

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

San Andrés Isla, veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012)

MAGISTRADO PONENTE: JESUS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ.

**EXPEDIENTE N°: 05001-23-31-000-2006-01975-00.
PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CONSTRUCCIONES HILSACA LTDA.
DEMANDADO: MUNICIPIO DE CHIGORODÓ.**

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en los Acuerdos No. No.PSAA11-8151 de 31 de mayo de 2011, PSAA11-9100 del 23 de Diciembre de 2011 y PSAA12-9540 del 21 de Junio de 2012, proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala de decisión de esta Corporación.

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, artículo 85 del C.C.A., acude ante la jurisdicción, a través de apoderada judicial, CONSTRUCCIONES HILSACA LTDA., en procura de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos emitidos por Municipio de Chigorodó, mediante los cuales se adjudicó el contrato de concesión de alumbrado público a LA UNIÓN TEMPORAL ALUMBRADO PÚBLICO URABA.

ANTECEDENTES.

1. La sociedad CONSTRUCCIONES HILSACA LTDA., participó en el proceso precontractual de la oferta pública N°. AP-01 de 2005 convocada por el municipio de Chigorodó-Antioquia, cuyo objeto era la concesión del servicio de atención, rehabilitación, mantenimiento y operación de la infraestructura del servicio de alumbrado público municipal.
2. Manifiesta que la motivación y consideración tenida en cuenta por el Alcalde del Municipio de Chigorodó para adjudicar dicha oferta eran contrarias a la Constitución, la Ley 80 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios en especial el 2170 de 2002; y que la sociedad accionante cumplía con los requisitos para que le fuera adjudicada la licitación, porque la propuesta presentada por la firma actora se ajustó a los requerimientos legales.
3. Hace referencia el actor, que uno de los requisitos esenciales para la adjudicación del contrato es el hecho que cada oferente debía poseer ya sea de

propiedad o mediante la modalidad del leasing, un vehículo automotor tipo grúa con brazo hidráulico; expone que la empresa a quien se le otorgó la licitación, presentó en varias ofertas de licitación en distintos municipios donde tienen contrato de concesión más exactamente en los municipios de CAREPA (Antioquia), CERETE (Cordoba), GUAMO (Tolima), TURBO (Antioquia), CHIGORODO (Antioquia), donde presentaron ofertas y ganaron la licitación, presentando el mismo vehículo tipo grúa con brazo hidráulico que presentó en la oferta de licitación materia de discusión.

4. Alega la parte demandante que en el pliego de condiciones en el capítulo 4° numeral 2°, donde se le da el puntaje al número mayor de concesiones todas con un puntaje del cien por ciento (100%), en cada una de ellas y con una mayor cobertura y capacidad técnica superior a la exigida en este contrato, alega que esto no fue tomado en cuenta ya que se le adjudicó a la unión temporal de alumbrado público Urabá, quien certificó 22 contratos de concesiones pero ninguno de ellos llega al 40% en la participación en cada una de ellas, como consta en el acta de recibo de la propuesta.

5. Asevera que con la conducta de la alcaldía del municipio de Chigorodó, al adjudicar la licitación a persona diferente de la demandante, siendo evidentes las irregularidades que se han señalado, se le han ocasionado a la sociedad CONSTRUCCIONES HILSACA LTDA, perjuicios económicos ciertos que deberán ser reparados o indemnizados.

6.- Sostiene la parte actora que fue evidente y parcializado el proceso de adjudicación y que la sociedad CONSTRUCCIONES HILSACA LTDA a través de su representante legal, solicitó la intervención de la Procuraduría General de la Nación Seccional Antioquia, como consta en los oficios remisorios a la alcaldía de Chigorodó, con fecha de noviembre 16 de 2005, CH-PP-026-2005, que en uno de sus apartes esboza “esos pliegos fueron fiel copia de los pliegos de condiciones de los mismos procesos de alumbrado público llevados a cabo en los municipios de Carepa, Turbo y el guamo- Tolima”.

En su demanda ante la jurisdicción la parte actora solicitó declarar la nulidad de los siguientes actos:

I. PRETENSIONES

“PRIMERA: Que es nula la resolución N° 694A de fecha 05 de diciembre de 2005, expedida por el señor alcalde del municipio de Chigorodó-Antioquia, mediante la cual se adjudicó la oferta pública, N°. AP-01 de 2005, a la unión temporal alumbrado público Urabá, en primer lugar y construcciones Hilsaca Ltda., en segundo lugar

SEGUNDA: Que a título de restablecimiento del derecho, se condene al Municipio de Chigorodó-Antioquia, a pagar a la sociedad construcciones Hilsaca Ltda. Como reparación, el valor de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante), causados, (Consistente en la utilidad que habría obtenido si se le hubiere adjudicado el contrato), los cuales ascienden aproximadamente, a la suma de DOS MIL TRESCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL

NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS M/cte. (\$2.324.240.936.00), o de conformidad con lo que resulte probado en el proceso.

TERCERA: La condena respectiva será actualizada en virtud de lo previsto en el artículo 178 de C.C.A., reajustándolo en su valor, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de la adjudicación hasta la ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.

CUARTA: La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A.

QUINTA: Si no se efectúa el pago oportunamente, la entidad condenada liquidará los intereses comerciales y moratorios hasta que le de cabal cumplimiento a la providencia que le ponga final al proceso, conforme lo prevé el artículo 177 del C.C.A.”.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En el acápite de disposiciones violadas, la actora cita los artículos 2, 6, 13, 83 y 124 de la Constitución Política; ley 80 de 1993 artículos 24, 26, 29, 50, y 51; y capítulo 04, numeral 4.3.3.3., del pliego de condiciones.

Sostiene que el municipio de Chigorodó, en su condición de autoridad competente que abrió el proceso licitatorio, estaba obligado a observar los preceptos supralegales invocados, de estricto acatamiento, porque demarcaban el ejercicio justo, imparcial y de buena fe del poder o de las atribuciones para adjudicar la licitación, atendiendo, el principio de protección y efectividad de los derechos supralegales, así como respetar los presupuestos de orden sustancial que la ley señalaba dentro del proceso de expedición del acto de adjudicación acusado.

Alega que las reglas que la Constitución expone con relación a los derechos, principios y deberes, son de obligatorio cumplimiento; y no es posible imaginar y mucho menos acolitar el desobedecimiento injusto de los preceptos supralegales.

Afirma que la entidad demandada, al adjudicar la licitación, también cometió irregularidades que transgredieron los principios de igualdad, de transparencia y de buena fe durante el proceso de selección del contratista, amparando su decisión en consideraciones subjetivas que están prohibidas por el ordenamiento jurídico, en especial el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

Argumenta que la entidad demandada desconoció los fines esenciales de la contratación estatal, regulados por el artículo 3° de la ley 80 de 1993, y que se extralimitó en el ejercicio de sus atribuciones al haber adjudicado irregularmente la licitación a una empresa que no cumplió con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

Finalmente manifiesta el actor, que en el pliego de condiciones se indicaron los requisitos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección

objetiva del futuro contratista, en la práctica se desconoció el principio de transparencia, por cuanto la adjudicación y el pliego de condiciones no se ajustaron a lo proferido por los principios de la Ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario 2270 de 2002.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada, a través de apoderado judicial, contestó la demanda de la siguiente manera:

A LOS HECHOS:

Frente a este acápite la demandada considera unos ciertos, otros no y otros no constarle y que mas bien se refieren a afirmaciones de orden fáctico y jurídico.

Estima que los criterios para adjudicar el contrato de concesión a la firma Unión Temporal de Alumbrado Público Urabá fueron las mismas que esbozó el comité de evaluación, mediante acta que contiene las consideraciones y criterios para dar el mejor puntaje a la firma escogida, por tal motivo el alcalde de Chigorodó, por encontrarlos ajustado a derecho y a la realidad, expidió un acto que ordena la escogencia del contratista o la adjudicación del contrato a la firma finalmente beneficiada; alega que no es cierto que la sociedad Construcciones Hilsaca Ltda., hubiera hecho observaciones durante la etapa precontractual.

Precisa que, en cuanto a los documentos presentados como anexo en esta demanda con rúbulos CH-PP-026 del 15 de noviembre de 2005(folio 27), CH-PP-025 del 15 de noviembre de 2005 (folio 28.31) y CH-PP-032 del 17 de noviembre de 2005 (folio 37), destinados a la alcaldía del Municipio de Chigorodó y firmados por Roger Turizo, no fueron recibidos en la Alcaldía ni en la fecha anotada en su membrete ni en ninguna otra fecha.

Manifiesta que la única comunicación recibida en la alcaldía de las anexadas a esta demanda es la de diciembre 6 de 2005(folios 38-40), recibida vía fax y contestada en la misma fecha por el mismo medio al oferente y existe constancia de un segundo envío con fecha 9 de diciembre del mismo año.

En lo referente a que la empresa Construcciones Hilsaca Ltda., se calificó con un puntaje menor en el aspecto del vehículo tipo grúa exigido, pese a que, la unión temporal de alumbrado público Urabá presentó un vehículo que ha servido para que ésta unión temporal obtenga otras concesiones donde se le ha exigido un vehículo de las mismas características; la calificación dada a cada una de las propuestas, tanto del demandante como de la unión temporal de alumbrado público Urabá, tienen el mismo valor y esta fue evaluada en 100 puntos.

Expresa que sí hubo una diferencia significativa de puntajes, y fue en la calificación descrita en el capítulo 4 al aspecto rotulado "(2) CUMPLIMIENTO EN DESARROLLO DE CONCESIONES". Folio 18 de los términos de referencia cuya calificación en el acta de evaluación correspondió a alumbrado público Urabá 500 puntos y a construcciones Hilsaca Ltda. 181.81 (folio 25). Quiere decir esto que en el punto de la capacidad técnica la unión temporal de alumbrado público Urabá se le hubiere calificado con cero puntos, de tomarse en cuenta los demás factores,

subsistiría a favor de esta una calificación superior sobre su competidora de 218,19 puntos.

De igual manera, se señala que el número de concesiones lo obtiene quien haya ostentado el mayor puntaje en la calificación del “cumplimiento en desarrollo de concesiones”, tal como está en los términos de referencia. El oferente que demuestre ser concesionario o socio de un concesionario de un número mayor de concesiones obtiene lógicamente un puntaje mayor, cuyo máximo es de 500 puntos y no de 100% como lo pretende entender el demandante.

Pero si el hecho se refiere a la composición del capital social presente en cada una de las concesiones certificadas por la oferente unión temporal alumbrado público Urabá, este aspecto es irrelevante respecto del ítem “cumplimiento en desarrollo de concesiones” y no hace parte de los términos de referencia. Solo bastaba que la unión temporal de alumbrado público Urabá o sus socios tuvieran participación en las concesiones acreditadas, sin importar el porcentaje de su participación en ellas, el puntaje de la calificación mayor obedece lógicamente a que el puntaje mayor corresponde a una mayor experiencia, que es el punto a calificar cuando se trata de un número mayor de concesiones que puede exhibir el oferente como operados por él.

Considera que a la sociedad demandante, no se le ha causado ningún perjuicio, los gastos en que incurrió se reducen a la compra del pliego que contiene los términos de referencia de la concesión y esto es un requisito de ocurrencia previa y normal para participar en todos los procesos licitatorios.

A LAS PRETENSIONES.

Manifiesta que el municipio por medio de esta contestación se opone a los argumentos y razonamientos del demandante, a sus pretensiones por encontrarlas carentes de fundamentos fácticos y jurídicos que puedan darle prosperidad.

Propone como excepciones de mérito a la demanda las siguientes:

1- CUMPLIMIENTO Y RESPETO DE LAS NORMAS LEGALES:

Alega que no se han violado ni desconocido los artículos constitucionales mencionados por el demandante, ni el artículo 29 de la ley 80 de 1993, en relación al artículo 3 ni el principio de transparencia contemplado en la misma ley, conforme a eso el proceso licitatorio se hizo con base las normas que la regula la materia y que la resolución que adjudicó la oferta a la unión temporal de alumbrado público Urabá no está afectada de ilegalidad ni adolece de vicio alguno.

2- CUMPLIMIENTO Y RESPETO DEL DEBIDO PROCESO:

Manifiesta la entidad demandada que en la adjudicación del contrato de alumbrado público se siguieron ordenadamente las etapas de la licitación pública que establece la ley. Se diseñó un cronograma para dicha licitación publicado en un medio de amplia circulación, se dieron a conocer los pretérminos y términos de referencia, hubo recepción de ofertas y evaluación de las mismas, y una decisión final que resolvió sobre la adjudicación al mejor ofertante, el cual concluyó con la

celebración del contrato con el escogido. Respecto de las publicaciones de las calificaciones fue ordenada mediante resolución 685 del 28 de noviembre de 2005 que fue publicada y conocida en la fecha de su expedición por los oferentes interesados.

3- IRREALIDAD DE LA PRETENSIÓN DEL LUCRO CESANTE

En la formulación de la oferta Construcciones Hilsaca Ltda., elaboró un capítulo sobre su esquema financiero. En dicho esquema, se encuentra un flujo de caja negativo hasta el año once (11) de la concesión y del año doce (12) en adelante habría un flujo positivo cuyos valores acumulados suman doscientos cinco millones ochenta mil sesenta y nueve pesos con doce centavos (\$205.080.069,12), suma que esperaría según ese esquema recibir la sociedad oferente como utilidad neta. Valor este muy distante de la suma exorbitante y disparatada que presenta como lucro cesante.

III. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 16 de mayo de 2006, y notificada de manera legal a la parte demandada, durante el término de fijación en lista la entidad accionada presentó su correspondiente escrito de contestación.

El proceso entra a período probatorio mediante auto proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia de fecha 29 de marzo de 2007 y abierto a alegatos de conclusión el 08 de mayo de 2008.

Finalmente, el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cumplimiento del Acuerdo No. PSAA11-8151 del 31 de Mayo expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, decide remitir el proceso de la referencia a este Tribunal, quien lo recibe el 10 de junio de 2011 y avoca su conocimiento en auto de fecha 2 de agosto del año 2011.

V. ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto fechado el ocho (08) de mayo de 2008 se declaró vencido el término probatorio dentro del presente proceso, en consecuencia se corrió traslado a las partes a fin que presentaran sus alegatos de conclusión.

Tanto las partes demandante y demandado, como el Ministerio Público guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia sometida a conocimiento de este tribunal gira en torno a determinar la legalidad del siguiente Acto Administrativo:

- Resolución N°694A de fecha 05 de diciembre de 2005, expedido por el alcalde del municipio de Chigorodó-Antioquia, mediante el cual se le

adjudicó la oferta pública N°AP-001 de 2005, a la Unión Temporal de Alumbrado Público Urabá.

En el caso puesto al estudio de ésta Corporación, el demandante centra sus argumentos ofensivos tendientes a la declaratoria de nulidad del acto acusado y considera:

(i) Los motivos tenidos en cuenta por el alcalde de Chigorodó-Antioquia, para adjudicar la mencionada oferta, son contrarios a lo estipulado en la Constitución y la normativa que regula la contratación estatal.

(ii) Estima que se desconoció el principio de transparencia, igualdad y buena fe, por cuanto la adjudicación y el pliego de condiciones no se ajustaron a lo estipulado por los principios contenidos en L.80/93.

(iii) La falta de requisitos exigidos en el pliego de condiciones por parte de la entidad que se le adjudicó el contrato materia de discusión.

Antes de abordar la temática de fondo se hace necesario que la Sala se pronuncie sobre las excepciones planteadas las cuales esgrime la demandada sobre los siguientes epígrafes:

1- Cumplimiento y respeto de las normas legales.

2- cumplimiento y respeto del debido proceso.

3- Irrealidad de la pretensión del lucro cesante.

Advierte el Tribunal que todas las excepciones formuladas por la parte demandada, no comportan un sustento fáctico ni jurídico que permitan ser analizadas en ésta litis y que por tener el carácter de fondo o de mérito, no serán admitidas como tales, más bien serán consideradas como razones de la defensa.

Corresponde a la Sala determinar la legalidad del acto administrativo, Resolución N°694A de fecha 05 de diciembre de 2005, expedido por el alcalde del municipio de Chigorodó-Antioquia, mediante el cual se le adjudicó la oferta pública N°AP-001 de 2005, a la unión temporal de alumbrado público Urabá. Planteada así la Litis, ésta corporación procede a efectuar el análisis que servirá de soporte para la determinación que corresponda.

La Administración Pública, en este caso el Municipio de Chigorodó-Antioquia, basada en lo estipulado por la ley 80 de 1993, artículo 24 y 30, previamente a la apertura de la licitación, elaboró los pliegos de condiciones o términos de referencia que contienen reglas claras, justas y completas que permiten la presentación de ofrecimientos de la misma índole, estas aseguran la escogencia objetiva del contratista y evitan la declaratoria de desierto de la licitación; en dichos pliegos, la entidad pública definió el objeto del contrato, las condiciones de costo y calidad, el régimen jurídico que lo gobernará, los derechos y deberes de

las partes y determinó los factores objetivos de selección del contratista. Estos imperativos legales desarrollan el principio de transparencia, igualdad y buena fe, como orientador de la actividad contractual y como presupuesto de la legalidad de la contratación.

En este orden de ideas, debe destacarse la importancia que tienen los términos de referencia en la selección del contratista en éste proceso, en cuanto que constituyen el marco normativo que regula o disciplina, en especial, la licitación pública; manifiesta la parte accionada en el escrito de la contestación de la demanda que los criterios para adjudicar el contrato de concesión de “alumbrado público a la firma Unión temporal de alumbrado público Urabá”, fueron basados en el acta de evaluación de la oferta pública N° AP 01 de 2005, emitidas por el comité de evaluación de esa administración, quienes efectuaron un análisis detallado a cada una de las ofertas presentadas, para definir cuál de estas era la que mejor le favorecía a la administración, arrojando una mejor calificación a la firma escogida.(folio 74 a 88 cuaderno de pruebas).

Por otra parte, uno de los motivos por el cual se discute dicho tema, es también, porque la entidad demandante manifiesta que la administración no cumplió con lo estipulado en los términos de referencia en cuanto a la fecha de publicación del acta de evaluación que se estipulaba era para el día 28 de noviembre de 2005 desde las 8:00 AM hasta el día 30 de noviembre de 2005 hasta las 6:00 PM, encontrando éste Tribunal que la administración hace pública el acta de evaluación de las propuestas presentadas por los oferentes, el día 28 de noviembre de 2005, mediante la Resolución N° 685 de la fecha antes mencionada, dicha resolución se publicó durante el término estipulado en el pliego de condiciones, corriendo el término para presentar las observaciones por los oferentes 5 días contados a partir de la fecha de publicación de la Resolución N° 685 de 28 de noviembre de 2005.

Quiere decir esto, que la firma vencida en el proceso licitatorio tuvo a partir del día 28 de noviembre de 2005 hasta el día 05 de diciembre del mismo año para presentar sus observaciones o para atacar el resultado del acta de evaluación emitido por el comité evaluador designado por el Municipio de Chigorodó-Antioquia, Construcciones Hilsaca S.A., alega que envió escrito con fecha 01 de diciembre de 2005, solicitando el informe de evaluación a la alcaldía de Chigorodó, sin obtener respuesta, dicho escrito no obra como prueba dentro del proceso, en cambio sí se encuentra en el material probatorio el escrito presentado por Construcciones Hilsaca S.A., con fecha 06 de diciembre de 2005, haciendo la misma solicitud a dicha entidad, obteniendo una respuesta inmediata a la solicitud por parte de la Alcaldía de Chigorodó, aclarando que el término para presentar las observaciones era desde el día 28 de noviembre de 2005 hasta el día 05 de diciembre de 2005, haciendo la salvedad que para una mejor garantía en el proceso, el término para formular las observaciones inicialmente fue de 5 días y se le adicionó un día más a la publicación del acta de evaluación, fecha ésta última en la que fue desfijada la Resolución de la alcaldía Municipal de Chigorodó.

A continuación se transcriben algunos apartes de las orientaciones dadas por el Honorable Consejo de Estado en este sentido:

“El éxito de la prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, depende fundamentalmente, del acreditamiento del vicio de ilegalidad de este y de la prueba que permita inferir que la propuesta del demandante, estaba emplazada y merecía ser, de acuerdo con los criterios objetivos de selección, la adjudicataria, por cumplir con todos los requisitos del pliego de condiciones, que para el efecto se consideran ley del procedimiento de selección”

“Pese al evento de aplicar los criterios y adicionar los puntos en la calificación del proceso de selección con la perspectiva que define el demandante, ello no comporta que ascienda al primer lugar en el orden de elegibilidad y mérito y, por ende, que resulte ser la mejor y más ventajosa de las propuestas presentadas en la licitación pública que se estudia. En suma, el demandante no acreditó que su propuesta fuese la más favorable para la administración.”¹

Alega el demandante que la entidad oferente a quien se le adjudicó el contrato de concesión, no cumplió con los requisitos establecidos en los términos de referencia en el capítulo 1 numeral 7; ésta corporación hace un análisis a los documentos presentados por la empresa ganadora en este caso la unión temporal de alumbrado público Urabá, oferta que reunió los tres requisitos esenciales a saber: a) subjetivos, que se refiere a la capacidad jurídica para contratar de la persona que presenta la oferta, en este caso la unión temporal de alumbrado de alumbrado público Urabá; b) objetivos, que se refieren al contenido de la oferta, de acuerdo a lo que establecen las bases, como lo son los documentos aportados para su calificación por parte de la unión temporal de alumbrado público de Urabá; y, c) formales, que se refieren a la confección de la oferta, misma que debe ser en forma escrita, firmada, clara e incondicionada, secreta y debe ser presentada en el lugar y fecha que se haya indicado en la convocatoria, concluye la Sala que dicha entidad cumplió con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones o términos de referencia, y que no hay lugar a lo expuesto en el libelo introductorio de la demanda.

Es menester de ésta Corporación aclarar que la acción incoada por el demandante es la de nulidad y restablecimiento del derecho, orientada a obtener la declaratoria de nulidad de la resolución No. 694^a del 5 de diciembre de 2005, acto expedido por el alcalde del Municipio Chigorodó, mediante el cual se le adjudicó la oferta pública N°AP-001 de 2005, a la unión temporal de alumbrado público Urabá, y como consecuencia de ésta declaración, también solicitó, el pago de los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) ocasionados por la no adjudicación del contrato, equivalentes al valor de los gastos en que incurrió en la presentación de la oferta y de las utilidades que dejó de percibir.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado ha sido reiterativa en sostener que:

“en asuntos como el que es objeto de examen, en el cual el demandante pretende la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia de esta declaratoria, el reconocimiento de la respectiva indemnización, por considerar que su propuesta era la mejor, le corresponderá, si quiere salir avante en sus pretensiones, cumplir una doble carga procesal, de una parte, demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y de otra, probar que efectivamente su propuesta

¹ Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp.: 16041. 26 de abril de 2006.

*era la mejor y más conveniente, en términos del servicio público, para la Administración*².

Por ello ésta Sala encuentra que correspondía a la parte actora, no solamente, probar los cargos formulados en la demanda contra el acto administrativo acusado, sino también, estaba en el deber de demostrar, que su propuesta cumplía con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones; que era la mejor en varios aspectos y que era la más conveniente para el interés público, circunstancias que reunidas, lo harían acreedor al derecho de ser el adjudicatario de la Licitación Pública N°AP-01 de 2005 y por lo tanto a la indemnización. Las pruebas no permiten demostrar que CONSTRUCCIONES HILSACA S.A. tuviera un mejor derecho a la adjudicación, razón por la cual no procede el reconocimiento económico solicitado por la empresa demandante por concepto de utilidades o ganancias que hubiera podido percibir de habersele adjudicado la licitación.

Al respecto el Consejo de Estado ha señalado:

*“Que en cuanto a los costos generados por la presentación de la propuesta de la parte actora, se precisa que no hay lugar a indemnización alguna toda vez que dichas erogaciones hacen parte del riesgo que asume todo proponente por participar en la licitación, independientemente de que le sea o no adjudicada, de lo contrario, todos los proponentes vencidos tendrían derecho a hacer la misma solicitud. En este orden de ideas, no procede el reconocimiento de indemnización alguna por concepto de utilidades dejadas de percibir y costos de la propuesta, solicitados por el actor”*³.

Ahora bien, en cuanto a la afirmación hecha por la parte actora que la Unión Temporal Alumbrado Público Urabá había presentado en varias ofertas de licitación en los distintos municipios donde tienen contrato de concesión el mismo vehículo tipo grúa con brazo hidráulico, la Sala estima que dicha aseveración carece de sustentó probatorio, ya que revisado el acervo probatorio no se evidencia prueba alguna que desvirtúa lo dicho con anterioridad, dado que por regla general, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho, principio procesal conocido como *“Onus prodandi, incumbit actori”* y que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que señala: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.....”* artículo que impone a las partes la obligación de probar los hechos que implican una determinada consecuencia jurídica, facultad que se ha denominado la carga de la prueba, es decir, en palabras simples, ésta norma señala que las partes, si aspiran sacar adelante cada una de sus pretensiones y excepciones, o su defensa en general, pueden aportar las pruebas necesarias que permitan demostrar los hechos y efectos jurídicos contemplados en la norma.

² Ver entre otras, las siguientes sentencias de la Sala: de 4 de junio de 2008, Exp. 14169, Actor Consorcio Delgado y Delgado Vélez; de 4 de junio de 2008, Exp. 17783, Actor: Javier Alonso Quijano Alomía; de 26 de abril de 2006, Exp. 16041; de 19 de septiembre de 1994, Exp. 8.071. Actor: Consorcio José Vicente Torres y Ricardo Ortigoza González.

³ Sentencia de 4 de Junio de 2008, Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Ruth Estella Correa Palacio

Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que:

“...la noción de carga se traduce en que a pesar de la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba (verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida.

En ese orden de ideas, el concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadernamiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que desplieguen en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo.

(...)

La carga de la prueba es, por consiguiente, una medida imprescindible de sanidad jurídica y una condición sine qua non de toda buena administración de justicia.

La referida norma legal (el artículo 177 del C.P.P.) desarrolla el tradicional aforismo de acuerdo con el cual quien afirma un hecho debe probarlo: “incumbit probatio qui dicit non qui negat”. Ello se traduce, en los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquél no cumple con su onus probandi, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su causa petendi; si es éste, en cambio, quien no satisface la exigencia probatoria en punto de los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación conduciría a la estimación de sus excepciones o de los argumentos de su defensa, deberá asumir, consiguientemente, una fallo adverso a sus intereses”⁴.

Analizado lo anterior, esta Corporación no evidencia la supuesta vulneración de los artículos 2, 6, 13, 83 y 124 de la Constitución Política, ni los estipulados en la Ley 80 de 1993 artículos 24, 26, 29, 50 y 51 Invocado por el demandante, toda vez que es claro que la alcaldía municipal de Chigorodó, agotó el procedimiento de la licitación pública que ordena la ley, para garantizar los principios de transparencia y buena fe estipulados en la Ley 80 de 1993. Por consiguiente, no se configura entonces la causal de nulidad, así como la violación del derecho al debido proceso estipulado en el artículo 29 de la Constitución

En consecuencia, el Tribunal no accederá a las pretensiones de la demanda y no declarará la Nulidad del acto administrativo acusado N° AP 01 de 2005, por considerar ajustada a derecho la decisión tomada por el alcalde del municipio de Chigorodó-Antioquia mediante el cual le fue adjudicado el contrato de concesión de alumbrado público, a la unión temporal alumbrado público Urabá.

El Tribunal, se abstendrá de efectuar condena en costas, puesto que hecha la evaluación de la conducta procesal de la parte vencida, no lo amerita, atendiendo a lo establecido por el artículo 171 del C.C.A, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Bogotá, D.C., febrero dieciocho (18) de dos mil diez (2010). Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez Radicación número: 19001-23-31-000-1997-01038-01(18076)

En mérito de lo expuesto EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISION, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NIÉGANSE las excepciones, planteadas por el Municipio de Chigorodó, denominadas: *Cumplimiento y Respeto de las Normas Legales, cumplimiento y Respeto del Debido Proceso, Irrealidad de la Pretensión del Lucro Cesante*, conforme lo razonado.

SEGUNDA NIÉGANSE las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Por Secretaría devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia. Desanótese en los libros correspondientes y archívese una copia de esta providencia en los copiadores de este Tribunal.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que el anterior fallo fue discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

Los Magistrados,

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA