos esbozados para adoptar esa determinación no son de recibo y, por contera, no había lugar a declarar desierto el aludido proceso de contratación, por dichos motivos.

22.5 En efecto, la resolución n° 9305 de 1997 impugnada adujo: “*que los conceptos jurídicos solicitados por el responsable del Proyecto Oportunidades a Jóvenes a partir del 14 de agosto de 1997 a la Coordinación General Jurídica y que a la fecha 30 de diciembre de 1997 no han sido expedidos, teniendo en cuenta que para estos llamamientos a oferta existe la disponibilidad presupuestal n.° 1192 de junio 18 de 1997 por un valor de 300 millones de pesos (...), perjudicándose con esto un promedio de 90.000 niños y jóvenes de los planteles educativos oficiales del D.C.*”.

22.6 La Sala encuentra que la invocación de la inclusión en dicha resolución dentro de sus consideraciones la anormal e irregular conducta omisiva de la oficina jurídica de la entidad accionada como sustento para declarar frustrado el proceso de selección, configuración un claro evento de *desviación de poder*, pues esta declaratoria de desierto se aparta del fin a ella señalado en la Ley 80 en el citado numeral 18 del artículo 25. En efecto, la Administración no puede invocar su propio proceder negligente como motivo para adoptar esa decisión extrema, de modo que en este evento el funcionario público hizo uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual han sido conferidos²⁹. A este propósito es preciso reiterar el criterio decantado de vieja data por esta Corporación³⁰, con arreglo al cual este proceder abusivo atenta contra las bases mismas de nuestra institucionalidad:

Lo que viola el acto dictado con desviación de poder es, en último análisis, el postulado básico del Estado de derecho, que pudiera enunciarse así: el poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad. De ese postulado se deduce, en primer lugar, que la discrecionalidad con pueden obrar los órganos del poder en ejercicio de sus atribuciones no es jamás ilimitada (...) Esos motivos tienen que ser razones de buen servicio para que impliquen el uso legítimo de la atribución respectiva; ya que ésta se confiere al agente u órgano de la administración sólo para que la ejerza por motivos y para fines de buen funcionamiento del servicio que se le haya confiado, y no por móviles de afecto o desafecto personal, de malevolencia o de favoritismo, en contra o en beneficio de alguien”

22.7 Con la inclusión de este motivo, como determinante para adoptar la decisión, la Sala encuentra configurado el vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el cual fue instituido, haciéndolo servir finalidades para las cuales no está destinado³¹. Se trata de un proceder que, como advierte la doctrina, revela una particular manera de actuar incompetentemente, en tanto utiliza sus poderes persiguiendo un fin distinto del que le impone específicamente la ley³². No se olvide que la desviación de poder ha sido siempre considerada como “un límite a

²⁹ Jèze, Gaston, « La jurisprudence du Conseil d'État et le détournement de pouvoir », en *Revue de Droit Public*, 1944, p. 60.

³⁰ Consejo de Estado, sentencia de 30 de julio de 1959.

³¹ Laferrrière, *Traité de la juridiction et le droit administratif*, t. II, Paris, 1896, pp. 548 y ss.

³² Prat, Julio A., *La desviación de poder*, Montevideo, Ediciones jurídicas, 1976, p. 21.

la discrecionalidad administrativa”, de suerte que la prosecución de fines propios distintos de los que resultan de la ley constituye, a no dudarlo, una trasgresión a los límites de la discrecionalidad y un vicio del acto administrativo³³.

22.8 De lo que se deja dicho se desprende indudablemente que la situación descrita no daba lugar a la configuración de una causal para proceder a declarar frustrado el proceso de selección. Lo acontecido no se subsume en la regla contenida en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80, pues allí se previó una hipótesis diversa a la que finalmente tuvo lugar en este caso: sólo hay lugar a declarar desierto un proceso de selección cuando motivos o causas externos, y no imputables a la Administración, que impidan la escogencia objetiva.

22.9 Aparece de bulto que el proceder negligente, y por ende reprochable de la administración, al no adelantar como era su deber la correspondiente evaluación jurídica no configura la situación descrita en el mencionado numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 y, lo que resulta aún más insólito, paradójicamente tampoco puede –ni mucho menos- presentarse como un desarrollo del principio de transparencia allí previsto. Por lo mismo al no haberse configurado un evento subsanable en la hipótesis prevista por el legislador, no había lugar a dicha declaratoria.

23. Por lo demás, la administración no tiene la facultad discrecional para declarar a su arbitrio desierto un proceso de selección de contratista pues dicha decisión sólo resulta procedente cuando medien causales y circunstancias previamente contempladas: *“y por ello no cualquier hecho conduce a la declaratoria de desierta (...) sino que es menester que el mismo impida la selección objetiva de la propuesta dentro del marco dispuesto por el ordenamiento jurídico”*³⁴.

23.1 En tal virtud, dicha materia no puede ser dejada a la libérrima determinación de la Administración sino que debe estar sujeta (como en efecto lo está) al estricto cumplimiento de los parámetros fijados por la legislación, como garantía de estirpe democrática de una regulación de una situación excepcional, en tanto *“el constitucionalismo liberal, tributario de las ideas de Locke, tiene por sentado que [la ley es] una de las más importantes garantías de los derechos naturales, los derechos fundamentales”*³⁵. Si la ley prevé una “cláusula abierta” como es, justamente, la de la declaratoria de desierta, pues, no enumera ni induce elementos precisos para que la administración opte por ella, ello no significa que ésta última pueda desvirtuar su objeto y optar -como sucedió en este en este caso- por un criterio ilimitado al punto de pretender revestir de juridicidad un comportamiento *per se* reprochable: la omisión injustificada de adelantar la correspondiente evaluación jurídica.

23.2 Es menester insistir la determinación que adopta la Administración de declarar frustrado un proceso de selección, sólo puede tener lugar cuando se presentan motivos o causas que hacen imposible cumplir con una selección objetiva³⁶. O lo que es igual, no resulta procedente la declaratoria de desierta por motivos estrictamente imputables a la administración en tanto ellos no constituyen motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, como sucedió en el caso *sub examine*.

³³ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, Buenos Aires, Ed. Macchi, p. 32 y ss.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (Subsección B), sentencia de 27 de abril de 2011, rad. 25000232600019970392401 (18.293), CP Ruth Stella Correa Palacio.

³⁵ Vid. “Locke: una lectura de los derechos, vigente trescientos años después de su muerte”, en Delgado, Oscar (ed.), *Ideas políticas, filosofía y derecho, Liber amicorum en homenaje a Alirio Gómez Lobo*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2006, pp. 303 y ss.

³⁶ *Ibid.*

24. Sin embargo, esta sola circunstancia no permite establecer automáticamente la procedencia de las pretensiones resarcitorias, sino que es menester establecer en el proceso si la propuesta única podía ser favorecida con la adjudicación.

La determinación del mejor derecho del demandante impone evaluar los términos de todas las ofertas presentadas

25. Con el propósito de determinar el alegado mejor derecho del demandante, no basta con demostrar, como sucedió en el *sub lite*, la ilegalidad del acto enjuiciado, sino que además es preciso probar que su propuesta era la mejor y la más conveniente para el interés públicos, lo que supone proceder a su evaluación en contraste con las demás, en esta sede judicial, con arreglo a lo previsto en los pliegos.

25.1 Observa la Sala que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora no tiene vocación de prosperidad, toda vez que los hechos en los que fundó sus pretensiones, no fueron debidamente acreditados en el plenario.

25.1 En efecto, se omitió aportar al expediente copia de todas las ofertas que fueron presentadas en el mencionado concurso, de forma que se pudiera proceder a adelantar los análisis y cotejos pertinentes entre las mismas, en orden a determinar si Hernando Ángel Navarro había presentado la mejor propuesta.

25.2 No obstante, dentro del proceso no obra la totalidad de las propuestas presentadas en el concurso de méritos. Tan solo se allegaron las copias de las ofertas de dos de los participantes: Hernando Ángel Navarro -el demandante- y consorcio Fundación Colombia-Crea Ceudes.

25.3 Sin copia de todas las ofertas no es posible hacer un análisis y comparación de las mismas, para determinar si realmente la de Hernando Ángel Navarro merecía tener el mayor puntaje. Así lo tiene establecido de antaño la Sala:

al presente proceso no se aportó la documentación correspondiente a las ofertas presentadas para participar en la Licitación Pública No. 002 de 1993, adelantada por el municipio de Condoto, con el objeto de celebrar el contrato para la rehabilitación y optimización del sistema de alcantarillado de este municipio; el pliego de condiciones se adjuntó en copia simple, lo cual impide su evaluación y, por contera, no es posible determinar si la propuesta presentada por el actor cumplió con cada uno de los requerimientos exigidos por la entidad y si era la más conveniente para el interés público, de tal manera que debiere seleccionarse, o no.

De esta forma, resulta imposible abordar un estudio sobre las pretensiones de restablecimiento formuladas en la demanda, por cuanto ello exige la demostración de que la oferta presentada por la sociedad demandante se encontraba en primer lugar y debía ser seleccionada, lo cual, de acuerdo con lo expuesto, sólo habría sido posible si se hubiere acreditado que la propuesta de la sociedad CHAMAT INGENIEROS LTDA., superaba a las demás al ser calificada de manera objetiva con sujeción a los criterios de selección y su respectiva ponderación consignados en el pliego de condiciones, aspecto que no se demostró en el proceso, máxime si se tiene en cuenta que, de conformidad con la evaluación efectuada por la entidad pública demandada, la actora no habría cumplido con la totalidad de las exigencias que le habrían sido formuladas en el pliego de condiciones.

(...) Así pues, de conformidad con lo expresado, considera la Sala que dada la ausencia de las aludidas pruebas en el proceso –pliego de condiciones y propuestas-, el actor no tendría derecho a recibir suma alguna de indemnización³⁷.

25.4 De acuerdo con tal planteamiento es lógico concluir que la omisión probatoria advertida trae consecuencias adversas al actor, con arreglo a lo prescrito por el artículo 177 del C. de P. Civil, por cuya virtud incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Principio de la carga de la prueba que le indica al juez cuál debe ser su decisión cuando en el proceso no se acreditan los hechos que constituyen la *causa petendi* de la demanda o de la defensa, según el caso³⁸.

25.6 En el ámbito de asuntos como el que se estudia, ha subrayado la jurisprudencia³⁹, que es claro que la carga de la prueba corresponde a quien pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que demanda. O lo que es igual, en caso de no cumplir con dicha carga el demandante, debe asumir las consecuencias adversas de su conducta omisiva: una decisión negativa a su *petitum*⁴⁰. En consecuencia, aunque se accederá a la pretensión anulatoria no habrá lugar al resarcimiento solicitado.

26. Si bien esta omisión relevaría a la Sala de pronunciarse sobre los argumentos del accionante en relación con la no prórroga de la garantía de seriedad de la oferta, sin embargo es preciso destacar que no le asiste razón al impugnante cuanto aduce que el consorcio Colombia-Crea-Ceudes estaba incumpliendo los requisitos exigidos por la administración, a partir del 30 de noviembre de 1997, por lo cual quedaba excluido como proponente válido, al no haber extendido la garantía de seriedad de la oferta. En efecto, si –como ya se indicó- la dilación y final abstención de la entidad en adelantar la obligatoria evaluación jurídica no era ni puede ser motivo para optar por la declaratoria de desierta, no puede admitirse que el hecho de que no se haya extendido la propuesta hasta la fecha en que finalmente y de manera no solo extemporánea sino arbitraria adoptó la decisión impugnada, supusiere –en el evento en que pudiera hacerse la evaluación correspondiente- descalificar al proponente, entre otras, porque no obstante la ilegalidad mostró su interés en el buen suceso del proceso y –sin tener deber legal para hacerlo- procedió a ampliar la póliza correspondiente.

27. Con todo, es claro que no hay duda de que Hernando Ángel Navarro acudió al llamamiento a ofertas n.º 12 con la expectativa legítima que culminaría una decisión de fondo y por ello hay lugar a reconocer la indemnización de perjuicios por pérdida de oportunidad, como pasa a explicarse.

Daño emergente

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 19.056, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 15.682, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 15.682, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 1996, exp. 9474, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; Subsección A sentencia de marzo 9 de 2011, rad. 19001-23-26-000-1994-09804-01 (15550), C.P. Hernán Andrade Rincón y Subsección B sentencia de 5 de abril de 2013, rad. 25-000-23-26-000-1996-12242-01 (25.591), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

28. La Sala tiene determinado⁴¹ que si un proponente participa en un proceso de selección lo hace bajo el supuesto de que la entidad accionada le adjudicaría el contrato a la mejor propuesta. De manera que si se declara desierto, sin que se reúnan los presupuestos legales para ello, como sucede en el *sub examine* y el juez anula, en consecuencia, esa ilegal determinación, el daño causado se traduce en los perjuicios que provienen la pérdida de oportunidad, esto es, en los gastos que demandó la licitación, erogaciones que asumió el oferente, en igualdad de condiciones frente a todos los proponentes, con independencia de que resultara o no favorecido en la adjudicación. Sumas que deberán reintegrarse debidamente actualizadas.

28.1 Ahora, como no está acreditado en el plenario el valor de dichos perjuicios, no existen bases suficientes para condenar en concreto por este concepto. Se proferirá, entonces, condena en abstracto.

28.2 Para efectuar la liquidación por concepto de daño emergente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tendrá el monto de los gastos, que se lleguen acreditar, en que incurrió el consorcio para la presentación de la oferta, en especial respecto de los siguientes ítems: (i) la preparación de la propuesta, (ii) compra del pliego de condiciones; (iii) compra de la póliza de seriedad (y sus respectivas renovaciones) y (iv) pago de fotocopias y encuadernación.

28.3 Se actualizará dicho valor con los índices de precios al consumidor desde la fecha de notificación de la resolución n.º 9305 el 30 de diciembre de 1997 hasta la de expedición del fallo, siguiendo la siguiente fórmula:

$$VP = VH \times \frac{\text{Ind.Final}}{\text{Ind.Inicial}}$$

28.4 Asimismo se reconocerán los intereses del 6 % anual sobre el capital histórico -artículo 1617 Código Civil-, en tanto no aplica los intereses del numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, que rigen las obligaciones insolutas surgidas de los contratos estatales, pues como el actor no probó su mejor derecho a la adjudicación; no resulta posible sostener que tendría que fungir como contratista.

28.5 Huelga señalar que la condena en abstracto exige que se adelante el incidente de liquidación respectivo ante el *a quo*.

28.6 No se condenará en costas por no aparecer causadas.

29. En consecuencia, se revocará la sentencia del Tribunal *a quo*, en tanto se declarará la nulidad de la resolución de declaratoria de desierto, pero se negará el restablecimiento solicitado y tan sólo habrá lugar a reconocer el daño emergente, en los términos indicados.

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

FALLA:

⁴¹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 9 de abril de 2012, rad. 19960009601 (21869), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

REVÓCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 15 de agosto de 2002, por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se decidió negar las súplicas de la demanda y su lugar dispóngase:

PRIMERO. DECLÁRASE LA NULIDAD de la Resolución n.º 9395 de 30 de diciembre de 1997, proferida por la Secretaría de Educación de la Alcaldía Mayor de Bogotá

SEGUNDO. CONDÉNESE en abstracto a la Alcaldía Mayor de Bogotá a pagar, a favor de Hernando Ángel Navarro, la indemnización debida por concepto del daño emergente correspondiente a los gastos en que incurrió en la presentación de la oferta dentro del proceso de selección “Llamamiento de ofertas n.º 12-1997”, comprendidos en el numeral 28 de esta providencia, de acuerdo con la liquidación que haga el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fundamento en las bases establecidas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del CCA y 115 del CPC. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del CPC y con observancia de lo prescrito por el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

QUINTO. DEVUÉLVASE, en firme este proveído, el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO