**REVOCATORIA DIRECTA – Acto de adjudicación – Irrevocable**

En dicho entendido en nuestro ordenamiento contencioso la revocatoria directa está concebida como una prerrogativa de control de la misma administración sobre sus actos que le permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad, o de derechos fundamentales. Sobre el particular esta Subsección ha señalado: *“*La revocatoria directa es una potestad que el ordenamiento le atribuye a la administración para expulsar de él –es decir, por mano propia-, un acto administrativo suyo, para lo cual dicta otro de sentido contrario o simplemente expide uno que deja sin efectos el anterior. […] Conforme a la tesis negativa, sus defensores añaden que los actos administrativos dictados durante la etapa precontractual –incluido el acto de adjudicación- son irrevocables, así que se difundió la idea de que -en particular- el acto administrativo de apertura del proceso de selección es irrevocable, porque los procedimientos de selección de contratistas sólo pueden concluir con la adjudicación –terminación normal del procedimiento- o con la declaración de desierta del proceso –terminación anormal–. ([…] Con semejante claridad, es innegable que el acto administrativo de adjudicación de un contrato es irrevocable por la administración, sencillamente porque así lo estableció la disposición citada, que lo hizo con la finalidad de proteger la buena fe, la seguridad jurídica, los derechos que nacen de este acto administrativo, y también la trasparencia en la contratación estatal.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

Bogotá, D. C., trece (13) de abril de dos mil quince (2015)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00179-01(28347)**

**Actor: FONDO ROTATORIO DE LA FUERZA AÉREA.**

**Demandado: SOCIEDAD RB DE COLOMBIA LIMITADA.**

**Referencia: Apelación sentencia - Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.**

Resuelve la Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del primero (1) de junio de dos mil cuatro (2004), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Tercera, en la que se decidió:

*“****PRIMERO: DECLÁRASE no probada la EXCEPCIÓN de falta de legitimación en la causa por activa*** *propuesta por el Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana.*

***SEGUNDO: DECLÁRASE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 358 del 31 de diciembre de 1999*** *por medio de la cual se adjudicó la licitación 007-FORFA-99, emitida por el Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana y a favor de la Unión Temporal DAE.*

***TERCERO:*** *Como consecuencia de la anterior y a título de restablecimiento del derecho,* ***CONDÉNASE EN ABSTRACTO*** *al FONDO ROTATORIO DE LA FUERZA AÉREA COLOMBIANA, a pagar a la sociedad R. B. DE COLOMBIA LTDA, el valor de los perjuicios materiales ocasionados, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia y el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo.*

***CUARTO:*** *No se accede a las demás solicitudes formuladas por las partes.*

***QUINTO:*** *Sin condena en costas.*

***SEXTO:*** *La liquidación de los perjuicios se someterá a las prescripciones previstas en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo.”*

1. **ANTECEDENTES**
2. **Las demandas**

Debe advertirse que la sentencia impugnada resolvió sobre los procesos acumulados identificados con los radicados números 2000-0179 y 2000-0470, pasando a individualizarse cada uno de ellos en la siguiente forma:

* 1. **Proceso 2000-0179**

El Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda el once (11) de enero de dos mil (2000)[[1]](#footnote-1), con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“1.1. Que en su totalidad es nula la Resolución 355 del 28 de diciembre de 1999 proferida por la Dirección General del Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana “por la cual se adjudica la licitación pública N° 007-FORFA-99”.*

* 1. *Que como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se disponga que el Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana no está obligado a celebrar el referido contrato con la Sociedad RB de Colombia Ltda.*
	2. *Que de acuerdo con la conducta que asuman durante el desarrollo del proceso quienes en él intervengan, sean condenados en costas.*
		1. **Hechos**

Los hechos que sirvieron de fundamento de las pretensiones, son en síntesis los siguientes:

1. El Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana declaró abierto el proceso licitatorio 007-FORFA-99 cuyo objeto era *“contratar las obras de adecuación de los alojamientos de oficiales y suboficiales en el Grupo Aéreo del Sur – GASUR- ubicado en Tres Esquinas (Caquetá)”* y ofreció pliego de condiciones para tal fin.
2. A la mencionada convocatoria se presentaron las siguientes ocho (8) personas jurídicas: Sociedad RB de Colombia; Unión Temporal DAE; Consorcio Caquetá; Consorcio Gamma; Consorcio E.L.M.; Consorcio M.S.B.; Consorcio Inversiones Órbita y Consorcio Jivar Savi.
3. Una vez inició la evaluación de propuestas la Administración consideró que eran hábiles para adjudicación cuatro proponentes: Sociedad RB de Colombia; Unión Temporal DAE; Consorcio Caquetá; Consorcio Gamma. En tanto que los demás presentaron inconsistencias superiores al 3 % en sus propuestas e incurrían en causal de rechazo prevista en el pliego de condiciones.
4. Para realizar el cómputo del aspecto económico, la administración utilizó un sistema informático, alimentado con fórmulas predeterminadas, el cual ponderaba sobre 350 puntos a quien más se acercara al precio ideal que había previsto el Fondo Rotatorio de la FAC, cuya media era de $909.018.377, obtenida de las propuestas presentadas, de modo que quien más se aproximaba a esa media, recibiría una mayor puntuación.
5. Al introducir los datos al sistema para establecer los resultados del aspecto económico, se presentó un error que produjo el siguiente registro defectuoso:

CUADRO DE PONDERACIÓN **(ERRÁTICO)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Nombre proponente** | **Valor** | **Puntos** |
| Sociedad RB de Colombia Ltda | 917.986.512 | 346.58 |
| Unión Temporal DAE | 810.290.430 | 311.99 |
| Consorcio Gamma | 970.161.763 | 327.94 |
| Consorcio Caquetá | 899.429.002 | 346.31 |
| Consorcio Jivar Savi | 980.439.761 | 324.50 |
| Consorcio MSB | 945.730.392 | 336.41 |
| Consorcio Inversiones Órbita | 880.527.260 | 331.33 |
| Consorcio E.L.M | 888.346.280 | 342.04 |
| Presupuesto Oficial | 908.254.000 |  |
| Valor Total | 8.181.185.400 |  |
| Media aritmética | 909.018.378.83 |  |

1. De acuerdo con lo anterior resultaba vencedor en la licitación la Sociedad RB de Colombia Ltda y así las cosas se produjo la audiencia pública para proceder a adjudicar el contrato a la mencionada sociedad, expidiéndose la Resolución 355 del 28 de diciembre de 1999.
2. El día siguiente del mencionado acto de adjudicación, el representante de la Unión Temporal DAE, quien había ocupado el segundo puesto de elegibilidad, se hizo presente en la Dirección de la entidad contratante, e informó que su propuesta no era de $810.290.430, tal como había quedado consignado en el anterior cuadro, sino que era de $910.290.430 y que el valor de la propuesta de la sociedad adjudicataria era de $907.986.512, por lo que variaba la media o promedio utilizado para calificar las propuestas, que no sería de $909.018.378.83, sino de $919.018.377.83.
3. Posterior a lo anterior, realizadas las revisiones por parte del Comité Económico que había participado en la valoración de las propuestas, dio como resultado que las observaciones realizadas por el representante de la Unión Temporal DAE se encontraban fundadas, arrojando las siguientes cifras:

CUADRO DE PONDERACIÓN PRECIO **(YA CORREGIDO)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Nombre proponente** | **Valor** | **Puntos** |
| Sociedad RB de Colombia Ltda | 907.986.512 | 345.80 |
| Unión Temporal DAE | 910.290.430 | 346.68 |
| Consorcio Gamma | 970.161.763 | 331.55 |
| Consorcio Caquetá | 899.429.002 | 342.54 |
| Consorcio Jivar Savi | 980.439.761 | 328.07 |
| Consorcio MSB | 945.730.392 | 340.11 |
| Consorcio Inversiones Órbita | 860.527.260 | 327.72 |
| Consorcio E.L.M | 888.346.280 | 388.32 |
| Presupuesto Oficial | 908.254.000 |  |
| Valor Total | 8.271.165.400 |  |
| Media aritmética | 919.018.377.83 |  |

1. Ante la mencionada situación el Fondo Rotatorio de la FAC, se abstuvo de ejecutar el acto acusado y por lo tanto no contrató con la Sociedad RB de Colombia, solicitando la autorización para proceder a la revocatoria del acto administrativo viciado por error, sin que a la fecha haya sido posible contar con su beneplácito.
2. Por el contrario, Sociedad RB de Colombia Ltda, se ha valido de varios oficios y solicitudes en los que insiste en que se haga caso omisio al error existente y se proceda a ejecutar el acto administrativo de adjudicación.
	1. **Proceso 2000-0470**

La sociedad R.B. de Colombia Ltda., mediante apoderado judicial, presentó demanda contra el Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana, el día dieciocho (18) de febrero de dos mil (2000)[[2]](#footnote-2), con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“****PRIMERA:*** *Que es nula la Resolución No. 358 del 31 de diciembre de 1.999, expedida por la Directora General del FONDO ROTATORIO DE LA FUERZA AÉREA COLOMBIANA, (…)*

***SEGUNDA:*** *Que a título de restablecimiento del derecho se condene al FONDO ROTATORIO DE LA FUERZA AÉREA COLOMBIANA a pagar a* ***R.B. DE COLOMBIA LTDA****, todos los daños de alcance económico causados por el acto anulado, tales como las utilidades netas dejadas de recibir por la actora a causa de la no celebración y ejecución del contrato, los costos de la propuesta, la pérdida de otras oportunidades de contratar, etc.*

***TERCERA:*** *Que a título de restablecimiento del derecho, se condene al FONDO ROTATORIO DE LA FUERZA AÉREA COLOMBIANA a pagar a* ***R.B. DE COLOMBIA LTDA****, dos mil gramos oro como indemnización por el daño moral sufrido a causa de la expedición y ejecución del acto anulado.*

***CUARTA:*** *Se ordenará indexar todas las condenas desde la fecha de la causación del daño (diciembre 31 de 1999) hasta la ejecutoria de la sentencia, y sobre los valores indexados se causará intereses moratorios. A partir de la ejecutoria de la sentencia, los intereses serán moratorios comerciales en los términos del artículo 177 del C.C.A.*

***QUINTA:*** *Condenar a la parte Demandada a pagar las costas.”*

* + 1. **Hechos**

Los hechos que sirvieron de fundamento de las pretensiones, son en síntesis los siguientes:

1. Mediante resolución No. 226 del 17 de septiembre de 1999, el Fondo Rotario de la FAC, ordenó la apertura de la licitación pública No. 007-FORFA-99, para adjudicar el contrato de obras de adecuación de los alojamientos de oficiales y suboficiales en el Grupo Aéreo del Sur – Tres Esquinas – Caquetá.
2. Luego de presentadas las ofertas e iniciada la evaluación de las mismas, la entidad licitante decidió darle un plazo adicional a la Unión Temporal DAE para que completara su oferta y la variara según los requerimientos del Fondo.
3. Mediante oficio 5575 DIFOR-FORSA-SADAD-GRUCI del 19 de noviembre de 1999, la señora Coronel Directora General del Fondo Rotatorio de la FAC, informó a **R.B. DE COLOMBIA**, que la propuesta de la Unión Temporal DAEQUIPOS, había quedado en $905.091.396, luego de las modificaciones que fueron introducidas en el plazo adicional que el Fondo le confirió al proponente para que rehiciera la oferta inicial.
4. A partir del 6 de diciembre de 1999 y una vez realizados los estudios de rigor, el comité evaluador asignó puntajes y recomendó adjudicar la licitación, en su orden, a las siguientes firmas:

*“****CUADRO RESUMEN DEFINITIVO DE PUNTAJES EN LA EVALUACIÓN DE OFERTAS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA No. 07-FORFA-99***

1. ***OFERTAS HABILES PARA LA ADJUDICACIÓN***

***500 500 1.000***

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ***OFERENTE*** | ***PUNTAJE TÉCNICO*** | ***PUNTAJE ECONÓMICO*** | ***PUNTAJE TOTAL*** |
| ***R.B. DE COLOMBIA*** | ***450.00*** | ***410.96*** | ***860.96*** |
| ***UNIÓN TEMPORAL DAE*** | ***420.71*** | ***436.99*** | ***857.70*** |
| ***CONSORCIO CAQUETÁ*** | ***430.00*** | ***367.52*** | ***797.52*** |
| ***CONSORCIO GAMMA*** | ***370.00*** | ***374.80*** | ***744.80*** |

Las demás firmas fueron descartadas.

1. El 28 de diciembre de 1999 se convocó a audiencia pública de adjudicación, y durante dicha audiencia los proponentes realizaron observaciones, cuyas respuestas se realizaron mediante oficio No. 6314 de ese mismo día, y a continuación la entidad convocante expidió la resolución 355 del 29 de diciembre de 1999, por la cual se adjudicó el contrato a la firma demandante.
2. El 30 de diciembre de 1999, la Directora del Fondo Rotario de la FAC, citó a la sociedad adjudicataria a una audiencia de aclaración y adjudicación de la licitación el día 31 de diciembre de 1999, fecha en la cual se comunicó verbalmente la no celebración del contrato, aduciendo que se llevaría a cabo nueva audiencia de adjudicación.
3. Así el 31 de diciembre de 1999, mediante resolución 358 se adjudicó la licitación 007-FORFA-99 a la Unión Temporal DAE.
4. **Actuación procesal**
	1. **Proceso 2000-0179**

Mediante auto del cuatro (4) de febrero de dos mil (2000)[[3]](#footnote-3), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, admitió la demanda y dispuso notificar al representante legal de la sociedad RB de Colombia Ltda, al Agente del Ministerio Público y ordenó fijar en lista el presente asunto por el término de diez (10) días.

El apoderado judicial de la parte demandada, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y consideró que en primer término el acto acusado, la resolución 355 del 28 de diciembre de 1999, mediante el cual adjudicó el contrato a la sociedad demandada fue revocado por la resolución 358 del 31 de diciembre de 1999 y que la entidad contratante debió obtener o intentar obtener el permiso del beneficiario del acto de adjudicación, y en el caso de la negativa de este, era procedente la llamada acción de lesividad. Concluyó sosteniendo que los hechos no demuestran error alguno, teniendo en cuenta que fueron dos los factores finales que determinaron la calificación definitiva, el técnico y el económico, puesto que dichos criterios de evaluación fueron descritos en el pliego de condiciones, la sumatoria de ambos determinó que la sociedad R.B. de Colombia Ltda. ganara la licitación, tal como lo señaló la resolución 355.

Por auto del treinta (30) de mayo de dos mil (2000)[[4]](#footnote-4), se abrió a pruebas el presente proceso.

El ocho (8) de noviembre de dos mil (2000)[[5]](#footnote-5), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto por el término legal.

El apoderado judicial de la parte actora, adujo que la sociedad R.B. de Colombia pretendió beneficiarse de una situación apócrifa, tan ladina que el acto administrativo con el que por error se le adjudicó a ella, tiene todas las características de vía de hecho, por ende beneficiar al demandado de un error cometido por la entidad resulta ser contrario al ordenamiento jurídico y económico “justo”, demostrándose una falsa motivación del acto administrativo atacado.

Por su parte la demandada expuso que el acto acusado no se encuentra vigente, por lo que la acción y el proceso carece de objeto, al quedar sustituida la resolución 355 por la resolución 358 de 1999, mediante la cual se adjudicó la licitación a la Unión Temporal DAE, igualmente consideró que la entidad violó la irrevocabilidad del acto adjudicación y no demostró la existencia de causal alguna de nulidad del acto acusado.

Mediante escrito del treinta y uno (31) de octubre de dos mil uno (2001)[[6]](#footnote-6), el apoderado judicial de la parte demandada solicitó la acumulación de los procesos 20000470 al 20000179, la cual fue decretada mediante auto del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001)[[7]](#footnote-7).

* 1. **Proceso 2000-0470**

Por auto del diecinueve (19) de abril de dos mil uno (2001)[[8]](#footnote-8), admitió la demanda de la referencia y dispuso notificar al Director del Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana, al Agente del Ministerio Público y al representante de la Unión Temporal DAE y ordenó fijar en lista por el término legal el presente asunto.

El Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, y propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, inexistencia de daño antijurídico, falta de imputación y prejudicialidad, toda vez que, al primar el derecho sustancial en todas las actuaciones judiciales y administrativas, tal como lo dispone la Carta Política, el verdadero ganador del proceso licitatorio fue la Unión Temporal DAE, tal como quedó dispuesto en el acto administrativo cuya legalidad mediante la demanda se pretende desvirtuar.

Adujo que *“la sociedad RB de Colombia Ltda., en vez de reconocer con gallardía que en efecto la Administración cometió un error en virtud del cual apareció como ganadora y que tal triunfo, tras una valoración objetiva de las propuestas, en verdad correspondía a la Unión Temporal DAE; lo que ha preferido es pertrecharse detrás del acto administrativo con el cual erróneamente se le adjudicó, para reivindicar beneficios a partir de una interpretación gramatical de aquella norma jurídica que alude a la obligatoriedad y al poder vinculante del acto de adjudicación. La entidad accionada no duda que una conducta así vulnera de manera flagrante del (sic) principio de la buena fe, asunto que aquí tiene inusitada relevancia si se atiende que, el mismo autor que el señor apoderado de la contraparte cita, ha hecho notar que la aplicación de tal principio es inherente a este tipo de giros negociales, porque “la bona fides” es el fundamento, orienta la labor interpretadora y preside la integración normativa de los contratos del Estado.”*

La apoderada judicial de DAEQUIPOS Construcciones Ltda se opuso a las pretensiones de la demanda y se pronunció respecto a los cargos señalados por la demandante por lo que consideró que el Fondo Rotatorio a través de un acto administrativo manifestó la existencia de un error al calificar las propuestas y que no puede afirmarse que existió falsa motivación, por ende al entidad convocante, con el propósito de no violentar el principio de transparencia adjudicó la licitación pública a la Unión Temporal DAE, en vista del cumplimiento de los requisitos del proceso licitatorio.

Mediante auto del ocho (8) de noviembre de dos mil uno (2001)[[9]](#footnote-9), se ordenó remitir el expediente con destino al proceso 2000-0179.

El nueve (9) de mayo de dos mil dos (2002)[[10]](#footnote-10), se abrió a pruebas el proceso 2000-0470, y el veinte (20) de mayo de dos mil tres (2003)[[11]](#footnote-11), se dispuso correr traslado a las partes y al Ministerio Público por el término de diez (10) días para alegar de conclusión.

El apoderado judicial de la sociedad R.B. de Colombia Ltda., consideró que la entidad desconoció por factores muy discutibles dentro del campo de la legalidad una actuación de manera irregular y ajena a las normas que regulan la materia, amparando su actuar en una supuesta equivocación en relación con las calificaciones dadas a las ofertas, pues no es de recibo el mencionado argumento toda vez que el trámite de evaluación ya se había cumplido de acuerdo con los parámetros establecidos en la propuesta pública, que además se presentaron objeciones por algunos de los oferentes en la audiencia pública las cuales fueron resueltas oportunamente, de donde se desprendió que el trámite se desarrolló conforme a los parámetros establecidos, y a su juicio resultó paradójico que posteriormente se cambiaron los procedimientos, haciendo ilegal el actuar de la Administración.

1. **La sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Tercera, mediante sentencia del primero (1) de junio de dos mil cuatro (2004)[[12]](#footnote-12), accedió a las pretensiones de la demanda formuladas por R.B. de Colombia Ltda.

En primera medida, consideró el *a quo* que el Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana no aportó al proceso prueba que permita verificar sus intenciones de solicitar el permiso requerido por la ley para proceder a revocar la resolución No. 355 de 1999, sobre el punto se excusó con el argumento de que fue solicitado de manera verbal, sin existencia de prueba alguna.

Igualmente, la entidad licitante hizo caso omiso de lo preceptuado en el artículo 30 de la ley 30 de 1993, al no seguir el procedimiento legal para la revocatoria de los actos administrativos e interpretó a su conveniencia los preceptos legales sin requerirlo, pues a pesar de haber adjudicado la licitación a la sociedad R.B. de Colombia Ltda., decidió re adjudicarla a la Unión Temporal DAE, por considerar que el mencionado proponente no poseía justo título de tal derecho.

El Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana pretendió validar su actuación en la existencia de un error que variaba el orden de elegibilidad, pero a su juicio, no lo probó sino que se limitó a presentar la impresión de unos cuadros de evaluación con errores y otros corregidos, sin sustentar eficientemente los argumentos, máxime cuando se solicitó la comparecencia de testigos que no aportaron nada al éxito de las pretensiones; lo procedente era informar al asignatario de la licitación sobre dicho error y requerirlo para autorizar la revocatoria del acto de adjudicación.

Anotó que inclusive el pliego de condiciones mencionó la irrevocabilidad del acto de adjudicación y la obligatoriedad del mismo, por lo que únicamente cuando el contratista favorecido con la adjudicación no se notifique o no suscriba el contrato dentro de los términos señalados, el Fondo podía adjudicar el contrato al proponente del segundo lugar.

Resaltó que el proceso de licitación llegó hasta el acto de adjudicación sin observar novedad alguna que lo invalidara, solo con posterioridad al acto de adjudicación se percibió el error, y reiteró que la revocatoria debió realizarse conforme a las normas correspondientes y de no ser posible proceder a instaurar la acción correspondiente y solicitar la suspensión provisional.

Aclaró que no se observaba evidencia documental de la revocatoria de la resolución 355 de 1999, su contenido fue íntegramente reemplazado por la resolución 358 del mismo año.

Para el Tribunal la resolución 358 de 1999 se encuentra viciada por falsa y errónea motivación, pero consideró que a la fecha el contrato derivado de la resolución cuestionada culminó, tal declaratoria solo tiene efectos sobre la indemnización solicitada por la sociedad perjudicada.

1. **Aclaración de sentencia y el recurso de apelación**

El apoderado judicial de la sociedad RB de Colombia S. A., solicitó aclaración de la sentencia en el sentido de indicar que *“existiendo los elementos claros para dictar un fallo en concreto como se determinó en la parte considerativa, mas (sic) adelante y con el señalamiento de incorporar la fecha de pago del anticipo resuelve condenar en abstracto, aspecto que no se compadece, porque se insiste se dan todos los presupuestos para mantener el fallo en concreto con las mismas directrices dadas por la Corporación.”*

Seguidamente el apoderado judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia anterior, y expuso que *“no estamos frente a una situación en la que un acto administrativo de contenido particular* ***fue revocado*** *sin el consentimiento del beneficiario (pues no hay en el expediente un acto administrativo que pruebe tal cosa), pero en cambio sí hay abundante material probatorio que conduce a concluir que estamos frente a una situación en la que un acto administrativo* ***no ha sido ejecutado****. Una y otra situación resultan bien distintas, y sobre todo, tiene efectos jurídicos muy diferentes.”*

Por tal motivo, *“desde el punto de vista procesal la reclamación tendrá una vía diferente, pues no se estará deprecando la nulidad de un acto, sino el pago de un daño antijurídico en razón de una omisión administrativa consistente en no dar ejecución al acto, que como omisión, deberá contener defecto de conducta.”*

Adujo que el error cometido por el Fondo Rotatorio de la FAC no convirtió al equivocadamente adjudicado en el verdadero ganador, porque ello conduciría a que por encima de la verdad brillara el formalismo, y por ende, la entidad deberá responder, pero solo frente a daños antijurídicos que haya sufrido la sociedad R.B. de Colombia.

Continuó considerando que era en los cuadros de evaluación donde quedó claro cuál fue el error, y que del contenido de unos y de otros surge con toda claridad la inconsistencia, para quien tenga disposición para verla; y sobre los testimonios, mencionó que el fallo no estableció los motivos por los que la Sala encontró contradicciones y no fue veraz la información suministrada por ellos.

En lo que toca a la nulidad del acto administrativo, es totalmente irrelevante si el error fue técnico o humano, porque lo verdaderamente determinante es que este ocurrió y que es fehaciente su existencia.

Reiteró que el FORFA no quitó *“nada a la sociedad RB de Colombia Ltda., sino simplemente la puso en el lugar que, realmente, merecía”*, existiendo una justificación válida, pues injustamente se estaba consolidando como ganador a quien realmente no lo era, por lo que decidió la entidad *“mandar a una batalla judicial”* al erróneo ganador.

Por último respecto de lo aducido por el Tribunal sobre a que debió revocarse en los términos de ley el acto y de no ser posible, proceder a instaurar la acción de lesividad, se preguntó el recurrente: *“¿por qué –si ese era el criterio del Honorable Tribunal-, éste no declaró la nulidad del acto según pretendía el Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea?”.*

El  *a quo* el veintinueve (29) de junio de dos mil cuatro (2004)[[13]](#footnote-13), decidió no acceder a la solicitud de aclaración presentada por la sociedad R.B. de Colombia, y el veintiuno (21) de julio del mismo año se concedió el recurso de alzada presentado por el Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea.[[14]](#footnote-14)

1. **Trámite en la segunda instancia**

Por auto del ocho (8) de octubre de dos mil cuatro (2004)[[15]](#footnote-15), se admitió el recurso de apelación presentado y sustentado dentro del término legal y el doce (12) de noviembre del mismo año se dispuso correr traslado por el término de diez (10) días para alegar de conclusión.[[16]](#footnote-16)

1. **Alegatos de conclusión en segunda instancia**

El apoderado de la sociedad R.B. de Colombia Ltda., consideró que la entidad omitió flagrantemente lo contenido en el artículo 30 del Estatuto Contractual, al no observar el procedimiento establecido en la ley para lograr la revocatoria de los actos administrativos y por el contrario de manera irregular y arbitraria optó por readjudicar la licitación a la Unión Temporal DAE, despojando así del derecho a quien ese momento ostentaba legalmente la calidad de adjudicatario.

Como pretexto para readjudicar la licitación, puso de presente que se presentó un error que llevó a la variación en los puntajes, sin que en el plenario exista prueba del error, y sin tener en cuenta la irrevocabilidad del acto administrativo por reconocer un derecho subjetivo o una situación jurídica particular y concreta y que se imponía la necesidad del consentimiento escrito y expreso por parte del administrado.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

1. **CONSIDERACIONES**

Cumplidos los trámites propios de esta instancia y sin causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Subsección a pronunciarse sobre el asunto de la referencia, para lo cual abordará los siguientes puntos: 1) competencia; 2) acervo probatorio; 3) análisis del caso concreto y 4) condena en costas.

1. **Competencia**

La Subsección es competente para conocer del recurso de apelación presentado por la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo[[17]](#footnote-17), modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado, contra la sentencia del primero (1) de junio de dos mil cuatro (2004), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Tercera, en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de doble instancia.[[18]](#footnote-18)

1. **Acervo probatorio**

Del material probatorio allegado al presente proceso se destaca:

* Resolución 355 de 1999, “Por la cual se adjudica la Licitación Pública No. 007-FORFA-99” a la sociedad R.B. de Colombia Ltda.[[19]](#footnote-19)
* Pliego de condiciones de la licitación pública No. 007-FORFA-99[[20]](#footnote-20):

*“El Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea está interesado en contratar las obras de adecuación de los Alojamientos de Oficiales y Suboficiales en el Grupo Aéreo del Sur-GASUR-Tres Esquinas (Caquetá), de acuerdo con las cantidades, calidades y especificaciones técnicas exigidas y contenidas en los anexos que forman parte integral del presente pliego de condiciones.”*

* Cuadros de evaluación[[21]](#footnote-21):

**CUADRO DE PONDERACIÓN PRECIO**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Nombre proponente** | **Valor** | **Puntos** |
| Sociedad RB de Colombia Ltda | 917.986.512 | 346.58 |
| Unión Temporal DAE | 810.290.430 | 311.99 |
| Consorcio Gamma | 970.161.763 | 327.94 |
| Consorcio Caquetá | 899.429.002 | 346.31 |
| Consorcio Jivar Savi | 980.439.761 | 324.50 |
| Consorcio MSB | 945.730.392 | 336.41 |
| Consorcio Inversiones Órbita | 880.527.260 | 331.33 |
| Consorcio E.L.M | 888.346.280 | 342.04 |
| Presupuesto Oficial | 908.254.000 |  |
| Valor Total | 8.181.185.400 |  |
| Media aritmética | 909.018.378.83 |  |

**RESUMEN ASPECTO ECONÓMICO**

**500 PUNTOS**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| NOMBRE PROPONENTE | PRECIO | CAPACIDAD | TOTAL PUNTOS |
| 350 | 150 | 500 |
| RB. DE COLOMBIA LTDA. | 346,58 | 64,38 | 410,96 |
| UNIÓN TEMPORAL DAE | 211,99 | 125,00 | 436,99 |

**CUADRO DE PONDERACIÓN PRECIO**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Nombre proponente** | **Valor** | **Puntos** |
| Sociedad RB de Colombia Ltda | 907.986.512 | 345.80 |
| Unión Temporal DAE | 910.290.430 | 346.68 |
| Consorcio Gamma | 970.161.763 | 331.55 |
| Consorcio Caquetá | 899.429.002 | 342.54 |
| Consorcio Jivar Savi | 980.439.761 | 328.07 |
| Consorcio MSB | 945.730.392 | 340.11 |
| Consorcio Inversiones Órbita | 860.527.260 | 327.72 |
| Consorcio E.L.M | 888.346.280 | 388.32 |
| Presupuesto Oficial | 908.254.000 |  |
| Valor Total | 8.271.165.400 |  |
| Media aritmética | 919.018.377.83 |  |

**RESUMEN ASPECTO ECONÓMICO**

**500 PUNTOS**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| NOMBRE PROPONENTE | PRECIO | CAPACIDAD | TOTAL PUNTOS |
| 350 | 150 | 500 |
| RB. DE COLOMBIA LTDA. | 345.80 | 64,38 | 410,18 |
| UNIÓN TEMPORAL DAE | 346.68 | 125,00 | 471.68 |

* Oficio 435/99, suscrito por el representante legal de la sociedad R.B. de Colombia Ltda.[[22]](#footnote-22):

*“Acusamos recibo de su comunicación de fecha Diciembre 30 de 1999, en la cual nos cita para AUDIENCIA DE ACLARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LA LICITACIÓN, repecto (sic) de la cual nos permitimos manifestarle lo siguiente:*

*Solicitamos una aclaración de los términos de su comunicación, teniendo en cuenta que el acto de adjudicación es irrevocable y obliga tanto a la entidad como al adjudicatario, (…), y la licitación N°007-FORFA-99 fue adjudicada en AUDIENCIA PÚBLICA a nuestra firma el día 28 de diciembre de 1999, como consta en la resolución N°355 de la misma fecha, debidamente notificada en la misma resolución. En virtud de lo anterior no es procedente ni legal una nueva AUDIENCIA DE ACLARACIÓN Y ADJUDICACIÓN para el día 31 de diciembre de 1999. (…)*

* Licitación Pública No. 07-FORFA-99, adecuación de los alojamientos de oficiales y suboficiales en el Grupo Aéreo del Sur – GASUR, Tres Esquinas (Caquetá).[[23]](#footnote-23)
* Licitación No. 07-FORFA-99, sobre obras de mantenimiento y adecuación de alojamientos de oficiales y suboficiales en el Grupo Aéreo del Sur – GASUR, Tres Esquinas (Caquetá).[[24]](#footnote-24)
* Resolución 358 de 1999, por la cual se adjudicó la licitación pública No. 007-FORFA-99 a la Unión Temporal DAE.[[25]](#footnote-25)
* Oficio No. 0106 DIFOR, suscrito por la Directora General del Fondo Rotatorio de la FAC, dirigida a la sociedad R.B. de Colombia Ltda.[[26]](#footnote-26):

*“Agradecemos la voluntad demostrada por su firma en aras de dar oportuno y cabal cumplimiento a las obligaciones emanadas de la Resolución No. 355 del 28 de diciembre de 1999. No obstante, para esta Entidad resulta improcedente adelantar los trámites contractuales a sabiendas de que existe un error de hecho en las motivaciones de la citada Resolución. (…)”*

* Copia auténtica del contrato de obra número 104 de 1999, suscrito entre la Directora General del Fondo Rotatorio de la FAC y el representante legal de la Unión Temporal DAE, el cual tuvo como fundamento la adjudicación hecha a través de la resolución 358 de 1999 y la licitación pública 07-FORFA-99 .[[27]](#footnote-27)
* Testimonio del señor Raúl Francisco Saavedra Fajardo[[28]](#footnote-28), miembro del Comité Económico:

*“(…) Posteriormente, por parte de la dirección del fondo, fui llamado con el fin de que verificara un error encontrado en el cuadro de ponderación del precio, el cual había sido manifestado por el representante legal de la unión temporal DAO, a lo cual procedí a verificar en conjunto, con los demás miembros del comité económico y donde efectivamente, se observó un error y en los precios corregidos que fueron enviados por parte del comité técnico, y que fueron considerados en las evaluaciones iniciales. Acto seguido se informó a la dirección que sí había efectivamente un error en el cuadro final que sería entregado para la adjudicación a lo cual el comité económico procedió a realizar la corrección de dicho cuadro con base a los datos plasmados en las ofertas presentadas por cada uno de los oferentes ante el mencionado Fondo. (…) fue porque se verificaron los cuadros del precio corregido, enviado por el comité técnico, el cual no coincidían con los que aparecían transcritos en el cuadro final. (…)”*

* Testimonio del señor Mario Ernesto Mariño Díaz[[29]](#footnote-29):

*“PREGUNTADO: Sin embargo se ha dicho por otros testigos y usted así lo insinúa, el error se originó supuestamente en el comité técnico, y no en los que hacían avcaluación (sic) económica, [¿] puede explicar esa circunstancia? CONTESTÓ: No es al comité técnico el error, fue del comité económico porque nosotros consolidamos toda la información y se cometió error, que puede ser de digitación, al recibir la información que ya nos había enviado el comité económico. (…)”*

1. **Análisis del caso concreto**

Existe una relevancia singular de los presupuestos procesales que se proyecta en la estructuración regular o normal del proceso, la relación jurídica derivada de éste y las condiciones necesarias del fallo de fondo.

Se trata de elementos estructurales de la relación jurídica procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial.

*“No conciernen a la relación jurídica sustancial controvertida, causa petendi, petitum, ni a la legitimación en causa, aptitud o interés específico para deducir, controvertir o soportar la pretensión, cuestiones todas del derecho sustancial (CXXXVIII, 364/65), sino a “los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido‖ del proceso (sentencia del 14 de agosto de 1995 exp. 4268), esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer a proceso, en tanto, el derecho de acción es una condición de la providencia favorable de la litis contestatio (LIX, 818; LXXV, 158 y XXVI, 93).”[[30]](#footnote-30)*

La omisión o deficiencia de los presupuestos procesales, según se trate, conduce a la nulidad del proceso o inhibirse a fallar de fondo las pretensiones de la demanda, por lo que en este último caso, no exime al juzgador del deber de proferir una providencia indicativa de las razones por las cuales no define el mérito de la controversia.[[31]](#footnote-31)

Conforme con lo anterior, es menester mencionar que la ineptitud sustantiva de la demanda es aquella situación procesal caracterizada, fundamentalmente, por la no existencia en el proceso de la adecuada e idónea forma de la relación procesal, que imposibilita entrar al conocimiento del fondo de la cuestión debatida.

Por otra parte, el legislador ha consagrado diferentes tipos de acciones para ser impetradas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por los interesados en impulsar un litigio, sin que esto signifique que su escogencia queda al arbitrio del actor sino que dependerá de los fines, móviles y motivos que lleven a su ejercicio, los cuales deben coincidir con aquellos que permite la acción.

Una de esas acciones es aquella prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, conocida como acción de controversias contractuales, la cual prescribe:

*“Artículo 87.* ***De las controversias contractuales****. 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 y condenas.*

*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 este, la ilegalidad de los actos previos solamente podrán invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato****. (…)” (Negrillas fuera del texto)*

Por lo anterior, es procedente incoar la mencionada acción para actos contractuales, es decir, *aquellos que se expiden por parte de la entidad pública contratante con ocasión de la ejecución del contrato y durante el desarrollo del mismo, tales como la caducidad, terminación, modificación, interpretación o liquidación”[[32]](#footnote-32)*, al igual que para “*los actos separables de los contratos, calificación reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, como, por ejemplo, el de la adjudicación del contrato.”[[33]](#footnote-33)*

Es decir, los actos separables y previos al contrato, como el acto de adjudicación del contrato, si bien pueden ser demandados por las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, su impugnación y control quedó también ahora cobijada por la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, para cuando se ha celebrado el contrato.

Así, el artículo 32 de la ley 446 de 1998 al modificar el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que hace alusión a la acción de controversias contractuales, permite que los actos separables proferidos con anterioridad a 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 del contrato, término que según la misma norma está además sujeto, como condición adicional, a la no celebración del contrato, pero una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos únicamente podrán invocarse con fundamento en la nulidad absoluta del contrato en el escenario de la acción de controversias contractuales.

De lo anterior se concluye que, transcurrido el plazo de 30 días para impugnar mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el acto previo del contrato o una vez celebrado éste, los actos precontractuales -como el de la adjudicación-, únicamente, como se dijo, a términos de la norma procesal vigente, la ilegalidad de dicho acto podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del mismo, mediante la acción de controversias contractuales.

Sobre dicho aspecto, esta Subsección ha señalado:

*“Empero, como podrá observarse, la Sección Tercera no hizo referencia ni dilucidó lo atinente a si una vez celebrado el contrato y de este se pida su nulidad absoluta con fundamento en que el acto de adjudicación es ilegal, sea ineludible incluir dentro de las pretensiones, además de la atinente a la nulidad absoluta, la declaratoria de nulidad del acto administrativo que lo adjudicó, lo cual se justifica por no ser ésto allí el thema decidendum, cuestión aquella que es la que constituye ahora el centro del debate en el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación.*

***2.*** *Sin embargo este concreto punto ya ha sido abordado no sólo por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sino también por la Corte Constitucional cuando examinó la exequibilidad del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en virtud de la modificación que le hizo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.*

*En efecto, la Sección Tercera precisó que si una vez celebrado el contrato se pretende obtener alguna reparación argumentando que el acto de adjudicación es ilegal y que esta actuación es la que ha causado el daño, se torna ineludible pedir no sólo la nulidad absoluta del contrato sino también la nulidad de ese acto administrativo porque de no impugnarse, se mantendrían incólumes su presunción de legalidad y las consecuencias que de ésta situación se derivan.*

*Así lo expresó:*

 *“Si bien es cierto la acción que se invocó en la controversia que ocupa la atención de la Sala fue la de nulidad y restablecimiento del derecho y lo fue en tiempo (dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la audiencia en la cual se adjudicó el contrato), también lo es que como el actor aspira igualmente a que se anule el contrato, bien pudo acumular estas dos pretensiones dentro de una controversia de nulidad contractual, para lo cual el plazo de caducidad habría sido de dos años.*

*Dicho de otra forma, cuando el acto de adjudicación se involucra dentro de una controversia de nulidad absoluta del contrato, la acción es la consagrada en el artículo 87 del c.c.a, pero en las pretensiones de la demanda debe solicitarse la nulidad del acto de adjudicación como presupuesto del restablecimiento del derecho del demandante, porque de no removerse el acto de adjudicación que continúa produciendo la plenitud de sus efectos en el ordenamiento jurídico y que además se encuentra amparado por la presunción de legalidad, la nulidad absoluta del contrato no podrá tener consecuencias restablecedoras.*

*En este sentido ya la Sala en sentencia del 4 de septiembre de 1997, expediente 10.065 con ponencia de quien ahora lo es en el presente proceso expresó que*

 *“(…)*

*De conformidad con el artículo 1746 del código civil, la sentencia que declara la nulidad del contrato sólo “da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo” y el demandante no es parte en el contrato celebrado en virtud de la adjudicación sino partícipe en el procedimiento de selección.*

*Tampoco podría el juez administrativo pronunciarse sobre la nulidad del acto de adjudicación si no ha sido solicitada en forma expresa en la demanda, porque el fallo no puede ser extrapetita y la debida formulación del petitum es un presupuesto material para la sentencia de fondo que hace imposible resolver sobre la petición de la parte actora.*

*La nulidad absoluta del contrato está establecida en interés del orden jurídico. De allí que la única consecuencia de su declaratoria sea la de volver a las partes a su estado anterior (artículo 48 de la ley 80 de 1993). Pero si es un tercero el que intenta la acción de nulidad absoluta de un contrato de la administración pública, no podrá pretender consecuencias indemnizatorias de la prosperidad de su pretensión.*

*Repárese como en el presente caso, los supuestos perjuicios que alegan los demandantes derivan más del acto de adjudicación que del contrato celebrado como consecuencia de este.*

*Es este el alcance que tiene el artículo 44 ordinal 4° de la ley 80 de 1993 cuando establece como causal de nulidad absoluta del contrato estatal el hecho de que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente, por ejemplo, el acto de adjudicación, pretensión que podrá acumularse con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, pero, se insiste, si lo que se busca es el restablecimiento del derecho del licitante que resultó vencido en el procedimiento de contratación, para ese propósito no basta que se solicite y obtenga la declaratoria de nulidad absoluta del contrato si no se anula también el acto de adjudicación que, en última instancia, es el que ha causado el perjuicio.”*

*La Corte Constitucional por su parte al decidir sobre la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998 sostuvo, lo que ya era verdad sabida, que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo se podía alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, aunque no se pronunció en ese momento sobre si en este caso se debía pedir también, ineludiblemente, la nulidad de esos actos administrativos:*

 *“De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.”*

*Pero ulteriormente la Corte Constitucional al analizar nuevamente la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, aunque respecto de otros apartes diferentes a los examinados en la anterior oportunidad, concretamente la expresión “una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato”, hizo suyas las argumentaciones que adujo la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado al resolver sobre la apelación de un auto que rechazó una demanda:*

 *“Dicho de otra manera, podrá pedirse o bien la nulidad del contrato por ilegalidad del acto de adjudicación o la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia la del contrato, sin que pueda en esta hipótesis hablarse de una acumulación indebida de pretensiones y en ambos casos la acción principal será la nulidad del contrato, o sea la de controversias contractuales prevista en el art. 87 citado.*

*(…) En este orden de ideas, si el contrato adjudicado se suscribe antes del vencimiento de los treinta días señalados para la caducidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos, o vencido este término, quien esté legitimado para impugnarlos, sólo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir, en ejercicio de la acción contractual y dentro del término de caducidad de dos años previsto en el art. 136 del C.C.A. para las acciones contractuales. Lo cual significa que esa disposición favorece también a aquel proponente o interesado en impugnar cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato y que dejó vencer el término de los 30 días fijados por la ley, háyase celebrado o no el contrato. De persistir su interés en impugnarlos podrá hacerlo a través de la acción contractual, a condición de impugnar no sólo los actos sino necesariamente el contrato, que ya para ese momento debe haberse celebrado.” (Las subrayas no corresponden al texto).*

*Pues bien, todos estos precedentes coinciden al señalar de manera irrefragable que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato.*

*Y este entendimiento es el que permite darle una cabal y armónica comprensión al numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 cuando dispone que los contratos del estado son absolutamente nulos, entre otros casos, cuando “se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.”*

*En efecto, resulta siendo irracional sostener que cuando se demanda la nulidad absoluta del contrato con fundamento en que los actos previos son ilegales no es necesario solicitar la nulidad de estos, pues tal aseveración equivale a afirmar que en ese caso la nulidad del contrato se genera sin causa alguna, lo cual desde luego repugna a la lógica toda vez que mientras no se declare la nulidad de los actos administrativos estos se presumen válidos y siguen justificando la celebración, la existencia y la validez del contrato.*

*Con otras palabras, si la invalidez del contrato estatal es la consecuencia de la ilicitud de esos actos administrativos, hay que declarar la ilegalidad de estos para poder decretar la nulidad absoluta de aquel y por supuesto que para que aquello ocurra, tal declaratoria de ilicitud debe haber sido pretendida en la demanda ya que ese extremo no puede ser objeto de un pronunciamiento oficioso como sí lo podría ser la nulidad absoluta del contrato.”[[34]](#footnote-34)*

En el *sub lite*, se pretende por parte de la sociedad R.B. de Colombia la nulidad del acto de adjudicación 358 del treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), expedida por el Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana, no obstante tal pretensión, se observa en el plenario que obra copia auténtica del contrato de obra celebrado entre la entidad antes mencionada y el proponente Unión Temporal DAE, por tal motivo y de conformidad con los anteriores asertos se procederá *ex officio* a declarar la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, pues como se adujo *ad supra* la acción procedente era la acción de controversias contractuales con fundamento en la nulidad absoluta del contrato celebrado.

Ahora bien, procederá la Subsección a pronunciarse respecto al recurso de apelación presentado por la parte demandante, dando aplicación a lo normado en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, el cual preceptúa:

*“Artículo 357.* ***Competencia del superior.*** *La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. (…)”*

En el presente asunto la Sala pone de presente que de acuerdo a los testimonios y las demás pruebas allegadas al proceso se evidencia que ocurrió un yerro respecto a la calificación otorgada al proponente R.B. de Colombia Ltda., que produjo como resultado la errónea adjudicación del contrato de obra al mencionado proponente.

En primer lugar, es menester mencionar que en el *sub lite* se expidió por parte de la entidad contratante el acto No. 355 de 1999, por medio del cual se adjudicó la licitación 007-FORFA-99 a la Sociedad R.B. de Colombia, posteriormente al percatarse de la existencia de un yerro en el cuadro de ponderación del precio, el cual consistió en que la cifra del precio de la Sociedad R.B. de Colombia fue de 917.986.512 cuando en realidad era de 907.986.512, por tal motivo el Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea expidió tres (3) días después la resolución No. 358 de 1999, por medio del cual adjudicó la licitación 007-FORFA-99, al proponente Unión Temporal DAE.

Sobre tal aspecto, considera la Subsección que de acuerdo con la anterior situación se presentó la revocatoria tácita por parte la entidad contratante del acto de adjudicación No. 355 de 1999, en vista que la resolución No. 358 de 1999 no lo realizó de manera expresa e inequívocamente, pese a que de acuerdo a lo prescrito en el artículo 30 numeral 11 de la ley 80 de 1993, el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.

En dicho entendido en nuestro ordenamiento contencioso la revocatoria directa está concebida como una prerrogativa de control de la misma administración sobre sus actos que le permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad, o de derechos fundamentales.

Sobre el particular esta Subsección ha señalado:

*“****La revocatoria directa es una potestad que el ordenamiento le atribuye a la administración para expulsar de él –es decir, por mano propia-, un acto administrativo suyo, para lo cual dicta otro de sentido contrario o simplemente expide uno que deja sin efectos el anterior.***

*No obstante, esta figura, cuyo régimen jurídico general está previsto en el C.C.A., no se reguló de manera especial en la Ley 80 de 1993 –salvo un par de referencias puntuales a ella[[35]](#footnote-35)-, de ahí que en el entorno de los operadores jurídicos de la contratación se ha discutido si aplica o no en este sector del derecho administrativo.*

*Unos consideran que no rige, por dos razones: i) porque la institución no se reguló en la ley de contratación –salvo dos aspectos puntuales-, y ii) porque la manera de terminar el procedimiento de selección de contratistas es mediante uno de dos actos: la adjudicación o la declaración de desierta, no hay otra opción; en cambio, otros advierten que se pueden revocar los actos administrativos, también por dos razones: i) porque lo poco que reguló la Ley 80 de 1993 sobre la revocatoria directa es suficiente para incluir allí toda la institución, y ii) porque -además de lo anterior-, la Ley 80 remite expresamente al procedimiento administrativo general del CCA., en lo no regulado en ella.*

*Conforme a la tesis negativa, sus defensores añaden que los actos administrativos dictados durante la etapa precontractual –incluido el acto de adjudicación- son irrevocables, así que se difundió la idea de que -en particular- el acto administrativo de apertura del proceso de selección es irrevocable, porque los procedimientos de selección de contratistas sólo pueden concluir con la adjudicación –terminación normal del procedimiento- o con la declaración de desierta del proceso –terminación anormal–.*

*Como apoyo de esta tesis se erige con gran imponencia el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 -derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007- que contempló categóricamente la regla de la irrevocabilidad del acto de adjudicación, al señalar:*

*“Artículo 30. De la Estructura de los Procedimientos de Selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: (…)*

*“11. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes.*

*“****El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.****” (Negrillas fuera del texto original)*

*Con semejante claridad, es innegable que el acto administrativo de adjudicación de un contrato es irrevocable por la administración, sencillamente porque así lo estableció la disposición citada, que lo hizo con la finalidad de proteger la buena fe, la seguridad jurídica, los derechos que nacen de este acto administrativo, y también la trasparencia en la contratación estatal.*

*Conforme a esta norma, en el sector de la contratación se creó un supuesto de irrevocabilidad absoluta de actos administrativos, que ni siquiera el Decreto 01 de 1984 contemplaba, y que de por sí ya era bastante limitada, porque los actos particulares favorables también eran irrevocables por naturaleza, salvo tres supuestos: que el titular diera su consentimiento expreso y escrito, que el acto se haya obtenido por medios ilegales, o que siendo producto del silencio administrativo positivo se encontrara en las condiciones del art. 69[[36]](#footnote-36). En los últimos dos casos no se requería consentimiento del titular del derecho.*

*Esto significó, en su momento, es decir cuando se expidió la Ley 80, que tratándose de la adjudicación de un contrato estatal, el régimen general de revocatoria de actos, previsto en el CCA., no aplicaba, por existir esta norma especial, de sentido distinto. Representó tanto esta disposición que para muchos era extrema, porque protegía hasta la ilegalidad provocada por el titular. No obstante, ese fue el mandato, aunque se morigeró muy poco, admitiéndose que si el titular daba el consentimiento expreso entonces se podía revocar la decisión. (…)*

*Una razón más que confirma que el régimen jurídico de la revocatoria directa de los actos administrativos pre-contractuales (e incluso de los contractuales y los pos-contractuales) rige en las condiciones que regula el CCA -procedimiento administrativo común-, se infiere de la misma norma que instituyó la irrevocabilidad del acto de adjudicación –art. 30.11-. Si no existiera esta disposición-prohibición se entendería que el acto es revocable en las condiciones comunes de cualquier otro acto administrativo particular y favorable; así que para sustraerlo de esa eventualidad fue necesario establecer una disposición especial, de sentido contrario, porque de no hacerlo –se insiste- la decisión quedaba cubierta por las normas del CCA., que establecen la posibilidad de revocar, aunque con límites y causales precisas.*

*Como si fuera poco, el parágrafo del art. 68 de la Ley 80 confirma la compatibilidad parcial que existe entre la institución de la revocatoria directa del CCA. y el régimen de contratación estatal. Dispone que los actos administrativos contractuales son revocables en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no recaiga sentencia que lo juzgue. Por tanto, se entiende sin dificultad que si esa condición no se cumple el acto es reformable por la administración, siempre que se presenten las causales y requisitos de los arts. 69 y ss. del CCA.*

*En estos términos, queda claro que la revocación directa también gobierna la contratación estatal; de hecho, sería un despropósito excluirla de este sector del derecho administrativo, pues ninguna razón coherente justifica semejante conclusión, pues en este campo, como en cualquier otro, las decisiones de la administración pueden necesitar corrección, siempre que se cumplan los requisitos de ley.”[[37]](#footnote-37)(Negrillas fuera del texto)*

El motivo por el cual la entidad demandante revocó tácitamente el acto de adjudicación es el yerro cometido en la cifra del precio en el cuadro de evaluación de su ponderación. Sobre el error, se hace referencia a que existe un conocimiento deformado de la realidad o de su significación social o jurídica, a diferencia de la ignorancia que es la ausencia total de conocimiento perceptivo o valorativo sobre algo.

Es importante resaltar que en lo que respecta a actos administrativos generales, la abolición de estos por decisión unilateral y discrecional de la autoridad u organismo que los expidió se ha denominado como derogatoria, generando unos efectos diferentes a los que puede producir la revocatoria directa.

Los efectos de la derogatoria son *ex nunc*, es decir, siempre a partir del momento que queda en firme la decisión, pero sin que puedan afectarse los derechos que se hubieren consolidado como derechos adquiridos bajo el amparo del acto derogado, no así los derechos precarios, esto es, los provenientes de permisos licencias, concesiones no contractuales, etc. que se hayan conferido con base en los mismos.

Respecto a los efectos de la derogatoria de los actos generales se ha manifestado que ella surte efectos hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante su vigencia y sin restablecer el orden violado; inclusive dichos actos pueden ser sometidos al juicio de legalidad, lo que hace que la anulación tenga efectos *ab-initio*, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad[[38]](#footnote-38).

A diferencia de la derogatoria, la revocatoria directa produce efectos *ex tunc*, esto es, que genera efectos hacia el pasado y a partir de la existencia del acto que se revoca.[[39]](#footnote-39)

En efecto, como se mencionó *ad supra* la entidad convocante revocó directamente de forma tácita el acto de adjudicación No. 355 de 1999, con base en la existencia de un yerro en el informe de evaluación determinante y eficaz en la escogencia del contratista, es decir, el acto ocurrió por medios ilegales, de la forma como lo mencionó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo:

*“Sobre este punto de la revocación de los actos administrativos, es relevante señalar que el acto administrativo a que se refiere la parte final del inciso segundo del artículo 73 del Código Contencioso administrativo,* ***es al acto ilícito, en el cual la expresión de voluntad del Estado nace viciada bien por violencia, por error o por dolo****, no al acto inconstitucional e ilegal de que trata el artículo 69 del C.C.A., que habiéndose formado sin vicios en la manifestación de voluntad de la administración, pugna contra la Constitución o la ley. La formación del acto administrativo por medios ilícitos no puede obligar al Estado, por ello, la revocación se entiende referida a esa voluntad, pues ningún acto de una persona natural o jurídica ni del Estado, por supuesto, que haya ocurrido de manera ilícita podría considerarse como factor de responsabilidad para su acatamiento. Ahora bien, el hecho de que el acto administrativo se obtenga por medios ilegales puede provenir de la misma administración o del administrado o de un tercero, pues en eso la ley no hace diferencia. Pero además, el medio debe ser eficaz para obtener el resultado, ya que es obvio que si algún efecto se produce, éste debe provenir de una causa eficiente, como quiera que si esa causa no es eficiente el resultado no se le puede imputar a tal causa. El medio pues tiene que producir como resultado un acto administrativo viciado en su consentimiento, por vicios en la formación del acto administrativo y por esa vía es por lo que se puede llegar a la conclusión, se repite, de la revocación de tal acto, sin consentimiento del particular afectado, previa la tramitación del procedimiento señalado en el artículo 74 del C.C.A.”[[40]](#footnote-40)*

Por lo anterior es evidente para la Sala que el acto demandado, la Resolución No. 355 del 28 de diciembre de 1999, fue revocado con antelación a la presentación de la demanda, mediante la Resolución No. 358 de 1999, por lo que la Subsección declarará sobre dicho aspecto, por sustracción de materia, la ineptitud sustantiva de la demanda.

1. **Condena en costas**

Comoquiera que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Subsección se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

**F A L L A**

**Revocar** la sentencia del primero (1) de junio de dos mil cuatro (2004), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Tercera. Y en consecuencia se dispone:

*“****PRIMERO. Declarar*** *probada de oficio la excepción de inepta demanda.*

***SEGUNDO.*** *Sin condena en costas.*

***TERCERO.*** *En firme esta providencia,* ***envíese*** *el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.”*

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**Presidenta de la Sala**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Aclaración de voto**

1. Folios 4 a 18 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 6 a 39 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 21 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 37 a 38 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 45 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 59 y 60 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 64 a 67 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 93 a 97 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 164 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 73 del cuaderno de primera instancia acumulado. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 110 del cuaderno de primera instancia acumulado. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 141 a 178 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 191 a 194 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 197 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 201 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 203 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-16)
17. Artículo 129. **Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia**. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. (…) [↑](#footnote-ref-17)
18. La pretensión mayor al momento de la presentación de la demanda asciende a la suma de $45.000.000. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 1 a 2 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 13 a 27 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 28 a 31 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folio 32 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folios 38 a 63 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folios 64 a 90 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folios 93 a 98 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folios 131 y 132 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folios 136 a 144 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folios 164 a 166 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folios 167 y 168 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-29)
30. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del quince (15) de julio de dos mil ocho (2008). Radicación: 68001310300620020019601. Magistrado Ponente: William Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-30)
31. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 21 de julio de 1954, LXXVIII, 2144, 104, 19 de agosto de 1954, 348, 21 de febrero de 1966. [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto del siete (7) de noviembre de dos mil doce (2012). Radicación: 05001233100020110151101 (44125). Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz. [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del ocho (08) de mayo dos mil trece (2013). Radicación: 250002326000199900747-01(24218). Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz. [↑](#footnote-ref-33)
34. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del quince (15) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación: 66001233100019990055101(19880). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-34)
35. “Artículo 30. De la Estructura de los Procedimientos de Selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: (…)

“11**.** El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes.

*“***El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario***.”* (Negrillas fuera del texto original)

“Art. 68. DE LA UTILIZACIÓN DE MECANISMOS DE SOLUCIÓN DIRECTA DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

“Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

“PARÁGRAFO. Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada.” [↑](#footnote-ref-35)
36. “Art. 73. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

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

“Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión.” [↑](#footnote-ref-36)
37. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación: 05001233100019980150301 (25750). Conejero Ponente: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil doce (2012). Radicación: 68001233100020040151101 (0825-2009). Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. [↑](#footnote-ref-38)
39. “*Al margen de lo anterior, para los fines que interesan al presente proceso, importa destacar que la diferencia entre la revocatoria de los actos de carácter general (derogatoria) y los de carácter particular estriba en que, en relación con los primeros, tal decisión se puede adoptar en cualquier momento (siempre que no haya agotado sus efectos), con la expedición de otro acto que se limite a dejarlo sin validez, o que modifique su contenido o lo reemplace en su totalidad, sin que para ello se requiera nada más que la voluntad de la administración, pues, debido a su esencia impersonal y abstracta, no consolida una situación jurídica particular y concreta y, por lo mismo, no requiere consentimiento alguno para eliminarlo del universo jurídico. En cambio, en relación con los segundos, el ordenamiento jurídico ha dispuesto un procedimiento reglado que exige el consentimiento del particular en cuyo favor fue expedido, tal como lo dispone el artículo 73 del C.C.A., por cuanto tal medida (la revocatoria) puede afectar situaciones particulares consolidadas, las cuales deben ser protegidas, en los términos de los artículos 29 y 58 de la Constitución; pero, la administración puede revocar directamente los actos de carácter particular y concreto y sin el consentimiento expreso del afectado cuando éstos sean producto del silencio administrativo positivo o cuando fuere evidente que ocurrieron por medios ilegales, (…)*” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014). Radicación: 76001233100019980109301 (31297). Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano. [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del dieciséis (16) de julio de dos mil dos (2002). Radicación: 2300123310001997873202 (IJ 029). Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero. [↑](#footnote-ref-40)