

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015)

Radicación: 54001233100019971323501
Expediente: 30.157
Actor: Consorcio Apin
Demandado: Municipio de Hacarí
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 29 de octubre de 2004, por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 25 de septiembre de 1997 en el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el Consorcio APIN¹ formuló demanda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el municipio de Hacarí, con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcribe como obra a folio 2 del cuaderno 1):

“PRIMERA: Que es nulo el acto administrativo contenido en el oficio sin número, calendado el 26 de Mayo de 1.997, emanado de la Alcaldía Municipal de Hacarí. y el acto administrativo por el cual se adjudica la licitación Pública COL-001-97 al consorcio FRANCISCO ALFONSO DURAN CASTRO-OMAR RIVERA CNADELO.

¹ Integrado por: Jorge Luis Bayona Serrano y Gustavo Alfonso Bautista Angarita.

Expediente 30.157
Actor: Consorcio Apin

“SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, se condene al Municipio de Hacarí a cancelar a mi poderdante el valor de los perjuicios de orden material, daño emergente y lucro cesante que le fueron ocasionados al consorcio APIN, con motivo de esta decisión, o la que resulte de utilizar el procedimiento indicado en el artículo 308 del C. P.C.

“TERCERO: A la sentencia que ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los siguientes artículos : 176, 177, y 178 del Código Contencioso Administrativo”.

2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

2.1.- El 2 de mayo de 1997, el municipio de Hacarí abrió la licitación pública COL-001-97, para la construcción de la nueva sede del colegio San Miguel de Hacarí, a la cual concurrieron como proponentes el consorcio Francisco Alfonso Durán Castro – Omar Rivera Candelo, el consorcio APIN (Jorge Luis Bayona Serrano – Gustavo Alfonso Bautista), el ingeniero Rafael Díaz Uzcátegui y el consorcio CIVINCO – Marcelino Maldonado Trigos.

2.2.- Se estableció que las propuestas deberían entregarse el 9 de mayo de 1997.

2.3.- “... el acta de evaluación y calificación de las propuestas se levantó el 13 de mayo de 1.997, iniciándose al día siguiente, es decir (sic) el 14 de mayo de 1.997, el término de los (5) días hábiles, venciéndose el mismo para presentar observaciones el día Martes (sic) 20 de mayo de 1.997, de conformidad con el numeral 8º (sic) del artículo 30 de la ley 80 de 1.993 ...” (fl. 3, c. 1).

2.4.- El municipio de Hacarí no le informó al consorcio demandante sobre la permanencia de la evaluación y calificación de las propuestas en esa entidad, “como efectivamente debería hacerse, de acuerdo al (sic) pliego de condiciones” (fl. 3, c. 1); sin embargo, dicho consorcio se presentó en la secretaría de la Alcaldía el 20 de mayo de 1997 con el fin de solicitar y revisar las propuestas presentadas y hacer las observaciones pertinentes, lo que le fue negado con el argumento de que los días hábiles para ello se habían vencido el día anterior.

2.5.- El 26 de mayo de 1997, el Alcalde de Hacarí le informó al consorcio APIN que dejaría a su disposición el acta de calificación de las propuestas para ser revisadas; sin embargo, al acercarse éste a la secretaría de la Alcaldía, se le hizo entrega del oficio mediante el cual se le informó que el consorcio favorecido con la adjudicación del contrato fue DURAN- RIVERA, con lo cual se le vulneró el debido proceso.

2.6.- La mejor propuesta a los intereses del municipio fue la del consorcio APIN (Jorge Luis Bayona Serrano – Gustavo Alfonso Bautista), de conformidad con los criterios de selección objetiva que contiene el artículo 29 de la ley 80 de 1993.

2.7.- En el pliego de condiciones se indicó que se otorgarían cinco puntos al proponente que se ajustara más al “cronograma general de trabajos”. De las propuestas allegadas, el único que cumplió dicho requisito fue el consorcio accionante; sin embargo, el municipio le asignó por este concepto los cinco puntos al consorcio favorecido con la adjudicación del contrato y solo dos puntos a los demandantes.

3.- Fundamentos de derecho, normas violadas.-

El demandante consideró que con los actos demandados se violaron los artículos 2 y 29 de la Constitución Política, la ley 80 de 1993 y el decreto 855 de 1994.

4. Concepto de la violación.-

4.1.- Se violaron los artículos mencionados por cuanto la entidad negó el acceso a la información y no fue transparente en el proceso de licitación, desconociendo los trámites impuestos por la ley y que son de obligatorio cumplimiento.

4.2.- Se violó la ley 80 de 1993 ya que se quebrantó la definición de reglas objetivas, justas y claras que aseguraran una selección objetiva, así como el cumplimiento del pliego de condiciones y de los términos allí pactados, específicamente, el artículo 30 (numerales 8 y 9) que establece tanto la obligación de mantener en la secretaría de la entidad, por el término de cinco días, la calificación de las ofertas

para realizar las observaciones correspondientes, como que los plazos para la adjudicación de los contratos se deben establecer en el pliego de condiciones.

5.- La actuación procesal.-

Por autos de 14 de abril y 27 de septiembre de 1999 se admitieron la demanda y su adición, se ordenó la notificación personal al Alcalde de Hacarí, se ordenó la notificación personal al Agente del Ministerio Público, se dispuso la fijación del negocio en lista y se reconoció personería al apoderado de la parte actora.

La demanda se tuvo por no contestada, habida cuenta que fue respondida directamente por el Alcalde del municipio, quien no acreditó su calidad de abogado. La adición no fue contestada.

6.- Los alegatos de primera instancia.-

El Ministerio Público conceptuó que las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar, ya que, a pesar de que el demandante pretendía hacer ver que existió una violación al debido proceso por no respetarse el término de 5 días para revisar los informes de evaluación y calificación de las propuestas, lo cierto es que dicho término empezó a correr el día 13 de mayo de 1997 e iba hasta el 19 de los mismos mes y año; así las cosas, al acercarse a la secretaría de la Alcaldía el 20 de mayo de 1997 a revisar dichos informes, lo hizo de manera extemporánea.

Adicionalmente, sostuvo que no le asistía razón al consorcio demandante al afirmar que era obligación de la Alcaldía mantener informados a los oferentes acerca de los plazos, los términos y el estado del proceso licitatorio, puesto que dicha obligación no solo no está contenida en la ley, sino que tampoco quedó plasmada en el pliego de condiciones, de suerte que no que no se violó el artículo 30 (numeral 8) de la ley 80 de 1993,

Ahora bien, frente a la afirmación del consorcio APIN, en el sentido de que fue éste el único proponente que cumplió con el requisito denominado "cronograma general de trabajos" y que aun así al consorcio que resultó favorecido con la

adjudicación de la licitación se le otorgaron 5 puntos por este concepto, señaló que no existe prueba en el expediente que sustente dicha afirmación y que, por tanto, lo pertinente era denegar las pretensiones de la demanda.

Las partes guardaron silencio.

7.- La sentencia recurrida.-

Es la proferida el 29 de octubre de 2004, por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, que negó las pretensiones de la demanda por considerar que no se violó el debido proceso por parte de la alcaldía de Hacarí, ya que la ni la ley ni el pliego de condiciones contemplan que la entidad esté en el deber de mantener informados a los oferentes sobre los plazos, los términos y el estado del proceso licitatorio, ya que son los interesados los llamados a mantenerse atentos frente al proceso licitatorio.

Frente a la etapa de publicación de los informes de evaluación, la Sala de Decisión compartió el argumento expuesto por el Ministerio Público, por cuanto los 5 días previstos para que los proponentes revisaran los informes de evaluación y calificación de las propuestas efectivamente corrieron entre el 13 de mayo de 1997 y el 19 de los mismos mes y año; por tanto, al acercarse el demandante a la secretaría de la Alcaldía el 20 de mayo de 1997 a revisar los informes, lo hizo en forma extemporánea.

Por otra parte, tampoco encontró prueba que acredite que existió en algún momento favorecimiento al consorcio al que se le adjudicó el contrato, otorgándole los cinco puntos a los cuales hace referencia la parte demandante por la elaboración del "cronograma general de trabajos".

8.- El recurso de apelación.-

Inconforme con la anterior decisión y dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico, la parte demandante interpuso recurso de apelación, en el que reiteró que las propuestas no permanecieron en la secretaria de la Alcaldía el tiempo que establece la ley para la presentación de las observaciones, previa comunicación por escrito sobre su permanencia.

Así mismo, hizo hincapié en que existió desviación de poder por parte del Alcalde de Hacarí, pues el puntaje otorgado al consorcio que resultó favorecido y el otorgado al consorcio demandante no están ajustados a la realidad, ya que, con base en los criterios de selección objetiva, la propuesta más favorable para la entidad y para los fines del Estado fue la que presentó la demandante, razones estas por las cuales solicitó declarar nulo el acto de adjudicación de la licitación pública COL-001-97 y que, en su lugar, se disponga el restablecimiento del derecho a favor del actor.

El recurrente solicitó como prueba en segunda instancia que se requiriera al Alcalde de Hacarí para que enviara, con destino al proceso, copia de las propuestas presentadas por los consorcios FRANCISCO ALFONSO DURAN CASTRO – OMAR RIVERA CANDELO y CIVINCO – Marcelino Maldonado Trillos.

9.- Trámite de segunda instancia.-

El recurso se concedió el 15 de diciembre de 2004, se admitió el 27 de mayo de 2005, el 14 de julio de 2005 se decretó la prueba solicitada y, habiéndose dado traslado para alegar, tanto las partes como el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1.- La competencia.-

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 29 de octubre de 2004 por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, por cuanto la cuantía del proceso fue estimada razonadamente por el demandante en la suma de \$75'310.798. Para la época de interposición de la demanda², eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya cuantía excediera la suma de \$3'080.000³, monto que se encuentra ampliamente superado, como se puede

² 25 de septiembre de 1997.

³ Artículo 2º del Decreto 597 de 1988.

observar. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

2.- Ejercicio oportuno de la acción.-

De conformidad con el artículo 136 (numeral 2) del Código Contencioso Administrativo, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca al cabo de cuatro meses contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo.

En el presente caso, el actor tuvo conocimiento de la resolución 002, mediante la cual se adjudicó el contrato, el 26 de mayo de 1997 (fl. 31, c. 1), de suerte que era procedente intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho hasta el 26 de septiembre de 1997. Como la demanda se presentó el 25 de septiembre de 1997, se interpuso dentro del término oportuno.

3.- Análisis del caso.-

La demanda se interpuso con el fin de que se declarara la nulidad del acto sin número de fecha 26 de mayo de 1997 y de la resolución 002 de esa misma fecha, mediante la cual se adjudicó el contrato COL 001-97, pretensiones que fueron negadas.

En el recurso de apelación se insiste en la nulidad de los actos demandados, para lo cual se indicaron dos argumentos principales: i) que se violó el debido proceso por cuanto la calificación de las propuestas no permaneció por el término de cinco días en la Secretaría de la entidad, previa comunicación de ello y ii) que la propuesta del actor fue la más favorable.

3.1.- En cuanto a la vulneración del debido proceso, alegada por el actor por la falta de comunicación del inicio del término sobre el cual permanecería la evaluación de las propuestas en la Secretaría de la Alcaldía de Hacarí y el

incumplimiento del término de los cinco días, se encuentra que no le asiste razón al recurrente.

En primer lugar, el actor señaló que en el pliego de condiciones se estableció la obligación de informar a los proponentes sobre la permanencia del acta de calificación y evaluación de las propuestas en la Secretaría de la entidad contratante, lo que en modo alguno es cierto, pues revisado el pliego de condiciones de la licitación pública COL-001-97 en su integridad no se encontró allí lo afirmado por el actor, ni que la entidad se hubiera obligado a enviar comunicaciones sobre el particular a los proponentes.

Sin embargo, la entidad sí intentó poner en conocimiento del consorcio APIN tal circunstancia, según se lo informó el propio Alcalde de Hacarí al oferente, en los siguientes términos:

“II. Con respecto a la manifestación por usted hecha sobre la falta de información sobre (sic) la disponibilidad de las propuestas y su evaluación, me permito aclarar lo siguiente:

“1. Dado que el servicio telefónico de la Alcaldía está fuera de servicio, se informó a los proponentes el mismo día de apertura de la urna (viernes 9 de mayo), (sic) que se les comunicaría telefónicamente acerca de la disponibilidad de las evaluaciones para su observación. (...) Dicho proceso no correspondía en manera alguna a la Gerencia del Proyecto y si (sic) a la Secretaría de la Alcaldía como en efecto se hizo a través de la oficina de Telecom, durante el día martes 13 de mayo. No es de mi competencia que en los teléfonos por ustedes aportados recibieran el comunicado y no lo transmitieran al representante legal en forma directa.

“2. El procedimiento anterior en ningún momento desobliga al oferente para que por su propia iniciativa se informe sobre el proceso en la secretaría de la Alcaldía, a través de las oficinas de Telecom o las oficinas de la Caja Agraria del Municipio, dada la inoperancia del sistema telefónico en la Alcaldía”⁴.

Ahora, en lo que tiene que ver con el término que estuvo la evaluación y calificación de las propuestas en la Secretaría de la Alcaldía de Hacarí, se encuentra probada que la misma estuvo a disposición de los proponentes por el término de cinco días, desde el martes 13 hasta el lunes 19 de mayo de 1997, según dan cuenta el acta de fijación y la propia acta de evaluación y calificación (fls. 25 y 26, c. 1).

⁴ Fl. 38, c. 1.

Así las cosas, el actor no logró probar la alegada vulneración del debido proceso.

3.2.- En lo referente a la calificación otorgada al proponente por el ítem "programa de trabajo e inversión", se encuentra que en los pliegos de condiciones se establecieron diferentes factores como criterios de adjudicación, así:

"10. VALORACION DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACION

"La valoración de los criterios de adjudicación se realizará sobre cien (100) puntos.

"FACTOR PRECIO: 70 puntos
FACTOR EXPERIENCIA ESPECIFICA: 20 puntos
FACTOR EQUIPO: 5 puntos
FACTOR PROGRAMA DE TRABAJO: 5 puntos" (fl. 31, anexo 1).

Sobre el factor programa de trabajo se precisó:

"El proponente respaldará su propuesta en términos del plazo solicitado con un programa general de los trabajos que tiene que realizar. Este programa deberá elaborarse para la obra objeto de la presente licitación y será presentado en forma de gráfico de barras, indicando los tiempos e inversiones para la ejecución de las obras, así como el plazo total en meses calendario necesarios para su terminación definitiva.

"Para su evaluación, se considerará el programa de trabajo que más se ajuste al programa de trabajo elaborado por la Alcaldía de Municipio de Hacarí" (fl. 32, anexo 1).

De lo anterior se tiene que este factor de la propuesta se calificaría de conformidad con los siguientes parámetros: i) presentación en forma de gráfico de barra, ii) indicación de los tiempos e inversiones, iii) plazo total en meses y iv) mayor ajuste con el programa de trabajo elaborado por la entidad territorial.

Las propuestas que presentaran mayor ajuste a todos los parámetros acabados de mencionar tendrían los cinco puntos señalados en el pliego de condiciones. La propuesta de la parte actora fue calificada con dos puntos en ese factor, aspecto con el que ella está en desacuerdo al considerar que fue mal calificada en comparación con las demás propuestas.

En este aspecto se observa una falencia probatoria, toda vez que, si bien el actor allegó la propuesta presentada por él dentro de la licitación pública COL-001-97, lo

cierto es que no existe otro medio probatorio contra el cual se pueda comparar, pues no aportó el programa elaborado por la Alcaldía de Hacarí, para así determinar en qué medida su propio programa de trabajo se ajustaba o correspondía al de ésta última.

Sin embargo, debe precisarse que lo anterior tampoco sería suficiente, pues, aún determinado que el programa del actor sí se ajusta al de la entidad, igual comparación debería hacerse con el de las demás propuestas presentadas, para determinar así cuál de todos los programas se ajusta más al elaborado por la entidad demandada, pero esas propuestas tampoco fueron aportadas al proceso.

Al respecto, es importante precisar que en el trámite de la segunda instancia, mediante auto de 14 de julio de 2005, se ofició a la Alcaldía de Hacarí para que enviara copia de la propuesta presentada por el consorcio Francisco Alfonso Durán Castro – Omar Rivera Cándelo y CIVINCO, prueba esta que fue solicitada por la parte demandante junto con la presentación del recurso de apelación.

En respuesta a lo anterior, el municipio indicó que no le era posible allegar tal documentación, pues la misma se quemó en el año 1998 como consecuencia de una incursión guerrillera (fls. 435 a 438, c. ppal.).

Así las cosas, no es posible determinar si la propuesta del consorcio demandante era la que más se ajustaba a los pliegos de condiciones en el factor que se estudia, motivo por el cual es claro que no se logró desvirtuar la legalidad de la resolución 002 de 1997, ante lo cual se debe recordar que, conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

Ha señalado la Sala, en casos similares a este, que: "Cuando alguien demanda la nulidad del acto de adjudicación y pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere si quiere sacar adelante sus pretensiones doble compromiso procesal. El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración. En otros términos, no le

basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración"⁵.

Finalmente, se precisa que "el acto administrativo contenido en el oficio sin número, calendado el 26 de mayo de 1.997, emanado de la Alcaldía Municipal de Hacarí", del cual también se solicitó la nulidad en las pretensiones de la demanda, no es un acto administrativo.

Al respecto, es pertinente recordar que el acto administrativo es una manifestación de voluntad de la administración, capaz de producir efectos en derecho, consistentes en crear, modificar o extinguir una situación jurídica de carácter general o particular. En otras palabras, se trata de:

"... toda manifestación unilateral de voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean órganos públicos del Estado o simples particulares (sic) tendiente a la producción de efectos jurídicos. (sic) Es decir, con la capacidad suficiente para alterar el mundo jurídico. Si la manifestación de voluntad no decide, no es un acto administrativo"⁶.

En ese sentido, también ha sostenido esta Corporación:

"...El acto en la doctrina general, en forma simple, es una manifestación de voluntad de un ente de derecho. Es una decisión que produce efectos jurídicos. La noción de decisión es entonces un concepto central dentro de esta materia y se infiere que para que la jurisdicción intervenga a modo de control se requiere que el objeto sobre el cual actúa, (sic) constituya (sic) en materia de manifestación intencional, la voluntad de una decisión ... Así, el acto administrativo, a la luz de la ley colombiana (sic) es un (sic) manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención, ... en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para como consecuencia, (sic) crear, modificar o extinguir una relación de derecho"⁷.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 1994, expediente 8071. Posición reiterada en la sentencia del 7 de octubre de 2009, expediente 17.029, entre otras.

⁶ SANTOFIMIO, Jaime Orlando: "El acto administrativo", Universidad Externado de Colombia, 1994, pág. 59.

⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 22 de enero de 1987, M.P. Hernán Guillermo Aldana Duque, Exp. 549.

Así las cosas, es claro que siempre que exista una manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de un sujeto diferente en ejercicio de una función administrativa a él atribuida conforme a la ley, que tenga carácter decisorio, esto es, que produzca efectos jurídicos, en cuanto cree, modifique o extinga situaciones jurídicas, habrá un acto susceptible de ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para que ésta se pronuncie sobre su legalidad, de lo contrario no es estará ante un acto de esa naturaleza.

Descendiendo al caso concreto, se observa que el documento del 26 de mayo de 1997 no constituye – se insiste- un acto administrativo, ya que con éste no se está creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica, es decir, no se está tomando una decisión, pues se trata de la comunicación mediante la cual se le informó al consorcio Apin, que el contrato se adjudicó al Consorcio Francisco Alfonso Durán Castro- Omar Rivera Candelo (fl. 31, c. 1), comunicación que, entonces y conforme a lo que se acaba de explicar, no es susceptible de ser demandada ante esta jurisdicción.

En suma, no prospera el recurso de apelación.

4.- No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas 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 "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

1.- Confírmase la sentencia proferida el 29 de octubre de 2004 por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar.

Expediente 30.157
Actor: Consorcio Apin

2.- Sin condena en costas.

3.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA