



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Radicado número: 54001-23-31-000-2012-00230-02 (54550)
Demandante: Retromaquinas S.A.
Demandado: Municipio de Cúcuta
Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Nulidad de una resolución por medio de la cual la administración revocó directamente un acto de adjudicación de un contrato objeto de licitación pública. **Subtema 1:** Objeto del recurso de alzada y competencia funcional del juez de segunda instancia. **Subtema 2:** La configuración y naturaleza del acto de adjudicación de un contrato estatal y la posibilidad de que la administración lo revoque directamente. **Subtema 3:** Acción de lesividad. **Subtema 4:** Actualización de la condena dictada en primera instancia

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el treinta y uno (31) de octubre de dos mil catorce (2014), en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El municipio de Cúcuta abrió una licitación pública, con el propósito de contratar la rehabilitación y el mantenimiento de una vía. Dentro del plazo previsto, Retromaquinas S.A. presentó propuesta. Una vez superadas las etapas concursales, la administración municipal adjudicó el contrato a la referida sociedad. Sin embargo, con posterioridad, revocó directamente el acto de adjudicación, al considerar que el proceso de selección se adelantó: con falencias en los estudios técnicos, sin que existiera las apropiaciones presupuestales requeridas y sin haberse registrado en el *banco de proyectos*. La parte actora persigue, en este contencioso, la declaración de nulidad de la resolución que revocó el acto de adjudicación con el que resultó favorecida y, en consecuencia, el reconocimiento de los perjuicios irrogados, pues —aseveró— aquella fue proferida con infracción de las normas en que debía fundarse y desviación de poder.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

2.1.1. El 25 de mayo de 2012¹, Retromaquinas S.A.² presentó, con fundamento en los hechos referidos en la síntesis del caso, **demandas en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho**, con la que, en síntesis, pretende: **(i)** que se

¹ Folios 2 a 16 del cuaderno 1.

² Folios 37 a 40 del cuaderno 1. Certificado de existencia y representación legal núm. 01OCR050915 del 9 mayo de 2012 expedido por la Cámara de Comercio de Cúcuta.



declare la nulidad de la Resolución 056 de 2012, por medio de la cual el municipio de Cúcuta revocó directamente el acto de adjudicación contenido en la Resolución 1393 de 2011 en favor de la sociedad demandante, declaró extinguida la situación particular y concreta creada, y denegó la posibilidad de interponer recursos administrativos; **(ii)** que, a título de restablecimiento del derecho, se ordene al municipio de Cúcuta suscribir el contrato objeto de la licitación pública adjudicada; **(iii)** que, en el caso de que no fuera posible lo anterior, por superación del objeto contractual, se condene al municipio de Cúcuta a pagar a la sociedad demandante la administración y utilidades que forman parte del AIU de la propuesta presentada y adjudicada, más los daños materiales, daños morales y pérdida de oportunidad, ocasionados con la ilegal decisión; y **(iv)** que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículo 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo (CCA).

2.1.2. La parte actora refirió, como **concepto de violación y normas violadas**, que la decisión de revocar directamente el acto de adjudicación: **(i)** no estuvo soportada en una inhabilidad o incompatibilidad de la firma adjudicataria, o en la ilegalidad de los medios para la selección del contratista, siendo estos los únicos supuestos que dan lugar a la revocación del acto de adjudicación (artículo 9 de la ley 1150 de 2007); **(ii)** transgredió el debido proceso y el derecho de defensa, toda vez que al ahora actor no se le permitió participar en el proceso revocatorio (artículos 14, 28, 34, 35 y 74 del CCA) y tampoco se le otorgó la posibilidad de recurrir el acto (artículos 29, 83 y 121 de la Constitución Política, y artículos 25.8 y 77 de la Ley 80 de 1993); y **(iii)** fue proferida con desviación de poder, comoquiera que la entidad territorial buscaba eludir su responsabilidad.

2.2. El trámite procesal relevante en primera instancia

2.2.1. El 26 de octubre de 2012³, el Tribunal **admitió** la demanda. Sin embargo, el auto admisorio se **notificó** el 5 de agosto de 2013⁴.

2.2.2. El 12 de agosto de 2013⁵, el municipio de Cúcuta **contestó** la demanda, con oposición a la totalidad de las pretensiones en ella formuladas; y propuso las excepciones de inepta demanda por deficiencia del concepto de violación y de indebida escogencia del medio de control. Como argumentos defensivos, arguyó que el ente territorial estaba facultado para revocar directamente el acto de adjudicación con el que la demandante había sido favorecida, toda vez que: **(i)** los estudios técnicos en los que se fundamentó el objeto contractual transgredieron el principio de economía, particularmente en los aspectos referidos en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993⁶; **(ii)** el proceso de selección se adelantó con inobservancia de las normas presupuestales prescritas en el artículo 14 del Decreto

³ Folios 60 a 62 del cuaderno 1.

⁴ Folio 86 del cuaderno 1.

⁵ Folios 90 a 98 del cuaderno 1.

⁶ LEY 80 DE 1993. "Artículo 25. Del principio de Económica. En virtud de este principio: [...] 7. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso. [...] 12. —numeral modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011—. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda".



111 de 1996⁷ y el artículo 12 de la Ley 819 de 2003⁸, toda vez que “*al no existir recursos disponibles en Bancos y no haberse generado los respectivos saldos no comprometidos durante el cierre de la vigencia fiscal 2011 y teniendo en consideración que el Acuerdo municipal 077 del 28 de diciembre de 2011, no facultó al alcalde a efectuar incorporaciones durante la vigencia 2012, a la fecha se hace necesario efectuar una nueva incorporación de recursos en la vigencia fiscal en curso, para lo cual se requiere contar con la autorización previa que para tal fin expida el Concejo Municipal*”; y (iii) el proyecto objeto de licitación nunca se registró en el banco de proyectos del municipio.

2.2.3. El 4 de julio de 2014⁹, la autoridad judicial de primer grado **abrió a pruebas el proceso**, y una vez concluida la etapa probatoria, **corrió traslado** a las partes y al Ministerio Público para que aquellas alegaran de conclusión y este rindiera concepto de fondo¹⁰.

2.2.4. El 10 de septiembre de 2014¹¹, la parte actora **alegó de conclusión**, con reiteración de lo argumentado previamente. La demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

2.3. La sentencia recurrida

El 31 de octubre de 2014¹², el Tribunal **dictó fallo de primera instancia** en el que resolvió:

«PRIMERO: Declárese no probada la excepción de indebida escogencia de la acción, propuesta por la entidad demandada [...].

SEGUNDO: Declárese la nulidad de la Resolución No. 056 del 27 de enero del 2012, proferida por el alcalde del Municipio de San José de Cúcuta, “Por medio de la cual se revoca en forma directa la Resolución No. 1397 del 29 de diciembre del 2011, por la cual se adjudica la licitación pública SIMLP 00-11-2011” [...].

TERCERO: Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se condena al municipio de San José de Cúcuta, a pagar en favor de la sociedad Retromaquinas S.A., a título de lucro cesante, la suma de trescientos dieciocho millones seiscientos sesenta mil setecientos ochenta pesos (\$318.660.780) [...].

CUARTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda [...].

QUINTO: Devuélvase a la parte actora los gastos ordinarios del proceso o su remanente, si lo hubiere.

⁷ DECRETO 111 DE 1996. “Artículo 14. Anualidad. El año fiscal comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción (L. 38/89, art. 10)”.

⁸ LEY 819 DE 2003. “Artículo 12. Vigencias futuras ordinarias para entidades territoriales. En las entidades territoriales, las autorizaciones para comprometer vigencias futuras serán impartidas por la asamblea o concejo respectivo, a iniciativa del gobierno local, previa aprobación por el Confis territorial o el órgano que haga sus veces [...]”.

⁹ Folio 117 del cuaderno 1.

¹⁰ Folio 123 del cuaderno 1.

¹¹ Folios 125 a 146 del cuaderno 1.

¹² Folios 148 a 158 del cuaderno principal.



SEXTO: El municipio de San José de Cúcuta deberá darle cumplimiento a lo previsto en los artículos 176 y 177 del CCA.

SEPTIMO: una vez en firme la presente providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor». (Negrilla incluida en el texto original).

2.3.1. Como fundamento de la decisión declarativa, el *a quo* consideró que las falencias en los estudios técnicos, la inexistencia de apropiaciones presupuestales y la omisión de registro en el *banco de proyectos* del municipio —expuestas como motivación de la resolución revocatoria del acto de adjudicación con el que la demandante había sido seleccionada— no encuadran en las dos causales previstas en el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 para proceder de esa manera¹³. Agregó que el municipio, tampoco, contó con la participación o el consentimiento previo de la firma adjudicataria para revocar el acto, como lo prescribían los artículos 14, 28, 34 y 35 del CCA. En tales condiciones, concluyó que *“el acto demandado fue expedido por el municipio contrariando el ordenamiento legal superior, configurándose la causal de nulidad denominada como infracción de las normas en que debía fundarse”*.

2.3.2. Sobre la decisión de restablecimiento del derecho, el Tribunal manifestó que no era posible ordenar la suscripción del contrato derivado de la licitación bajo análisis, pues *“los documentos que dieron lugar a la apertura y trámite de la citada licitación han perdido toda su actualidad y vigencia”*. Sin embargo, estimó que sí era procedente *“condenar al municipio al pago del perjuicio de lucro cesante consistente en el 100% de la utilidad esperada por la sociedad, negándose las demás pretensiones de indemnización de perjuicios por improcedentes”*.

2.4. El recurso de apelación

El 10 de marzo de 2015¹⁴, **el ente territorial demandado recurrió la providencia antedicha**, con el fin de que sea revocada y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda. Al punto, el libelista adujo:

2.4.1. Que las falencias en los estudios técnicos y la falta de apropiación de recursos obligaban al municipio a revocar directamente el acto de adjudicación para, con ello, cumplir con su deber de proteger el patrimonio público.

2.4.2. Y que, aun cuando el Tribunal basó su decisión en aspectos procesales, lo cierto es que, en el presente asunto, *“nos encontramos frente un vacío institucional y procesal, en cuanto al tema de la revocatoria de estos actos de poder”*. Por consiguiente, la Administración, con el fin de precaver un daño mayor derivado de la ausencia de recursos suficientes para la ejecución del contrato, debía sujetarse a los principios de planeación, economía y transparencia.

En tales condiciones, la entidad recurrente concluyó que *“al estar sustentado el tema de la procedencia de la revocatoria de la Resolución 1397 de 2011, no es nula*

¹³ Inhabilidad o incompatibilidad, o demostración de que el acto de adjudicación se obtuvo por medios ilegales.

¹⁴ Folios 161 a 164 del cuaderno principal.



la actuación de la administración y, por lo tanto, no es dable la petición de condena dineraria”.

2.5. El trámite procesal relevante en segunda instancia

El 22 de julio de 2015¹⁵, esta Corporación **admitió** el recurso formulado y, posteriormente, **corrió traslado** a las partes procesales y al Ministerio Público, para que aquellas alegaran y este conceptuara en esta instancia¹⁶. Las partes procesales y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. PROBLEMA JURÍDICO

3.1. De conformidad con lo establecido por la Sala Plena de esta Corporación en auto de unificación¹⁷ y debido a que la interposición del recurso de apelación *sub examine* se realizó el 10 de marzo de 2015, la segunda instancia del presente proceso debe adelantarse con atención de los preceptos contemplados en el artículo 320 del CGP, aplicable de manera supletoria al procedimiento contencioso administrativo conforme el artículo 267 del CCA, y que prescribe que “el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, *únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión*”. En estos términos, la apelación se centra en las decisiones adoptadas en la providencia recurrida y en su fundamentación; razón por la que el impugnante, al sustentar el recurso¹⁸, tiene la carga de exponer los desaciertos en los que hubiera incurrido el *a quo* al resolver el litigio planteado. Esta segunda instancia desatará la apelación en los precisos términos del artículo 328 del CGP.¹⁹

3.2. En el *sub examine*, el recurso de apelación fue interpuesto únicamente por la demandada. En consecuencia, la competencia funcional de la Sala se circunscribe a

¹⁵ Folio 189 del cuaderno principal.

¹⁶ Folio 191 del cuaderno principal.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 25 de junio de 2014, exp. 49299. “[...] según lo analizado, a partir de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, esto es, el 1^a de enero de 2014, en los eventos de remisión al Código de Procedimiento Civil, se entenderá que las normas aplicables serán las dispuestas en la nueva legislación procesal”.

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, auto de 30 de agosto de 1984, Gaceta Judicial No. 2415: «Si, como ya está dicho, la apelación es una faceta del derecho de impugnar, expresión ésta derivada de la voz latina “impugnare”, que significa “combatir, contradecir, refutar”, tiene que aceptarse que el deber de sustentar este recurso consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso; o sea, para expresar la idea con criterio tautológico, presentar el escrito por el cual, mediante la pertinente crítica jurídica, se acusa la providencia recurrida a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatoria o su modificación [...]. Cree la Corte que no pueda darse por sustentada una apelación, ni por ende cumplida la condición que subordina la admisibilidad de este recurso, cuando el impugnante se limita simplemente a calificar la providencia recurrida de ilegal, injurídica o irregular; tampoco cuando emplea expresiones abstractas tales como, “sí hay prueba de los hechos” u otras semejantes, puesto que aquellos calificativos y estas expresiones, justamente por su vaguedad e imprecisión no expresan, pero ni siquiera implícitamente, las razones o motivos de la inconformidad del apelante con las deducciones lógico-jurídicas a que llegó el Juez en su proveído impugnado».

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 23 de abril de 2021, expediente 48450: “[...] la Sala debe reiterar que la apelación se encuentra limitada a los aspectos indicados por la parte actora en su recurso, en tanto a través de ella se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial, por lo cual corresponde a los recurrentes confrontar los argumentos que el juez de primera instancia presentó para tomar su decisión con sus propias consideraciones, para efecto de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia [...]”.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-327 de 1995, criterio reiterado en la sentencia C-583 de 1997.



decidir sobre los cargos de la alzada²⁰. Así las cosas, le **corresponde a esa Colegiatura dar respuesta a los siguientes interrogantes:**

3.2.1. ¿Adelantar un proceso de selección con falencia en los estudios técnicos y sin existir las apropiaciones presupuestales requeridas constituye una violación de los principios de planeación y transparencia, que da lugar a la revocación del acto de adjudicación, sin la participación del directamente afectado, por la existencia de un vacío sobre el proceso a seguir?

IV. HECHOS PROBADOS

Para dar respuesta a los interrogantes formulados anteriormente, se procederá a revelar los hechos que, para ello, sean relevantes y que se encuentran plenamente probados, con base en documentos aportados en copia autentica, que hacen fe de lo que en ellos se afirma²¹, al haber sido suscritos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y que, por consiguiente, se constituyen como documentos públicos²².

4.1. El 5 de diciembre de 2011²³, de conformidad con los estudios previos realizados por la Secretaría de Infraestructura municipal²⁴, la alcaldesa de Cúcuta profirió la resolución núm. 1275 (**“Resolución 1275 de 2011”**), por medio de la cual: **(i)** ordenó la apertura del proceso licitatorio SIMLP011-2011, cuyo objeto consistía en la **“rehabilitación y mantenimiento avenida séptima de la vía panamericana desde la calle Ob hacia la glorieta de la cárcel modelo”**; y **(ii)** ordenó la publicación de los pliegos de condiciones en el *Portal Único de Contratación*²⁵. En dicho documento, dicha autoridad municipal dispuso además que:

*“[...] el presupuesto oficial estimado para los efectos derivados de la presente contratación asciende a la suma de **\$4.166.636.406,00**. Que existe la respectiva **disponibilidad presupuestal 02885 del 15 de noviembre de 2011 por \$4.166.636.406,00**, con cargo al rubro No. 13232309101 denominado **RECUPERACIÓN ADECUACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA MALLA VIAL DE LA CIUDAD VIGENCIA 2011**, expedida por el subsecretario área financiera de la Secretaría de Hacienda Municipal”.* (Negritas incluidas en el texto original).

4.2. El 13 de diciembre de 2011²⁶, Retromaquinas S.A. presentó oportunamente su **propuesta**, con un precio total de cuatro mil ciento sesenta y seis millones seiscientos diecisiete mil ciento sesenta y tres pesos (\$4.166.617.163) y que discriminó de la siguiente manera²⁷:

CONCEPTO	PRECIO
Valor costo directo (obras)	\$3.186.607.800,00
Administración 18%	\$573.589.404,00

²⁰ Apartado 2.4.

²¹ CPC. “Artículo 264. Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza”.

²² CPC. “[...] Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; [...]”.

²³ Folios 256 a 259 de la AZ.

²⁴ Folios 476 a 491 de la AZ.

²⁵ Folios 260 a 352 de la AZ (pliegos de condiciones).

²⁶ Folio 236 de la AZ.

²⁷ Folio 17 del cuaderno 1.



Imprevistos 2%	\$63.732.156,00
Utilidad 10%	\$318.660.780,00
Subtotal obras	\$4.142.590.140,00
Revisión y ajustes de diseños	\$20.712.951,00
IVA estudios 16%	\$3.314.072,00
Subtotal estudios	\$24.027.023,00
Costo total obras y estudios	\$4.166.617.163,00

4.3. El 13 de diciembre de 2011²⁸, la alcaldesa del municipio de Cúcuta efectuó, en audiencia pública, el **cierre del proceso de selección** y advirtió que en este solo participó Retromaquinas S.A.

4.4. El 20 de diciembre de 2011²⁹, el Comité Evaluador designado por el municipio³⁰ presentó el **informe de evaluación** de los requisitos habilitantes y factores de ponderación de las ofertas, en el cual concluyó que Retromaquinas S.A. no solo actuó como único oferente, sino que, además, cumplió cabalmente con todos los requisitos para ser la adjudicataria del contrato en ciernes, de acuerdo con el pliego de condiciones.

4.5. El 29 de diciembre de 2011³¹, la alcaldesa del municipio de Cúcuta profirió, dentro de audiencia pública³², la resolución núm. 18970 ("**Resolución 1897 de 2011**"), por medio de la cual adjudicó la licitación pública SIMLP011-2011 a Retromaquinas S.A.

4.6. El 24 de enero de 2012³³, el alcalde del municipio de Cúcuta —quien inició una nueva administración— **comunicó** al representante legal de Retromaquinas S.A., mediante oficio 1000-00913, que, "*de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CCA y en cumplimiento del procedimiento dispuesto en el artículo 74 del CCA*", procedería a revocar directamente la Resolución 1397 de 2011, "*por la cual se adjudica la licitación Pública SIMLP011-2011*", por los motivos que bien resume el siguiente extracto de la decisión:

"[...] teniendo en consideración que dentro del proceso contractual se ha iniciado la correspondiente actuación administrativa de oficio, en atención a las observaciones hechas por diferentes organismos de control, respecto a la ocurrencia de manifiestas ilegalidades en el procedimiento de licitación pública que culminó con la expedición de la Resolución de adjudicación en favor del Consorcio [sic] que usted representa [...]"

4.7. El 27 de enero de 2012³⁴, el alcalde del municipio de Cúcuta profirió la resolución núm. 056 ("**Resolución 056 de 2012**"), en la que resolvió:

«Artículo 1º. REVÓQUESE DIRECTAMENTE la Resolución No. 1397 del 29 de diciembre de 2011, "*Por la cual se adjudica la LICITACIÓN PÚBLICA SIMLP011-2011 [...], a la empresa Retromaquinas S.A.*" [...].

²⁸ Folios 234 a 235 de la AZ.

²⁹ Folios 194 a 224 de la AZ.

³⁰ Folios 225 a 226 de la AZ.

³¹ Folios 18 a 20 del cuaderno 1 y folios 188 a 190 de la AZ.

³² Folios 89 a 92 de la AZ.

³³ Folio 21 del cuaderno 1.

³⁴ Folios 22 a 36 del cuaderno 1 y folios 96 a 109 de la AZ.



Artículo 2º. Como consecuencia del mandato del artículo anterior, declárese extinguida la situación de carácter particular y concreto que se originó con el acto que se revoca.

Artículo 3º. Comuníquese personalmente el contenido de la presente resolución, al representante legal de **Retromaquinas S.A.**, a quien previamente se le hizo la comunicación que ordena el artículo 28 del CCA en cumplimiento de la tramitación del procedimiento señalado en el artículo 74 del CCA.

Artículo 4º. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72 del CCA, en contra de la presente decisión no procede recurso alguno [...].

Artículo 5º. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición». (Negrilla incluida en el texto original).

4.7.1. La motivación que fundó la anterior decisión se remitió: a) a las observaciones que hizo la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública al proceso de contratación que dio lugar a la Resolución No. 1397 del 29 de diciembre de 2011: (la publicación extemporánea de las actas de aclaración de los pliegos de condiciones y el acta de riesgos, la limitación de los factores de selección al valor de la propuesta, la falta de observancia en los pliegos de condiciones de lo establecido en la ley 816 del 2003 sobre apoyo a la industria nacional, la exigencia de requerimientos que limitaban la participación de oferentes; el recurso irregular a vigencias futuras que no estaban autorizadas en el último año del periodo de gobierno); b) al contenido del oficio 6022 ISAS 2011 por medio del cual la Procuraduría Provisional de Cúcuta trasladó al Municipio de Cúcuta las observaciones formuladas en virtud del **INFORME DE LA PERSONERÍA MUNICIPAL DE CÚCUTA SOBRE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS LICITACIONES DICIEMBRE DE 2011**, la motivación del acto revocatorio de la Resolución 1397 de 2011 hizo amplia referencia al estudio que hizo el Contralor Municipal de Cúcuta, mediante **FUNCIÓN DE ADVERTENCIA** de fecha 18 de enero de 2012, de los estudios técnicos que soportaron a algunos procesos licitatorios, entre los que se hallaba el que culminó con la decisión materia de revocación, y en el que ese contralor advirtió sobre la ocurrencia de un proceso de licitación tramitado sin requisitos de ley; c) a la certificada falta de apropiación de recursos del crédito en dicho decreto, y la falta de registro del rubro 13232309101, denominado **“RECUPERACIÓN, ADECUACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA MALLA VIAL DE LA CIUDAD”**, en el banco de proyectos del municipio.

Los anteriores motivos, llevaron a la primera autoridad del municipio demandado a concluir:

Que la administración, en efecto, debe adelantar sus actuaciones con sujeción a la Constitución Política y la Ley, (SIC) es necesario revocar el acto administrativo de adjudicación, en consideración a que las actuaciones administrativas no se ajustaron a las disposiciones consagradas en la ley 80 de 1993 y la Constitución Política, y de conformidad con los numerales 1 y 2 del artículo 69 del CCA procede la revocatoria directa de la Resolución en comento [...].

[Y:]Que el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, faculta a las entidades estatales para revocar el acto administrativo de adjudicación de cualquier convocatoria pública [...] si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales [...].



Que en virtud de lo prescrito por el artículo 73 del CCA procede la revocatoria de un acto administrativo que tiene efectos particulares, sin que medie el consentimiento del afectado, cuando el mismo hubiere ocurrido por medios ilegales.

[...] Que los fines de la contratación estatal constituyen un marco de referencia para efectos de la interpretación de las normas del contrato y de los documentos contractuales. Una interpretación armónica de las normas que consagran el principio de selección objetiva de los concursantes implica analizar no solo la propuesta más favorable para la entidad, sino también aquella que se ajuste al interés general y a la eficaz prestación de los servicios públicos que busca la entidad estatal, los cuales constituyen un marco general de referencia para efectos de la interpretación de las normas del contrato y de los documentos contractuales.

Que la entidad debe cumplir con los principios de la función administrativa y de la contratación estatal y en especial los principios de legalidad, transparencia y de selección objetiva.

Que el ordenamiento jurídico específicamente el CCA ha previsto instituciones jurídicas que facultan a la administración pública para revisar sus propios actos y de encontrar que los mismos se ajustan a las normas que gobiernan el asunto decidido a través de ellos se proceda a su revocatoria de oficio o a petición de parte.

Que atendiendo las anteriores consideraciones el municipio estima pertinente proceder a la revocatoria del acto de adjudicación de la licitación pública, en observancia al principio de transparencia, planeación y responsabilidad que nos asiste dentro de la ejecución de los procesos contractuales.

Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 34 de la Ley 734 de 2002, son deberes de los servidores públicos, garantizar los mecanismos necesarios para la adecuada protección del patrimonio de la entidad, así como de los bienes de los cuales sea responsable.

[...] Que como consecuencia de los errores administrativos y por ser manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley, y no estar conforme con el interés público o social, es necesario revocar el acto administrativo de adjudicación, en consideración a que las actuaciones administrativas no se ajustaron a las disposiciones consagradas en el Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y los Decretos 2474 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009, y de conformidad con los numerales 1 y 3 del artículo 69 del CCA procede la revocatoria directa de la Resolución en comento». (Negrilla contenida en el texto original y subrayado añadido).

V. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

5.1. La Sala procederá a resolver los problemas atinentes al fondo de la *litis*, habida consideración de la competencia que le asiste para ello, en atención a lo dispuesto por los artículos 129³⁵ y 132.3³⁶⁻³⁷ del CCA, y al ejercicio oportuno que de la acción realizó la parte actora, ya que presentó demanda el 25 de mayo de 2012, esto es, dentro de

³⁵ CCA. “Artículo 129 [subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998]. *El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales administrativos [...]*”.

³⁶ CCA. “Artículo 132 [subrogado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998]. *Los Tribunales conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan Actos Administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales*”.

³⁷ En el *sub examine*, la demanda se presentó en el año 2012, época para la cual el salario mínimo era de \$ 566.700, por lo tanto, los 300 salarios mínimos equivalían a \$170.010.000, lo que supone que la sumatoria de todas pretensiones económicas de la demanda (referidas en el acápite correspondiente a la cuantía) que ascienden a \$1.342.250.184 supera el monto legalmente exigido.



los treinta (30) días hábiles³⁸ siguientes a la comunicación del acto impugnado³⁹, más el lapso de suspensión del término por la presentación de la conciliación prejudicial⁴⁰. Plazo preclusivo que corrió entre el 30 de enero de 2012⁴¹ y el 6 de junio de la misma anualidad⁴².

5.2. Para la época de los hechos, el procedimiento general que regía la contratación pública, aplicable a un municipio⁴³, como lo es el demandado, y particularmente la fase precontractual, se encontraba regulado, esencialmente, en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

En función de la antedicha normatividad, la adjudicación es una decisión de la Administración con la que acepta una propuesta presentada en un proceso de selección, siendo esta una manifestación de voluntad que obliga a la entidad y al adjudicatario a suscribir el contrato proyectado⁴⁴ (artículo 9 de la Ley 1150 de 2007). Que, al generar esa obligación mutua, por un lado, y excluir a los proponentes que no fueron seleccionados, por el otro, dicha manifestación unilateral de la voluntad de la Administración genera efectos jurídicos, y se configura así como un acto administrativo, como se desprende del artículo 24.7 de Ley 80 de 1993, de acuerdo

³⁸ CÓDIGO DE RÉGIMEN POLÍTICO Y MUNICIPAL. “Artículo 62. En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil”.

³⁹ CCA. “Artículo 87. De las controversias contractuales [subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998] [...] Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación [...]”.

⁴⁰ LEY 640 DE 2001. “Artículo 21. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 20. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”.

⁴¹ Aun cuando al plenario no se aportó prueba que permita establecer con exactitud la fecha en que se le comunicó a la sociedad actora la resolución que revocó el acto de adjudicación, lo cierto es que en la demanda se aseguró que tal comunicación se produjo el mismo día de su expedición, sin que sea posible que ocurriera antes. Por tanto, se tomará dicha fecha como base para calcular la caducidad de la acción. Al punto, se advierte que, si la comunicación del acto administrativo impugnando se surtió el viernes 27 de enero de 2012, el día hábil siguiente resulta ser el lunes 30 de enero de la misma anualidad, siendo este

⁴² En principio, el cómputo del término para la presentación oportuna de la presente acción vencía el 9 de marzo de 2012. Sin embargo, la parte actora presentó solicitud de conciliación prejudicial el 17 de febrero de 2012 (folio 41 del cuaderno 1), es decir, a falta de 16 días hábiles para el vencimiento del plazo preclusivo. En atención a que la diligencia se declaró fallida el 14 de mayo de 2012 (ibidem) y que el tiempo que restaba volvió a correr desde el día siguiente a esa fecha, el término para la presentación oportuna de la demanda se extendió hasta el 6 de junio de la misma anualidad. Por lo tanto, el escrito presentado el 25 de mayo de 2012, fue oportuno.

⁴³ LEY 80 DE 1993. “Artículo 10. Del objeto. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales. || Artículo 20. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley: || 10. Se denominan entidades estatales: || a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; [...]” (subrayado añadido).

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, exp 19936. “[...] el acto de adjudicación supone -desde una faceta positiva- la selección y por lo mismo la aceptación de la oferta que se estima la más conveniente y favorable con arreglo a lo dispuesto en los pliegos de condiciones y -desde una faceta negativa- la no adjudicación a los otros proponentes. || Sin embargo, conviene precisar que el acto de adjudicación, en tanto por él se acepta la oferta del oferente favorecido y se concluye el procedimiento licitatorio, en el derecho nacional, aunque no perfecciona el vínculo jurídico en tratándose del contrato estatal, es presupuesto sine qua non para la ulterior celebración del respectivo contrato, como que crea la obligación tanto para la administración como para el adjudicatario de elevar a escrito el acuerdo de voluntades. || De modo que la suscripción no es sino la formalización de la voluntad administrativa de la entidad licitante expresada a lo largo de ese proceso y de la del co-contratante que formuló la oferta seleccionada, en lo que Alessi llama “fase integrativa”, con el fin de lograr el perfeccionamiento del contrato en los términos del artículo 41 de la Ley 80. Con esta perspectiva, el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007 establece que el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario [...]”.



con el cual, en tal acto deben reflejarse las razones de hecho y derecho que llevaron a la escogencia objetiva del adjudicatario, y este deberá ser notificado personalmente al vencedor y comunicado a los demás participantes.

Este acto de adjudicación es irrecurrible en vía administrativa (artículo 77 de la Ley 80 de 1993) y, por regla general, es irrevocable (artículo 9 de la Ley 1150 de 2007). Sin embargo, esa última norma estableció, de manera expresa, dos (2) causales excepcionales que dan lugar a su revocación directa: **(i)** si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la celebración del mismo sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad, y **(ii)** si el acto se obtuvo por medios ilegales.

En tales condiciones, resulta forzoso concluir que el acto de adjudicación posee tres (3) características esenciales: **(i)** es un acto administrativo de carácter definitivo y de alcance particular; **(ii)** es irrecurrible por vía administrativa y, generalmente, irrevocable, con excepción de los dos casos enunciados con anterioridad; y **(iii)** obliga a las partes a suscribir el contrato adjudicado, de acuerdo con los términos y las condiciones referidas en el pliego de condiciones y la oferta presentada.

5.3. Esclarecida la naturaleza del acto administrativo de adjudicación y el control de su legalidad procedente en vía administrativa, se observa que, en el presente asunto el municipio de Cúcuta decidió revocar el acto de adjudicación que había favorecido a Retromaquinas S.A.⁴⁵, pues de acuerdo con lo advertido por la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, tomo en consideración, principalmente⁴⁶ que:

(i) la obra adjudicada no contaba con un diseño de pavimentos rígidos, ni una evidencia clara de las comprobaciones en las que se basó el estudio de suelos, y se apartaba de los estudios técnicos realizados en las especificaciones, sobre las excavaciones, la base, la subbase y los pavimentos, dejando al contratista la adecuación de los diseños;

(ii) por lo anterior, la adjudicación se oponía al artículo 25 numerales 7 y 12 de la Ley 80 de 1993, así como al artículo 3º de la Ley 1150 de 2007, y al artículo 3º del Decreto 2474 de 2008;

(iii) en el acuerdo con el que se aprobó el presupuesto del municipio para la vigencia fiscal del 2012 no se había aprobado un rubro con el que se cubrieran los costos del contrato, ni se facultó al alcalde para incluirlo en el presupuesto;

(iv) en las cuentas bancarias del ente territorial, en las que se habían consignado los fondos provenientes de un préstamo bancario, tampoco se encontraban los fondos necesarios para el pago de las obras; y que

⁴⁵ Apartado 4.7.1.

⁴⁶ A continuación, son resumidas las consideraciones relativas a los puntos en los que se centró el análisis del *a quo* (apartado. 2.3.1) y el cargo de la alzada que lo controvertió (apartado. 2.4.1), definiendo el problema jurídico de esta instancia (apartado. 3.2.1).



(v) el proyecto no se figuraba en el banco de datos del municipio, lo que, de acuerdo con la Ley 152 de 1994, le permitiría costear las obras con fondos de la Nación.

De conformidad con lo anterior, la entidad demandada adujo, en esta instancia, que el acto de adjudicación, además de afectar el patrimonio público, del cual ella debía ser garante, implicaba la obtención del acto de adjudicación por medios ilegales, lo que la facultaba para revocarlo sin el consentimiento previo del directamente afectado.

5.4. Sin embargo, para la Sala los argumentos referidos no son de recibo, en primer lugar, porque la protección al patrimonio público no fue una de las causales taxativas contempladas por el legislador para que procediera la revocatoria directa del acto de adjudicación, y, en segundo lugar, debido a que las falencias en los estudios técnicos de la licitación, los problemas presupuestales y la omisión de registro en el banco de proyectos no se concatenan con la causal consistente en el empleo de medios ilegales para la obtención del acto de adjudicación, como a continuación se expone.

La jurisprudencia, tanto constitucional⁴⁷, como contencioso-administrativa⁴⁸ ha sido pacífica en considerar en relación con la revocación de los actos administrativos que “el acto administrativo a que se refiere la parte final del inciso segundo del artículo 73 del Código Contencioso administrativo, es al acto ilícito, **en el cual la expresión de voluntad del Estado nace viciada bien por violencia, por error o por dolo**, no el acto inconstitucional e ilegal de que trata el artículo 69 del C.C.A., que habiéndose formado sin vicios en la manifestación de voluntad de la administración, pugna contra la Constitución o la ley... (...)... Ello explica por qué, en este caso, el acto administrativo de carácter particular puede ser revocado sin consentimiento del particular... (...)... El medio pues tiene que producir como resultado un acto administrativo **viciado en su consentimiento**, por vicios en la formación del acto administrativo y por esa vía es por lo que se puede llegar a la conclusión, se repite, de la revocación de tal acto, sin consentimiento del particular afectado, previa la tramitación del procedimiento señalado en el artículo 74 del C.C.A.” (resaltados fuera de texto).

Ninguna duda hay, respecto de la ilegalidad del acto de apertura de licitación que se profiere sin previa disponibilidad presupuestal certificada⁴⁹, pero su pretermisión, si la hubiere⁵⁰ no configura un vicio del consentimiento, sino una abierta contradicción a la

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-050 de 2017.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 16 de julio de 2002, Rad.: 23001-23-31-000- 1997- 8732-02 (IJ 029)).

⁴⁹ «*El registro presupuestal es la certificación de apropiación de presupuesto para el cumplimiento de las obligaciones de pago de los contratos, evitando, por una parte, que se realicen erogaciones que superen el monto autorizado en el presupuesto anual de la respectiva vigencia, y por otra, que se desvíen a otro fin los recursos destinados para atender los compromisos (artículo 71 del Decreto 111 de 1996, que compiló las normas orgánicas del presupuesto). En fin, con la disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal, se respeta el principio de la legalidad del gasto, que prohíbe realizar erogaciones por encima de los montos máximos autorizados por la ley anual de presupuesto y se asegura que se cuenta con los recursos necesarios que permitan atender el pago de los gastos derivados de las obligaciones contraídas.*»

⁵⁰ En este asunto, en la Resolución 1275 de 2011, con la que se abrió el proceso licitatorio que culminó con el acto revocado, se dejó constancia expresa de que existía “la respectiva **disponibilidad presupuestal 02885 del 15 de noviembre de 2011 por \$4.166.636.406,00**, con cargo al rubro No. 13232309101 denominado **RECUPERACIÓN ADECUACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA MALLA VIAL DE LA CIUDAD VIGENCIA 2011**, expedida por el subsecretario área financiera de la Secretaría de Hacienda Municipal” (apartado 4.1.)



ley. Por lo tanto, las consideraciones fiscales expuestas en la Resolución 056 de 2012 no daban lugar a su revocación.

Tampoco configuraban vicio con aptitud para afectar la legalidad de la contratación por afección del consentimiento el que se hubieren transgredido las reglas derivadas del principio de economía, que se establecen en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. Que el proyecto de obra objeto de la adjudicación se hubiere apartado de los estudios realizados previamente en relación con la conveniencia de la obra con anterioridad al inicio del proceso de selección⁵¹, o con la elaboración de unos estudios previos que permitieran establecer la viabilidad del proyecto, y su impacto social, económico y ambiental⁵², bien hubieran prestado motivo para provocar en el contencioso administrativo un juicio sobre la legalidad del acto de adjudicación, pero en modo alguno constituían vicios del consentimiento de aquellos que conforme a la ausencia de un análisis fundado de la conveniencia de las obras objeto del contrato adjudicado, con base en unos estudios previos a partir de los cuales fuera estudiada su viabilidad podrían —en gracia de discusión— traer consigo la nulidad del acto por infracción de las normas en que debería fundarse, pero en modo alguno el empleo de medios ilegales por su aptitud para viciar el consentimiento, con los que se hubiera obtenido la adjudicación del contrato, que es el supuesto material que conforme a la preceptiva del inciso segundo del artículo 73 del Código Contencioso administrativo faculta a la administración para la revocación directa del acto sin previo consentimiento del interesado⁵³.

Por lo anteriormente expuesto, se confirmará la sentencia apelada, en la que el *a quo* juzgó que, al no configurarse dicho presupuesto de revocación, el acto demandado incurrió en infracción de las normas en las que debía fundarse.

5.5. En todo caso, el carácter especialísimo de la revocación directa en materia precontractual no lleva consigo la desprotección o ausencia de mecanismos para que la Administración pueda excluir del ordenamiento jurídico el acto administrativo de adjudicación que considere, entre otros aspectos, que fue expedido con oposición de la Constitución o la ley, cause perjuicio al patrimonio público, o produzca un agravio injustificado a una persona. Para ello, de acuerdo con los artículos 85, 136.7 y 149 del CCA⁵⁴, la Administración podía acudir a la denominada acción de lesividad, a través

⁵¹ LEY 80 DE 1993. “Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio: [...] 7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso”.

⁵² LEY 80 DE 1993. “Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio: [...] 12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda. || Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño”.

⁵³ Valga aclarar que el cuestionamiento al análisis de la oportunidad y viabilidad de la obra objeto del contrato adjudicado, que motivó la revocación materia de este juicio de legalidad, en cuanto no controvierte la existencia de unos estudios ni de su publicación, tampoco implica una violación a los artículos 8º de la Ley 1150 de 2007 y 3º del Decreto 2474 de 2008 —citados en el acto revocatorio demandado⁵³— en los cuales, en síntesis: se ordena la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones, junto con los estudios en los que se fundamentaron⁵³, que contengan una descripción de la necesidad que sería satisfecha, de su objeto, de su fundamento jurídico, de los análisis de precios y de riesgos, así como una justificación de los factores de selección, entre otros aspectos

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta. Sentencia del 26 de marzo de 1999, exp. 9244: “De conformidad con el artículo 149 CCA vigente a la fecha de la presentación de la demanda, las entidades públicas pueden obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, y pueden



las acciones anulativas, que proceden cuando los actos sean lesivos de sus propios intereses, del ordenamiento jurídico o de los derechos de los ciudadanos, y cuando no se cumplen las condiciones necesarias para revocarlos de manera directa⁵⁵.

5.6. De conformidad con lo expuesto, **se impone confirmar la decisión proferida por el Tribunal en primera instancia**, sin que en ello tenga relevancia el estudio de las falencias procesales que —según el Tribunal⁵⁶— se presentaron en la expedición de la Resolución 056 de 2012, y que la demandante rebate aduciendo la existencia de un vacía procesal⁵⁷, ya que, al no configurarse el presupuesto legal de revocación invocado como fundamento del acto, este es nulo, con independencia del procedimiento que se hubiera seguido para su expedición.

Con todo, resulta oportuno precisar que, al pretender que se condene al ente territorial demandado al pago de la administración y utilidades que forman parte del AIU de la propuesta presentada y adjudicada, más los daños materiales, morales y por pérdida de oportunidad, la sociedad demandante acumuló pretensiones excluyentes. Como lo ha precisado la jurisprudencia⁵⁸, la indemnización por el interés positivo en el contrato tiene lugar cuando existe el derecho subjetivo a su cumplimiento, por lo que la indemnización comprende la restitución del demandante a la posición en la que se hallaría si el contrato hubiera sido cabalmente ejecutado. Mientras que, al indemnizar el interés negativo en el contrato, son compensados los

incoar todas las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo cuando las circunstancias lo ameritan. Así mismo, el artículo 136 ibídem, vigente por la época en mención, preveía en su inciso 2.º que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca al cabo de 2 años si el demandante es una entidad pública. Las normas en mención ponen de presente la legitimación que tiene una entidad pública para demandar sus propios actos, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 CCA, pues no es cierto que la única persona que se puede creer lesionada en su derecho es el particular destinatario del acto, dado que puede suceder que la administración encuentre que su propio acto resulta lesivo a sus intereses amparados jurídicamente, motivo por el cual, a voces del artículo en mención, puede pedir la nulidad de su propio acto administrativo y el restablecimiento del derecho conculcado con el mismo”.

⁵⁵ “[...] en todos los casos en que la Nación o las entidades públicas acudan como demandantes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, especialmente, cuando lo hagan con el fin de impugnar aquellos actos administrativos por ellas producidos. Las normas contenciosas indicadas constituyen un marco genérico que reconoce la posibilidad de que las instituciones públicas actúen como demandantes. La acción de lesividad encaja de manera específica dentro de esta relación normativa; se trata de una fórmula garantística del ordenamiento jurídico en manos de las entidades públicas respecto del control jurisdiccional de sus propias decisiones cuando no ha sido posible que éstas pierdan su fuerza ejecutoria por la vía administrativa no obstante estar viadas en su convencionalidad, constitucionalidad o legalidad y que puedan causar perjuicio al patrimonio público, los derechos subjetivos públicos o a los derechos e intereses colectivos. || En el contexto de nuestro Código Contencioso Administrativo, la acción de lesividad adopta una doble connotación naturalística. Por una parte, la de una típica acción objetiva, cuya pretensión básica y directa es la protección del ordenamiento jurídico, cuando a través de su ejercicio la Nación o las entidades públicas buscan tan sólo obtener la nulidad de sus actos administrativos en beneficio del ordenamiento jurídico, la convencionalidad, la constitucionalidad o la legalidad. En estos casos, la acción se rige por las reglas de la acción de nulidad, compartiendo sus características de intemporal, general e indesistible. No obstante, la caducidad para su ejercicio, según lo dispone el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo conforme a las modificaciones introducidas por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, es de dos años contados a partir del día siguiente de la expedición del acto. Si la entidad pública pretende demandar actos diferentes a los propios la caducidad será de cuatro meses. || Por otra parte, la de una acción subjetiva, individual, temporal y desistible cuando lo que se pretenda con la nulidad de sus propias decisiones sea el restablecimiento de un derecho de la correspondiente entidad pública que se encuentre amparado en una norma jurídica. Circunstancia en la que, para todos los efectos estamos en presencia de una verdadera acción de nulidad y restablecimiento del derecho. || Así las cosas, por acción de lesividad se entiende tanto el ejercicio de la acción de simple nulidad, o de la de nulidad y restablecimiento del derecho, en ambos casos, con fundamento en actos administrativos adoptados por la Nación o por las demás entidades públicas administrativas, los cuales impugna la entidad pública correspondiente persiguiendo los propósitos de una u otra acción”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 9 de julio de 2014, exp. 47830.

⁵⁶ Apartado 2.3.2.

⁵⁷ Apartado 2.4.2.

⁵⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de noviembre de 1989, Gaceta Judicial, Tomo CXCVI, núm. 2435.



menoscabos, de orden material y moral, resultantes de haberse seguido manifestaciones contractuales frustradas, y su fuente no es el contrato sino el principio de buena fe (artículo, 863, Código de Comercio). En la jurisprudencia administrativa de antaño se ha admitido la compensación del interés positivo al proponente al que debería haberse adjudicado el contrato, de acuerdo con la ley y el pliego de condiciones⁵⁹, pues la adjudicación genera obligaciones mutuas entre ente y el proponente, así como el derecho a que el contrato sea suscrito⁶⁰. En todo caso, como la indemnización por el interés jurídico positivo y negativo en el contrato tienen un fundamento jurídico diferente, resulta válido únicamente la pretensión de uno de ellos, de acuerdo con el artículo 165.2 del CPACA.

5.7. La **condena** impuesta en primer grado a título de lucro cesante, que ascendió a trescientos dieciocho millones seiscientos sesenta mil setecientos ochenta pesos (\$318.660.780), deberá ser **actualizada**⁶¹, desde el momento de su expedición —31 de octubre de 2014—hasta la fecha de la presente providencia, de acuerdo con los valores contenidos en la tabla de empalme del DANE y la siguiente fórmula matemática:

$$VP = \frac{VH \times \text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde,

VP	Corresponde al valor presente
VH	Es el valor histórico o inicial
Índice final	Es el IPC vigente a la fecha del fallo modificatorio (enero 2024) = 138,98
Índice inicial	Es el IPC vigente a la fecha en que se profirió la sentencia de primer grado (octubre de 2014) = 82,14

Para el caso concreto se tiene:

$$VP = \frac{\$318.660.780 \times 138,98}{82,14}$$

Entonces, VP es igual a quinientos treinta y ocho millones novecientos treinta y siete mil ochocientos cincuenta y seis pesos con ochenta centavos (\$538.937.856,80), monto que corresponde a la condena reconocida en primera instancia, debidamente actualizada, y por la cual el municipio de Cúcuta deberá responder.

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 20 de septiembre de 1976, rad. núm. 581–CE–SCA–1976–09–20; sentencia de 18 de febrero de 1990, rad. núm. CE–SEC3–EXP1999–N12179, entre otras.

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 16 de enero de 1975, rad. núm. 285–CE–SEC3–EXP1975–N1503; sentencia de 31 de agosto de 1990, rad. núm. CE–SEC3–EXP1990–N5817; y, sentencia del 13 de junio de 2011, exp 19936, entre otras.

⁶¹ Apartado 3.2.



VI. CONDENA EN COSTAS

No hay lugar a la imposición de costas debido a que en el presente asunto no se evidenció actuación temeraria de las partes, condición exigida por el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para proceder de esta forma.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFÍCASE el numeral tercero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el treinta y uno (31) de octubre de dos mil catorce (2014), el cual quedará de la siguiente manera:

TERCERO: Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, **condenase al municipio de San José de Cúcuta**, a pagar en favor de la sociedad Retromaquinas S.A., a título de lucro cesante, la suma de quinientos treinta y ocho millones novecientos treinta y siete mil ochocientos cincuenta y seis pesos con ochenta centavos (\$538.937.856,80).

SEGUNDO: CONFÍRMASE en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de conformidad con el estatuto procesal vigente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase

NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente de la Sala
Firmado electrónicamente

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado
Firmado electrónicamente

WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Magistrado
Firmado electrónicamente

VF
ATA/5C+1AZ