

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

Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación : 250002326000199703862-01
Expediente : 32.434
Demandante: Herminso Pérez Ortiz
Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 4 de mayo de 2005 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección "B", en cuya parte resolutive dispuso (se transcribe como aparece a folio 176, C. Consejo):

"PRIMERO: Declarar la nulidad de la resolución No. 5422 del 7 de noviembre de 1996, proferida por el Ministro de Comunicaciones, por medio de la cual se declaró desierta la licitación pública nacional No. 01 de 1995, únicamente frente al Municipio de Ocaña (Norte de Santander), y solo a favor del señor Herminso Pérez Ortiz, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

"SEGUNDO: Declarar la nulidad la resolución No. 6066 del 17 de diciembre de 1996, proferida por el Ministro de Comunicaciones, por medio de la cual confirmó en todas sus partes lo decidido en la resolución No. 5422 del 7 de noviembre del mismo año, únicamente frente al Municipio de Ocaña (Norte de Santander), y solo a favor del señor Herminso Pérez Ortiz, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

"TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, condénese a pagar al Ministerio de Comunicaciones, a título de indemnización por los perjuicios causados al señor Herminso Pérez Ortiz, la suma de dos millones doscientos setenta y siete mil quinientos noventa y siete pesos (\$2.277.597.00).

"CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

"QUINTO: Para el cumplimiento de la sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

"SEXTO: Sin condena en costas".

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 17 de abril de 1997 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el señor Herminso Pérez Ortiz, actuando en nombre propio y directamente, formuló demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Nación – Ministerio de Comunicaciones (hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones), con el fin de obtener: (i) la declaración de nulidad de la resolución 5422 del 7 de noviembre de 1996, por medio del cual se "... declaró desierta la Licitación (sic) Pública (sic) Nacional (sic) No. 01 de 1995 ..." (fl. 1, C. Principal), (ii) la declaración de nulidad de la resolución 6066 del 17 de diciembre de 1996, mediante la cual se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución, (iii) el consecuencial restablecimiento del derecho a "... obtener la adjudicación de la concesión para prestar el servicio de radiodifusión sonora comercial en Frecuencia Modulada (F.M) en el municipio de Ocaña, Norte de Santander ..." (ibídem) y (iv) la condena a la reparación de los perjuicios ocasionados, por la pérdida de oportunidad de obtener una ganancia o utilidad en desarrollo de la concesión objeto de la mencionada licitación, "... durante el lapso comprendido entre el plazo previsto en el Numeral (sic) 10 del Pliego (sic) de Condiciones (sic) y la fecha en que efectivamente comience a funcionar la misma en razón del restablecimiento solicitado" (fl. 2, C. Principal).

En subsidio de las anteriores pretensiones, solicitó que se condenara a la demandada a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, por haber perdido la oportunidad de explotar económicamente la concesión durante el plazo de 10 años, contados a partir de la ejecutoria de la resolución de adjudicación, más 10 años adicionales por la prórroga automática, en los términos del artículo 36 de la ley 80 de 1993.

Además, solicitó la actualización de las condenas a la fecha de ejecutoria de la sentencia (fls. 1 y 2, C. 1).

2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden compendiar así:

2.1.- Mediante resolución 2978 del 17 de noviembre de 1995, el entonces Ministerio de Comunicaciones abrió la licitación pública nacional 1 de 1995, con el fin de otorgar en concesión el servicio de radiodifusión sonora comercial, en gestión directa, con cubrimiento zonal o local y en frecuencia modulada F.M., en 180 municipios o distritos de todo el país.

2.2.- La evaluación del proceso de selección estuvo sometida a los siguientes criterios: (i) experiencia (25 puntos), (ii) capacidad financiera y económica (25 puntos), (iii) vinculación con el municipio (25 puntos) y (iv) estructura de programación (25 puntos).

2.3.- El 11 de diciembre de 1995, el Ministerio realizó la audiencia de aclaraciones del pliego de condiciones y, con base en lo que allí se propuso, fue expedida la adenda 1 que modificó los numerales 1.10, 2.1, 3.3, 4.1.3, 4.1.4 (literales A y B), adicionó el numeral 4.2, eliminó el párrafo 4 (numerales 11 y 12) y aclaró los párrafos 4 y 5 del numeral 4.2 del anexo 2.

Asimismo, dice la demanda que el "22 de Diciembre de 1996" (sic) (fl. 5, C. 1), mediante resolución 3522, el Ministerio modificó el cronograma de la licitación y fijó como nueva fecha de cierre el 22 de enero de 1996.

Mediante adenda 2, el Ministerio modificó el numeral 1.4. del pliego, para permitir la consulta de éste hasta el mismo día del cierre, es decir, hasta el 22 de enero de 1996.

El 12 de enero de 1996 fue expedida la adenda 3, mediante la cual fueron modificados los numerales 4.1.1 y 4.1.2 del pliego.

El 16 de los mismos mes y año fue expedida la adenda 4, la cual modificó el literal A del numeral 4.1.1 del pliego de condiciones, relacionado con la experiencia de los oferentes.

2.4.- Al cierre de la licitación, presentaron propuesta para el municipio de Ocaña (Norte de Santander): (i) Herminso Pérez Ortiz, (ii) Agustín Macgregor Lobo y (iii) Miriam M. Cabrales Conde.

2.5.- Mediante resolución 227 del 26 de enero de 1996 se estableció un nuevo cronograma para la licitación, de modo que el plazo máximo para la adjudicación fue fijado para el 20 de marzo del mismo año; no obstante, el 9 de febrero de 1996 fue modificado el cronograma del proceso y se previó que la adjudicación se realizaría el 16 de abril de 1996 y que la licencia respectiva sería expedida el 24 de julio del mismo año.

2.6.- El demandante obtuvo el mayor puntaje en la ponderación de los factores de escogencia, con un total de 77.49 puntos sobre 100; además, no se realizó ninguna observación desde los puntos de vista técnico y jurídico.

2.7.- El 12 de abril de 1996, el entonces Ministro de Comunicaciones ad hoc suspendió el plazo para adjudicar la licitación por 60 días hábiles y, el 24 de junio del mismo año, suspendió el plazo de la adjudicación hasta la ejecutoria de la providencia que decidiera el recurso de reposición interpuesto contra el auto que suspendió provisionalmente los efectos jurídicos del decreto 1445 de 1995.

2.8.- El 7 de noviembre de 1996, el entonces Ministro de Comunicaciones expidió la resolución 005422, mediante la cual declaró desierta la licitación, con fundamento, en esencia, en que durante el proceso de selección se desconocieron los principios de publicidad, de igualdad, de transparencia, de objetividad, de economía, de celeridad, y de selección objetiva, por:

"... la ausencia reiterada y la publicación inoportuna, parcial e incompleta de información relevante para el debido y oportuno conocimiento de las reglas del proceso de licitación; (sic) el tratamiento discriminatorio entre los interesados; (sic) la elaboración de un pliego impreciso, incompleto y carente de reglas objetivas y justas -y en algunos casos inconstitucionales-, que garantizaran la presentación de las propuestas comparables y la escogencia objetiva de los concesionarios en forma igualitaria y equitativa; (sic) la introducción tardía de modificaciones al pliego y su incorrecta divulgación; (sic) el cambio de la forma de interpretar y aplicar los factores y criterios de evaluación y calificación, aún después de cerrada la licitación y conocido el contenido de las propuestas; (sic) la aplicación desigual de los mismos, (sic) y la repetida alteración de los cronogramas por fuera de los parámetros de la ley" (fl. 7, C. 1).

Expediente: 32.434
Actor: Herminso Pérez Ortiz.

2.9.- Antes de que quedara ejecutoriada la resolución que declaró desierto el proceso de selección, el Ministerio devolvió a los interesados las pólizas de seguros que habían constituido para garantizar la seriedad de los ofrecimientos, según consta en el oficio 487 del 7 de noviembre de 1996.

2.10.- El 19 de noviembre de 1996, el demandante interpuso recurso de reposición contra la resolución 5422 y formuló una recusación contra el Ministro del ramo.

La recusación fue rechazada y el recurso fue decidido negativamente mediante resolución 6066 (no precisa fecha).

3.- Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación.-

La parte demandante invocó los artículos 24 (numeral 5), 25 (numerales 2 y 18), 26 (numerales 3 y 4), 28 y 30 (numerales 4 y 8) de la ley 80 de 1993.

Sostuvo que el acto administrativo que declaró desierto el proceso de selección es contrario al artículo 30 de la citada ley 80, porque las razones que dieron lugar a la decisión no se ubican dentro de las hipótesis que la norma contempla para terminar de esa manera el proceso de selección.

En opinión del demandante, la aludida disposición prevé la posibilidad de declarar desierta la licitación únicamente por "... motivos o causas que impidan la escogencia objetiva ..." (fl. 11, C. 1), las cuales deben tener un carácter sobreviniente y, además, ser ajenas a la entidad que adelanta el proceso, pues no se compadece con el marco constitucional y legal que la entidad pública sea quien genere las causas que impidan realizar la escogencia objetiva del contratista.

Afirmó el demandante que, en este caso, las razones que expuso la entidad demandada para declarar desierto el proceso de selección son atribuibles exclusivamente a la conducta de la misma entidad, por lo cual se presentó una "... violación del Principio (sic) de Autovinculación (sic) ínsito en el Artículo (sic) 30 de la Ley 80 de 1993" (fl. 11 C. 1).

Pero, al margen de que las razones esbozadas fueran o no ciertas, las irregularidades señaladas por el Ministerio de Comunicaciones no impedían escoger al contratista en condiciones de objetividad, pues, en todos los casos, se trataba de "... situaciones no consolidadas que bien podían corregirse o rectificarse ..." (ibídem).

Destacó el demandante que el hecho de que en el aviso de prensa publicado el 23 de noviembre de 1995 "... no se hubiese señalado la fecha a partir de la cual podía consultarse el pliego de condiciones, cuando sí se determinaron las fechas de apertura y de cierre de la misma, no es más que una omisión insustancial y carente de importancia, máxime si se recuerda que la Resolución (sic) de Apertura (sic) fue publicada en el Diario (sic) Oficial (sic) el día 28 de Noviembre (sic) de 1995 y ésta sí contenía el señalamiento de la fecha referida" (fl. 12, C. 1).

Por otra parte, pese a que el Ministerio encontró probado que la venta de los pliegos de condiciones se produjo antes de la fecha señalada para el efecto, en opinión del demandante tal circunstancia por sí misma "... no significaba que real y efectivamente se hubiesen retirado pliegos antes de la oportunidad prevista" (ibídem).

Añadió que ninguna adenda fue emitida de forma extemporánea.

Pese a lo anterior, sostuvo el demandante que la entidad licitante, "... insólitamente, prohió la conclusión según la cual el no haberse permitido en el pliego que se reconociese y calificase la experiencia de los socios de sociedades por acciones devino en un trato discriminatorio; (sic) lo cual desconoce las normas del Código de Comercio y la doctrina vigente sobre las diferencias esenciales que existen en la relación de un socio con una compañía de personas y una compañía de capitales ..." (ibídem).

Asimismo, la exigencia de que el oferente estuviera vinculado con el municipio "... tampoco era discriminatoria porque no se trataba de adjudicar un contrato de obra pública o de un contrato cualquiera, sino de una concesión radial que la ley mira como instrumento para la promoción del desarrollo y la convivencia en los municipios, que es una razón suficientemente legítima y con fundamento constitucional ..." (ibídem).

396

Acerca de la censura del Ministerio referida a que en los pliegos no se previó puntaje para las condiciones técnicas, el demandante señaló que "... no toda Evaluación (sic) es per se ponderable y que el cumplimiento de las condiciones técnicas debía examinarse jurídicamente a la luz de la ley y de los decretos reglamentarios, el cumplimiento de las condiciones técnicas tenía que ver con la habilitación jurídica de las propuestas, pero no podía asignarse puntaje alguno en razón de ello" (fl. 13, C. 1), de modo que, de haberlo considerado, debió abstenerse de aplicar los instructivos internos y confidenciales en las evaluaciones.

Aseguró que las presuntas imprecisiones en los factores de evaluación no fueron objeto de cuestionamiento por parte de los oferentes, razón por la cual no había fundamento para declarar desierto el proceso (fls. 121 a 14, C. 1).

4.- La actuación procesal.-

Por auto del 30 de octubre de 1997, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera) admitió la demanda y ordenó la notificación personal de la providencia al entonces Ministro de Comunicaciones y al agente del Ministerio Público, dispuso la fijación en lista del negocio y solicitó los antecedentes de los actos administrativos cuestionados (fl. 22, C. 1).

4.1.- La contestación de la demanda.-

La parte demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, para lo cual señaló que los actos administrativos cuestionados se encuentran ajustados a la Constitución y a la ley.

Sostuvo que la decisión de declarar desierto el proceso de selección obedeció a las irregularidades que se presentaron durante la actuación administrativa contractual y a que el pliego de condiciones consagró disposiciones contrarias a la Constitución y a la ley que impedían realizar una escogencia objetiva del concesionario.

Aseguró que el proceso se desarrolló de forma irregular, porque se cometieron equivocaciones en la publicación del primer aviso de la licitación, se permitió

que los oferentes adquirieran los pliegos de condiciones antes de que entrara en vigencia la resolución que ordenó la apertura del proceso de selección y se omitió señalar en los pliegos los requisitos mínimos que debían cumplir los oferentes para participar en el proceso; de hecho, en el pliego no se podía establecer cuáles de los criterios eran susceptibles de calificación y cuáles no, pero, además, algunos de los requisitos mencionados por el pliego violaban preceptos constitucionales, como aquel que otorgaba puntaje al oferente por estar vinculado al municipio (fls. 31 a 41, C. 1).

5.- Los alegatos de primera instancia.-

5.1.- La parte demandante reiteró el concepto de violación de la demanda, en el sentido de que el proceso de licitación fue declarado desierto, sin que existiera una causa que impidiera la escogencia objetiva del contratista, razón por la cual solicitó al Tribunal que accediera a las pretensiones de la demanda (fls. 158 y 159, C. 1).

5.2.- La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

6.- La sentencia recurrida.

Mediante fallo del 4 de mayo de 2005, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera – Subsección "B") puso fin a la controversia, en primera instancia, en la forma consignada al inicio de esta providencia.

Para llegar a lo anterior, el Tribunal precisó que la demanda está orientada a develar las irregularidades en que incurrió el Ministerio de Comunicaciones dentro del proceso de licitación pública 1 de 1995, fundamentalmente porque la entidad pública modificó los criterios de calificación previstos en los pliegos de condiciones de forma secreta y confidencial y después del cierre del proceso.

Tal circunstancia fue reconocida por la misma administración en la motivación de la resolución 5422 de 1996, mediante la cual declaró desierto el proceso de selección, por cuanto en ella quedó consignado que la entidad licitante: (1) previó una forma diferente de dar cumplimiento a los numerales 9 y 10 del ítem 2.1 de los pliegos de condiciones, al exigir como presupuesto de cumplimiento

que se hubieran anexado las certificaciones o se hubiera acogido el proponente al decreto 2150 de 1995, (2) introdujo criterios imprecisos para determinar la aceptabilidad de la carta de presentación de la propuesta, (3) exigió que la garantía de seriedad del ofrecimiento fuera firmada, sin determinar si quien debía hacerlo era el tomador o el asegurador, (4) para calificar el factor experiencia introdujo criterios distintos a los previstos en el pliego de condiciones, (5) introdujo criterios nuevos para calificar la "... calidad de la experiencia y el tiempo de la misma ..." (fl. 171, C. Consejo), en la medida en que no se previó otorgar puntaje por experiencia inferior a un (1) año, (6) cualificó la prueba para acreditar la vinculación al municipio, (7) se modificaron las bases para asignar puntajes en lo que se refiere a la programación propia y a la programación zonal, (8) se crearon criterios para la formulación de la estructura de la programación, (9) se dispuso en forma discrecional la interpretación de los conceptos sobre programación propia, local y regional y (10) se modificaron los criterios para evaluar la capacidad financiera, la capacidad económica y los factores técnicos.

Precisó el Tribunal que las modificaciones no se hicieron a través de adendas, sino de forma confidencial, pues su contenido no fue dado a conocer a los proponentes, razón por la cual la entidad licitante vulneró el numeral 1.9 de los pliegos de condiciones, el numeral 1 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 y los principios de la buena fe y de la confianza "debida" (fl. 172, C. Consejo), lo cual condujo a que hallara estructurados los cargos de nulidad contra los actos administrativos cuestionados.

Por otra parte, el Tribunal estimó válidos dos de los factores que fueron considerados ilegales por el entonces Ministerio de Comunicaciones, específicamente, los referidos a la experiencia de las sociedades por acciones y la vinculación con el respectivo municipio.

Luego de analizar tales aspectos, el a quo estimó procedente "... declarar la nulidad de los actos cuestionados, en lo referente al Municipio (sic) de Ocaña, y solo en favor del actos, señor Herminso Pérez Ortiz, puesto que si no se hubieren (sic) violados las normas legales y del pliego, antes señaladas, y la adjudicación se hubiere (sic) hecho conforme a los criterios de evaluación previstos en el pliego, la propuesta hubiera (sic) sido adjudicada al señor Herminso Pérez Ortiz, para la concesión de la radioemisora comercial en FM

Expediente: 32.434
Actor: Herminso Pérez Ortiz.

para el municipio de Ocaña, en razón (sic) que su propuesta fue la que mayor puntaje obtuvo" (fl. 174, C. 1).

Enseguida, el Tribunal se pronunció respecto de la indemnización de los perjuicios por la pérdida de oportunidad de obtener una utilidad por la explotación de la concesión licitada, por el término que duraría la misma, es decir, por 10 años contados a partir de la fecha en que debió adjudicarse la licitación y por 10 años más, por la prórroga automática de la concesión (artículo 36, ley 80 de 1993).

La Sala analizó dos dictámenes periciales que fueron elaborados para cuantificar los perjuicios, pero los desestimó, el primero, porque para calcular la utilidad tomó como referencia los ingresos y egresos de la emisora Radio Santa Fe que funciona en Bogotá y, en opinión del Tribunal, no son los mismos ingresos los que espera recibir el concesionario de una emisora que opera en la capital de la República que los estimados por una emisora que funciona en la banda de frecuencia modulada en una ciudad intermedia como Ocaña; y, el segundo, porque las cifras expuestas no están soportadas, "... es decir, ... se mencionan una serie de cifras, sin demostrar la razón de ser de las mismas, por lo que tampoco es posible tener en cuenta este dictamen ..." (fl. 175, C. 1).

Ante la carencia de algún medio de prueba que permitiera cuantificar el perjuicio, el Tribunal optó por reconocer el monto de la garantía de cumplimiento, esto es, \$1'000.000.00, "... por cuanto si hubiere sido el actor quien no hubiere accedido a suscribir el contrato, a éste le correspondería reconocer dicho monto como indemnización a la entidad pública licitante ..." (fl. 175, C. Consejo). La anterior suma fue actualizada a la fecha de la sentencia de primera instancia (fls. 161 a 176, C. Consejo).

Ahora, mediante escrito del 27 de mayo de 2005, la parte demandante solicitó la adición de la sentencia de primera instancia, para que el Tribunal emitiera pronunciamiento expreso en relación con la objeción que, por error grave, formuló contra el dictamen pericial del 5 de diciembre de 2003, ya que en la parte resolutive de la providencia guardó silencio al respecto (fl. 183, C. Consejo).

Por auto del 26 octubre del mismo año, el Tribunal negó la solicitud de adición de la sentencia, por cuanto, en su opinión, en esta última fueron expuestas las razones que dieron lugar a que se desestimara el dictamen pericial rendido por el perito, de modo que, ante la prosperidad de "... dicha objeción, no era necesario que la Sala se pronunciara sobre los demás argumentos que fundamentaban la objeción ..." (fl. 192, C. Consejo).

7.- El recurso de apelación.-

La parte demandante interpuso recurso de apelación, para que se modificara la sentencia de primera instancia, en el sentido de que se accediera a las pretensiones indemnizatorias reconociendo la utilidad que esperaba recibir el demandante con la explotación de la frecuencia objeto de concesión y no simplemente con el reconocimiento del monto de la garantía constituida por el oferente.

Precisó el apelante que, si el Tribunal de primera instancia consideraba que el dictamen pericial inicial estaba incurso en error grave y que el dictamen rendido para acreditar la objeción no tenía la suficiente fuerza de convicción, debió decretar un tercer dictamen para establecer el *quantum* indemnizatorio. Por lo anterior, solicito que se decretara una prueba pericial para establecer el monto de "... los perjuicios patrimoniales (lucro cesante) y, subsidiariamente ..." (fl. 212, C. Consejo), que se declarara la nulidad de los actuado desde "... la sentencia de primer grado, con base en la causal sexta prevista en el artículo 140 del C. de P.C., para que el a quo rehaga la actuación, practique la experticia omitida, resuelva la objeción por grave error del primer dictamen y emita nuevo fallo" (ibídem).

La prueba en segunda instancia fue negada mediante auto del 13 de octubre de 2006 (fls. 216 a 219, C. Consejo), pero mediante auto del 2 de febrero de 2007 se accedió a correr traslado, por el término de tres (3) días, del escrito de aclaración y complementación del dictamen pericial (fls. 223 y 224, C. Consejo).

8.- La apelación adhesiva.-

Dentro de la oportunidad conferida por el ordenamiento jurídico, la parte demandada adhirió al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

El objeto de la impugnación adhesiva es que se revoque la decisión de primera instancia y que, en su lugar, se emita un pronunciamiento inhibitorio, porque no se convocaron al proceso a los terceros interesados en las resultas del mismo, "... en concreto, los otros proponentes que competían por la misma frecuencia, y que son mencionados expresamente por la demanda" (fl. 281, C. Consejo).

Advirtió que la inepta demanda debe ser declarada, aún de oficio, por parte del juez, porque así lo prevé el artículo 207 del C.C.A.

Señaló que, "Comoquiera que la parte demandante se apoya en (sic) acto de trámite (informe de evaluación previo a la licitación), no tiene mejor derecho ninguna de estas personas ..., por lo cual ellas están en igualdad de circunstancias respecto de la parte demandante. Debieron por tanto ser citadas, puesto que se busca definir a sus espaldas la suerte del mismo derecho que aquellos pretendían" (fl. 282, C. Consejo).

No obstante, sostuvo que en 2008 el Consejo de Estado (sentencia del 21 de mayo, exp. 32148) precisó que el informe de evaluación previo a la adjudicación no es un acto administrativo definitivo, sino un acto de mero trámite, "... porque no crea una situación jurídica particular ni le pone fin a una actuación administrativa. Por eso no se puede solicitar su nulidad ..." (fls. 283 y 284, C. Consejo) y, por lo mismo, "No puede la parte demandante reclamar derecho alguno con base en el informe preliminar, tal como está haciendo, puesto que fundamenta todas sus pretensiones con base en (sic) acto de trámite" (fl. 284, C. Consejo).

Mediante auto del 5 de diciembre de 2008 fue admitido el recurso de apelación adhesiva (fl. 293, C. Consejo).

9.- El traslado para alegar en segunda instancia y el concepto del Ministerio Público.-

Por auto del 13 de febrero de 2008 se corrió traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto (fl. 295, C. Consejo).

9.1.- La parte demandada, en su alegato, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, en el sentido de que se debe emitir pronunciamiento inhibitorio; no obstante, reiteró los argumentos de la contestación de la demanda referidos a que las pretensiones deben ser negadas, porque los informes preliminares de evaluación no le otorgaban derecho alguno al demandante (fls. 296 a 300, C. Consejo).

9.2.- La parte demandante reafirmó los argumentos expuestos en el recurso de apelación, en cuanto a que la Sala debe acceder al reconocimiento de la utilidad que esperaba percibir con la concesión.

Por otra parte, refutó las razones expuestas por el apelante adhesivo, para lo cual adujo que los demás participantes en el proceso de selección no estaban obligados a comparecer al proceso, porque la propuesta del demandante era la única que tenía, realmente, vocación de escogencia.

Asimismo, precisó que la parte demandada no desconoció o cuestionó los informes de evaluación sobre los cuales descansa la afirmación consistente en que la propuesta del demandante debió ser la favorecida con la adjudicación (fls. 301 a 303, C. Consejo).

El Delegado del Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES

I. La competencia

La Sala es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección "B" el 4 de mayo de 2005, por cuanto la cuantía del proceso fue estimada razonadamente en una suma no

inferior a \$300'000.000.00¹. Para la época de interposición de la demanda² y del recurso de apelación³, eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya cuantía excediera la suma de \$3'180.000.00⁴, monto que, como se puede observar, se encuentra ampliamente superado. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

II.- Oportunidad de la acción.-

La resolución 5422 de 7 de noviembre de 1996, por medio de la cual se declaró desierta la licitación pública 01 de 1995, fue confirmada mediante la resolución 6066 del 17 de diciembre de 1996, de modo que, como la demanda fue presentada el 17 de abril de 1997 (fl. 16, C. 1), es claro que ello ocurrió dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto, que era el término de caducidad previsto por el artículo 136 del C.C.A. (en vigencia del decreto-ley 2304 de 1989), para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de donde se desprende que la acción fue promovida oportunamente.

III.- Alcance y límites de los recursos de apelación.-

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵ ha precisado que el marco de competencia funcional, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por los recurrentes, pues son éstos los únicos que pueden calificar lo que les es desfavorable a sus intereses en la decisión impugnada, de suerte que los aspectos que no son objeto de análisis en los escritos de sustentación están excluidos del debate sustancial, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 357 del C. de P.C. (vigente para cuando fueron presentados tanto la

¹ Folio 15, C. 1.

² 17 de abril de 1997, fl. 16, C. 1.

³ 16 de mayo de 2005, fl. 178, C. Consejo.

⁴ Artículo 2º del Decreto 597 de 1988.

⁵ Al respecto, ver la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060.

demanda como el recurso de apelación)⁶.

La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, (sic) condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el proccsado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: *'tantum devolutum quantum appellatum'*"⁷.

En este caso, ambas partes (demandante y demandada) interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el primero de forma principal y el segundo de manera adhesiva, lo que implica que el asunto se halle exceptuado de la aplicación del principio constitucional "*non reformatio in pejus*" y pueda el juez de segundo grado decidir sin limitaciones, esto es, confirmar, revocar o modificar la decisión de primera instancia, pero únicamente dentro del marco conceptual y argumentativo que informan los respectivos recursos, pues, de lo contrario, se violaría el principio de congruencia.

La sentencia de primera instancia fue apelada por la parte demandante para que se modifique la condena y, en su lugar, se acceda a reconocer la utilidad que esperaba percibir durante la ejecución de la concesión.

Por su parte, el apelante adhesivo solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia para que, en su lugar, se emita un pronunciamiento inhibitorio, por cuanto no fueron citados al proceso los demás oferentes que participaron en la licitación declarada desierta y porque el informe de calificación emitido por el comité evaluador no genera derecho alguno a favor del demandante.

⁶ "Art. 357. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

"En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desgloses. Si el superior observa que en la actuación ante el inferior se incurrió en causal de nulidad que no fuere objeto de la apelación, procederá en la forma prevista en el artículo 143. Para estos fines el superior podrá solicitar las copias adicionales y los informes del inferior que estime conveniente.

"Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante" (negrillas fuera de texto).

⁷ Al respecto, ver sentencia C-583 de 1997, de la Corte Constitucional.

En el estudio de los puntos apelados se centrará el análisis de la Sala.

IV.- Análisis del recurso.-

Para desatar los recursos de apelación de forma coherente, la Sala analizará, en primer lugar, los fundamentos expuestos por el apelante adhesivo y, enseguida, resolverá el disenso planteado por el demandante.

a.- La comparecencia al proceso de quienes participaron en la licitación declarada desierta.-

En opinión de la Sala, la situación, desde el punto de vista estrictamente procesal, es distinta cuando se solicita la declaración de nulidad del acto administrativo que adjudica un contrato que cuando se solicita la declaración de nulidad del acto que declara desierto el proceso de selección.

En efecto, el acto administrativo que decide el proceso de selección con la adjudicación del contrato crea derechos y obligaciones tanto para la entidad pública como para el adjudicatario. Precisamente, por tal virtud del acto de adjudicación, el adjudicatario tiene el derecho a suscribir y ejecutar el contrato y a percibir la legítima utilidad que, en últimas, es el móvil - fin determinante que impulsa su voluntad (causa) para contratar con el Estado; por consiguiente, el adjudicatario se halla ligado en un vínculo jurídico inescindible en relación con el acto administrativo de adjudicación y, por lo mismo, puede resultar afectado con la sentencia que decide la legalidad de dicho acto.

De allí que para resolver de mérito el asunto, en esos casos, resulte indispensable vincular al proceso, además de la entidad pública que expidió el acto, al que resultó favorecido con la adjudicación, para garantizar así el derecho de defensa, en cuanto pueda pronunciarse sobre la legalidad del acto que lo beneficia; pero, obsérvese que el único sujeto que debe comparecer de forma obligatoria al proceso es el adjudicatario y no aquellos que, a pesar de haber participado en el procedimiento de selección, no resultaron favorecidos con el acto de adjudicación.

Esta Sección de la Corporación ha señalado, en múltiples ocasiones, que la única forma en que el adjudicatario puede defender sus derechos es a través de la comparecencia al proceso en el que se cuestiona la legalidad del acto administrativo del cual emerge, precisamente, el derecho en disputa y, por tal razón, se debe garantizar que el adjudicatario concurre al proceso, para evitar la vulneración del derecho de defensa.

Así, pues, el adjudicatario tiene la calidad de *litisconsorte* necesario, por cuanto los efectos de la decisión judicial se extienden no sólo a la entidad pública demandada, sino también al adjudicatario cobijado por las disposiciones del acto demandado y, por lo mismo, no se puede definir el debate sustancial sin la comparecencia de este último, tal como lo prevén los artículos 51 y 83 del Código de Procedimiento Civil.

En cambio, cuando el proceso de selección se define declarándolo desierto, el acto que así lo dispone no crea derechos ni obligaciones en relación con ninguno de los partícipes del procedimiento administrativo, tal como lo sostuvo el mismo apelante adhesivo. Todo lo contrario, impide que la actuación administrativa prosiga, de modo que enerva cualquier posibilidad de que sea celebrado el contrato; por consiguiente, cuando se cuestiona la validez de dicho acto por la vía judicial, no es necesaria la comparecencia de quienes participaron en la actuación administrativa fallida, porque no gozan de un derecho que pueda verse afectado como consecuencia de la decisión judicial, lo que significa que no existe un litisconsorcio necesario.

Admitir lo contrario implicaría que en los casos donde se cuestiona la validez del acto de adjudicación debieran vincularse, como legítimos contradictores, a quienes no resultaron favorecidos por dicho acto, porque, para efectos prácticos, se hallan en la misma situación jurídica quienes participaron en el proceso de selección declarado desierto y quienes no fueron favorecidos en el proceso de selección adjudicado a un determinado sujeto, pues, en uno y otro caso, el acto administrativo no les crea ningún derecho que pueda ser afectado por la decisión judicial.

Por lo anterior, la Sala considera que, en este caso, no era necesario que fueran citados, como legítimos contradictores, los partícipes del proceso de selección declarado desierto.

b.- La fuerza vinculante del informe de evaluación.-

La jurisprudencia de la Sala⁸ ha dicho que, cuando el demandante pretende obtener tanto la declaración de nulidad del acto administrativo de adjudicación, como la indemnización de los perjuicios causados por haber sido privado del derecho de ser el adjudicatario del proceso de selección, le corresponde, si quiere salir avante en sus pretensiones de condena, cumplir una doble carga procesal: de una parte, demostrar que el acto administrativo efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, acreditar que, efectivamente, su propuesta era la mejor y la más conveniente para la administración -en términos del servicio público-, es decir, que su propuesta era la que debía ser favorecida con la adjudicación, por cumplir la totalidad de los requisitos legales y de los contemplados en el respectivo pliego de condiciones, que es la ley del proceso de selección y la que materializa los criterios que informan el deber de selección objetiva, tal como lo dispone el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

En estricto sentido, los procesos de selección de los contratistas del Estado están concebidos para que, por regla general, culminen con el acto de adjudicación al proponente que presentó la oferta más favorable⁹, decisión que debe estar debidamente razonada y motivada; sin embargo, pueden sobrevenir circunstancias que impidan la escogencia objetiva y, en tal caso, el ordenamiento permite declarar desierto el proceso de selección mediante acto administrativo en el cual se señalen en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

Cuando el demandante cuestiona la validez del acto que declara desierto un proceso de selección y solicita la indemnización de los perjuicios causados por haber sido privado del legítimo derecho de ser adjudicatario del proceso de selección debe cumplir la doble carga procesal a la que se hizo alusión, párrafos atrás, esto es, demostrar la ilegalidad del acto, porque no se cumplían

⁸ Ver entre otras: sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 19.056; sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 13206; sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 14169; sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 17783; sentencia del 26 de abril de 2006, exp. 16041; sentencia del 11 de marzo de 2004, exp. 13355; y sentencia del 19 de septiembre de 1994, exp. 8.071, entre otras.

⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección "B", sentencia del 14 de octubre de 2011, exp. 20.811. En el mismo sentido, sentencia proferida por la misma Sala el 3 de mayo de 2013, exp. 23.734.

Expediente: 32.434
Actor: Herminso Pérez Ortiz.

los presupuestos contemplados por el ordenamiento jurídico para finalizar la actuación administrativa con la declaratoria de desierto del proceso de selección y acreditar que su propuesta era la mejor y la más favorable, en la forma que ya se enunció, si es que su pretensión consiste en el reconocimiento de la utilidad que dejó de percibir por ser privado del derecho a ser adjudicatario.

Sin embargo, es importante precisar que, según el caso, la prueba para acreditar que el demandante tenía la propuesta más favorable puede aducirse de distintas formas.

Por ejemplo, si quien demanda el acto de adjudicación es, conforme a los informes de verificación y de calificación de los factores objetivos de escogencia, el oferente ubicado en el segundo orden de elegibilidad, la carga de acreditar que su propuesta era la que merecía ser favorecida con la adjudicación se satisface con sólo acreditar que el proponente que resultó vencedor del proceso de selección no cumplía la totalidad de los requisitos contemplados en el pliego de condiciones, pues, precisamente, al hallarse probado que el adjudicatario no tenía la mejor propuesta, ha de entenderse que la que merecía ser favorecida era la situada en el siguiente orden de elegibilidad, salvo que en el proceso judicial aparezca probada alguna circunstancia que implique que tampoco al proponente ubicado en segundo lugar se le habría podido adjudicar el contrato.

Ahora, cuando el acto de adjudicación es demandado por un oferente distinto al ubicado en el segundo lugar, para obtener el éxito de las pretensiones económicas resulta indispensable probar, además de la ilegalidad del acto de adjudicación, que su propuesta era mejor y más favorable que todas las que le precedieron en el orden de elegibilidad, incluyendo, desde luego, la del adjudicatario, de modo que, en esta hipótesis, las pretensiones indemnizatorias se abren paso sólo si el demandante logra demostrar en el proceso judicial que la entidad estatal adjudicó el contrato a quien no tenía derecho a ello y, además, que ninguno de los otros oferentes podía tenerlo.

Pero, si se demanda la nulidad del acto que declara desierto el proceso de selección y quien lo hace es, conforme a los informes de verificación y de

409.

calificación de los factores objetivos de escogencia, el oferente ubicado en el primer orden de elegibilidad, basta con acreditar la ilegalidad del acto cuestionado para que emerja la prueba del derecho conculcado al demandante, salvo que en el proceso judicial aparezca probada alguna circunstancia que impidiera adjudicar el contrato a ese proponente.

Lo anterior significa que, a la luz de la actual jurisprudencia de la Sala, los informes de evaluación y calificación de las ofertas tienen, en principio, la suficiente fuerza probatoria para acreditar que el derecho a ser adjudicatario ha sido conculcado.

No desconoce la Sala que, tal como lo precisó el apelante adhesivo, el informe de evaluación constituye un acto administrativo de trámite o preparatorio (artículo 24, ordinal 7º, de la Ley 80 de 1993), que no vincula, con carácter obligatorio, al jefe de la entidad, quien es el encargado de dirigir y manejar los procesos de selección, tal como lo disponen los artículos 11 (ordinal 1º) y 26 (ordinal 5º) de la Ley 80 de 1993 y, por lo mismo, no hace parte de un acto administrativo complejo o de concurrencia de voluntades que conlleve una decisión administrativa definitiva o consolide derechos o situaciones jurídicas específicas a favor de alguno de los proponentes; pero, la Sala no puede desconocer la importancia que reviste dicho informe de evaluación como medio de prueba proveniente de la entidad demandada, que no ha sido cuestionado o reargüido por las partes en el presente proceso y en el que aquella acepta que, una vez ponderados los factores de escogencia contemplados en el pliego de condiciones, la propuesta presentada por el oferente ubicado en el primer lugar era la mejor y la más favorable para los intereses de la entidad.

En ese sentido, no es que el informe de evaluación genere un derecho a favor del proponente ubicado en el primer orden de elegibilidad, pero sí constituye un elemento de juicio que, salvo que se acredite en el proceso alguna circunstancia que impida valorarlo o que no se puede tener en cuenta o que, sencillamente, la calificación hecha no se ajustó a las condiciones del pliego, debe ser estimado por el juez para analizar la legitimidad del derecho alegado por el demandante.

Este, precisamente, fue el criterio que acogió el Tribunal de primera instancia cuando en el fallo recurrido señaló que "... si no se hubieren violado las normas legales y del pliego, antes señaladas, y la adjudicación se hubiere (sic) hecho conforme a los criterios de evaluación previstos en el pliego, la propuesta (sic) hubiera (sic) sido adjudicada al señor Herminso Pérez Ortiz, para la concesión de la radioemisora comercial en FM para el Municipio (sic) de Ocaña, en razón (sic) que su propuesta fue la que mayor puntaje obtuvo" (fl. 174, C. Consejo), haciendo alusión al informe de evaluación que obra en el proceso a folio 175 de la AZ 2.

Por lo anterior, para la Sala no son atendibles las razones esbozadas por el apelante adhesivo, en la medida en que la sentencia de primer grado consideró que el informe de evaluación constituía un medio de prueba válido para acreditar que el demandante tenía la mejor oferta, pero jamás señaló que generara, por sí solo, un derecho a favor de alguno de los proponentes.

Los demás aspectos relacionados con la declaración de nulidad de los actos demandados no fueron materia de apelación, razón por la cual la Sala no se referirá al respecto.

c.- La indemnización de los perjuicios causados al demandante.-

El demandante solicita que se acceda al reconocimiento de la utilidad que esperaba percibir durante el plazo de la concesión y la prórroga del contrato.

El Tribunal de primera instancia no halló probada la utilidad que esperaba recibir el demandante por la explotación de la frecuencia, razón por la cual accedió a reconocer el valor amparado por la garantía de seriedad del ofrecimiento prestada por el oferente.

El apelante principal insiste en que se debe reconocer la utilidad dejada de percibir y no el monto de la garantía de seriedad del ofrecimiento.

Al respecto, se debe anotar que la jurisprudencia de la Sala tiene determinado que cuando el daño consiste en la privación del derecho a participar en un proceso de selección legal, transparente y eficaz que condujera a una adjudicación válida, como cuando se declara desierto el proceso de

selección, sólo hay lugar a reconocer los gastos en que incurrió el oferente para participar en éste, siempre que aparezcan acreditados en el proceso.

Lo anterior, porque cuando se adelanta un proceso de selección irregular o ilegal, de él no puede derivarse una adjudicación legal y válida para ninguno de los participantes. En sentencia del 9 de diciembre de 1988¹⁰, esta Sección de la Corporación dijo (se transcribe textualmente como aparece en la providencia citada):

"Ordinariamente el licitante vencido pide la nulidad del acto de adjudicación por cuanto considera que su oferta era la más adecuada para la Administración y busca por todos los medios probar esa circunstancia; en otras palabras, que la adjudicación se hizo en cabeza de quien no presentó la propuesta más favorable y que la suya sí lo era.

"En tales condiciones, el debate procesal gira en torno a la calificación final hecha por la Administración, en la selección misma, y no en la forma como se desarrolló el procedimiento licitatorio. Implícitamente al circunscribir el debate sólo a ese extremo, se está aceptando la regularidad y legalidad del procedimiento previo a la selección misma.

"Lo precedente permite entender porqué el licitante vencido, que se crea en condiciones de demostrar que su propuesta era más favorable para la Administración, que la del favorecido con la adjudicación, pueda pedir, además de la nulidad de ésta, que se le indemnice en forma equivalente a lo que habría ganado si hubiera ejecutado el contrato. Teóricamente es como si ese licitante pidiera la celebración del contrato con él. Se dice teóricamente porque, en principio, la jurisdicción no puede imponerle a la Administración la obligación (de hacer) de celebrar un contrato con quien no quiere.

"Pero un licitante vencido puede pedir la nulidad de la adjudicación por haberse cumplido el proceso licitatorio irregularmente o con pretermisión de las formalidades legales. **En este evento no puede pretender que, como consecuencia de esa nulidad, se le adjudique el contrato o se le indemnice porque tenía derecho a esa adjudicación; porque y esto es obvio, la nulidad del procedimiento afectaría a todos los particulares en la licitación por igual y no sólo a los favorecidos con ella**" (negritas fuera del texto original).

Pero, cuando aparece probado dentro del proceso que el demandante ha sido privado del derecho de ser el adjudicatario del proceso de selección, la jurisprudencia actual sostiene que se debe reconocer, a título de indemnización, el ciento por ciento (100%) de la utilidad que esperaba recibir con la ejecución del contrato que no fue adjudicado o, en este caso, con la explotación de la licencia que no fue otorgada, siempre y cuando se pueda determinar el monto de la utilidad.

¹⁰ Expedientes: 3.528, 3.529 y 3.544.

Al respecto, en sentencia del 27 de noviembre de 2002, la Sala de la Sección Tercera se pronunció así¹¹ (se transcribe textualmente como aparece en la providencia citada):

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

(...)

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

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

(...)

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

No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que, si no existen los suficientes elementos de juicio para establecer el monto de la utilidad esperada¹², lo procedente es fijar la indemnización en el valor por el cual se prestó la garantía de seriedad del ofrecimiento, pues, así como la entidad estatal exige a los oferentes que presten una garantía o depósito con el fin de

¹¹ Expediente 13.792. En el mismo sentido, ver sentencia del 1° de marzo de 2006 (exp. 14.576), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

¹² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de enero de 1984, exp. 3230.

asegurar que el vencedor suscribirá el contrato adjudicado, dentro del término previamente señalado en el pliego de condiciones, "...so pena de quedar a favor de la entidad en calidad de multa el valor o garantía constituida para tal efecto..."¹³, debe acudir a la misma solución, por razones de equidad, en caso de presentarse la situación opuesta: "...Si la administración que se allana a cumplir puede hacer suya la garantía, no se ve por qué el adjudicatario dispuesto a hacerlo no pueda aspirar a un resarcimiento equivalente..."¹⁴.

En el sub - lite, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró que el demandante fue privado injustamente del derecho de ser el adjudicatario de la licitación pública 1 de 1995, porque el entonces Ministerio de Comunicaciones truncó ilegalmente el proceso de selección y la propuesta que presentó el demandante era la mejor y la más favorable para los intereses públicos, por lo que debió ser emplazado como adjudicatario. Es de anotar que tal aspecto no fue materia de la apelación por ninguna de las partes.

No obstante, el a quo optó por acceder a la indemnización de perjuicios tomando como referente el monto del amparo de la garantía de seriedad del ofrecimiento, pues, en su opinión, los dictámenes periciales practicados en el proceso no brindaban la convicción suficiente para establecer la utilidad que esperaba percibir el contratista.

En efecto, inicialmente, el perito designado calculó el costo de los equipos y la adecuación de las instalaciones, los ingresos y egresos para, finalmente, establecer la posible utilidad; no obstante, para calcular tales variables el perito tomó como referencias las tarifas y costos de Radio Santa Fé, emisora que funciona en Bogotá, en la frecuencia de amplitud modulada (AM), mientras que la licitación para la cual participó el demandante era por la radiodifusión sonora comercial, en gestión indirecta, con cubrimiento zonal en Ocaña (Norte de Santander) en frecuencia modulada (FM) (fls. 1 a 17, C. 5).

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem. En sentencia del 9 de diciembre de 1988 —exps. acumulados 3528, 3529 y 3544— sostuvo el mismo criterio al señalar que, "...cuando el licitante vencido no sólo ataca el acto de adjudicación por vicios del proceso licitatorio y los demuestra sino que, además afirma y prueba que su propuesta era la mejor para obtener, también, por razones de fondo o de sustancia, la nulidad del acto de adjudicación, tiene pleno derecho a demandar y obtener a título de restablecimiento del derecho, la indemnización del lucro cesante representado en la utilidad que hubiera obtenido si se le hubiera adjudicado el contrato o, cuando menos, el monto por el cual se prestó la garantía de seriedad..."

El demandante objetó el dictamen pericial, por error grave y, para acreditar el yerro, solicitó la práctica de un nuevo dictamen pericial.

En la nueva experticia, la auxiliar de la justicia escogió como referencia para realizar los cálculos la emisora Rumba Estéreo FM, de Ocaña (Norte de Santander), pero incluyó algunos datos respecto de los cuales no precisó la metodología utilizada, así como algunas cifras respecto de las cuales no explicó su fundamento.

La parte demandante solicitó la aclaración y complementación del dictamen pericial, pero el Tribunal, a la luz de los criterios que informan la sana crítica y la libre apreciación de la prueba, estimó que no tenía la suficiente fuerza de convicción.

En sentir de la Sala, las razones que expuso el Tribunal de primera instancia para apartarse de las conclusiones consignadas en ambos dictámenes periciales son válidas, pues el trabajo no se hizo con unos parámetros claros, cimentados en los datos consignados en los pliegos de condiciones de la licitación y en la propuesta presentada por el demandante, lo cual constituye motivo suficiente para desestimarlos.

Pero, a lo anterior hay que añadir que, dentro del proceso, no existen los suficientes elementos de juicio para determinar con algún margen de certeza la utilidad que esperaba percibir el demandante con la explotación de la licencia de radiodifusión sonora comercial en frecuencia modulada (FM), en el municipio de Ocaña (Norte de Santander), pues la propuesta que presentó al mencionado proceso de selección (ver folios 195 a 286, cuaderno de pruebas 4) se limita, en cuanto a los aspectos económicos y financieros, a mencionar el valor de la inversión inicial del proyecto, es decir, a señalar los costos de los equipos de radiodifusión, de los equipos de oficina, de las adecuaciones de las instalaciones donde funcionaría la emisora, de la licencia inicial, de la instalación de los equipos y, en general, de la puesta en funcionamiento de la emisora (ver folio 253, cuaderno de pruebas 4), pero no contiene un verdadero modelo de financiero que permita establecer cuál era, por ejemplo, el monto de la inversión periódica, el costo de los derechos que debía pagar por la licencia, los costos operativos, los gastos de personal, los costos por mantenimiento y por reemplazo de los equipos, los ingresos estimados y la

fuelle de los mismos (cuñas, pautas publicitarias y otros servicios, en función de los precios estimados de cada uno de ellos), los cuales resultaban imprescindibles para determinar, en últimas, la rentabilidad del proyecto, es decir, la utilidad estimada en función del capital invertido.

Ahora, en opinión de la Sala, no es procedente decretar una prueba pericial para cuantificar el perjuicio o condenar en abstracto para establecer el monto de la utilidad probable, ya que no existe un parámetro cierto al cual se pueda acudir para determinarla y cualquier ejercicio que se realice en tal sentido quedaría reducido al campo de la simple especulación, por lo cual se tornaría nugatorio el derecho que tiene el demandante de recibir la indemnización por la privación del derecho a ser adjudicatario.

Por lo anterior, lo procedente en estos casos, donde no es posible establecer con mediana certeza la utilidad esperada, es fijar la indemnización en el valor por el cual el demandante prestó la garantía de seriedad del ofrecimiento, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación, con fundamento en la equidad, como criterio auxiliar de la actividad judicial, todo lo cual tiene como finalidad evitar que el derecho a la indemnización se trunque por la imposibilidad de cuantificar el perjuicio.

A este respecto ha dicho la Sala¹⁵:

"En efecto, cuando las personas naturales o jurídicas, en forma individual o conjunta (consorcios o uniones temporales), presentan sus ofertas dentro de un proceso de selección que adelanta una entidad pública, los proponentes tienen la expectativa de ser escogidos para celebrar el contrato, ejecutar el objeto de las obligaciones en condiciones de normalidad y obtener una utilidad o ganancia en términos económicos. Por tal razón, no podría decirse que no se causan perjuicios cuando esa posibilidad se frustra por la ilegalidad de la actuación de la administración, porque nadie pretende celebrar y ejecutar un contrato sin procurar obtener, válidamente, un margen razonable de utilidad económica; por ello, el perjuicio inferido tiene las características de ser real y cierto, por consiguiente, indemnizable.

"Ahora bien, cuando la jurisprudencia de esta Sección optó por indemnizar los perjuicios tomando como referente el monto del depósito o la garantía de seriedad del ofrecimiento, no presumió el perjuicio, como lo sostuvo el a quo, porque, como se dijo, éste emerge con la vulneración del derecho o del interés tutelado por el ordenamiento jurídico; la Sala, en algunas oportunidades, ha acudido a esa solución con el único objetivo de valorar el daño causado, en aquellos casos donde, por ejemplo, la propuesta presentada por el oferente no discrimina la utilidad, por lo que, ante la

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "A", sentencia del 16 de agosto de 2012, exp. 19.216.

Expediente: 32.434
Actor: Herminso Pérez Ortiz.

ausencia de cualquier otro elemento de juicio del cual se pueda deducir el monto de la utilidad esperada, ha cuantificado el perjuicio en el equivalente al monto de la garantía de seriedad del ofrecimiento, aplicando la equidad como criterio para tasar la indemnización por el perjuicio inferido".

En ese sentido, la Sala modificará la decisión de primera instancia, pero únicamente para actualizar la condena impuesta, con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE¹⁶, para lo cual se tendrán en cuenta, como índice inicial, el correspondiente a la fecha en que fue proferida la sentencia de primera instancia (4 de mayo de 2005) y, como índice final, el del mes anterior a la fecha de esta providencia. Para hacer la actualización, se aplicará la siguiente fórmula:

$$V_f = V_h \times \frac{\text{Índice final (septiembre de 2016)}}{\text{Índice inicial (mayo de 2005)}}$$

Donde V_f es el monto actualizado de la utilidad, V_h es el valor a actualizar y los índices son los indicados en el párrafo precedente; así, aplicando la fórmula, se tiene:

$$V_f = \$2'277.597 \quad \times \frac{132.77}{83.02}$$

$$V_f = \$3'642.454,27$$

Total capital actualizado: **tres millones seiscientos cuarenta y dos mil cuatrocientos cincuenta y cuatro pesos con veintisiete centavos (\$3'642.454,27) M/CTE.**

V.- No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

¹⁶ Los índices de precios al consumidor fueron tomados de la página web <https://www.dane.gov.co/index.php/precios-e-inflacion/indice-de-precios-al-consumidor>. Consulta realizada el 10 de octubre de 2016.

FALLA:

Primero.- MODIFÍCASE el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 4 de mayo de 2005 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera – Subsección "B"), el cual quedará así:

"TERCERO: CONDÉNASE a la Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (antes Ministerio de Comunicaciones) a pagar a Herminso Pérez Ortiz, a título de indemnización de perjuicios materiales, la suma de **tres millones seiscientos cuarenta y dos mil cuatrocientos cincuenta y cuatro pesos con veintisiete centavos (\$3'642.454,27) M/CTE.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia".

Segundo.- CONFÍRMANSE los demás ordinales de la parte resolutive de la sentencia proferida el 4 de mayo de 2005 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera – Subsección "B").

Tercero.- Para el cumplimiento del fallo se dará aplicación a lo dispuesto por los artículos 177 y 178 del C.C.A.

Cuarto.- EXPÍDANSE copias de esta sentencia, con destino a las partes, con las precisiones establecidas por el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Quinto.- Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HERNÁN ANDRADE RINCÓN


MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA