

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Diferencia – acción de Reparación Directa

[S]i bien las dos acciones coinciden en su finalidad, en cuanto persiguen la reparación de los daños causados, difieren en la causa del daño reclamado. En este orden, al establecer la acción procedente para reparar un daño generado por la administración es necesario determinar su origen, de manera que si la causa del mismo es un acto administrativo ilegal, deberá acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. (...) la acción que procede para solicitar la indemnización de daños generados por un acto administrativo, en efecto, en providencia del 13 diciembre de 2001 se reiteró que el criterio útil, en la determinación de la acción procedente para reparar daños generados por la administración, es su origen, de manera tal que, si la causa del perjuicio es un acto administrativo ilegal debe acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es así como, si el daño es generado por la aplicación de un acto administrativo de esta naturaleza, para que la reparación sea posible será necesario dejarlo sin efectos, en razón a que goza de la presunción de legalidad. (...) la acción de reparación directa, consagrada en el art. 86 del CCA., si bien coincide en su naturaleza reparatoria con la de la de nulidad y restablecimiento del derecho, difiere de esta última en la causa del daño. En efecto, la primera sólo será procedente en los casos en que el perjuicio haya sido originado por un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de un inmueble o, incluso, por un acto administrativo legal. (...) el daño se puede relacionar de forma directa o indirecta con un acto administrativo, pero es posible que provenga de sus efectos legales y ajustados al ordenamiento jurídico, lo que configura la responsabilidad por el acto administrativo legal, o de su materialización. Por consiguiente, se debe tener claridad en lo que se refiere a la naturaleza del detrimento, toda vez que si deriva de un acto administrativo que la parte considera ilegal, habrá lugar a solicitar la correspondiente indemnización de perjuicios a través del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo; ahora, si el daño se produce con motivo de la expedición de un acto administrativo frente al cual no se discute la legalidad, o porque es una operación administrativa por la ejecución fáctica del acto, la acción procedente será la de reparación directa, de conformidad con el artículo 86 del mismo estatuto. (...) para establecer la acción procedente, hay que ceñirse a la causa del daño, toda vez que una u otra acción y su elección tienen relación con el debido proceso del demandado, de ahí que la indebida escogencia de la acción al no poder entenderse como un simple defecto formal de la demanda, conduce a su rechazo.

ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO – Ausencia

[E]l capítulo IX del C.C.A. consagra el silencio administrativo como una fuente generadora de actos administrativos, (...) la falta de respuesta de la administración, transcurridos 3 meses desde la presentación de la petición, genera, por regla general, una respuesta negativa (salvo los casos del silencio administrativo positivo), contenida en lo que se ha denominado acto administrativo ficto o presunto, que no es otro que el que surge del silencio administrativo, y para efectos jurídicos tiene las mismas características que un acto administrativo proferido por la administración y materializado en un documento físico. (...) el supuesto de ausencia de acto de adjudicación, que sitúa a quien debía ser adjudicatario en la misma posición frente a los perjuicios, es decir, cuando el mejor o el único participante en un proceso de selección no se ve favorecido por el acto de adjudicación sufre la pérdida de la utilidad esperada con la ejecución del contrato.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ(E)

Bogotá, D.C., tres (3) de junio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 20001-23-31-000-2003-00025-01(33598)

Actor: ERNESTO ANTONIO ALTAHONA SUAREZ

Demandado: DEPARTAMENTO DEL CESAR

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, el 16 de noviembre de 2006, mediante la cual se decidió:

“PRIMERO: Prospera la excepción de inepta demanda propuesta por la entidad demandada por ‘indebida escogencia de la acción’.

“SEGUNDO: Inhibirse para fallar el fondo del asunto.

“TERCERO: Sin costas.

“CUARTO: En firme esta providencia archívese el expediente”. (folio 303, cuaderno principal).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 19 de diciembre del 2002, el señor Ernesto Antonio Altahona Suárez, mediante apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Departamento del Cesar con la finalidad de que se accedan a las siguientes pretensiones:

“PRIMERO. En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, impetro la declaratoria de nulidad y el consiguiente restablecimiento del derecho, del acto ficto o presunto, derivado del silencio administrativo negativo, fruto de no haberse resuelto el derecho de petición que el Ing. ERNESTO ANTONIO ALTAHONA SUÁREZ, presentó solicitando la adjudicación del contrato cuyo objeto es la ‘INTERVENTORIA DEL MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN DE LA VÍA LA GLORIA –LA MATA Y TAMALAMEQUE- EL BURRO DE LA RED VIAL DEL CESAR’, consecuentemente se haga esta declaratoria, que es el Adjudicatario del referido contrato.

“SEGUNDO: Como consecuencia de las precedentes declaraciones solicito se condene al departamento del Cesar, a pagarle a ERNESTO ANTONIO ALTAHONA SUÁREZ, el pago de los perjuicios materiales causados. La sentencia, en lo posible, sea concreto, o in genere, caso en el cual se señalaran las pautas para su posterior liquidación. Se pide darle aplicación al artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

“TERCERO: Ordenar que el valor de las condenas anteriores, sea reajustado su valor para la fecha de ejecutoria de la sentencia, conforme a los índices de precios del consumidor que certifique el DANE.

“CUARTO: Condenar en costas a la entidad demandada”. (folio 198, cuaderno 1).

2. Hechos de la demanda

Como fundamento de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

2.1. El Departamento del Cesar, mediante Resolución No. 003038 del 12 de octubre del 2000, dispuso la apertura del concurso público 001 del 2000, cuyo objeto era ‘La interventoría del mantenimiento y operación de la vía la Gloria-La Mata y Tamalameque- El burro de la red vial del Cesar’, con un plazo de ejecución de 213 meses. En desarrollo de este proceso señaló los términos de referencia y fijó un procedimiento para la selección del contratista.

2.2. El demandante participó en el proceso de selección y para ello sufragó los gastos del concurso, como consta en el recibo No. 118456 de la Secretaría de Hacienda del 14 de noviembre del 2000. Asimismo, presentó la propuesta con todos los documentos y las pólizas de seguro exigidas.

2.3. El comité evaluador determinó que la propuesta del demandante, la única que se presentó, cumplía con todos los requisitos exigidos en los términos de referencia, por ello le remitió a la Gerencia de Proyectos Especiales el informe que certifica que la propuesta era hábil para la adjudicación del contrato.

2.4. De conformidad con el numeral 4.12 de los Términos de Referencia, luego del informe del Comité Evaluador, la etapa siguiente es la expedición del acto administrativo de adjudicación, cuyo término había quedado establecido en 15 días, sin que la administración hubiere proferido el mencionado acto.

2.5. El contrato de concesión vial (No. 128-99), para el mantenimiento y operación de las vías LA GLORIA-LA MATA de la red vial del Cesar, se está ejecutando sin la respectiva interventoría, esto es, el Departamento no ejerce control sobre la ejecución del contrato.

3. Trámite en primera instancia

3.1. El departamento sostuvo que había indebida escogencia de la acción, porque la falta de adjudicación del contrato configura una omisión administrativa, en cuyo caso la acción procedente era la de reparación directa, lo que impone un fallo inhibitorio. Asimismo, señaló que en este evento no operaba el silencio administrativo negativo, comoquiera que la administración tenía varias opciones de decisión: (i) declarar desierta la licitación; (ii) adjudicarle la licitación al peticionario y (iii) no adjudicar. En tal virtud, se requería respuesta expresa de la administración, lo que significa que no existe un acto administrativo demandable a través de la nulidad y restablecimiento del derecho (folios 216-9, cuaderno 1).

3.2. Por proveído del 11 de noviembre de 2004, se corrió traslado para alegar de conclusión a las partes y al agente del Ministerio Público (folio 251, cuaderno 1).

La parte demandante señaló que la omisión del Departamento en adjudicar el contrato transgredía el principio de la buena fe con la que debe actuar la administración y de paso defraudó el principio de confianza legítima. Asimismo, alegó que la interventoría hacía parte fundamental del contrato 128 de 1999 (Concesión de la red vial del Cesar), pues era quien debía ejercer la coordinación y vigilancia de la ejecución y cumplimiento del contrato. Afirmó que tanto el pliego de condiciones de la licitación pública No. 005 de 1999, como en el contrato 128 de ese año, son actos que comprometieron la voluntad del ente territorial, y por ende debió adjudicar el contrato al demandante por haber cumplido con todos los requisitos y haber sido aprobada su propuesta por el Comité de Evaluación. Finalmente, sostuvo que el Departamento del Cesar, con sus omisiones, comprometió su responsabilidad precontractual, no sólo por violar el numeral 7 del artículo 25 y el numeral 1º del artículo 30 de la ley 80 de 1993, sino también las exigencias éticas de la buena fe.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

4. Sentencia de primera instancia

Mediante decisión del 16 de noviembre de 2006, el Tribunal Administrativo del Cesar se inhibió para decidir de fondo el asunto planteado, por considerar que la acción ejercida por el demandante no era la debida. Al respecto, puntualizó:

“Al leer el acápite de los hechos, se infiere que la inconformidad del actor sobreviene a raíz de la participación en una convocatoria que hiciera la Gobernación del Cesar a un Concurso Público para adjudicar un contrato de Interventoría del Mantenimiento y Operación de la Vía La Gloria –La Mata-Tamalameque- El Burro de la Red vial del Cesar y que cumplidos todos los requisitos exigidos en la convocatoria, finalmente no se hizo por parte de la administración departamental la adjudicación al único oferente o proponente que cumplió y mucho menos se suscribió contrato alguno, ocasionándose con la omisión perjuicios al proponente, que ahora pretende le sean reconocidos. El artículo 86 del C.C.A. establece que: ‘...La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, **una omisión**, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier causa.’ De la misma forma el artículo 90 de la Constitución Política consagra la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la **omisión de las autoridades públicas**.”

“En el caso presente el hecho imputable a la administración, es la no adjudicación por parte de la entidad demandada de un contrato de Interventoría para el mantenimiento de una vía pública ubicada dentro de la Red Vial del Cesar, lo cual a juicio del demandante le generó perjuicios económicos que deben ser indemnizados por la entidad. Consecuente con lo anterior, lo procedente en este caso era iniciar la acción de reparación directa prevista en el art. 86 C.C.A. puesto que es la adecuada para definir el litigio planteado por el demandante, porque en ese caso la obligación de indemnizar no tiene origen en los vicios del proceso licitatorio del cual predica salió favorecido, ni tampoco en un contrato como fuente de obligaciones, ya que este no llegó a celebrarse, sino en el daño asumido por él como consecuencia de la omisión del Departamento del Cesar de no adjudicar el contrato previamente licitado” (folios 297-303, cuaderno principal) .

5. Recurso de apelación

Dentro del término legal, la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (folios 302-5, cuaderno principal).

El recurso fue concedido por el *a quo* mediante decisión del 7 de diciembre de 2006 (folio 307, cuaderno principal).

6. Trámite en segunda instancia

Por auto del 2 de marzo de 2007, se admitió el recurso de apelación, comoquiera que había sido sustentado en el momento de la interposición (folio 311, cuaderno principal).

En su escrito de impugnación, el recurrente manifestó que de no haber mediado una petición a la administración, sin duda que la acción sería la de reparación directa, pero

en este caso existe un acto administrativo ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo, y por tanto, se entiende que ante ese silencio la administración negó la petición de adjudicación del contrato al demandante, en los términos del artículo 40 del C.C.A. Asimismo, advirtió que la tesis aplicada por el *a quo* llevaría a la conclusión de no que todo acto administrativo derivado del silencio administrativo es atacable vía reparación directa, lo que significa un pleno desconocimiento de las acciones de la jurisdicción contenciosa y, de contera, de los actos administrativos. Por estas razones, solicitó que se dictara sentencia de fondo y no confirmar la denegatoria de justicia que implicó el fallo de primera instancia.

El 30 de marzo de 2007, se ordenó correr traslado para alegatos de conclusión a las partes y al Ministerio Público (folio 313, cuaderno principal).

El demandante presentó un alegato en donde reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación (folios 314-20, cuaderno principal).

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

El expediente ingresó para fallo el 4 de mayo de 2007 (folio 321, cuaderno principal).

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, a través del siguiente derrotero: 1) competencia de la Sala, 2) cuestión previa, 3) los medios de prueba, 4) valoración probatoria y conclusiones y 5) indemnización de perjuicios.

1. Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer de este proceso, en segunda instancia, pues la pretensión mayor, individualmente considerada, corresponde a la de daños materiales, en la modalidad de lucro cesante, por valor de \$227'634.840,00¹, suma que resulta superior a la exigida para que un proceso iniciado en el año 2002 tuviera vocación de doble instancia, esto es, \$92'700.000,00, de conformidad con las reglas de

¹ Que comprende: i) los costos por mayor permanencia en obra, ii) los gastos en la contratación de un descartador de instalación domiciliaria, y iii) los costos de materiales y alquiler de bodega de almacenamiento.

competencia establecidas en la ley 954 de 2005, comoquiera que el recurso de apelación –que determina las normas de competencia aplicables – fue interpuesto el 26 de noviembre de 2006–.

2. Cuestión previa

Previo a abordar el estudio de fondo del caso, se hace menester analizar la razón por la que el Tribunal Administrativo del Cesar se declaró inhibido para fallar, por encontrar probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción.

En efecto, la demanda se dirige a la declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto que devino del silencio administrativo negativo frente a la petición de adjudicación del contrato de interventoría que hiciera el demandante. El *a quo*, adoptando el único medio de defensa que planteó la demandada, estimó que la acción procedente era la de reparación directa, porque la omisión de la administración era la tipificada en el artículo 86 del C.C.A. (reparación directa).

El Código Contencioso Administrativo establece que toda persona interesada podrá demandar la reparación un daño sufrido cuando la causa se origine en un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa, para lo cual contempla en el artículo 86, la acción de reparación directa; a través de su ejercicio se pretende la declaratoria de responsabilidad extracontractual y la consecuente reparación del daño causado y podrá intentarse dentro de los dos años siguientes al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa, según lo indica el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A.

De otro lado, el artículo 85 del mismo estatuto, establece que toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo, se le restablezca en su derecho y se le repare el daño causado; esa acción también la podrá ejercer quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente, y caducará al cabo de 4 meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso, tal como lo indica el numeral 2 del artículo 136 de ese ordenamiento jurídico.

Es menester aclarar que, si bien las dos acciones coinciden en su finalidad, en cuanto persiguen la reparación de los daños causados, difieren en la causa del daño reclamado. En este orden, al establecer la acción procedente para reparar un daño generado por la administración es necesario determinar su origen, de manera que si la causa del mismo es un acto administrativo ilegal, deberá acudirse a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Esta Corporación ha estudiado lo atinente a la acción que procede para solicitar la indemnización de daños generados por un acto administrativo, en efecto, en providencia del 13 diciembre de 2001² se reiteró que el criterio útil, en la determinación de la acción procedente para reparar daños generados por la administración, es su origen, de manera tal que, si la causa del perjuicio es un acto administrativo ilegal debe acudirse a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es así como, si el daño es generado por la aplicación de un acto administrativo de esta naturaleza, para que la reparación sea posible será necesario dejarlo sin efectos, en razón a que goza de la presunción de legalidad. En otras palabras, se tiene claro que los actos administrativos expresan la legalidad y la verdad, y que eso fue lo que hizo la administración al adoptar su decisión, y para que desaparezca del ordenamiento jurídico se debe demandar, so pena de seguir produciendo efectos jurídicos.

Ahora bien, la acción de reparación directa, consagrada en el art. 86 del CCA., si bien coincide en su naturaleza reparatoria con la de la de nulidad y restablecimiento del derecho, difiere de esta última en la causa del daño. En efecto, la primera sólo será procedente en los casos en que el perjuicio haya sido originado por un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de un inmueble o, incluso, por un acto administrativo legal.

De acuerdo a lo anterior, el daño se puede relacionar de forma directa o indirecta con un acto administrativo, pero es posible que provenga de sus efectos legales y ajustados al ordenamiento jurídico, lo que configura la responsabilidad por el acto administrativo legal³, o de su materialización. Por consiguiente, se debe tener claridad en lo que se refiere a la naturaleza del detrimento, toda vez que si deriva de un acto administrativo

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 13 de diciembre de 2001. Radicación No. 20.678 C.P. Alier E. Hernández Enríquez

³ En este sentido. Consejo de Estado. Sentencia de 27 de abril de 2006. Radicación No. 16.079 C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia de 8 de marzo de 2007 Radicación No. 16.421 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

que la parte considera ilegal, habrá lugar a solicitar la correspondiente indemnización de perjuicios a través del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo; ahora, si el daño se produce con motivo de la expedición de un acto administrativo frente al cual no se discute la legalidad, o porque es una operación administrativa por la ejecución fáctica del acto, la acción procedente será la de reparación directa, de conformidad con el artículo 86 del mismo estatuto. Sobre el particular, esta Sala ha señalado:

“La Sala ha indicado, con relación a la debida escogencia de la acción, que para determinar cuál de ellas es la procedente, en cada caso particular debe tenerse en cuenta la causa de los perjuicios reclamados, es decir, si ella proviene de la expedición de un acto administrativo que se presume legal, la acción correspondiente será la de nulidad y restablecimiento del derecho contemplada en el artículo 85 del C. C. Administrativo, por cuanto es la demostración de la ilegalidad del acto y su consecuente declaración de nulidad lo que torna en antijurídico el daño causado con el mismo, en tanto que, si los perjuicios se derivan de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble, la acción pertinente para reclamar indemnización, es la de reparación directa consagrada en el artículo 86 de esa misma codificación. Es decir que la acción de reparación directa no es procedente cuando existen actos administrativos que se consideran ilegales y decidieron en sede administrativa la situación que se discute ante la jurisdicción, por cuanto la declaración de voluntad de la administración está amparada por la presunción de legalidad, cuyos fundamentos jurídicos, en tanto estén vigentes, no permiten estimar que existe un daño antijurídico indemnizable...”⁴

(...)

“En otras oportunidades la Sala ha estudiado lo atinente a la acción procedente para solicitar la indemnización de daños generados por un acto administrativo. En efecto, en providencia de 13 de diciembre de 2001 (expediente 20.678) se recordó que el criterio útil en la determinación de la acción procedente para reparar daños generados por la administración es el origen de los mismos, de manera tal que, si la causa del perjuicio es un acto administrativo ilegal debe acudirse a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Dicho criterio tiene por fundamento, además del texto del artículo 85 del CCA, una regla práctica: si el daño es generado por un acto administrativo ilegal, para que el restablecimiento del derecho y la reparación sean posibles será necesario, de modo previo, dejarlo sin efectos y ello, dada la presunción de legalidad que lo cobija, sólo será posible con la declaración judicial de anulación del mismo. Por su parte, la acción de reparación directa, consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, si bien coincide en su finalidad, en cuanto a la búsqueda de la reparación de los daños, con la de la de nulidad y restablecimiento del derecho, difiere de ésta última en la causa del daño reclamado. En efecto, como se deduce de todo lo dicho, la primera solo será procedente en los casos en que el perjuicio haya sido causado por un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto de 27 de enero de 2005. Radicación No. 28.559 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

de un inmueble. En cambio la de nulidad y restablecimiento del derecho procede siempre que el origen del daño sea un acto administrativo viciado de algún tipo de ilegalidad.”⁵

En este horizonte, para establecer la acción procedente, hay que ceñirse a la causa del daño, toda vez que una u otra acción y su elección tienen relación con el debido proceso del demandado, de ahí que la indebida escogencia de la acción al no poder entenderse como un simple defecto formal de la demanda, conduce a su rechazo.

Ahora bien, en el caso presente se alegó la existencia de un acto ficto o presunto derivado de la omisión de la administración en responder una petición del demandante, en el sentido de que se le adjudicara el contrato. En efecto, el capítulo IX del C.C.A. consagra el silencio administrativo como una fuente generadora de actos administrativos, y el artículo 40 expresamente contempla lo siguiente:

“ARTÍCULO 40. Silencio negativo. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto”.

De la norma transcrita es fácilmente observable que la falta de respuesta de la administración, transcurridos 3 meses desde la presentación de la petición, genera, por regla general, una respuesta negativa (salvo los casos del silencio administrativo positivo), contenida en lo que se ha denominado acto administrativo ficto o presunto, que no es otro que el que surge del silencio administrativo, y para efectos jurídicos tiene las mismas características que un acto administrativo proferido por la administración y materializado en un documento físico.

En el caso *sub examine*, tiene razón el demandante toda vez que ante la ausencia de respuesta de la administración, que se prolongó por más de tres meses, se configuró el silencio administrativo negativo, lo que da lugar a un acto administrativo ficto o presunto, el cual goza de la presunción de legalidad, propia de todos los actos administrativos. Un análisis como el precedente es el que la Sala echa de menos de parte del *a quo*, pues en la providencia recurrida se limitó a transcribir el artículo 86 del

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto de 30 de marzo de 2006. Radicación No. 31.789 C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

C.C.A. y el artículo 90 de la Constitución Política, resaltando la palabra omisión, sin tener en cuenta que en el caso puesto de presente la omisión de la administración generó un acto administrativo que se reputa denegatorio de las solicitudes planteadas por el ahora demandante, y este es el objeto del litigio.

Este entendimiento ha sido prolijado por esta Sala, cuando existiendo un acto administrativo ficto se usó la vía de la reparación directa (como lo sugirió el *a quo*):

“Ahora bien, de acuerdo con el derecho de petición que formuló la demandante el 27 de septiembre de 2007 y el cual no fue resuelto, se configuró el silencio administrativo negativo generando una manifestación de la administración. Se tiene, que es este el escenario que sitúa la controversia en el plano de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque era este último acto ficto o presunto el que se debía recurrir por la mencionada acción.

“En consecuencia, se confirmará la decisión apelada, pues está claro que el perjuicio cuya indemnización se pretende, tiene su fuente en un acto administrativo ficto y lo procedente era acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no de la de reparación directa, como en el presente caso”⁶.

En consecuencia, está claro que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es idónea en el presente caso, que por demás no tiene término de caducidad por tratarse de un acto ficto o presunto, según los dictados del numeral 3º del artículo 136 del C.C.A., y tampoco era necesario el agotamiento de la vía gubernativa, bajo los postulados del inciso segundo del artículo 135 del C.C.A., por lo que se procederá de definir de fondo la presente controversia.

3. De los hechos probados

Del material probatorio allegado al expediente, se destaca:

- 3.1. El 3 de noviembre del 2000, el Departamento del Cesar dio apertura al concurso público No.001-2000, con el objeto de contratar la interventoría del mantenimiento y operación de unos tramos de la red vial del Cesar (folio 76, anexo 5).
- 3.2. Los términos de referencia del concurso público No. 001-2000, para la “Interventoría del mantenimiento y operación de las vías La Gloria-La Mata y

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 7 de junio de 2012. M.P.: Olga Mélida Valle de De La Hoz. Rad. 43.612.

Tamalameque- El Burro de la Red Vial del Cesar, contrato de concesión No. 128-99”, en su aparte 4.12, sobre la adjudicación y perfeccionamiento del contrato, establece que la adjudicación se realizaría 15 días calendario siguientes a la fecha de vencimiento del plazo para presentación de observaciones al informe de evaluación (folio 44, anexo 5).

- 3.3. El señor Ernesto Antonio Altahona Suárez presentó propuesta técnica, en el concurso público No. 001-2000, para la interventoría del mantenimiento y operación de las Vías La Gloria-La Mata y Tamalameque- El Burro de la Red Vial del Departamento del Cesar (anexo 3), así como una propuesta económica, por un valor de 5.363.127 SMMLV, para ejecutar en un plazo de 213 meses (anexo 4).
- 3.4. El Departamento del Cesar y la Concesión Red Vial del Cesar S.A. suscribieron el contrato No. 128 de 1999, para la construcción, rehabilitación y mantenimiento de 35.7 kilómetros de la red vial del Departamento del Cesar. En su cláusula séptima consagra que la coordinación y vigilancia de la ejecución y cumplimiento del contrato sería ejercida por el interventor, quien sería el representante del Departamento ante el concesionario (anexo 3).
- 3.5. En la reunión de cierre y apertura de urna del concurso público No. 001-2000, se corroboró que la única propuesta presentada fue la del señor Altahona Suárez, contenida en 6 sobres, sellados y marcados (folios 151-2, anexo 5).
- 3.6. El informe de evaluación de propuestas en el concurso público No. 001-2000 concluyó lo siguiente:

“4. PROPUESTAS RECIBIDAS. Se recibieron propuestas de las siguientes firmas, en el siguiente orden: 1. Ernesto Altahona Suárez.(...) **7. ESTUDIO TÉCNICO (NUMERAL 4.4 DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA).** Las propuestas serán evaluadas teniendo en cuenta los criterios que enumeran a continuación, de acuerdo con su respetiva ponderación, y con base en ello se establecerá un orden de elegibilidad. La calificación de las propuestas tendrá un puntaje máximo total de mil (1000) puntos, distribuidos así:

CRITERIO	PUNTAJE
EXPERIENCIA GENERAL DEL PROPONENTE	250
EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE	350
EXPERIENCIA DEL PERSONAL PROFESIONAL	400
TOTAL	1000

“(…) 8. RESUMEN DE LA EVALUACIÓN DE LA PROPUESTA. De acuerdo con el resumen de la evaluación realizada, presentada en el cuadro anexo, se obtuvo un puntaje total para el proponente Ernesto Altahona Suárez de 801 puntos acorde con lo estipulado en el numeral 4.4. de los términos de referencia” (folios 153-8, anexo 5).

- 3.7. Mediante oficio el 26 de diciembre del 2000, el Jefe de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Gobernación del Cesar envió al Gerente de Proyectos Especiales del Departamento, la resolución de adjudicación del concurso público 001-2000, para la revisión y firma del Gobernador, así como la minuta del contrato para aprobación y perfeccionamiento en diciembre del 2000 (folios 169, anexo 5).
- 3.8. Mediante oficio del 7 de marzo de 2001, el Gerente de Proyectos Especiales envió, nuevamente, al Jefe de la Oficina de Asuntos Jurídicos, el proyecto de resolución de adjudicación del contrato, con una nota de urgencia (folio 171, anexo 5).
- 3.9. El 5 de septiembre de 2002, el señor Ernesto Altahona, en ejercicio del derecho de petición, le solicitó a la Gobernación del Cesar que le adjudicara el contrato de interventoría de la concesión para el mantenimiento y operación de unos tramos de la red vial del Cesar (folios 3-9, cuaderno 1).
- 3.10. Mediante oficio del 20 de septiembre de 2002, el Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos le pidió al señor Ernesto Altahona Suárez que le concediera tiempo para darle respuesta de fondo de su petición, por unos estudios de consultoría que definirían el carácter nacional o departamental de los tramos viales objeto de concesión y futura interventoría (folio 1, cuaderno 1).
- 3.11. Mediante oficio del 15 de enero de 2004, el Jefe de la Oficina Asesora de Proyectos Especiales le solicitó al Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos, que siguiera adelante con el proceso contractual del concurso público 001-2000 y advirtió que ante la obligación de velar por el estado de funcionamiento de la vía concesionada era necesario tomar los correctivos necesarios para contratar la interventoría (folio 264, cuaderno 1).
- 3.12. A folios 265-82 del cuaderno 1 obran las minutas de la resolución que adjudicaría el contrato al demandante y del contrato. Ambos documentos carecen de firma.

3.13. El 26 de abril de 2004, la Superintendente Delegada de Concesiones e Infraestructura le solicitó al gobernador del Cesar adoptar correctivos inmediatos para contratar la interventoría de la concesión para el mantenimiento y operación de la red vial del Cesar (folios 286-8, cuaderno 1).

4. Valoración probatoria y conclusiones

De las pruebas relacionadas, se tiene que el Departamento del Cesar dio apertura al concurso público No. 001-2000, para contratar el servicio de interventoría para la obra, cuyo objeto era el mantenimiento y operación de las vías La Gloria-La Mata y Tamalameque- El Burro de la Red Vial del Cesar.

Asimismo, está demostrado que Ernesto Altahona Suárez fue el único participante en el concurso público y, de conformidad con el informe del Comité Evaluador, su propuesta técnica y económica se ajustó a los términos de referencia del proceso de selección, por lo que una vez transcurridos 15 días de vencido el plazo para que los proponentes plantearan objeciones a la evaluación de las propuestas técnicas, se esperaba que el Departamento del Cesar, luego de hacer la apertura de la propuesta económica, procediera a su adjudicación o a su declaratoria de desierto; no obstante, no hizo nada, y ante la petición de adjudicación que hiciera el demandante el 5 de septiembre de 2002, también guardó silencio.

Ante el silencio de la administración, prolongado por más de tres meses, se configuró el acto administrativo ficto que se reputa negó su solicitud, acto objeto del presente litigio, y cuya validez se contrae a determinar si el Departamento debió adjudicar al demandante el contrato para el cual realizó el proceso de selección.

Ante este panorama, la Ley 80 de 1993, aplicable al concurso llevado a cabo por el Departamento del Cesar, brinda una respuesta al problema desde la estructura procedimental de los procesos de selección. El numeral 9 del artículo 30, antes de las modificaciones que introdujo la Ley 1150 de 2007, de esa normativa, reza lo siguiente:

“ARTICULO 30. 9°. Los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato se señalarán en los pliegos de condiciones o términos de referencia, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía.

El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan.

Dentro del mismo término de adjudicación, podrá declararse desierto la licitación o concurso conforme a lo previsto en este estatuto”.

A su vez, la Sección 4.11 y 4.12 de los términos de referencia también contemplaron que dentro del término previsto para la adjudicación del contrato, el Departamento podía declarar desierto el concurso, por causas que impidieran la selección objetiva. Este término, según la Sección 4.12, era de 15 días calendario, posteriores a la fecha de vencimiento del plazo fijado para que los oferentes presentaran sus observaciones al informe de evaluación de las propuestas técnicas. Entonces, el Departamento del Cesar, transcurridos los plazos de los términos de referencia, tenía dos opciones: (i) adjudicar el contrato o (ii) declarar desierto el concurso.

Sin embargo, eligió una opción que no se compadece ni con el ordenamiento jurídico ni con los fines de la administración pública: guardó silencio, y ante una petición legítima, volvió a guardar silencio. En la contestación de la demanda, tampoco expuso siquiera una razón para justificar o explicar su negligencia e inacción. La única razón expuesta fue la del oficio del 20 de septiembre de 2002, donde le pidió al demandante un compás de espera, en virtud de unos estudios que habían contratado para determinar la naturaleza (nacional o departamental) del tramo vial objeto de concesión y de la futura interventoría. La inacción de la administración se prolongó al punto que fueron necesarias advertencias por parte de la Superintendencia Delegada para Concesiones e Infraestructura.

En este orden de ideas, al margen de los daños que la negligencia de la administración le pudo ocasionar al interés general, lo que ya es muy grave, le causó perjuicios al demandante porque tenía una legítima expectativa de que le fuera adjudicado el contrato de interventoría, teniendo en cuenta que cumplió los requisitos de los términos de referencia y fue el único proponente, y además, no existe ningún argumento de parte de la administración que lleve a la Sala a cuestionar su derecho a la adjudicación del contrato.

Una vez contrastada su propuesta técnica con los documentos exigidos en los términos de referencia, la Sala encuentra que el informe del comité evaluador no contiene yerro. Se corrobora que a folios 78-142 del anexo 5, obran los documentos exigidos en la

sección 3.11. de los términos de referencia, a saber: (i) carta de presentación de la propuesta técnica (folios 78-9); (ii) póliza de garantía de seriedad de la propuesta (folios 80-1); (iii) copia del registro único de proponentes de la Cámara de Comercio (folios 82-95); experiencia del personal profesional (folios 96-110); acta de grado, tarjeta profesional y otros títulos académicos (folios 111-18); esquema de organización de la interventoría (folios 119-33); experiencia específica del proponente (folios 134-7); copia del comprobante de pago de los términos de referencia (folios 138-9) y certificado de visita obligatoria al sitio de las obras, expedido por la Gerencia de Proyectos Especiales (folio 140).

Adicionalmente, el informe que entregó el Comité Evaluador no fue objeto de debate, ni en sede administrativa ni judicial, porque la Gobernación del Cesar no se pronunció para objetarlo y su único medio de defensa, en este proceso, fue la indebida escogencia de la acción, es decir, en ningún momento se han descalificado las conclusiones de la evaluación que fueron favorables al demandante. Finalmente, la propuesta económica presentada también se ajustó a la Sección 1.3 de los Términos de Referencia, que establecía que la disponibilidad presupuestal del contrato era de: 5.382 SMLMV, suma que no fue superada por la propuesta, que la estimó en 5.363 SMLMV, encontrándose su valor básico entre el 85% y el 100% de la disponibilidad presupuestal; asimismo, discriminó los costos directos de personal, prestaciones sociales, otros costos directos y en general los costos previstos en numeral 3.4.2 de los términos de referencia. En conclusión, las propuestas del demandante, técnica y económica, cumplieron con los requisitos para la adjudicación del contrato.

Así las cosas, es evidente que el acto administrativo ficto o presunto que negó la adjudicación del contrato al demandante es ilegal y así será declarado por la Sala, comoquiera que el demandante, al ser el único participante y cumplir con todos los requisitos de los términos de referencia, obteniendo el puntaje requerido en la evaluación de su propuesta, debió ser el adjudicatario del contrato de interventoría, bajo los dictados del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y los términos de referencia, normas que obligaban al Departamento a hacer un pronunciamiento expreso con posterioridad a la etapa de evaluación de propuestas, en el sentido de adjudicar el contrato o declarar desierto el concurso público. No obstante, a través del acto ficto se configuró la negativa de la administración, cuando lo correspondiente en derecho era la adjudicación del contrato al demandante. Esta omisión causó perjuicios al demandante, consistentes en la pérdida de la utilidad esperada con la ejecución del contrato, aspecto que se abordará a continuación.

5. Indemnización de perjuicios

En relación con la forma de indemnizar los perjuicios causados en este caso y, en general, eventos en los que el contrato no se adjudicó a quien conforme a derecho debía ser adjudicatario, se advierte que la Jurisprudencia de esta Corporación, en diferentes momentos históricos, ha oscilado entre tres tesis, que fueron expuestas, con especial *sindéresis*, en la sentencia del 22 de octubre de 2012, la que por su pertinencia será citada *in extenso*:

“Primera posición jurisprudencial. En una primera época, el Consejo de Estado consideró que cuando se deja de adjudicar un contrato, a quien demuestra haber presentado la mejor oferta en una licitación, se le debe indemnizar, en forma plena, tanto el lucro cesante como el daño emergente. Dice la jurisprudencia, en este sentido que:

‘Ante la anulación del acto administrativo de adjudicación y demostrado como está que la sociedad MUEBLES METÁLICOS FAMET LTDA tenía derecho a que se considerara su propuesta en el proceso de selección de la licitación 00-11-88 y a que se le adjudicara el ítem 4 de la misma y ante la imposibilidad de retrotraer al estado inicial dicho proceso o de que el juez obligue a la Administración a contratar, deberá indemnizársele por los perjuicios materiales causados en su doble dimensión de daño emergente y lucro cesante, como fueron solicitados en la demanda y que fueron acreditados mediante la prueba pericial practicada para el efecto.

‘La demandante arguye que sus perjuicios están representados en la utilidad que dejó de percibir por no habersele adjudicado la licitación la cual la estima en no menos de ocho millones (\$8.000.000). Los peritos por su parte, después de analizar los costos de los bienes licitados por cada ítem, y de restarlos al valor ofrecido por el licitante, obtienen la utilidad de la siguiente manera:

‘...’

‘En este orden de ideas, acorde con lo dispuesto por el a quo en la sentencia de primera instancia y ahora por la Sala, a la demandante se le reconocerá las siguientes sumas de dinero:

‘a. A título de daño emergente la suma de \$2.706.188 que corresponde al ciento por ciento (100%) que hubiera recibido como utilidad de habersele adjudicado el ítem 4 de la licitación, suma que se actualizará, como lo dispuso el a quo con el índice de precios al productor -antes al por mayor- certificados por el Banco de la República para lo cual se tomará como índice inicial el del mes de enero de 1989 y final el del mes de abril de 1998.’⁷

⁷ Sentencia de 28 de mayo de 1998. Exp. No. 10.539. Actor: SOCIEDAD MUEBLES METALICOS FAMET LTDA. Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

“Finalmente, hay que destacar que en esta providencia se hizo una diferencia entre la indemnización por la indebida adjudicación o la falta de adjudicación y la denominada *pérdida de la oportunidad*. Ésta última se configura cuando durante un proceso de selección, una oferta que cumplía los requisitos para competir con las demás presentadas, ni siquiera fue evaluada por la administración.

“En este último supuesto la indemnización que ha concedido el Juez administrativo no es equivalente al 100% de la utilidad esperada sino un porcentaje inferior, definido por él, y para ello acude a la valoración en equidad, como criterio para fijar la indemnización. Manifestó a este respecto la Sala, en la providencia citada, que:

“Pero lo que si es evidente es que la propuesta de la sociedad actora no debió ser descalificada y por consiguiente debió haber hecho parte de las propuestas válidas para tener el derecho a ser evaluada. Al haberse privado al oferente de que su propuesta fuera considerada y dada la condición de favorabilidad que revestía debido a los precios y al plazo ofrecidos que permitían globalmente concluir que era la mejor para la entidad, la actuación de la entidad demandada comprometió su responsabilidad, ya que causó perjuicio a quien la preparó y presentó con la expectativa de ser seleccionado.

‘Sobre este tipo de actuaciones ha estimado la doctrina que en casos especiales son resarcibles los daños y perjuicios por un menoscabo eventual, que es lo que pasa, según Mazeaud y Tunc ‘cuando el demandado ha privado, por su culpa, al demandante de una posibilidad de conseguir una ganancia o de evitar una pérdida. La dificultad proviene de que, en este supuesto no resulta posible ya esperar para determinar si el perjuicio existirá o no existirá; la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros e inciertos. La situación es definitiva; nada la modificará ya; por su culpa, el demandado ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuente de ganancias o de pérdidas. Eso es lo que expresa la Corte de casación al decir que ‘esté consumado el hecho del cual dependa el perjuicio eventual’.⁸

‘La llamada ‘pérdida de una oportunidad’ causa daño a quien se privó de ella y basta considerar algunas situaciones para comprender que la oportunidad o la chance posee un valor en sí misma, independientemente del hecho futuro.

(...)

‘c. Teniendo en cuenta que queda al arbitrio del juez determinar la indemnización por ‘la pérdida de la oportunidad’ y que en todo caso es un valor inferior a lo que hubiera tenido derecho el demandante de habersele adjudicado también los ítems 1 y 2, la Sala estima el monto de ese perjuicio

Esta posición ya había sido adoptada en la sentencia de diciembre 9 de 1988 –Exps. acumulados 3528,3529 y 3544- en la cual se dijo que: “cuando el licitante vencido no sólo ataca el acto de adjudicación por vicios del proceso licitatorio y los demuestra sino que, además afirma y prueba que su propuesta era la mejor para obtener, también, por razones de fondo o de sustancia, la nulidad del acto de adjudicación, tiene pleno derecho a demandar y obtener a título de restablecimiento del derecho, la indemnización del lucro cesante representado en la utilidad que hubiera obtenido si se le hubiera adjudicado el contrato o, cuando menos, el monto por el cual se prestó la garantía de seriedad...”

⁸ HENRI Y LEÓN MAZEAUD Y ANDRÉ TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires, edit. Ejea Volumen I Tomo I.1977. P. 307.

en atención a las diversas circunstancias de la propuesta en la suma de un millón de pesos (1'000.000.00)

“Segunda posición jurisprudencial. En otro momento de la jurisprudencia, la Sala estimó que la indemnización debida por la administración al perjudicado, cuando se ha dejado de adjudicar un contrato a quien tenía derecho a ella, no podía equivaler al 100% de la utilidad esperada -como se indemnizó en el caso anterior-, por dos razones, principalmente:

“Primero, porque la utilidad esperada no es algo seguro, sino una mera expectativa, y bien podría resultar inferior, de haberse ejecutado el contrato realmente. Segundo, el hecho de que el eventual adjudicatario, y luego contratista, no haya asumido ningún riesgo técnico, económico o administrativo con la ejecución real del contrato, además de no haberse hecho ningún esfuerzo laboral en la consecución de la utilidad esperada, no justifica la indemnización de la totalidad de la misma.

“Esta posición se sostuvo en la sentencia de abril 12 de 1999 -Sección Tercera, exp. 11.344. Actor: Miguel Castellanos Rodríguez. Demandado: HIMAT-, en la que se expresó:

‘Teniendo en cuenta que, a quien no se le adjudica el contrato ofertado o, dicho en otros términos, a quien se le priva injustamente de la posibilidad de ejecutar la obra pública, se le vulnera un interés jurídico que se materializaría en la ejecución del contrato y, por esa misma vía, en la posibilidad de obtener unas utilidades razonablemente esperadas, se ha de procurar mantener indemne el patrimonio del no adjudicatario reconociéndole una indemnización que consulte la realidad del daño por él padecido.

‘En el caso concreto, bien cierto que, la no adjudicación lo privó de obtener unas utilidades, pero no menos cierto que, el obtenerlas en su totalidad -según el mecanismo que se escoja para la indemnización - sin haber aplicado sus fuerzas de trabajo y organización empresarial como contratista a la obra, procuraría para el no adjudicatario demandante, una situación de mejoría o beneficio, que puede exceder el justo punto de equilibrio razonable, que ha de gobernar la fijación del quantum indemnizatorio en casos como el presente.

‘Estima la Sala que, no es lo mismo obtener una utilidad determinada aplicando las fuerzas de trabajo del contratista y todo lo que comporta la ejecución de la obra, que obtener por la vía indemnizatoria, igual suma dineraria, sin tener en cuenta, la incidencia que puede tener en la obtención de la utilidad, el no haber estado en la ejecución de la obra. En otros términos, no se compadece con el principio de equidad, que exige la consideración de la situación del responsable y no exclusivamente del perjudicado, reconocer una indemnización sobre la utilidad estimada de la real ejecución del contrato, prescindiendo de un hecho inequívoco, cual es que, el no adjudicatario no realizó las obras, esto es, no tuvo el compromiso dentro del plazo ofertado de haber dedicado sus esfuerzos y atención al cumplimiento del negocio que devino frustrado.

‘A la luz del derecho de daños, no se trata de negar la indemnización al no adjudicatario, sino de reconocer, que el quantum indemnizatorio cuando ha

de tasarse partiendo de la noción de utilidades esperadas, bien puede verse reducido razonable y equitativamente, en el equivalente al valor del tiempo no destinado en la ejecución de las obras y ante la ausencia de esfuerzos, vicisitudes y riesgos connaturales a la ejecución de un contrato de tal naturaleza que conforman el contenido del débito contractual que hubiera tenido que asumir y ejecutar de habersele adjudicado el contrato, como que la Sala considera que no es lo mismo obtener las utilidades trabajando y ejecutando el contrato, que obtenerlas, sin haberlo ejecutado. ().

“Sin embargo, como quiera que la Sala estima que para la obtención de la utilidad neta, se requieren erogaciones que implican costos de inversión o gastos para la producción de dicha rentabilidad, ante la ausencia de elementos probatorios que permitan conocer con exactitud el monto de dichos gastos para el caso concreto y, en aplicación del principio de equidad que, además, resulta procedente habida consideración de la ausencia de débito contractual, tal cual se afirmó atrás, se deducirá de la utilidad bruta estimada por el actor, el 50% (...)”.

“Esa posición fue reiterada, entre otras, en la sentencia de 18 de mayo de 2000 -exp. 11.725-. Según este criterio, la indemnización correspondería a un porcentaje de la utilidad esperada, determinada por el juez, en aplicación del principio del arbitrio judicial, ya que, atendiendo a los dos criterios expuestos, el 100% de dicha utilidad no se corresponde con el daño sufrido.

“Tercera posición jurisprudencial. En la última época de la jurisprudencia, que es la vigente, se retornó a la primera tesis expuesta, es decir, a la indemnización del 100% de la utilidad esperada, bajo los siguientes argumentos: En primer lugar, la indemnización que se debe pagar al oferente que debió ser favorecido con la adjudicación corresponde al porcentaje de la utilidad que esperaba obtener, según se haya establecido en su oferta. No es posible conceder una indemnización superior porque cualquier monto por encima constituye un daño eventual, es decir, que carece de certeza, y por eso mismo resulta jurídicamente imposible indemnizarlo. En segundo lugar, la indemnización debe equivaler al 100%, porque no es posible para el juez deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad que esperaba, de haber ejecutado el contrato. Es decir, el hecho de que no haya tenido que hacer un esfuerzo, administrativo, financiero o técnico, no significa que necesariamente su utilidad hubiera sido inferior.

“Así se expresó en la sentencia de noviembre 27 de 2002 -exp. 13.792-, en la que se manifestó:

‘Definido como está que el sujeto al que se priva ilegal e injustamente del derecho a ser adjudicatario del contrato se le causa un perjuicio material que se traduce en la pérdida de la utilidad esperada con la ejecución del contrato, y precisado también que esa utilidad esperada es lucro cesante por tratarse de un perjuicio futuro cierto, la Sala comparte lo dicho por el Tribunal para que el cálculo del valor de la indemnización incorpore, en este caso, el ciento por ciento (100%) de esa utilidad y no el cincuenta por ciento (50%) como en otras oportunidades, en las cuales lo definió respecto de procesos de selección del contratista sometidos al decreto ley 222 de 1983.

‘Si el daño causado al no adjudicatario del contrato estatal se traduce en la pérdida de la utilidad esperada, ¿cuál es el fundamento real para considerar

que el proponente en situaciones normales no habría de percibir la totalidad de esa utilidad?

(...)

‘Sin embargo ahora la Sala considera que, dada la naturaleza del perjuicio FUTURO Y CIERTO, en las más de las veces el quantum del mismo es determinable mediante la valoración de la propuesta que contiene por lo general LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS EN QUE INCURRIRÁ EL OFERTANTE de adjudicársele la licitación o el contrato, según su caso y de los demás medios de prueba que demuestren cual sería el monto probable de la utilidad esperada, es decir la que no incorpora la fuerza de trabajo ni los costos directos ni indirectos en la realización del trabajo.

‘Estima también que es procedente reconocer al proponente la totalidad de la utilidad que esperaba, de conformidad con lo dispuesto en la ley 80 de 1993, si se tiene en cuenta que este estatuto prevé el derecho del contratista a percibir las utilidades proyectadas, en varias de sus disposiciones en la cuales se observa lo siguiente:

(...)

‘Lo anterior también permite afirmar que si un proponente superó todas las pruebas y evaluaciones propias del proceso de selección del contratista, obtuvo el mejor puntaje y se hizo merecedor a la adjudicación del contrato, no hay razón para deducir que no habría de celebrar o ejecutar el contrato en las condiciones previstas en el pliego y en la licitación. Tampoco cabe afirmar que es imposible cuantificar el perjuicio, toda vez que la evaluación de la legalidad del acto de adjudicación sólo se logra mediante la comparación entre las propuestas presentadas al proceso licitatorio y el pliego de condiciones aportadas al correspondiente proceso judicial y es, precisamente, MEDIANTE EL ESTUDIO DE LA PROPUESTA DEL DEMANDANTE que se deduce, por lo general, el valor de las utilidades que proyectó. Se tiene así que la celebración, la ejecución del contrato y la obtención de la utilidad esperada son derechos ciertos del proponente que hizo la mejor propuesta, los cuales se frustraron por un proceder ilegal y por tanto ilegítimo de la Administración: la no adjudicación del contrato al mejor proponente.

‘El monto exacto de la utilidad esperada podrá determinarse dejando de lado los valores correspondientes a los costos directos e indirectos en que habría de incurrir el contratista para ejecutar el objeto contratado, toda vez que, como bien se afirmó en la sentencia N° 11344, no es dable reconocer al proponente privado ilegal e injustamente de la adjudicación de valores o costos relativos a inversiones o gastos que no realizó, precisamente por la imposibilidad de celebrar y ejecutar el contrato.

‘Cuando se dispone una indemnización correspondiente al 100% de la utilidad esperada no se están reconociendo costos y esfuerzos en los que no incurrió el contratista, simplemente se está reconociendo el valor neto de la utilidad que habría obtenido el proponente de mejor derecho de haber sido favorecido con la adjudicación del contrato y de haberlo celebrado y ejecutado. A igual conclusión se llega si se tiene en cuenta que en estos eventos surge la responsabilidad patrimonial del Estado, prevista en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 tanto para la responsabilidad contractual como extracontractual y que comprende todos los regímenes jurídicos de responsabilidad del Estado; esa responsabilidad determina la

obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios causados, toda vez que están presentes los elementos que la configuran, resaltando que el daño sufrido por el demandante no le es imputable y por tanto la conducta irregular de la Administración, al no haberle adjudicado a aquel debiéndolo hacer, se convierte en causa única o exclusiva en el daño antijurídico padecido por proponente que debió ser adjudicatario, en este caso el demandante’.

“Este es el criterio que mantiene la Sala desde hace varios años, porque considera que cuando se priva de la adjudicación o de la ejecución de un contrato, a quien debió ser favorecido con esa decisión, se le causa un perjuicio cuya valoración, en principio, corresponde al monto de la utilidad que esperaba si el contrato le hubiera sido adjudicado.

“Para que esta forma de valorar el perjuicio pudiera desecharse, sería menester que en el proceso se discutiera la desproporción de la utilidad esperada, o la existencia de una especial dificultad que tendría el proponente para alcanzarla, lo cual, sin duda alguna, necesita de la prueba correspondiente que desvirtúe el monto de la misma. Esto, sin embargo, no ocurre en el presente proceso.

“No obstante, lo particular de esta jurisprudencia es que se ha aplicado en tres supuestos: i) en eventos de indebida adjudicación de un contrato, ii) en caso de indebida declaración de desierta de un proceso de selección, y iii) en supuestos de imposibilidad de ejecutar un contrato adjudicado⁹.

“Es evidente que el mismo análisis se debe extender al supuesto del caso concreto, esto es: iv) a la adjudicación de un contrato a quien ocupó el primer lugar en la evaluación de ofertas –acto administrativo del Área Metropolitana del Valle de Aburrá-, ante la imposibilidad que tuvo otro participante –el demandante en este proceso- de obtener ese lugar, por un error o decisión equivocada de otra entidad estatal –Municipio de Medellín-, que influye negativamente en la evaluación de las ofertas de la licitación adelantada por aquella”¹⁰.

⁹ Esta solución se aplicó en la sentencia de febrero 11 de 2009 –exp. 31.210-: “De allí que, la condena impuesta por el *a quo*, por concepto de lucro cesante, a raíz de la utilidad dejada de percibir por el contratista, es correcta, pues, de acuerdo con el componente U de la oferta, corresponde al 8.96% del valor total del contrato.

“Bajo esta perspectiva, es evidente que la utilidad esperada se convierte en un lucro cesante futuro y cierto, pues existe un contrato perfeccionado y, además, el contratista cumplió con los requisitos a su cargo para ejecutarlo, como es la constitución de la garantía, la cual –incluso- fue aprobada por la entidad el día 2 de octubre de 1997.

“Por tanto, el monto indemnizable por este concepto corresponde al 100% de la utilidad que percibiría el señor Hormaza Sarria, de haber tenido la oportunidad de ejecutar el contrato⁹.

“De esta manera la Sala hace extensivo el análisis, el estudio, las conclusiones y la forma de indemnizar que se emplea cuando se demanda por indebida adjudicación de un contrato o por declaración de desierta mal empleada, al presente caso, donde el problema nada tiene que ver con la adjudicación, sino con la inejecución de un contrato suscrito.

“En otras palabras, para la Sección está claro que cuando no se adjudica un contrato a quien debió ser beneficiario de esa decisión, la indemnización corresponde al 100% de la utilidad esperada. Pues bien, si esta tesis aplica tratándose de ese supuesto, con mayor razón debe regir si ya está suscrito el contrato –pues hay menos incertidumbre-, pero por culpa de la entidad no se pudo ejecutar.”

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2012. Rad. 22.088 y 39.109. C.P.: Enrique Gil Botero.

El caso *sub examine* presenta un evento distinto a los planteados en la providencia citada, el supuesto de ausencia de acto de adjudicación, que sitúa a quien debía ser adjudicatario en la misma posición frente a los perjuicios, es decir, cuando el mejor o el único participante en un proceso de selección no se ve favorecido por el acto de adjudicación sufre la pérdida de la utilidad esperada con la ejecución del contrato.

Para demostrar el perjuicio, se solicitó la práctica de un dictamen pericial (folios 236-7, cuaderno 1) que concluyó, en un primer momento, que el monto del perjuicio era de \$204'871.323,60, para el año 2003, suma que obtuvo luego de multiplicar 213 meses (duración del contrato de interventoría) por el valor mensual de la propuesta, que se estimó en 16,095 SMLMV y luego multiplicado por el salario mínimo vigente a 2003, a ese resultado dedujo el 18%, porcentaje que el perito estimó como un margen de utilidad razonable para ese tipo de contratos, en razón a que el proponente no especificó un ítem de utilidad.

La parte demandante objetó esta suma, porque el valor mensual de la propuesta era de 25,179 SMLMV (hecho constatable con la propuesta económica) y realizando la operación aritmética, con base en el 18% de utilidad, el monto era mayor al dictaminado.

El perito aceptó que se equivocó al realizar su liquidación, pues había tomado como base sólo el valor que el proponente destinó a personal y olvidó tener en cuenta otros costos directos. Así las cosas, el perito tomó la suma de 21,895 SLMLV como el valor mensual de la propuesta, sacando el IVA porque sobre ese valor no se obtiene utilidad, y lo multiplicó por 213 meses y luego por el salario vigente a 2003, para finalmente deducir el 18% para establecer el monto de utilidad dejada de percibir por el demandante, lo que arrojó un total de \$278'698.827,60, suma que para el año 2003 representaba el perjuicio sufrido por el actor.

En este orden, se procederá a actualizar a valor presente dicha suma, de conformidad con la siguiente fórmula:

$$\text{Valor presente} = \text{Valor histórico} \frac{\text{Índice Final (marzo de 2015)}}{\text{Índice Inicial (octubre de 2003)}}$$

$$\text{Valor presente} = 278'698.827,60 \frac{120.98}{75.30}$$

Valor presente= \$447'768.713,02

Sin embargo, la cifra solicitada en la demanda fue de \$227'634.840,00 (folio 204, cuaderno 1), que actualizada a valor presente arroja un total de **\$385'757.990,51**, monto que será el finalmente indemnizado en razón del principio de congruencia, que prohíbe los fallos *extra y ultra petita*.

En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, y *en su lugar*:

PRIMERO. Declárase la nulidad del acto administrativo ficto que negó la adjudicación del contrato de interventoría a Ernesto Altahona Suárez.

SEGUNDO. Condénese al Departamento del Cesar a pagar a Ernesto Altahona Suárez la suma de: Trescientos ochenta y cinco millones setecientos cincuenta y siete mil novecientos noventa. (**\$385'757.990,00**).

TERCERO. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. El Departamento del Cesar dispone de 30 días para el pago, contados después de la fecha de presentación de esta sentencia para su cobro, a partir de allí, las sumas **devengarán** intereses de acuerdo con lo dispuesto por el quinto inciso del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, tal como quedó redactado luego de su declaratoria de exequibilidad parcial hecha mediante sentencia expedida por la Corte Constitucional C-188 de 1999.

QUINTO. Las condenas impuestas se **cumplirán y pagarán** de conformidad con los artículos 176 y 177 del C.C.A. (Mod. Art. 60 de la Ley 446 de 1998).

SEXTO. No hay condena en costas.

Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA