

ACCIÓN CONTRACTUAL - Condena

SÍNTESIS DEL CASO: El presente proceso tuvo origen en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada el 9 de abril de 2003 por las sociedades Distribuciones Eléctricas de Sabanas Limitada –DISELECSA Ltda.- y Horacio Mendoza Martínez y Cía. Ltda., integrantes del Consorcio Alumbrado para Zipaquirá (en adelante el consorcio demandante o simplemente el demandante), con el fin de que se declarara la nulidad de la Resolución No. 306 de 25 de noviembre de 2002, expedida por el municipio de Zipaquirá (en adelante el municipio demandado o simplemente el demandado) en la cual se dispuso revocar el acto de apertura de la licitación pública número 001 de 2002 adelantada para contratar la prestación del servicio de alumbrado público, y suspender definitivamente el proceso de selección. De igual forma, el demandante solicitó la nulidad de la Resolución número 031 del 28 de febrero de 2003, que confirmó la anterior decisión.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL - No operó. Se presentó de forma oportuna / PROCEDE ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La Sala comparte las decisiones del Tribunal de primera instancia con base en las cuales se concluyó que la demanda fue presentada dentro del término legal, esto es, dentro de los treinta días siguientes a la notificación del acto que confirmó la decisión de revocar la licitación. También considera que la acción interpuesta era la procedente, porque el acto que revoca una licitación pública configura un acto separable del contrato, con efectos similares a la declaratoria de desierta, contra el cual tienen acción de nulidad y restablecimiento quienes participaron en el proceso de licitación; solo demostrando la ilegalidad de este acto se abre la posibilidad de reclamar el pago de los perjuicios generados con el mismo.

ANULACIÓN DE ACTOS QUE REVOCAN LA APERTURA DE LA LICITACIÓN - Confirma sentencia de primera instancia

La Sala confirmará la decisión de anular los actos demandados en los cuales se dispuso revocar la apertura de la licitación, porque, adicionalmente a las razones expuestas en la sentencia de primer grado, considera que, luego de abierta la licitación y presentadas las propuestas, no podía revocarse el acto de apertura alegando motivos de conveniencia porque, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales están obligadas a estudiar este aspecto antes de abrir la licitación.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993

RECONOCIMIENTO Y TASACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Niega. Carencia de fundamento legal / CARENCIA PROBATORIA

La condena en perjuicios por lucro cesante decretada a favor del consorcio demandante será revocada porque la Sala estima que la misma carece de fundamento legal y porque considera que, teniendo en cuenta las circunstancias particulares en las que desarrolló la licitación, el consorcio carecía de derecho para reclamar perjuicios por este concepto.(...) .- En la medida en que el municipio revocó la apertura de la licitación por motivos de conveniencia, lo cual se deduce claramente de las motivaciones transcritas en los antecedentes, desconoció las normas legales a las cuales estaba sujeto, por lo cual resulta procedente confirmar

la anulación de los actos demandados. (...) Con base en las pruebas obrantes en el expediente, la Sala no encuentra demostrado que la propuesta del consorcio demandante fuera admisible de acuerdo con los términos del pliego de la licitación, y, al no estar demostrado dicho presupuesto, es evidente que no puede prosperar su pretensión indemnizatoria, la cual requiere acreditar no solo que la propuesta del consorcio era admisible, sino adicionalmente que se trataba de la mejor

ANULACIÓN DE LOS ACTOS POR LOS CUALES SE REVOCÓ LA APERTURA DE LA LICITACIÓN - Fundamento normativo

Luego de expedida la Ley 80 de 1993, es claro que la simple inconveniencia del contrato no le permite a las entidades públicas revocar el acto de apertura. La conveniencia del contrato, a partir de esta norma, debe estudiarse antes de abrir la licitación y, una vez que ella se abre, la entidad tiene la obligación de adjudicarle el contrato al proponente habilitado que presente la mejor oferta. Una vez se abre una licitación, dicho proceso debe culminar con la adjudicación o con la declaratoria de desierta. Y la Ley 80 de 1993 derogó la facultad de declarar desierta la licitación por motivos de inconveniencia y dispuso que el estudio de conveniencia y de la oportunidad del contrato debía hacerse antes de la apertura del proceso de selección (núm. 7 artículo 5 y núm. 1 artículo 30). (...) estableció en el numeral tercero de su artículo 26 que <<las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos>>. Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, se suprimieron las causales previstas en el artículo 42 del Decreto Ley 222 de 1983 que permitían la declaratoria de desierta de la licitación por inconveniencia. Desde la exposición de motivos del Estatuto de Contratación se precisó que <<la declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procedería por motivos o causales constitutivos de impedimentos para la escogencia objetiva” y que en ese evento la Administración tenía <<el deber ineludible de sustentar en forma precisa y detallada las razones o móviles determinantes de la decisión adoptada en ese sentido>>.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 5.7 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 30.1 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTÍCULO 42

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Niega

La Sala modificará la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar la nulidad de los actos administrativos acusados y negar el restablecimiento del derecho y la reclamación de perjuicios formulada en la demanda.

NO PROCEDE CONDENA EN COSTAS - Acción contractual

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00783-01(38241)

Actor: CONSORCIO ALUMBRADO PÚBLICO PARA ZIPAQUIRÁ

Demandado: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ

Referencia: ACCIÓN: CONTRACTUAL

Tema: Revocatoria del acto administrativo de apertura de la licitación.

No observándose irregularidad que invalide la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de **26 de agosto de 2009**, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual (i) se anularon los actos administrativos que revocaron la apertura de una licitación pública y (ii) se condenó a la entidad demandada a pagar como perjuicios el valor previsto en la póliza de garantía de seriedad de la oferta suscrita por el demandante al presentarse a la licitación.

La parte resolutive de la sentencia apelada dispuso:

<<PRIMERO: No prosperan las excepciones de acción indebida y falta de legitimación en la causa por pasiva. Prospera la excepción de cobro de lo no debido.

SEGUNDO: Se declara la nulidad de las resoluciones No. 306 del 25 de noviembre de 2002, mediante la cual se revocó la resolución No. 050 del 15 de marzo del mismo año, mediante la cual se había dispuesto la apertura del proceso licitatorio No. 001 de 2002; y de la resolución No. 031 del 28 de enero de 2003, mediante la cual se confirmó en todas sus partes lo dispuesto en la resolución No. 306 de 2002. Lo anterior, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: En consecuencia, el Municipio de Zipaquirá debe pagar a las sociedades demandantes, las siguientes sumas:

- A la sociedad Distribuciones Eléctricas de Sabanas Ltda. – Diselecsa Ltda., la suma de ciento cuarenta y un millones ciento ochenta mil cuatrocientos ochenta y siete pesos (\$141.180.487).*
- A la sociedad Horacio Mendoza Martínez y Cia Ltda., la suma de setenta y nueve millones cuatrocientos catorce mil veinticuatro pesos (\$79.414.024).*

CUARTO: Ejecutoriado el presente fallo, por secretaría, liquídense los gastos ordinarios del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 y 9 del Acuerdo No. 2552 de 2004, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

QUINTO: Contra esta providencia procede el recurso de apelación.

SEXTO: En caso de no ser apelada esta sentencia, una vez quede ejecutoriada, remítase a la Sección Tercera del Consejo de Estado para surtir el grado jurisdiccional de consulta, pues la condena supera los 300 SMLMV>>.

I.- ANTECEDENTES

a. La posición de la demandante

1.- El presente proceso tuvo origen en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada el 9 de abril de 2003 por las sociedades Distribuciones Eléctricas de Sabanas Limitada –DISELECSA Ltda.- y Horacio Mendoza Martínez y Cía. Ltda., integrantes del Consorcio Alumbrado para Zipaquirá¹ (en adelante el consorcio demandante o simplemente el demandante), con el fin de que se declarara la nulidad de la Resolución No. 306 de 25 de noviembre de 2002, expedida por el municipio de Zipaquirá (en adelante el municipio demandado o simplemente el demandado) en la cual se dispuso revocar el acto de apertura de la licitación pública número 001 de 2002 adelantada para contratar la prestación del servicio de alumbrado público, y suspender definitivamente el proceso de selección. De igual forma, el demandante solicitó la nulidad de la Resolución número 031 del 28 de febrero de 2003, que confirmó la anterior decisión.

2.- Como consecuencia de lo anterior, el consorcio demandante solicitó condenar a la demandada a pagar el valor de los perjuicios materiales consistentes en la utilidad que esperaba recibir en caso de resultar beneficiado con la adjudicación del contrato, los cuales -conforme con la demanda- ascendían a la suma aproximada de \$10.000.000.000.oo, más actualización e intereses.

3.- La demanda fue adicionada para solicitar la nulidad absoluta del otrosí del contrato número 3285 de 1979 celebrado por el municipio demandado con CODENSA para la prestación del servicio de alumbrado público, cuyo objeto consistió en prorrogar la vigencia del acuerdo hasta el 3 de septiembre de 2019. El consorcio demandante formuló esta pretensión porque, a su juicio la revocatoria de la licitación había tenido como causa la voluntad de prorrogar el contrato con CODENSA, que era la entidad que venía prestando el servicio objeto de la licitación.

4.- Las pretensiones del demandante quedaron determinadas finalmente de la siguiente manera:

<<PRIMERA. - DECLÁRESE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 306 DEL VEINTICINCO (25) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DOS (2002) ‘por la cual se da respuesta a los derechos de petición presentados por Asojuntas, la Comunidad y se dispone la revocatoria directa del llamado a Licitación Pública No. 001 de 2002 y como consecuencia de ello se suspende definitivamente el procedimiento de esta licitación por razones de interés público o social’ notificada por edicto que fue

¹ De acuerdo con el documento de conformación del consorcio, la sociedad Distribuciones Eléctricas de Sabanas Limitada –DISELECSA Ltda.- tiene el 64% de participación y Horacio Mendoza Martínez y Cía. Ltda. el 36%.

fijado el día cinco (05) de diciembre de dos mil dos (2002), por las razones que se expresan en la demanda.

SEGUNDA.- DECLÁRESE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 031 del veintiocho (28) de febrero de dos mil tres (2003), 'por el cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por el Consorcio Alumbrado para Zipaquirá, en contra de las Resoluciones 288 de octubre 29 de 2002, por un periodo de quince (15) días y en contra de la Resolución 306 de noviembre 25 de 2002 mediante la que se da respuesta a los derechos de petición presentados por Asojuntas, la Comunidad y se dispone la revocatoria directa del llamado a Licitación Pública No. 001 de 2002 y como consecuencia de ello se suspende definitivamente el procedimiento de esta licitación por razones de interés público o social', notificada por edicto que fue fijado el once (11) de febrero de dos mil tres (2003) y desfijado el día veinticinco (25) de febrero de dos mil tres (2003), por las razones que se expresan en la demanda.

TERCERA.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, CONDÉNESE al MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ a reconocer y pagar a favor de las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LIMITADAS –DISELECSA LTDA- y HORACIO MENDOZA MARTÍNEZ Y CIA LTDA., integrantes del CONSORCIO 'ALUMBRADO PARA ZIPAQUIRÁ', la indemnización integral de todos los daños y perjuicios causados a mis poderdantes como consecuencia de la expedición de los mencionados actos administrativos, consistentes en:

a) La suma de DIEZ MIL MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.000,00) o la que resulte probada en el proceso, consistente en la utilidad que hubiesen recibido mis poderdantes de haberse adjudicado y ejecutado normalmente el contrato objeto de la Licitación Pública No. 001 de 2002 adelantada por la Alcaldía Municipal de Zipaquirá.

b) Los demás daños o perjuicios que reconozca la jurisprudencia hasta la época de la sentencia.

CUARTA.- ORDÉNESE la actualización mes a mes de la suma a cuyo reconocimiento y pago sea condenado el MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ entre la fecha en que, de conformidad con el procedimiento licitatorio, debió suscribirse el Contrato con las sociedades demandantes integrantes del CONSORCIO 'ALUMBRADO PARA ZIPAQUIRÁ' y prestarse el servicio objeto del mismo por parte de éstas y la fecha del fallo que ponga fin al proceso.

QUINTA.- ORDÉNESE que sobre la suma a cuyo reconocimiento y pago sea condenado el MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ se liquide interés técnico civil, mes a mes, entre la fecha en que, de conformidad con el procedimiento licitatorio, debió suscribirse el Contrato con las sociedades demandantes integrantes del CONSORCIO "ALUMBRADO PARA ZIPAQUIRÁ" y prestarse el servicio objeto del mismo por parte de éstas y la fecha del fallo que ponga fin al proceso.

SEXTA.- ORDÉNESE que sobre las sumas resultantes de las PRETENSIONES TERCERA, CUARTA Y QUINTA se reconozcan intereses moratorios, entre la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso y la fecha del pago efectivo de la suma a que sea condenado el MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

SÉPTIMA.- DECLÁRESE la nulidad absoluta del otrosí al contrato número 3285 de 1979, para la prestación del servicio de alumbrado público suscrito entre el

Municipio de Zipaquirá y la empresa Codensa, con el fin de ampliar la vigencia del mencionado Contrato número 3285 de 1979 hasta el tres (03) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

OCTAVA.- ORDÉNESE dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

NOVENA.- CONDÉNESE a la entidad demandada al pago de costas procesales>>.

5.- Para sustentar sus pretensiones, el demandante afirmó haber presentado propuesta dentro de la licitación pública número 001 de 2002, adelantada por el municipio de Zipaquirá con el propósito de contratar - por el sistema de concesión - la prestación del servicio de alumbrado público durante los siguientes veinte años.

6.- A la licitación, cerrada a las 3:00 p.m. del 15 de octubre de 2002, se presentaron las propuestas del demandante y la de Codensa S.A. E.S.P. (en adelante Codensa). Por esta razón, en criterio del demandante, las decisiones administrativas siguientes al cierre de la licitación eran de contenido particular, dado que incumbían solamente a los ofertantes.

7.- Agregó el demandante que su propuesta era la mejor desde el punto de vista técnico y financiero, porque, además del cumplimiento de los parámetros exigidos en el pliego de condiciones, formulaba un modelo económico de operación que le permitía al municipio ahorrar durante el plazo contractual \$17.097'049.231, esto es, el 25% del valor del contrato vigente, el cual era desarrollado en ese momento por Codensa.

8.- Por otra parte, señaló que Codensa, el otro oferente en la licitación, detentaba la prestación del servicio de forma irregular y que la falta de adjudicación beneficiaba a esa sociedad, como en efecto ocurrió, dado que una vez revocado el acto de apertura de la licitación el municipio prorrogó el contrato vigente con dicha empresa.

9.- Manifestó que la propuesta de Codensa no cumplió con los requisitos del pliego de condiciones porque no presentó el enfoque y la metodología de ejecución de los trabajos; omitió el cálculo de iluminación solicitado; no incluyó el ítem 3 "alambre THW 14 AWG", exigido en el Formulario número 9, relativo a los materiales de reposición de luminarias, lo que originaba un error en el cálculo del valor de reposición; incurrió en errores aritméticos y presentó un esquema financiero que no era viable y, aunque Codensa S.A. E.S.P. ofreció la devolución del 25% del valor del contrato, condicionó esa oferta a un porcentaje de morosidad mensual no superior al 5%, lo que significaba que, dado que ella misma facturaba y cobraba el servicio de alumbrado, no habría lugar a la devolución propuesta, porque nunca se alcanzaría ese porcentaje de morosidad. En esas condiciones, adujo el demandante, debió eliminarse esa propuesta.

10.- También se refirió a la suspensión definitiva de la licitación ordenada mediante la "Resolución 2888 del 29 de octubre de 2002", para resaltar que, en el estado en que se hallaba el proceso, solamente procedía la adjudicación o, si acaso, la declaratoria de desierta.

11.- Resaltó, además, que la revocatoria de la apertura y suspensión definitiva se

decidió sin su consentimiento, que sí se obtuvo por parte de Codensa. Por consiguiente, señaló que el municipio demandado debió recurrir a la acción de lesividad y abstenerse de revocar directamente el acto de apertura de la licitación.

b. La posición de la demandada

12.- El municipio demandado se opuso a las pretensiones de la demanda. En su defensa puso de presente que, una vez abierta la licitación, consideró necesario suspenderla y ajustarla en sus componentes técnicos y financieros, por las diferencias surgidas con Codensa sobre la propiedad de la infraestructura.

13.- En cuanto a las circunstancias que condujeron a la decisión de dejar sin efectos el acto de apertura, precisó que en reunión adelantada el 21 de octubre de 2002, la Asociación de Juntas de Acción Comunal de Zipaquirá, Asojuntas, solicitó que se suspendiera el proceso por razones de interés general, para que se evaluara su conveniencia con la comunidad. Además, señaló que, de conformidad con la información y los elementos de análisis presentados por la comunidad y los organismos de control, se evidenciaron razones que afectaban de manera grave la licitación, dado que el impuesto creado por el Acuerdo número 033 del 27 de 2001 para financiar el servicio de alumbrado público, objeto de la contratación, era rechazado vehementemente por la población.

14.- Señaló que el acto de apertura de la licitación no creó situaciones jurídicas particulares y que por ello no se requería el permiso del demandante para revocarlo.

15.- Consideró que se configuró el cobro de lo no debido y que en el caso de que se atendieran las súplicas de la demanda, la indemnización debería limitarse al valor de los gastos incurridos por la participación en el proceso licitatorio, cuya devolución ordenó la Administración con los actos demandados.

16.- Con fundamento en los anteriores argumentos, la entidad propuso las excepciones de inexistencia del derecho invocado, indebida escogencia de la acción, cobro de lo no debido y caducidad de la acción. Esta última, porque consideró que la demanda se presentó después de vencido el término de treinta días dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., para demandar el acto precontractual.

17.- Señaló que los actos demandados no podían ser sujetos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho porque solamente produjeron efectos generales e impersonales; con base en ello, sostuvo que se escogió indebidamente la acción de nulidad y restablecimiento.

18.- Finalmente, alegó la indebida acumulación de pretensiones, con fundamento en que las súplicas indemnizatorias eran improcedentes respecto de la nulidad de actos de carácter general (fls. 135-149 y 199-200 c. 1).

c. La sentencia apelada

19.- La Sala de la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 26 de agosto de 2009, accedió parcialmente a las pretensiones.

20.- Antes de abordar el fondo del asunto, el Tribunal consideró que las sociedades demandantes, en su calidad de miembros del consorcio Alumbrado para Zipaquirá, estaban legitimadas para actuar, así como el municipio de

Zipaquirá por ser la autoridad que expidió las resoluciones demandadas. Igualmente, consideró que Codensa no estaba legitimada, pues los actos acusados tenían un efecto similar a la declaratoria de desierta, caso en el cual no era necesario vincularla. Destacó que en este caso, el otrosí al contrato de concesión número 3285 de 1979 suscrito entre el ente territorial y Codensa amplió la vigencia del contrato hasta el 3 de septiembre de 2019, por la necesidad que tenía la entidad de preservar la continuidad del servicio de alumbrado público, lo cual constituía un hecho ajeno a los actos demandados.

21.- Seguidamente, el *a quo* desestimó la excepción de indebida escogencia de la acción, con fundamento en que la ejercida era la procedente para decidir sobre la nulidad de los actos expedidos por el municipio y la indemnización de los perjuicios ocasionados con esas decisiones. Agregó que, si bien en la jurisprudencia se ha considerado que la acción procedente para obtener la indemnización de perjuicios causados por un acto revocado mientras el acto estuvo vigente es la de reparación directa, este caso es diferente, porque aquí lo que se persigue es la anulación del acto que decidió la revocatoria. Puso de presente que la Resolución número 050 que dispuso la apertura del proceso de selección no fue revocada aduciendo que la misma era ilegal, sino que el fundamento que llevó a su revocatoria se basó en razones de interés general, esto es, la oposición de la comunidad de Zipaquirá al cobro del impuesto de alumbrado público.

22.- También encontró infundada la excepción de caducidad de la acción, toda vez que consideró que entre la ejecutoria de la Resolución número 031 de 2002, ocurrida el 26 de febrero de 2003 y la presentación de la demanda, el 9 de abril siguiente, transcurrió un término inferior al de treinta días, previsto en el artículo 87 del C.C.A.

23.- El *a quo* halló mérito al cargo de violación de los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo, en tanto consideró que el demandado pasó por alto el consentimiento de los proponentes, requerido para dejar sin efectos la licitación en la etapa en que se encontraba. Al respecto, señaló que a partir de la presentación de las propuestas por parte del consorcio demandante y de Codensa, no podía afirmarse que el acto de apertura solo generaba efectos generales, **sino que debían considerarse los efectos particulares originados con el cierre de la licitación**, por lo que cualquier modificación del contenido original del acto de apertura o incluso su revocatoria, iban a afectar única y exclusivamente a los dos proponentes en mención; así se explicó la variación de los efectos del acto de apertura de la licitación que inicialmente era de carácter general y que, por las razones antes anotadas, pasó a ser de carácter particular y concreto. Los proponentes adquirieron entonces un interés legítimo a participar en el proceso, a ser evaluados y a que la entidad diera curso a todas las etapas que integraban la licitación hasta llegar al final, bien fuera adjudicando la licitación o declarándola desierta en los términos de ley, pero no revocando el acto de apertura y suspendiendo el proceso, como en efecto ocurrió. Por esa razón, concluyó que la revocatoria del acto de apertura sin el consentimiento de los proponentes se decidió con violación de los citados artículos.

24.- Agregó que la razón invocada para proceder con la revocatoria del acto de apertura de la licitación y la suspensión definitiva, consistente en la oposición de la comunidad al impuesto de alumbrado público, revelaba la grave falta de planeación y ausencia de estudios de factibilidad, en contra de lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 30 de la Ley 80 de 1993. Además de que, para el *a quo*, se trataba de una razón inaceptable, toda vez que (se transcribe literalmente) <<...no

era argumento válido (...) aducir que la comunidad zipaquireña no podía pagar la contribución de alumbrado público, porque los servicios públicos son esenciales y es deber del municipio prestar el servicio independientemente que la comunidad tenga o no la voluntad de pagar la referida contribución>>.

25.- También puso de presente que la financiación del servicio era un asunto propio de la planeación exigida por el ordenamiento, la que además resultó comprometida por el conflicto surgido entre el demandado y Codensa por la utilización de la infraestructura destinada a la prestación del servicio de alumbrado público. El municipio demandado sabía que Condensa estaba reclamando el pago por el uso de la red de alumbrado que consideraba de su propiedad, y sin embargo no previó cuál sería el costo que debía pagar quien resultara adjudicatario, dejando a un lado las distintas reclamaciones elevadas en tal sentido por la empresa en mención. Solo optó, luego de abrir el proceso, por suspender en diversas ocasiones la licitación para incorporar dicho costo al esquema financiero.

26.- El *a quo* señaló que, si bien bajo el régimen de la Ley 1150 de 2007 procedía la revocatoria del acto de apertura de la licitación en determinadas circunstancias, esa ley no aplicaba al caso concreto, porque los actos demandados se profirieron antes de su vigencia.

27.- En cuanto a la pretensión de declaratoria de nulidad del otrosí del contrato de alumbrado público número 3285 de 1979, por medio del cual se prorrogó su plazo, el Tribunal advirtió que el demandante no estaban legitimado para elevar dicha pretensión, pues no era parte de ese contrato.

28.- Advirtió que las propuestas no estaban calificadas de forma definitiva, sino que apenas existía una evaluación preliminar, lo que impedía concluir que las decisiones impugnadas se adoptaron con desconocimiento del contenido de las ofertas y de la calificación que permitía elegir a la del consorcio como la mejor propuesta, como se sostuvo en la demanda.

29.- Sobre ese punto precisó que la evaluación preliminar adelantada por asesores externos, si bien indicaba que la propuesta del demandante podía ser la más favorable para el municipio, apenas constituía un punto de partida para la evaluación formal y definitiva que, de acuerdo con el pliego de condiciones, estaba a cargo del comité evaluador de la Alcaldía de Zipaquirá, para ser realizada el 29 de octubre de 2002. En ese sentido, puso de presente que el 22 de octubre anterior, el señor alcalde de Zipaquirá solicitó a los miembros del comité que no calificaran las propuestas, mientras se evaluaba la solicitud presentada por la comunidad con el objeto de suspender definitivamente el proceso.

30.- Más allá de la ausencia de la formalidad de la calificación, el *a quo* enfatizó en que la evaluación no vinculaba a la Administración, toda vez que sobre esta recaía la potestad de decidir sobre la adjudicación y, en todo caso, la de apartarse razonadamente de la calificación de las propuestas.

31.- Concluyó, sin embargo, que la propuesta del consorcio demandante cumplía con los requisitos del pliego de condiciones, mejoraba la propuesta presentada por Codensa y que esta última no podía ser considerada porque el esquema financiero propuesto no garantizaba la viabilidad económica, toda vez que, a la luz de sus propias proyecciones, el flujo de caja sería negativo durante los primeros doce años de la concesión. El Tribunal textualmente señaló:

<<Cotejado el pliego de condiciones con las ofertas presentadas por el Consorcio Alumbrado para Zipaquirá y Codensa, se concluye que ambas propuestas contienen los documentos exigidos en el pliego (a nivel jurídico, financiero y técnico) para participar en la licitación pública No. 001 de 2002.

Lo anterior se corrobora con las conclusiones plasmadas en los dictámenes técnico y financiero obrantes en el expediente y reseñados en el acápite de pruebas de esta sentencia.

El único punto de desequilibrio entre las dos propuestas, que permite a la Sala concluir que la única oferta elegible era la del Consorcio Alumbrado para Zipaquirá, está determinado por el numeral 4 del punto 3.3.2 del pliego que establecía:

“Propuestas que no se tendrán en cuenta. Cuando el sistema financiero presentado no garantice la viabilidad económica del sistema”.

En el caso de la propuesta presentada por Codensa, se encontró que en los cuadros contentivos de su esquema financiero, los saldos del flujo de caja arrojaban resultados negativos para los primeros 12 años de la concesión, motivo por el cual dicha propuesta no podía ser tenida en cuenta, quedando habilitada para ser adjudicataria solamente la propuesta presentada por el consorcio>>.

32.- En ese orden de ideas, accedió a las pretensiones indemnizatorias, por considerar que al demandante se le ocasionaron perjuicios por el hecho de no habersele adjudicado el contrato, a pesar de haber presentado la mejor propuesta.

33.- En cuanto a la tasación de los perjuicios, consideró que la utilidad de \$7.579'631.206,68 pedida en la demanda no resultaba razonable, dado que no se sustentó ese monto. Igualmente, estimó que el modelo financiero propuesto por el consorcio con base en el recaudo del impuesto de alumbrado público, cuya aplicación se hallaba en entredicho por la oposición de la comunidad, no resultaba serio y creíble para ser tenido como base del cálculo de la utilidad esperada. En opinión del *a quo*, de haberse acreditado, la utilidad propuesta por Codensa S.A. E.S.P. podría servir de referente para calcular los perjuicios ocasionados con la revocatoria de la licitación.

34.- Por lo anterior, se acudió al valor de la garantía de seriedad de la oferta, establecido en \$160'000.000, como parámetro para fijar la indemnización, descontando los gastos de participación en el proceso, dado que *<<...en caso de haberse culminado el proceso licitatorio (...) dichos gastos no hubieran sido devueltos>>*. La suma resultante, \$157'623.000, actualizada con el IPC a la fecha de la sentencia, esto es \$220'594.511, se impuso como condena al municipio en favor las sociedades integrantes del consorcio, distribuida de conformidad con el porcentaje de participación en el mismo. Por tanto, declaró próspera parcialmente la excepción de cobro de lo no debido, pues la suma que debía pagar la entidad era la antes señalada y no la utilidad reclamada.

35.- Por último, el *a quo* llamó la atención sobre el interés del alcalde de suspender la licitación y favorecer de esta forma Codensa, que venía prestando el servicio de alumbrado público desde 1979 para que lo hiciera hasta el 2019 (fls. 460-475 c. ppal.)

d. El recurso de apelación del demandado

El municipio de Zipaquirá apeló la decisión de primera instancia para que se revocara y se negaran las pretensiones, con fundamento, en síntesis, en estas razones:

36.- En su opinión, en la sentencia se falló erradamente sobre la procedencia de la acción de nulidad y el restablecimiento del derecho, toda vez que la acción procedente para obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por un acto administrativo revocado era la de reparación directa, máxime si la revocatoria se fundó en razones de ilegalidad, como ocurrió en el caso concreto, en cuanto la Administración dejó sin efectos el acto de apertura de la licitación por ser contrario al interés general y haberse expedido con desviación de poder.

37.- El *a quo* no tuvo en cuenta que el acuerdo número 033 de 2001, expedido por el municipio de Zipaquirá para crear el impuesto de alumbrado público y que sirvió de sustento al acto de apertura de la licitación era ilegal, entre otras cosas, porque no identificó el hecho generador y estableció elementos del tributo reservados a la normativa superior, como lo decidió esta Corporación en la sentencia con la que declaró su nulidad el 11 de diciembre de 2008.

38.- En la decisión impugnada se desconoció la potestad del alcalde para revocar el acto de apertura de licitación, como lo imponía el hecho de haberse expedido con violación de la legalidad y, en últimas, porque ese acto era contrario al interés público, tanto así que la comunidad se opuso desde un principio al proceso de selección.

39.- Sostuvo que no era cierto que se hubieran violado las disposiciones del Código Contencioso Administrativo relativas al consentimiento de los interesados para proceder con la revocatoria de la apertura de la licitación. Además, reprochó el hecho de mutar la naturaleza y los efectos del acto de apertura, pues se trataba de un acto de carácter general que no requería, para su revocatoria, contar con dicho consentimiento.

40.- Las razones de la sentencia relativas a la falta de planeación eran infundadas y pasaron por alto que las resoluciones demandadas se expidieron en defensa del interés general. Al respecto, interrogó el recurrente acerca de lo que hubiera pasado si no se hubiera revocado el acto de apertura de la licitación, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado anuló el acuerdo número 033 de 2001, que servía de fundamento a la licitación y al contrato reclamado por el consorcio demandante.

41.- Dijo que la decisión fue contradictoria porque sostuvo que la calificación preliminar no era obligatoria, pero se apoyó en ella para concluir que la mejor propuesta era la del consorcio; igualmente, porque, aunque en la decisión se estableció que no se acreditaron los perjuicios, se reconocieron unos ajenos a la propuesta presentada por el consorcio.

42.- El Tribunal, además, no tuvo en cuenta que el municipio demandado devolvió al consorcio los gastos de participación en el proceso licitatorio, pues no consideró esa devolución en el cálculo de la indemnización fijada. Y, en el evento de que se confirmara la ilegalidad de los actos acusados, el perjuicio a reconocer sería solo el referido a los gastos de participación – en caso de encontrarse demostrados- y no el reconocimiento de la utilidad que pretendía recibir si hubiera resultado beneficiado con la adjudicación, sobre el cual solo se tenía una mera expectativa; adicionalmente, en el proceso no se demostró la causación del daño emergente ni del lucro cesante (fls. 477-495 c. ppal.)

e. El recurso de apelación del demandante

43.- El demandante interpuso el recurso de apelación², con el objeto de que se decretara la indemnización de los perjuicios por el monto pedido en la demanda.

44.- A juicio del demandante, fue equivocado liquidar los perjuicios ocasionados por la no adjudicación del contrato a partir del valor de la garantía de seriedad de la oferta, porque los mismos debían tasarse con la utilidad probable del contratista.

45.- Durante el traslado concedido en esta instancia para sustentar el recurso, el consorcio reiteró su inconformidad con la cuantía de la indemnización, esta vez, con apoyo en la jurisprudencia de la Corporación, a cuyo entendimiento el proponente privado del derecho de celebrar el contrato debe ser reparado con la utilidad esperada, y para este caso, la establecida en el dictamen pericial rendido en el proceso, el cual, partiendo del flujo de caja estimado en la oferta y actualizándolo a mayo de 2008 arrojó la suma de \$10.594.670.446,23 (fls. 496-498 y 509-522 c. ppal.).

f. Impedimento del doctor Ramiro Pazos Guerrero

46.- Por auto del 9 de diciembre de 2013, se aceptó el impedimento manifestado por el Consejero Ramiro Pazos Guerrero y, en consecuencia, se decidió separarlo del conocimiento del presente asunto.

II.- CONSIDERACIONES

Planteamiento

47.- La Sala comparte las decisiones del Tribunal de primera instancia con base en las cuales se concluyó que la demanda fue presentada dentro del término legal, esto es, dentro de los treinta días siguientes a la notificación del acto que confirmó la decisión de revocar la licitación.

48.- También considera que la acción interpuesta era la procedente, porque el acto que *revoca una licitación pública* configura un acto separable del contrato, con efectos similares a la declaratoria de *desierta*, contra el cual tienen acción de nulidad y restablecimiento quienes participaron en el proceso de licitación; solo demostrando la *ilegalidad* de este acto se abre la posibilidad de reclamar el pago de los perjuicios generados con el mismo. Lo anterior es suficiente para desechar la argumentación del municipio dirigida a señalar que la acción procedente en el presente caso era la de reparación directa.

49.- Por último, la Sala no se pronunciará sobre la pretensión de anulación del otrosí suscrito por el municipio con CODENSA, ni sobre la necesidad de convocar a esta sociedad para resolverla, porque esta decisión no fue motivo de apelación y los reparos de la parte actora se dirigieron únicamente a buscar el incremento de los perjuicios por lucro cesante.

50.- La Sala confirmará la decisión de anular los actos demandados en los cuales se dispuso revocar la apertura de la licitación, porque, adicionalmente

² En el memorial contentivo del recurso aparece impuesto un sello en el que se indica que fue presentado el 9 de octubre de 2009, esto es, extemporáneamente; sin embargo, con la certificación de la secretaría del Tribunal, obrante al folio 499 del cuaderno principal, se hizo constar que el escrito se radicó realmente el 9 de septiembre de 2009, es decir, en término.

a las razones expuestas en la sentencia de primer grado, considera que, luego de abierta la licitación y presentadas las propuestas, no podía revocarse el acto de apertura alegando motivos de *conveniencia* porque, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales están obligadas a estudiar este aspecto antes de abrir la licitación. Este punto será desarrollado en la primera parte de las consideraciones.

51.- La condena en perjuicios por lucro cesante decretada a favor del consorcio demandante será revocada porque la Sala estima que la misma carece de fundamento legal y porque considera que, teniendo en cuenta las circunstancias particulares en las que desarrolló la licitación, el consorcio carecía de derecho para reclamar perjuicios por este concepto. Este punto será desarrollado en la segunda parte.

i) La anulación de los actos por los cuales se revocó la apertura de la licitación

52.- Luego de expedida la Ley 80 de 1993, es claro que la simple *inconveniencia* del contrato no le permite a las entidades públicas revocar el acto de apertura. La conveniencia del contrato, a partir de esta norma, debe estudiarse antes de abrir la licitación y, una vez que ella se abre, la entidad tiene la obligación de adjudicarle el contrato al proponente habilitado que presente la mejor oferta.

53.- Una vez se abre una licitación, dicho proceso debe culminar con la adjudicación o con la declaratoria de desierta. Y la Ley 80 de 1993 derogó la facultad de declarar desierta la licitación por motivos de inconveniencia³ y dispuso que el estudio de conveniencia y de la oportunidad del contrato debía hacerse antes de la apertura del proceso de selección (núm. 7 artículo 5 y núm. 1 artículo 30).

54.- Además, estableció en el numeral tercero de su artículo 26 que *<<las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos>>*.

55.- Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, se suprimieron las causales previstas en el artículo 42 del Decreto Ley 222 de 1983 que permitían la declaratoria de desierta de la licitación por inconveniencia. Desde la exposición de motivos del Estatuto de Contratación se precisó que *<<la declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procedería por motivos o causales constitutivos de impedimentos para la escogencia objetiva>>* y que en ese evento la Administración tenía *<<el deber ineludible de sustentar en forma precisa y detallada las razones o móviles determinantes de la decisión adoptada en ese sentido>>*.

³ El artículo 42 del Decreto 222 de 1983 disponía que el jefe del organismo respectivo declararía *“desierta la licitación o el concurso de méritos: (...) 5. Cuando, a su juicio, las diferentes propuestas se consideren inconvenientes para la entidad contratante”*.

56.- En la medida en que el municipio revocó la apertura de la licitación por motivos de conveniencia, lo cual se deduce claramente de las motivaciones transcritas en los antecedentes, desconoció las normas legales a las cuales estaba sujeto, por lo cual resulta procedente confirmar la anulación de los actos demandados.

ii) Los perjuicios

57.- La decisión de negar los perjuicios impetrados por el demandante en la modalidad de lucro cesante será negada por las consideraciones que se exponen a continuación:

58.- La jurisprudencia, tanto civil como contencioso administrativa, a partir de lo dispuesto en textos legales relativos a la buena fe en la etapa precontractual, a la prohibición de abusar del derecho y a la obligación de planificar el contrato antes de iniciar el proceso licitatorio, reconoce el derecho a reclamar perjuicios en los eventos en los cuales por la *culpa* de una de las partes no logra celebrarse el contrato. Y ese derecho se reconoce, tanto en los casos en los cuales hay un procedimiento reglado previo a la celebración del contrato, como en los casos en los cuales las partes han adelantado tratativas de manera libre; se estima que en tales eventos nos encontramos en un caso de responsabilidad *precontractual* y a partir de tal calificación, se considera que el reconocimiento y la estimación de tales perjuicios están sujetos a determinadas condiciones.

59.- La regla general, en los casos de las tratativas, consiste en considerar que el derecho a reclamar este tipo de daño depende de la *seriedad y el avance* de las mismas y del carácter injustificado de la ruptura por parte del demandado. Solo cuando pueda estimarse que las partes tenían certeza sobre la celebración del contrato y una de ellas se negó sin justificación alguna a suscribirlo, se consolida el derecho de la otra a reclamar daños. Y, toda vez que el contrato *no se celebró*, se considera que el perjuicio a reclamar que se ubica en el campo de la responsabilidad *precontractual*, no puede establecerse teniendo en cuenta sus estipulaciones.

60.- La doctrina y la jurisprudencia, en el caso de la ruptura de las tratativas, señalan que el perjuicio corresponde al *interés negativo del contrato* con lo que se quiere decir que no es posible reclamar lo que el demandante pensaba *ganarse con el contrato*, sino lo que dejó de obtener como consecuencia de su no celebración, punto en el cual lo que le corresponde acreditar es cuáles fueron las *oportunidades* que perdió.

La jurisprudencia de la Corte en este punto ha señalado:

<<Ahora bien, cuando esa ruptura brusca del procedimiento, adoptada en forma unilateral y sin causa justificada por el anunciante, se sucede antes de culminar aquél en el perfeccionamiento del contrato, mediante adjudicación al concursante mejor calificado, es decir, mientras subsiste aún el período preparatorio, los particulares perjudicados tienen derecho a una indemnización cuya medida ya no se encadena con el interés del cumplimiento o el interés positivo - exigible únicamente a la hipótesis de contratos efectivamente realizados - sino que vendrá dada por el que comúnmente se llama "interés negativo o de confianza, ordenado por definición, hacia el restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que pueden encontrarse aquellos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría. En consecuencia, dicha indemnización tiende a compensar los menoscabos de todo orden, materiales y

morales, resultantes de haberse seguido manifestaciones contractuales frustradas."

"...la comentada indemnización debe ser integral, o sea comprensiva del daño emergente y el lucro cesante provocados por la ineficacia de las negociaciones, es decir unidos por una relación causal adecuada al hecho definido como el generador de responsabilidad, entendiéndose que por el primero de aquellos conceptos - daño emergente - el damnificado podrá demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones, mientras que a título de ganancias frustradas habrá lugar a reclamar beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir en razón de las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de la otra parte, este último teniendo en cuenta, obviamente que no se trata de lucro cesante por incumplimiento de la propia relación negocial proyectada, pues la utilidad de esa naturaleza integra sin duda el interés positivo de cumplimiento que tal como se advirtió antes, presupone un contrato ab-initio válido y perfecto - sino de la pérdida que significa el que, por haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado, se haya abandonado una posición económicamente favorable y existente en realidad al momento del evento dañoso v. gr. la posibilidad cierta de celebrar otro contrato distinto."

"...ante acciones del tipo de la única que puede entenderse deducida en este caso, no es factible acceder a la reparación del denominado daño compensatorio, pues el interés determinante para estos efectos no es el que se desprende del contrato como si se hubiese perfeccionado válidamente sino el interés negativo o de confianza ordenado a compensar integralmente cualquier perjuicio resultante de haber seguido una negociación estéril."⁴

61.- En la jurisdicción contencioso administrativa, la jurisprudencia ha estimado que cuando se anula el *acto de adjudicación*, el contratista tiene derecho a reclamar como lucro cesante la utilidad que podría haber devengado si el contrato se le hubiese adjudicado, razón por la cual en este caso no solo se exige acreditar la ilegalidad de la adjudicación sino demostrar que el contrato debía adjudicarse al demandante por haber presentado la mejor propuesta. Se parte de considerar que el demandante tenía *derecho* a la celebración del contrato y por tal razón se estima que debe ser indemnizado de esa forma, punto en el cual se precisa que, aunque en la posición actual de la jurisprudencia se reconoce que tiene derecho a recibir el *total* de la utilidad esperada, esta posición no fue uniforme en el pasado.

En sentencia del 27 de noviembre de 2002, expediente número 13792, la Sección Tercera, con ponencia de la Consejera María Elena Giraldo, puso de presente la evolución que se dio en torno al tema hasta esa fecha, así:

<<Esta Sección del Consejo de Estado en una primera etapa consideró que quien no es adjudicatario de un contrato a pesar de haber presentado la mejor propuesta, fue privado ilegal e injustamente de la posibilidad de ejecutar el objeto del contrato y por ende de percibir las utilidades razonablemente esperadas, situaciones por las cuales debía ser indemnizado con el valor que hubiese percibido por utilidad, de haber celebrado el contrato. En sentencia proferida el día 9 de diciembre de 1985 la Sala dijo:

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia del 23 de noviembre de 1.989.

⁵ Sentencia de diciembre 9 de 1988. Expedientes acumulados 3528, 3529 y 3544. Actor: Francisco Eladio Gómez y otros.

“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 (...).

En la segunda etapa de evolución jurisprudencial, la Sala modificó el criterio anterior y así dijo, en sentencia proferida el 12 de abril de 1996, que la no adjudicación del contrato al proponente que tenía la mejor propuesta determinaba una indemnización equivalente al 50% de las utilidades que dejó de percibir y no del 100%; consideró que debía aplicarse el principio de valoración en equidad para determinar el quantum del daño, con fundamento en que tal principio opera en ausencia de la prueba del daño; que no era seguro que el proponente obtuviera toda la utilidad proyectada y que como el sujeto privado de la adjudicación no arriesgó su patrimonio en la ejecución de un contrato que no se celebró, no era acreedor de la totalidad de la ganancia esperada; afirmó:

“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

⁶ Sección Tercera Expediente 11.344. Actor: Miguel Castellanos Rodríguez. Demandado: HIMAT.

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% ()". (Subrayado por fuera del texto original)

Esa posición de la Sala ha sido reiterada en providencias posteriores, dentro de las cuales se menciona la sentencia proferida el 18 de mayo de 2007.

Cabe igualmente destacar que en sentencia proferida el día 15 de junio de 2008, por tratarse de un proponente que perdió la oportunidad de discutir su propuesta económica, de ser seleccionado y de celebrar el contrato, la Sala concluyó que la indemnización debía ascender al 20% de la utilidad que hubiera reportado de ejecutar el contrato, porcentaje que se fijó teniendo en cuenta que el actor NO PERDIÓ EL DERECHO a ser adjudicatario SINO LA OPORTUNIDAD de que se estudiara su propuesta económica, se le calificara ésta y se le adjudicara el contrato>>.

62.- La Sala no puede aplicar la pauta jurisprudencial vigente (otorgar el total de la utilidad esperada) porque es distinto el derecho del proponente cuando el contrato se ha adjudicado indebidamente y se ha celebrado con otro proponente porque en ese evento la licitación culminó, el contrato se celebró y el derecho que tenía el demandante se le otorgó indebidamente a un tercero. En este caso, sin embargo, está probado que ni siquiera se había hecho la *evaluación de los proponentes* razón por la cual - en la licitación - no estaba determinado que el demandante hubiese cumplido los requisitos del pliego para que su propuesta fuera admisible y menos que ella fuera la mejor.

63.- A juicio de la Sala, el derecho del proponente vencido a recibir el total de la utilidad que esperaba recibir por la *ejecución* del contrato, no sólo está sujeto a demostrar los anteriores presupuestos sino que depende también de otras condiciones que deben examinarse en cada caso: no puede asegurarse, frente a todos los contratos, que el proponente habría obtenido la utilidad indicada en su oferta, punto en el cual es razonable distinguir lo que puede ocurrir en un contrato instantáneo (la venta de equipos por ejemplo), de lo que puede ocurrir en una concesión a larga duración; su aplicación también depende del grado de *previsión* del monto de la utilidad que pueda tenerse a partir del pliego y de la propuesta presentada por el demandante; y, por último, es evidente que la hipótesis de la anulación del acto de *adjudicación* por ilegalidad es distinta de la hipótesis que aquí se trata, que es la revocatoria de la apertura de la licitación: cuando se anula la adjudicación está probado que la entidad decidió *contratar* con otra persona y es el derecho a la utilidad que se le otorgó a ésta se le cercenó al demandante.

⁷ Expediente 11.725. Actor: Sociedad Constructora BRUGUES y Cía. S.A. Ddo: COLPUERTOS.

⁸ Expediente 10.963; Actor: INGETEC S. A. e INGESTUDIOS S.A. Ddo: Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

64.- Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y particularmente las relativas a la justificación de la responsabilidad precontractual (el abuso del derecho y el comportamiento de buena fe en la etapa precontractual), el primer obstáculo para disponer la indemnización del demandante en este caso radica en el conocimiento que, desde el principio de la licitación, tuvieron los proponentes de las circunstancias que iban a impedir la celebración del contrato.

65.- Si bien es cierto que la entidad tenía la obligación de determinar todos los elementos del contrato a celebrar y particularmente prever las consecuencias de que Codensa fuera propietaria de la estructura, esta era una circunstancia conocida por los proponentes. Puede afirmarse que participaron en la licitación a sabiendas de esta circunstancia; que asumieron el riesgo de saber que era posible que no pudieran lograr el lucro esperado si esta dificultad no se superaba. Y también resulta plausible considerar que en este caso la obtención del lucro que reclama el demandante estaba afectado por la contingencia derivada de la legalidad del acuerdo municipal en el que se creó el impuesto de alumbrado y que servía de base para financiar el nuevo contrato: este era un riesgo que razonablemente podían prever los proponentes.

66.- En efecto, en el proceso está demostrado que, debido a la diferencia de criterios entre la alcaldía y el actual operador, la entidad consideró necesario modificar los aspectos técnicos y financieros del pliego, reajustándolos para que se incluyeran los costos por el uso de la red. Por tanto, expidió la Resolución número 105 de 22 de mayo de 2002, mediante la cual dispuso la suspensión temporal de la licitación y, en igual sentido, las Resoluciones números 123, 153, 233 y 266, todas del 2002, prorrogando sucesivamente el término de suspensión (cuaderno 6).

67.- Sobre el particular declaró el señor Héctor Armando Rubio Torres, contador público y asesor financiero de la licitación pública, quien sostuvo que la estructuración de la licitación partió de la base de que la infraestructura del alumbrado público de Zipaquirá pertenecía al municipio y bajo ese parámetro se realizó el flujo base de la operación. No obstante, mediante oficio de 17 de mayo de 2002, Codensa puso de presente al ente territorial la posesión que ejercía sobre la infraestructura del alumbrado público, por lo que el municipio se obligó a analizar la viabilidad financiera de la concesión, *“habida cuenta que los costos por utilización del sistema de alumbrado incrementaba o se incrementaban en forma que hacía inviable financieramente el proyecto”*. Por tal razón, el testigo dio cuenta de haber entregado el informe de replanteamiento financiero, con las modificaciones al costo del proyecto de alumbrado, en el que se determinó *“que para viabilizar el proyecto sin recurrir al gravamen de otros usuarios no regulados en el acuerdo 033 de 2001 (..) la facturación del impuesto de alumbrado [debía] correspond[er] a 22.354 usuarios del servicio de energía anexo No. 2 del estudio financiero 109 millones más la posible recuperación de cartera”* (fls. 314-317 c. 1).

68.- Tampoco es viable reclamar la aplicación automática de la jurisprudencia desarrollada en relación con la indemnización por la no adjudicación del contrato, sin considerar que en este caso no se había emitido el concepto del comité de evaluación que le generara al demandante la expectativa cierta de la adjudicación del contrato. Y lo cierto es que tampoco se acreditó que su propuesta cumpliera los requisitos previstos en el pliego para ser evaluada y que además pudiera considerarse como la mejor oferta.

69.- A solicitud del demandante se decretaron dos dictámenes periciales en el proceso, uno técnico y el otro financiero, que tenían como finalidad demostrar que la propuesta del consorcio era admisible, que era la mejor y acreditar el valor de la utilidad que esperaba recibir el demandante.

70.- En ambas experticias se concluyó que las dos propuestas presentadas en la Licitación Pública número 001 de 2002 por el Consorcio Alumbrado Público para Zipaquirá y Codensa tenían falencias de naturaleza técnica y financiera que podrían llevarlas a que no fueran admitidas o habilitadas.

71.- En este punto la argumentación de la sentencia de primera instancia también es defectuosa, pues en ella se desconoce que en el dictamen pericial financiero rendido por el perito Edgar Javier Erazo López, se señaló que *ninguno* de los proponentes cumplía con los requisitos del pliego y adicionalmente se indicó (sin fundamentación en ningún dictamen) que la propuesta de Codensa era inviable porque durante la primera etapa de la concesión arrojaba resultados negativos.

72.- El perito Jaime López Quintero, en cuanto a las especificaciones técnicas, señaló que el consorcio ofreció luminarias de 208/240 voltios, contraviniendo lo previsto en el ítem 6.1.2. del pliego, donde se requería una tensión nominal de 120/208/240 voltios. Así mismo, solo se consideró la referencia ROY ALFA, pero en el cuadro de características técnicas se tuvo en cuenta además la referencia CELSA S.A. con balasto de tensión de servicio 208/240. Agregó que ninguno de los proponentes cumplían con la tensión requerida, tampoco con las referencias y componentes, como ocurría con los certificados CIDET y las curvas de iluminación.

73.- En cuanto a la maquinaria, equipo y herramienta, la oferta del consorcio presentaba inconsistencias frente a la cantidad y permanencia durante la etapa de ejecución contractual, pues esta se consideró a 30 años y en los costos se hacía referencia a 20 años. Además el costo ofrecido era mayor al ofertado por Codensa.

74.- En relación con las cantidades y los precios de oferta para la repotenciación, reposición y expansión del sistema de alumbrado público, el consorcio ofertó una mano de obra más económica que la ofrecida por Codensa. No obstante, el perito dio cuenta de que se cometió un error al considerar las mismas luminarias de sodio para el desmonte y repotenciación. Y en la oferta de Codensa el costo de los materiales era más económico, pero omitía relacionar el alambre de reposición, lo que influía necesariamente en el flujo de caja.

75.- Según el dictamen, el valor de la propuesta de Codensa era en un 47% más económico que el presentado por el consorcio, pues aquella incluía un descuento en el cambio de la infraestructura del alumbrado de mercurio. Pero esta consideración no borra las anteriores relativas a la falta de idoneidad de las dos propuestas.

76.- El experto señaló que el consorcio contaba con una experiencia más específica en temas de concesión, que no tenía Codensa, aunque no allegó las hojas de vida del personal que utilizaría durante la ejecución del contrato. Empero, destacó que el pliego aceptaba la experiencia del proponente en contratos de operación.

77.- En resumen, concluyó que desde el punto de vista técnico ambas firmas presentaban inconsistencias significativas, por lo que ninguna cumplía con las condiciones del pliego.

78.- En el contenido del dictamen el perito se refiere a importantes falencias en la propuesta presentada por el consorcio. Entre ellas se resaltan las siguientes:

“Literal f.

Formulario No. 3, Especificaciones técnicas de las luminarias.

Comentario. En general se presenta la información, aunque el consorcio ofrece luminarias de 208/240 voltios (folios 38 y 41) contraviniendo lo especificado en los pliegos en el ítem 6.1.2 relativo a condiciones eléctricas, donde se requiere una tensión nominal de 120/208/240 voltios (S folio 48 del pliego).

Igualmente, las luminarias presentadas por el consorcio (S Folio 38) considera solo la referencia ROY ALFA, pero en el cuadro de características técnicas considera luminarias ROY ALFA y CELSA S.A. (folio 423 a 434), pero estas últimas consideran Balastros con tensión de servicio 208/240 V. (folio 423) contraviniendo el voltaje especificado en los pliegos con un voltaje de servicio de 120/208/240 V. (ver folio 53 de los pliegos), ítem situación por el voltaje de la luminaria (ver folios 423 y 605), lo cual cuestiona su total cumplimiento de acuerdo a lo exigido en los pliegos.

(..)

Literal f.

Formulario No. 12.

Cuadro de flujo de caja proyectado.

Comentario. Ambos proponentes presentan la información, pero en ambos casos de acuerdo a lo manifestado anteriormente, el flujo de caja proyectado queda incorrecto” (fls. 72-74 c. c).

Frente al dictamen anterior, la demandante solicitó aclaración y complementación y a la vez lo objetó por error grave. Es de anotar que en la objeción no se solicitaron pruebas.

79.- Al aclarar el dictamen el perito reiteró los incumplimientos de la propuesta del consorcio antes anotados, en los siguientes términos:

“Capítulo 6. Cuyo título del capítulo está definido como:

Especificaciones técnicas requeridas para el suministro de luminarias del contrato de concesión.

Y a renglón seguido se explica entre paréntesis el significado de este título así:

(Características técnicas mínimas exigidos por el Municipio de Zipaquirá que deben cumplir las nuevas luminarias y sus accesorios).

Lo que quiere decir que dicha tensión nominal debe ser cumplida por las luminarias y sus accesorios y que NO son datos consignados a título informativo como lo expresa el objetante.

Igualmente es importante tener en cuenta la segunda razón que expone el actor en su objeción al literal f formulario número 3 que dice:

2.- Que el perito confunde la tensión de servicio que tiene el sistema eléctrico de Zipaquirá a la tensión nominal del Balasto. El primero (tensión de servicio) se debe a diferentes voltajes que se encuentran en las redes eléctricas y el segundo (tensión nominal) es la tensión a la que funcionara las luminarias. Si se observa la tensión nominal de las luminarias (208/240 V) estas cumplen con las tensiones existentes en las redes eléctricas del Municipio de Zipaquirá.

Aquí el objetante reconoce que la tensión de servicio se debe a los diferentes voltajes que se encuentran en las redes y que la tensión nominal es la tensión a la que funcionarían las luminarias, cosa que está en concordancia con lo que el suscrito perito expresó en el dictamen inicial y que fue lo que NO cumplió el consorcio, ya que solo ofrece luminarias de 208/240 V”.

80.- El dictamen financiero también examinó los requisitos de las propuestas y excluyó la propuesta de Codensa con la consideración acogida por el Tribunal en la sentencia de primera instancia, según la cual en ella se preveía un flujo de caja negativo durante los primeros 12 años, por lo cual el perito concluyó que era inadmisibles en los términos del pliego.

Esta conclusión no encuentra soporte en la propuesta de Codensa, toda vez que examinado el flujo de caja calculado en ella se puede determinar que solo arrojaba resultados negativos durante los primeros dos años y no para el resto del período, cual no la hacía inviable (fl. 1957 c. 4, oferta Codensa).

81.- Con base en las pruebas obrantes en el expediente, la Sala no encuentra demostrado que la propuesta del consorcio demandante fuera admisible de acuerdo con los términos del pliego de la licitación, y, al no estar demostrado dicho presupuesto, es evidente que no puede prosperar su pretensión indemnizatoria, la cual requiere acreditar no solo que la propuesta del consorcio era admisible, sino adicionalmente que se trataba de la mejor.

82.- En relación con los perjuicios causados por la revocatoria de la licitación, la Sala advierte que los relativos al daño emergente (gastos en que incurrió el proponente para presentarse a la licitación) le fueron resarcidos conforme con lo ordenado en el mismo acto de revocatoria.

83.- Por las razones expuestas, **la Sala modificará la sentencia de primera instancia** para, en su lugar, declarar la nulidad de los actos administrativos acusados y negar el restablecimiento del derecho y la reclamación de perjuicios formulada en la demanda.

84.- Sin condena en costas por no aparecer causadas.

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

RESUELVE

MODIFICAR la sentencia de 26 de agosto de 2009, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para, en su lugar, disponer:

PRIMERO.- DECLARAR infundadas las excepciones propuestas por el demandado.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad de las Resoluciones número 306 del 25 de noviembre de 2002, mediante la cual se revocó la Resolución de apertura número 050 del 15 de marzo del mismo año del proceso licitatorio número 001 de 2002; y de la Resolución número 031 del 28 de enero de 2003, mediante la cual se confirmó en todas sus partes.

TERCERO.- REVOCAR el reconocimiento de perjuicios concedido en la sentencia de primera instancia y en su lugar **NEGAR** el restablecimiento del derecho pretendido en la demanda.

CUARTO.- Sin condena en costas.

QUINTO.- Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente a su Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

ALBERTO MONTAÑA PLATA

**RAMIRO PAZOS GUERRERO
IMPEDIDO**