

CONSEJO DE ESTADO - Sección Tercera / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Actos administrativos / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segunda instancia / COMPETENCIA - Segunda instancia. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho / COMPETENCIA - Cuantía. Pretensiones pecuniarias

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es competente para conocer, en segunda instancia, de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, que interpongan los sujetos afectados, contra actos administrativos proferidos por autoridades, siempre que su cuantía lo permita, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 en concordancia con el 132 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado. La parte actora presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución 3842 de 1998, "Por medio de la cual se declara desierta la licitación pública Nro. 08 de 1998", de la que de su simple revisión formal, se evidencia su naturaleza particular. Así mismo, se debe observar que el valor de las pretensiones pecuniarias, consignada en la demanda, es por valor de \$ 367'060.855, suma ésta que de sobra cumple con los requerimientos de las disposiciones citadas, relativos a la procedencia de la doble instancia. Por lo anterior, no le asisten dudas a la Sala, sobre su competencia para proferir la presente decisión.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION No. 3842 DE DICIEMBRE 21 DE 1998

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 129 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 132 / ACUERDO 58 DE 1999. CONSEJO DE ESTADO - ARTICULO 13

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procedencia. Presupuesto fundamental / ACTO ADMINISTRATIVO - Naturaleza jurídica / ACTO ADMINISTRATIVO - Manifestación unilateral de la voluntad de una entidad pública o un particular en estricto cumplimiento de funciones administrativas, capaz de generar efectos jurídicos frente a terceros, de manera independiente a la anuencia de estos

Presupuesto fundamental para la procedencia de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, es el de que estas se interpongan frente a actos administrativos y no ante simples manifestaciones de las administraciones públicas, carentes de efectos. Como consecuencia de ello, resulta necesario al juez de conocimiento de estas acciones, percatarse de tal situación; es decir, evidenciar que se trate de una manifestación unilateral de la voluntad de una entidad pública o un particular en estricto cumplimiento de funciones administrativas, capaz de generar efectos jurídicos frente a terceros, de manera independiente a la anuencia de estos. En el presente caso, la demanda se interpuso contra la Resolución 3842 de 1998 "Por medio de la cual se declara desierta la licitación pública Nro. 08 de 1998"; esta manifestación de la administración, de conformidad con lo establecido en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 es un acto administrativo; luego sin necesidad de revisar los elementos de este instrumento jurídico, no existen dudas sobre su naturaleza. En efecto, si se atiende a que a través de la declaratoria de desierta de la licitación, se está dando fin a esta, no existen dudas en que ello constituye una manifestación unilateral de la administración pública (contratante), que tiene efectos frente a terceros, en este caso, principalmente, en lo que respecta a los proponentes y participantes al interior de la misma.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 84 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 85 / LEY 80 de 1993 - ARTICULO 25 - NUMERAL 18

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Acto administrativo - ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Eficacia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Demanda. Presupuesto procesal. Copia auténtica acto administrativo / DEMANDA - Documentos / DOCUMENTOS ANEXOS - Original / DOCUMENTOS ANEXOS - Requisito indispensable. Copia auténtica del acto administrativo / DOCUMENTOS ANEXOS - Copia. Requisito no subsanable / FALLO INHIBITORIO - Procedencia. Aporte copia simple acto administrativo acusado

En efecto, la copia de la decisión administrativa cuestionada es un presupuesto procesal de la demanda, y no traerla al proceso ocasiona que el fallo sea inhibitorio. El precepto contenido en el artículo 139 consagra un requisito ineludible para que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prospere, puesto que la falta de la copia auténtica del acto administrativo en el proceso impide que el operador jurídico entre en el análisis de fondo y hace que el procedimiento adelantado ante la jurisdicción contencioso administrativa se torne ineficaz. No puede subsanarse el requisito traído por el artículo 139 del C.C.A. con la aportación al proceso de copia simple del acto administrativo demandado, en virtud a que éste exige que con la demanda el actor aporte “Una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución”. Adicionalmente, la misma disposición señala que se reputan copias hábiles las publicadas en los medios oficiales y si la publicación se ha hecho por otros medios, será necesaria la autenticación del funcionario correspondiente. Sólo en el evento en el que el acto administrativo no haya sido publicado o la autoridad deniegue la copia o la certificación sobre su publicación, el ordenamiento jurídico permite su no aportación al proceso siempre y cuando se expresen las anteriores circunstancias en la demanda, “con la indicación de la oficina en la que se encuentra el original o del periódico en el que se hubiere publicado, a fin de que se solicite por el ponente antes de la admisión de la demanda.” Como puede observarse, al proceso se allegó copia simple de la decisión demandada, razón por la cual la Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada, y por tanto, debe inhibirse.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 139

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil once (2011)

Radicación número: 88001-23-31-000-1999-00006-01(19003)

Actor: CONSORCIO LLANO POZOS LIMITADA

Demandado: GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DE SAN ANDRES

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 27 de julio de 2000, en la que se inhibió de emitir pronunciamiento de mérito sobre las pretensiones de la demanda.

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Sin perjuicio, de la anticipada calificación de acto administrativo¹ atribuible a la Resolución 3842 de 1998, *“Por medio de la cual se declara desierta la licitación pública Nro. 08 de 1998”*², el texto de ésta fue:

**“RESOLUCIÓN Nro. 3248 DE 1998
“(DICIEMBRE 21)”**

“Por medio de la cual se declara desierta la Licitación Pública Nro. 08 de 1998

“EL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, en uso de sus facultades conferidas por la Ley 80 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios y,

“CONSIDERANDO

“Que mediante Resolución 3109 de 1998 se ordena la apertura de la licitación Pública No. 08/98, cuyo objeto constituye “CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS DE OPTIMIZACIÓN DEL CAMPO DE POZOS DEL ACUIFERO DEL VALLE DEL COVE EN SAN ANDRÉS”, por parte del señor Gobernador del Departamento.

“Que mediante Acta Nro. 003 del 9 de noviembre de 1998 se produce la diligencia de cierre de urna y apertura de la licitación Nro. 08 de 1998.

“Que en fecha de 11 de noviembre de 1998, se produjo audiencia de aclaración de pliegos cuyo resultado es el adendo aclaratorio No. 01 de 1998, en el que se contiene la respuesta a las inquietudes planteadas a la administración.

¹ Este aspecto será revisado más adelante.

² Copia simple de ésta obra en el expediente Folios 52 a 55 del cuaderno 1.

“Que mediante acta Nro. 02 de Diciembre 1 de 1998, se produjo la diligencia de cierre de la Licitación Pública y apertura de urna, encontrándose las propuestas de las siguientes personas:

1. DARIO VARGAS SANZ
2. UNIÓN TEMPORAL ARY CONSTRUCTORES Y CIA LTDA. BOMBAS Y ASESORIAS LTDA.
3. CONSORCIO LLANOPOZOS LTDA. JOSE MARIA MENDIVIL
4. UNIÓN TEMPORAL INVERSIONES DARIEN LTDA. Y WILSON E, SOTOMONTES
5. UNIÓN TEMPORAL ALMATEC LTDA. HIDROELECTRIC DE COLOMBIA LTDA. LUIS OYOLA
6. LT. GEOPERFORACIONES Y MINERIA LTDA.

“Que mediante comunicación expedida por el Señor Gobernador en desarrollo de lo preceptuado en el artículo 273 de la Constitución Nacional en concordancia con lo contenido en la Ley 80 de 1993, y en particular lo preceptuado en el Decreto 287/96, se dio lugar a audiencia pública de adjudicación el día 18 de Diciembre de 1998.

“Que en desarrollo de la Audiencia se procedió a leer las observaciones presentadas por el proponente y la administración da respuesta a cada una de ellas de la siguiente forma:

“LT. GEOPERFORACIONES Y MINERIA LTDA, presentó objeciones de fecha de 11 de Diciembre del presente año (sic) se transcribe lo expresado haciendo las siguientes observaciones cuando hicieron la audiencia.. (sic) sin embargo en nuestra propuesta además de incluir los Once (11) ítems solicitados por ustedes, estamos adicionando cinco ítems más, como son bujes de grafito, sello mecánico para los motores, eje cuerpo tazones y anillos de desgaste y una tarjeta para el módulo de comunicación CU-3; esto se comprueba, comparando ítem por ítem de la siguiente forma...”

“...Con todo lo anterior y analizando,... consideramos que para la transparencia de la contratación es necesario que la licitación sea declarada desierta.

“Que la administración a (sic) parte técnica responde que se envió un adendo aclaratorio en el que se modifica (sic) en formulario Nro. 1 formulario e (sic) lista de cantidades (sic) los elementos que se separan del pliego, la propuesta fue descalificada porque se apartaba de lo que se estaba solicitando en el pliego y se explicó los pormenores técnicos que se llevo a (sic) cambiar las condiciones técnicas (sic).

“Que la segunda observación recibida por la Unión Temporal ALMATEC LTDA, HIDROELECTRIC DE COLOMBIA LTDA Y LUIS OYOLA en sus apartes se hace referencia a que la garantía de seriedad de la propuesta no fue expedida a nombre de la Unión temporal, pero adelante en el numeral jurídico numeral 6.5 (sic) se establece claramente que la póliza fue tomada con fecha de diciembre 1 al 31 del 98, expedida por seguros del Estado con un valor de \$96.400.000 y tomada y que reposa (sic) dentro de la documentación aportada... 2. Igualmente se mencionada que el certificado de constitución de la Unión temporal no se ajusta a los requerimientos de la ley 80 de 1993... sólo hay una carta de intensión (sic) de constitución temporal, ya que la

constitución como tal, se realizará posteriormente de acuerdo con los resultados obtenidos en la Licitación...” allí la Unión temporal hace referencia a la legislación que en la materia ha efectuado el Congreso.

“Que la Administración al respecto contesta a través del Comité Jurídico que en un documento de compromiso que la Unión Temporal dice presentar para la licitación entiende y de acuerdo (sic) artículo séptimo de la Ley 80 de 1993, los oferentes debe (sic) indicar participaciones a título de consorcio y unión temporal, solo en caso el caso de la unión temporal señalaran la participación y la extinción en el futuro de contrato (sic), pero desafortunadamente esa extensión de participación no se especificó o dejar (sic) perfectamente claro la actividad que va a realizar cada uno para poder proporcionar las responsabilidades (sic) de cada integrante. Por esta razón he recomendado a la administración que se ratifique en el concepto jurídico de excluir esta propuesta.

“Que a la observación presentada por la Unión Temporal inversiones Darién Ltda. extractando la solicitud del proponente aduce: 1. Favor revisar el formulario de cantidades de obra y precios. 2. Acerca de la memoria técnica realizar la aclaración. 3. La experiencia de los proponentes. 4. No se presentó cálculo de la capacidad residual de contratación. 5. La garantía de seriedad no fue expedida a nombre de la Unión Temporal, por error de la aseguradora, pero el día 14 estaremos enviando nota compromisoria.

“Que la Administración responde que en el organigrama está la descripción para el trabajo, pero este organigrama no define las áreas de competencia, se explica que la no presentación del programa de aseguramiento de calidad, no constituye causal de rechazo; pero tratándose de la experiencia, el proponente no presenta certificación de los trabajos que ha ejecutado, de manera que no debía calificarse este aspecto, por lo mismo el Comité Técnico recomienda el rechazo de la propuesta. En lo que atañe al Comité Jurídico, este considera que el proponente no cumplió con el aseguramiento de la seriedad de la propuesta, en virtud de que no se garantizó la seriedad de la misma, por lo tanto se ratifica el concepto de rechazar la propuesta presentada.

“Que la Unión Temporal Almatec Ltda, Hidroelectric de Colombia Ltda, Luis Enrique Oyola, presenta una objeción a la propuesta presentada por el Consorcio Llanospozos-josé Medivil sobre el recibo de compra de los pliegos de la Secretaría de Hacienda figura a nombre de la empresa Llanospozos(sic) y la oferta fue presentada por el consorcio mencionado.

“Que la administración a través del Comité Jurídico, responde que los pliegos de los términos de referencia es el ticket que le permite a una persona presentar propuesta en los pliegos de condiciones elaborados para esta licitación, en ninguna parte se establece la imposibilidad del oferente de ceder el derecho, bien sea parcial o total a participar, se estableció que el oferente debería adquirir el pliego de condiciones, lo que le da derecho a presentar una propuesta. Ese pliego que se adquiere por la compra de ellos, este comprador podrá a su juicio cederlo a varias personas que puedan presentar propuestas, de otro lado la póliza de garantía no presenta defecto, excepto que excedió el plazo inicialmente fijado, por esta razón la administración no puede excluir la oferta, el comité jurídico ratifica su concepto. El comité técnico

aduce que el proponente presentó por concepto de A.I.U. donde establece los costos, un divisor equivocado, si se utiliza el porcentaje real se corrige ese aspecto, lo que se debe tener en cuenta son los valores unitarios.

“Que el proponente Dario Vargas presenta documento de calificación con relación a los pozos certificados, expone que algunos se contienen en el certificado de la Cámara de Comercio, y otros puntos específicos contenidos en la observación y en el cuadro de si propuesta.

“Que la Administración ante este punto responde no anexa certificación de la entidad contratante, cronograma de control operacional del campo de pozos, considera el Comité que la propuesta es aceptable, más no cumple con la experiencia solicitada en el pliego.

“Que el señor Gobernador, debatido (sic) y respondido (sic) una a una las observaciones y en virtud de presentarse defecto en la presentación de las propuestas, que imposibilita la selección objetiva de acuerdo a lo debatido en la audiencia procede a declararla desierta por cuanto no se puede efectuar una selección objetiva, en virtud a lo contenido en el numeral 32 página 32 del pliego de condiciones, por los siguientes aspectos: a) ninguna propuesta es considerada hábil para la escogencia objetiva en los términos de la Ley 80 y el pliego por las razones expuestas en la evaluación, y en virtud a recalificación de propuestas, dando como resultado, lo considerado y decidido por el señor Gobernador y debatido ampliamente en la audiencia. b) Que la totalidad de las propuestas presentadas en desarrollo del proceso licitatorio adolecen de defectos, que impiden la selección objetiva y se apartan del pedimento realizado por la Administración dentro del pliego de licitaciones, resaltando la desviación en el acápite técnico y la presentación jurídica de las propuestas.

“Que el señor Gobernador acogiendo la recomendación de los Comités Evaluadores en la licitación, y por lo expuesto procede a declarar desierta la licitación pública número 08 de 1.998, teniendo como base los artículos 24, 25, 26, 29 y 30 de la Ley 80 de 1.998 (sic), los principios constitucionales que orientan las actuaciones administrativas y en particular los términos contenidos en el pliego de condiciones, por las razones expuestas en las consideraciones contenidas en esta Resolución.

“Que la aplicación de los pliegos de condiciones y en razón a las ofertas recibidas se hace imposible garantizar el deber de selección objetiva estipulado en el artículo 29 Ley 80/93.

“En mérito de lo anteriormente considerado,

“RESUELVE:

“ARTÍCULO PRIMERO.- DECLÁRASE desierta la Licitación Pública Nro. 08 de 1998 cuyo objeto lo constituyó la Construcción de las Obras de Optimización del Campo de Pozos del Acuífero del Valle del Cove en San Andrés Islas.

“ARTÍCULO SEGUNDO.- Notificado el contenido de dicha declaratoria por Estrado a los proponentes, e interpuestos los recursos de Ley, se entiende agotada la vía gubernativa.

“ARTÍCULO TERCERO.- La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición”.

II. LAS NORMAS INVOCADAS COMO VIOLADAS POR EL DEMANDANTE Y SU CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Constitución Política: Artículo 209.

Ley 80 de 1993: artículos 24.7, 24.8, 25.18, 26.1, 30.8, 30.11 y párrafo.

Decreto 855 de 1994: artículo 12

Decreto 287 de 1996: artículos 5 y 6.

1. El acto administrativo demandado es contrario al principio de eficacia consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política.

El actor señala, que el principio de eficacia se desconoce, cuando en un proceso de selección se desecha una propuesta calificada como óptima, pues ello denota que se persigue un fin distinto a la utilidad pública y ajeno a la legalidad que debe regir la actuación de la administración.

2. El acto administrativo demandado es contrario al artículo 24.7 de la Ley 80 de 1993 al incurrir en los defectos de ausencia de motivación y desviación de poder.

El demandante indica que la violación del artículo 24.7 de la Ley 80 de 1993 consiste en la falsa invocación de motivos por parte del Gobernador del Departamento de San Andrés cuando afirmó:

*“...en virtud a **recalificación** de propuestas, dando como resultado, lo considerado y decidido por el señor Gobernador y debatido ampliamente en la audiencia. b) Que la totalidad de las propuestas presentadas en desarrollo del proceso licitatorio adolecen de defectos, que impiden la selección objetiva y se apartan del pedimento realizado por la Administración dentro del pliego de licitaciones, **resaltando la desviación en el acápite técnico y la presentación jurídica de las propuestas**”.*

Señala el actor que en el proceso licitatorio no hubo ningún informe de recalificación de propuestas, del cual el Gobernador pudiera extraer el criterio objetivo de selección o desecho de las presentadas. Señala que aún en el caso de probarse en el proceso la existencia del mencionado informe, el inciso final del

artículo 5 del Decreto 287 lo prohíbe, pues en virtud del principio de preclusión, en la audiencia de adjudicación, culminatoria del procedimiento de selección, no se admite debate alguno sobre el alcance y contenido de los pliegos de condiciones o términos de referencia, ni nuevas observaciones al escrito de evaluación, documento que, como se ha demostrado, había sido emitido válidamente.

Tampoco se presentó desviación en el acápite técnico y presentación jurídica de las propuestas; este hecho se desprende del informe de evaluación en el cual se señaló:

*“Proponente No. 3: CONSORCIO LLANO POZOS - Y JOSE MARÍA MENDIVIL [...] Presenta coherencia en el programa de construcción y los cronogramas de utilización de personal y equipos. El organigrama y la organización técnico - administrativa es concordante con los cronogramas, **calificándose la propuesta como óptima.**”*

*“ANÁLISIS JURÍDICO. Subsección 6.3. PROPONENTE Nro. 3: CONSORCIO LLANO POZOS - Y JOSE MARÍA MENDIVIL CIODARO. Folio 11. [...] OBSERVACIÓN: **“cumple con los requerimientos jurídico (sic) establecidos en el pliego.”**”*

3. *El acto administrativo demandado contraría el artículo 25.18 de la Ley 80 de 1993, al desconocer que la facultad de declarar desierta una licitación es reglada.*

El actor indica que cuando la Gobernación se apartó de la objetividad que le impone el proceso de selección, para hacer prevalecer su propia voluntad, se alejó del interés público que domina el contrato estatal y, por tanto, incurrió en desviación de poder.

4. *El acto administrativo demandado vulnera el principio de responsabilidad que rige la actividad contractual del Estado.*

Este principio se vulneró, ya que el Gobernador, conociendo el contenido del informe de Evaluación de la propuesta, no adjudicó el contrato al único oferente que reunía las exigencias del pliego de condiciones contrariando el artículo 6 del decreto 287 de 1996, el cual le imposibilitaba efectuar nuevas evaluaciones. Se adoptó así, una resolución a todas luces ilegal y violatoria de los principios rectores de la contratación administrativa.

Por ende, la actuación de la administración se enmarca en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, disciplinaria y administrativa, como quiera que la

voluntad subjetiva no genera derecho y sólo produce consecuencias para quien la emite.

III. EL PROCESO DE PRIMERA INSTANCIA

La parte demandante, a título de pretensiones, a más de la declaratoria de nulidad del referido acto administrativo solicitó:

“SEGUNDA. *Que como consecuencia de la nulidad de la Resolución No. 3842 del día 21 de diciembre de 1998, se declare sin valor ni efecto legal la Declaratoria de Desierta de la Licitación No. 08 de 1998, para lo cual deberá disponerse la adjudicación del contrato de Construcción de las Obras de Optimización del Campo de Pozos del Acuífero del Valle del Cove en San Andrés, Isla, al proponente Consorcio **LLANO POZOS LTDA. - JOSE MARIA MENDIVIL CIODARO**, de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 08 de 1998, el INFORME de EVALUACIÓN y el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.*

“TERCERA. *Petición Subsidiaria. En caso de no ordenarse la adjudicación del contrato de Construcción de las Obras de Optimización del Campo de Pozos del Acuífero del Valle del Cove en San Andrés, Isla, al Proponente Consorcio **LLANO POZOS LTDA. - JOSE MARIA MENDIVIL CIODARO**, que se declare sin valor ni efecto legal la declaratoria de desierta de la Licitación Pública No. 08 de 1998 y en su lugar se disponga la emisión de Resolución motivada, en los términos del numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 o práctica de la Audiencia de que trata el numeral 10º del artículo 30, a elección de la Administración, para seleccionar contratista, de acuerdo con los parámetros establecidos en estatuto contractual de la Ley 80 de 1993.*

“CUARTA. *En virtud del principio de responsabilidad, que se declare patrimonialmente responsable a la Gobernación del **DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, por la emisión de la Resolución No. 3842 del 21 de diciembre de 1998, mediante la cual se declaró desierta la Licitación Pública No. 08 de 1998, y en consecuencia se le condene al pago de **TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CERO SESENTA MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS (\$367'060.855. 24) MONEDA LEGAL COLOMBIANA.**”*

El 19 de febrero de 1999 se admitió la demanda por el Tribunal Administrativo de San Andrés³ y se notificó a la entidad demandada. La apoderada del Departamento Archipiélago de San Andrés, en la contestación de la demanda⁴, se opuso a la totalidad de las pretensiones, admitió como ciertos algunos hechos,

³ Folio 138 del cuaderno 1.

⁴ Folios 145 a 151 del cuaderno 1.

otros sólo parcialmente y los demás como falsos. Señaló que al fijar el demandante el monto del lucro cesante futuro viola las disposiciones del Código Civil, como quiera que no manifiesta en que consisten los perjuicios de forma razonada, ni la base para establecer el monto reclamado. Subrayó, que Augusto Ramírez Moreno, como representante legal del Consorcio Llano Pozos Ltda, no está legitimado para adelantar el proceso ya que sus facultades están limitadas en el documento consorcial que textualmente dice: *“facultado para presentar y firmar la propuesta, y en el caso de salir favorecidos con la adjudicación, para firmar el contrato y tomar todas las determinaciones que fueren necesarias al respecto, con amplias u suficientes facultades.”* Se configura entonces, la excepción de fondo de indebida representación del demandante.

Afirmó que se deben desestimar las pretensiones del demandante al ser el acto administrativo ajustado al ordenamiento jurídico, al motivarse en el hecho de que en el proceso licitatorio las propuestas presentan errores que no permitieron que ninguna de las mismas se ajustara a los términos y condiciones contenidas en el pliego de condiciones estructurado para este fin. Además indica, que en el informe de evaluación se dejó constancia de que el Consorcio demandante no cumplía las condiciones del pliego por cuanto en el análisis técnico con relación a los precios unitarios descritos presentaban una desviación en lo que atañe al divisor.

Señaló que en la licitación se requería que se adjuntaran los estados financieros del oferente del año inmediatamente anterior, ello quiere decir, que cada proponente debía allegar la declaración de renta y los estados financieros de 1997, y esto no se reflejó en la oferta presentada, pues sólo aparece el estado de pérdidas y ganancia de enero a 31 de diciembre y la declaración de renta del año 1998, fecha posterior a la apertura de Licitación. Por el motivo descrito, otras propuestas obtuvieron un puntaje superior.

De igual modo, sostuvo que no es posible solicitar al juez administrativo como pretensión, el cumplimiento de una obligación de hacer porque con ello se vulneraría el principio de separación de poderes. Adicionalmente, puso de presente que existe una indebida acumulación de pretensiones, toda vez que no se sabe si la solicitud de indemnización es a título principal o subsidiaria, lo mismo ocurre con la petición de adjudicación.

Concluyó que no se vulneraron las disposiciones señalados en el concepto de la violación por el demandante, pues el acto de declaratoria de desierta de la licitación obedeció a los parámetros fijados en el ordenamiento jurídico, de tal forma que se trata de una decisión motivada y razonada.

Luego de agotada la etapa probatoria, la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión⁵, en los que ratificó lo afirmado en la demanda. Luego de analizar los diferentes testimonios recepcionados en el proceso arribó a las siguientes conclusiones: 1. Durante la audiencia de adjudicación tuvo lugar el alcance y contenido de los pliegos de condiciones formulados por la Gobernación de San Andrés; 2. No existió nunca durante el procedimiento de licitación un *“informe de recalificación”*; 3. No existen informes coetáneos o posteriores a la presentación del informe final de evaluación que indique la existencia de la llamada *“desviación en el acápite técnico y la presentación jurídica de las propuestas”*; 4. Lo probado denota la falta de motivación del acto administrativo. Adicionalmente, agregó que la resolución demandada vulneró el derecho de audiencia y de defensa consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

El 27 de julio de 2000, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, profirió sentencia,⁶ en la que se inhibió de emitir pronunciamiento de mérito por considerar que en el proceso se probó la excepción *“falta de legitimación en la causa por activa.”* El A quo sustentó dicha decisión indicando que el acuerdo consorcial otorgó facultades al representante legal del consorcio para firmar el contrato y tomar todas aquellas determinaciones que fueran necesarias con posterioridad a ese momento. Por ello, sostuvo que *“...le asiste la razón a la demandada, en cuanto al no haber sido adjudicado el contrato en virtud de la declaratoria de desierta de la licitación, éste no se firmó y por lo tanto el representante del consorcio no podía asumir aún atribuciones a nombre de éste, a menos que se hubiere reformado en ese sentido el acuerdo consorcial.”*

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN Y EL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

⁵ Folios 285 a 311 del cuaderno 1.

⁶ Folios 387 a 400 del Cuaderno 2.

El 21 de noviembre de 2000, la parte demandante interpuso recurso de apelación⁷ contra la sentencia referida. En él indicó, que no podía presentarse un fallo inhibitorio ya que los consorcios son entes que adquieren plena capacidad para contratar y por ende para ser representados judicialmente en los términos establecidos en el acuerdo consorcial. Vistas así las cosas, la forma como decidió el juez de primera instancia es el resultado de una aplicación restrictiva de la ley procesal y vulnera el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, por cuanto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en este caso tiene una caducidad de 30 días y no es posible reiniciarla bajo los mismos supuestos procesales.

El recurso fue recibido por el *a quo* y posteriormente trasladado para el conocimiento de esta Corporación, la cual lo admitió⁸. Las partes y el ministerio público guardaron silencio durante el término otorgado para alegar de conclusión.

El actor, en memorial de 14 de mayo de 2003 solicitó que se decretara de oficio la nulidad del proceso por falta de integración del litisconsorcio necesario, toda vez que, se omitió citar al señor José María Mendivil Ciodaro como integrante del consorcio demandante⁹. El 10 de Junio de 2010¹⁰, el despacho niega la solicitud de nulidad presentada por la parte actora señalando que el representante de una unión temporal o de un consorcio representa, para todos los efectos, a sus miembros, ello se desprende de la regulación contenida en los artículos 7 de la Ley 80 de 1993 y 87 del C.C.A.

V. CONSIDERACIONES

La sala confirmará la sentencia apelada, pero por razones distintas a las expuestas por el *a quo*; para efectos de adoptar una decisión definitiva, esta Sección procederá en primer lugar a analizar su competencia (punto 1); luego, estudiará la naturaleza jurídica del acto demandado y, (punto 2); posteriormente, se realizarán algunas consideraciones sobre la aportación al proceso de copia simple de la Resolución cuestionada (punto 3).

⁷ Folios 420 y 421 del Cuaderno 2.

⁸ Con auto de 11 de diciembre de 2000. (Folio 425 del cuaderno 2)

⁹ Folio 431 a 437 del Cuaderno 2.

¹⁰ Folio 439 a 442 del Cuaderno 2.

1. La competencia para conocer del caso objeto de estudio

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es competente para conocer, en segunda instancia, de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, que interpongan los sujetos afectados, contra actos administrativos proferidos por autoridades, siempre que su cuantía lo permita, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 en concordancia con el 132 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado.

La parte actora presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución 3842 de 1998, "*Por medio de la cual se declara desierta la licitación pública Nro. 08 de 1998*", de la que de su simple revisión formal, se evidencia su naturaleza particular¹¹. Así mismo, se debe observar que el valor de las pretensiones pecuniarias, consignada en la demanda, es por valor de \$ 367'060.855, suma ésta que de sobra cumple con los requerimientos de las disposiciones citadas, relativos a la procedencia de la doble instancia.

Por lo anterior, no le asisten dudas a la Sala, sobre su competencia para proferir la presente decisión.

2. La naturaleza jurídica del acto demandado.

Presupuesto fundamental para la procedencia de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, es el de que estas se interpongan frente a actos administrativos y no ante simples manifestaciones de las administraciones públicas, carentes de efectos¹². Como consecuencia de ello, resulta necesario al juez de conocimiento de estas acciones, percatarse de tal situación; es decir, evidenciar que se trate de una manifestación unilateral de la voluntad de una entidad pública o un particular en estricto cumplimiento de funciones administrativas, capaz de generar efectos jurídicos frente a terceros, de manera independiente a la anuencia de estos.

En el presente caso, la demanda se interpuso contra la Resolución 3842 de 1998 "*Por medio de la cual se declara desierta la licitación pública Nro. 08 de 1998*"; esta manifestación de la administración, de conformidad con lo establecido en el

¹¹ Sobre su naturaleza de actos administrativos se hará mención en el siguiente numeral.

¹² Artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo.

numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 es un acto administrativo¹³; luego sin necesidad de revisar los elementos de este instrumento jurídico, no existen dudas sobre su naturaleza.

En efecto, si se atiende a que a través de la declaratoria de desierta de la licitación, se está dando fin a esta, no existen dudas en que ello constituye una manifestación unilateral de la administración pública (contratante), que tiene efectos frente a terceros, en este caso, principalmente, en lo que respecta a los proponentes y participantes al interior de la misma.

3. La aportación al proceso de copia simple del acto administrativo demandado.

Un primer aspecto debe dilucidar la Sala: el referente a si el juez contencioso administrativo puede conocer del asunto que se somete a consideración teniendo en cuenta que con el escrito de la demanda no se anexó el original sino una copia simple de la Resolución 3842 de 1998. Esta circunstancia desconoce el artículo 139 del C.C.A.

En efecto, la copia de la decisión administrativa cuestionada es un presupuesto procesal de la demanda, y no traerla al proceso ocasiona que el fallo sea inhibitorio. El precepto contenido en el artículo 139 consagra un requisito ineludible para que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prospere, puesto que la falta de la copia auténtica del acto administrativo en el proceso impide que el operador jurídico entre en el análisis de fondo y hace que el procedimiento adelantado ante la jurisdicción contencioso administrativa se torne ineficaz.

No puede subsanarse el requisito traído por el artículo 139 del C.C.A. con la aportación al proceso de copia simple del acto administrativo demandado, en virtud a que éste exige que con la demanda el actor aporte *“Una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución”*. Adicionalmente, la misma disposición señala que se reputan copias hábiles las publicadas en los medios oficiales y si la publicación se ha hecho por otros medios, será necesaria la autenticación del funcionario correspondiente. Sólo en el evento en el que el acto administrativo no haya sido publicado o la autoridad deniegue la copia o la certificación sobre su publicación, el ordenamiento jurídico

¹³ “Art. 25. Del principio de economía. En virtud de este principio” ... “18La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.”

permite su no aportación al proceso siempre y cuando se expresen las anteriores circunstancias en la demanda, *“con la indicación de la oficina en la que se encuentra el original o del periódico en el que se hubiere publicado, a fin de que se solicite por el ponente antes de la admisión de la demanda.”*

Como puede observarse, al proceso se allegó copia simple de la decisión demandada, razón por la cual la Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada, y por tanto, debe inhibirse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero. CONFIRMÁSE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Isla de 27 de julio de 2000, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Presidente de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

ENRIQUE GIL BOTERO