



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., primero (1°) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Acción de reparación directa
Radicación: 50001-23-31-000-2009-00126-01 (54107)
Demandantes: Orlando Fajardo Castillo y otros
Demandado: Departamento del Meta

Tema: Se revoca la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción. Los demandantes no objetaron la legalidad del acto que revocó la apertura de la licitación ni pidieron su anulación. Se niegan las pretensiones porque el daño reclamado no es antijurídico.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia proferida el 28 de octubre de 2014 por el Tribunal Administrativo del Meta, que declaró probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción.

Esta Subsección es competente para conocer el recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 129 y 181 del CCA. El Tribunal Administrativo del Meta era competente para conocer el proceso en primera instancia en razón de la cuantía, de acuerdo con el numeral 6 del artículo 132 del CCA.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 17 de septiembre de 2015¹. En el auto del 8 de octubre de 2015² se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto, respectivamente. Los demandantes³ y el Departamento del Meta⁴ presentaron alegatos de conclusión oportunamente. El Ministerio Público⁵ solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y se negaran las pretensiones de la demanda porque el perjuicio material cuya reparación persiguieron los demandantes no era indemnizable.

¹ Cuaderno principal, folio 290.

² Cuaderno principal, folio 297.

³ Cuaderno principal, folios 299 – 302.

⁴ Cuaderno principal, folios 303 – 326.

⁵ Cuaderno principal, folios 329 – 338.



I. ANTECEDENTES

A.- Posición de la parte demandante

1.- El 26 de marzo de 2009 Orlando Fajardo Castillo y las sociedades Puentes y Torones S.A. e Itac Construcciones Ltda. (en adelante, los <<demandantes>>), quienes conformaron el Consorcio Nuevo Milenio del Meta <<(en adelante el <<Consorcio>>), presentaron demanda de reparación directa⁶ contra el Departamento del Meta (en adelante el <<Departamento>> o la <<entidad demandada>>) para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

<<1.- Que se declare que el DEPARTAMENTO DEL META es administrativamente responsable de los daños y perjuicios causados a la Sociedad PUENTES Y TORONES S.A., a la Sociedad ITAC CONSTRUCCIONES LTDA., y al Señor ORLANDO FAJARDO CASTILLO, al haber revocado la Resolución No. 616 del 29 de noviembre de 2007, que ordenó la apertura de la Licitación Pública No. UC-LP-CO-012-2007, que tenía por objeto la contratación del Diseño Fase III y la Construcción del Puente sobre el Río Ariari en el Municipio de Puerto Lleras, Departamento del Meta.

2.- Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene al DEPARTAMENTO DEL META al pago de los daños y perjuicios materiales causados a la sociedad PUENTES Y TORONES S.A., a la sociedad ITAC CONSTRUCCIONES LTDA., y al Señor ORLANDO FAJARDO CASTILLO, al haber revocado la Resolución No. 616 del 29 de noviembre de 2007, que ordenó la apertura de la Licitación Pública No. UC-LP-CO-012-2007, que tenía por objeto la contratación del Diseño Fase III y la Construcción del Puente sobre el Río Ariari en el Municipio de Puerto Lleras, Departamento del Meta.

La indemnización de los daños y perjuicios habrá de hacerse dentro del ámbito de la reparación integral – equitativa y la interpretación extensiva de la demanda, así:

Transfiriendo a favor de los demandantes la suma de DOS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$2.664.203.798), suma que es equivalente al valor asegurado mediante la Póliza No. 00008266 (Certificado No. 00013975), expedida el 12 de diciembre de 2007 por la Compañía Segurexpo (Bancoldex – Grupo Cesce), mediante la cual se garantizó la seriedad de la oferta presentada por el CONSORCIO NUEVO MILENIO DEL META dentro del proceso correspondiente a la Licitación Pública No. UC-LP-CO-012-2007.

3.- Que se ordene la indexación o ajuste del valor de la condena de conformidad con lo establecido en los artículos 178 y 179 del Código Contencioso Administrativo, desde la fecha en que se produjo la privación del derecho de los demandantes hasta cuando se produzca el pago en cumplimiento de la respectiva sentencia.

4.- Que se disponga igualmente que la entidad demandada habrá de cumplir la sentencia que ponga fin a este proceso, dentro de los parámetros y términos establecidos en los artículos 173, 176 y 177 ibídem.>>

2.- Los demandantes basaron sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

⁶ Cuaderno No 1, folios 1 – 25.



2.1.- Mediante Resolución No 616 del 29 de noviembre de 2007, el Departamento abrió la Licitación Pública No. UCL-LP-CO-012-2007 para contratar el diseño Fase III y la construcción del puente sobre el río Ariari en el municipio de Puerto Lleras, Meta.

2.2.- En el proceso de selección presentaron propuestas (i) el Consorcio Nuevo Milenio del Meta -integrado por los demandantes- y (ii) la Unión Temporal Puente Puerto Lleras. En la audiencia de cierre el Departamento ordenó la devolución de la propuesta de la Unión Temporal porque no asistió a la visita programada al sitio de las obras, por lo que el Consorcio que integraban los demandantes adquirió la condición de proponente único.

2.3.- En la etapa de evaluación de las propuestas, el Comité Evaluador concluyó que la oferta presentada por el Consorcio que integraban los demandantes cumplía los requisitos técnicos, financieros y jurídicos y que, para su valoración integral, solo restaba la apertura del sobre que contenía su ofrecimiento económico. Y, a juicio de los demandantes, el hecho de que su propuesta cumpliera estos requisitos le otorgaba el derecho a que <<(...) fuera evaluada en forma integral, con miras a establecer su aptitud para la adjudicación y desarrollo del respectivo Contrato>>.

2.4.- El Departamento, en vez de de revisar el ofrecimiento económico realizado por el Consorcio, profirió la Resolución No. 1003 del 22 de mayo de 2008 por medio de la cual revocó el acto de apertura de la Licitación Pública No. UCL-LP-CO-012-2007 y ordenó la devolución de la garantía de seriedad de la oferta otorgada por el Consorcio y su propuesta económica. Esta decisión fue adoptada porque (i) cuando se expidió la resolución de apertura de la licitación no se contaba con soporte presupuestal, toda vez que en el procedimiento de expedición de las vigencias futuras excepcionales se omitió la autorización de la Asamblea Departamental y el cupo autorizado para asumir el compromiso con vigencias futuras ya había caducado; (ii) el proyecto no estaba previsto en el plan de desarrollo para ejecutarse con vigencias futuras extraordinarias del año 2008; y (iii) el pliego de condiciones establecía que la inasistencia a la visita programada al sitio de la obra tendría como consecuencia el rechazo de las propuestas, a pesar de que ello era ilegal.

2.5.- Los demandantes reconocen en la demanda la legalidad de la Resolución No. 1003 del 22 de mayo de 2008. Textualmente señalan: <<La parte actora no tiene reparo alguno en relación con la legitimidad de la decisión adoptada por el señor Gobernador del Departamento del Meta, mediante la expedición de la Resolución No. 1003 de 2008, acto administrativo que, como tal, goza de una presunción de legalidad y, por no tener reparo alguno, no pretende que se declare su nulidad>>.

2.6.- Afirman igualmente que la revocatoria del acto administrativo de apertura de



la licitación pública se fundamentó en razones que no le eran imputables al Consorcio, sino que *<<atañe(n) única y exclusivamente a funciones y criterios que competen al ente territorial que tuvo a su cargo el trámite del malogrado proceso licitatorio>>*. Y agregan que *<<(…) tal decisión autónoma de la Administración Pública no puede comportar, en todo caso, la conculcación del derecho derivado de la expectativa legítima que viene a crearse para quien concurrió a la convocatoria pública y presentó toda la información y documentación necesarias para que su propuesta fuera evaluada a plenitud(…)>>*.

2.7. Los demandantes señalan que *<<de no haber sido por la decisión de la Administración Departamental de revocar el acto administrativo mediante el cual se había ordenado la apertura de la Licitación Pública No. UC-LP-CO-012-2007, dicho proceso licitatorio habría continuado su curso normal y no se habría configurado la injusta privación del derecho que tenían los integrantes del CONSORCIO NUEVO MILENIO DEL META a participar en dicho proceso y a que su propuesta fuera evaluada integralmente>>*.

2.8.- Por lo anterior, solicitaron el reconocimiento de los perjuicios materiales sufridos como consecuencia de la revocatoria de la apertura de la licitación, los cuales fueron concretados en el valor asegurado en la garantía de seriedad de la oferta, con base en jurisprudencia del Consejo de Estado.

B.- Posición de la parte demandada

3.- El Departamento se opuso a las pretensiones de la demanda⁷ y expuso los siguientes argumentos:

3.1.- La propuesta de los demandantes no fue evaluada en forma integral, razón por la cual no podría concluirse que cumplía todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

3.2.- El Departamento no podía continuar con el trámite precontractual porque adolecía de inconvenientes presupuestales insaneables y porque el pliego de condiciones contenía disposiciones contrarias a la ley. Por lo anterior, *<<(…) se expidió el acto administrativo de revocatoria, so pena de que continuar con el mismo hubiere generado la violación de disposiciones jurídicas contractuales y de presupuesto, posible conductas penales y disciplinarias, además de ser perfectamente viable y jurídicamente ajustado revocar la convocatoria a una licitación pública (…)>>*.

3.3.- Propuso la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción porque, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 del CCA, la

⁷ Cuaderno No. 1, folios 95 – 102.



acción procedente en este caso era la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la acción de reparación directa.

3.4.- En cualquier caso, aun en el hipotético escenario en que la acción de reparación directa fuera procedente, habría que negar las pretensiones de la demanda porque en este caso (i) no existió falla en el servicio, (ii) el valor amparado en la garantía de seriedad de la oferta no era un referente válido para determinar los perjuicios sufridos por los demandantes, y (iii) no se causó un daño antijurídico a los demandantes porque cuando presentaron su oferta al proceso de selección lo hicieron *<<(…) de manera libre y voluntaria, sabiendo que su interés en participar le generaba una mera expectativa, por lo tanto, siendo conocedor de las normas contractuales el Consorcio asumió el riesgo de que su interés en la participación no se concretara en la suscripción y ejecución del contrato>>*.

C.- Sentencia recurrida

4.- En sentencia del 28 de octubre de 2014⁸, el Tribunal Administrativo del Meta declaró probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción y se declaró inhibido para emitir un pronunciamiento de fondo. Para adoptar esta decisión consideró que:

4.1.- Los demandantes controvirtieron la legalidad de la Resolución No. 1003 del 22 de mayo de 2008. De acuerdo con lo anterior, la causa del perjuicio era un acto administrativo que se consideraba ilegal.

4.2.- La acción procedente para cuestionar la legalidad de los actos administrativos y obtener la reparación de los perjuicios causados era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

4.3.- La acción de reparación directa solo puede ejercerse válidamente *<<(…) cuando la persona demanda directamente la reparación de un daño que tenga como fuente la ocurrencia de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de bienes inmuebles por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa, eventualidades que no se dan para el caso sub examine>>*.

D.- Recurso de apelación de los demandantes

5.- Los demandantes solicitan revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda⁹. En el recurso de apelación exponen los siguientes argumentos:

⁸ Cuaderno principal, folios 237 – 259.

⁹ Cuaderno principal, folios 315 – 334.



5.1.- En el libelo introductorio no se cuestionó la legalidad de la Resolución No. 1003 del 22 de mayo de 2008 por medio de la cual el Departamento revocó el acto de apertura de la Licitación Pública No. UCL-LP-CO-012-2007. Por el contrario, los demandantes afirmaron expresamente que no tenían reparo alguno respecto del acto administrativo y que reconocían que gozaba de presunción de legalidad.

5.2.- Teniendo en consideración que no se controvertió la legalidad del acto administrativo que revocó la apertura del proceso licitatorio, la acción procedente no era la de nulidad y restablecimiento del derecho.

5.3.- Aunque en los alegatos de conclusión los demandantes expusieron argumentos para contrarrestar la excepción de inepta demanda propuesta por el Departamento, el Tribunal Administrativo del Meta se declaró inhibido para pronunciarse de fondo sin tener en cuenta lo alegado por los demandantes.

5.4.- No podía ser de recibo que después de haberse tramitado toda una instancia <<(…) cuya primera actuación tuvo lugar el 26 de marzo de 2009, más de cinco (5) años después se vean frustradas las legítimas aspiraciones de acceso real y efectivo a la administración de justicia por parte de los demandantes, en razón de una decisión que va en contravía de lo expresamente solicitado en la demanda y presenta una evidente e inadmisibles divergencia con lo deprecado>>.

5.5.- La sentencia inhibitoria proferida por el Tribunal Administrativo del Meta comporta una vulneración de la garantía fundamental de la doble instancia. Ello, porque en este caso no existirá un pronunciamiento de fondo de primera instancia que pueda ser impugnado, ni se podrá controvertir la providencia que el Consejo de Estado llegue a proferir en el evento en que sea adversa a las pretensiones de los demandantes.

5.6.- La sentencia inhibitoria igualmente comporta una vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia que tenían los demandantes. En este caso estaban reunidos todos los presupuestos requeridos para proferir una decisión de fondo; sin embargo, el juez de la primera instancia dictó un fallo inhibitorio con base en argumentos que no se compadecían con lo expuesto en la demanda. Los demandantes resaltaron que el derecho de acceso a la administración de justicia <<(…) no se trata simplemente de acceder en forma física a los estrados judiciales, o de acceder formalmente a determinada decisión, sino de acceder en forma real y efectiva a una decisión de fondo que resuelva en debida forma la situación planteada>>.

5.7.- Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado están acreditados.



II. CONSIDERACIONES

E.- Decisión a adoptar y plan de exposición

6.- La Sala revocará la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción y, en su lugar, se pronunciará de fondo sobre las pretensiones de la demanda obrando conforme lo dispone el artículo 306 del CPC. El demandante podía reclamar perjuicios sin demandar la nulidad del acto de revocatoria de la licitación, fundamentándose simplemente en que esa decisión le generó un <<daño especial>> o <<antijurídico>> en los términos del artículo 90 de la C.P. De este modo solo podía reclamar como perjuicio el correspondiente al restablecimiento del equilibrio ante las cargas públicas: no podía reclamar la utilidad dejada de percibir por el incumplimiento de la entidad al no adjudicarle el contrato. Dicha pretensión solo podría formularse impetrando la anulación de la decisión que revocó el acto de apertura de la Licitación Pública No. UCL-LP-CO-012-2007 y demostrando su ilegalidad.

7.- En la primera parte de esta providencia se hará referencia a la procedencia de fallar de fondo en segunda instancia sin que ello implique desconocer el derecho a la doble instancia y al acceso de la administración de justicia de los demandantes. En la segunda parte a la acción que debía proponerse y a la improcedencia del perjuicio impetrado.

F.- Revocar una sentencia inhibitoria y pronunciarse de fondo en segunda instancia no viola los derechos constitucionales invocados en el recurso de apelación

8.- El artículo 306¹⁰ del CPC (282 del CGP) dispone que el juez debe declarar oficiosamente las excepciones que encuentre probadas, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deben ser alegadas en la contestación de la demanda. Adicionalmente, establece que cuando el juez encuentre probada una excepción que conduzca a negar las pretensiones de la demanda, puede abstenerse de resolver las demás. Sin embargo, de ser apelada la providencia judicial que contenga esa decisión el superior podrá revocarla, caso en el cual deberá resolver sobre las restantes.

9.- Con fundamento en la anterior disposición, el juez está habilitado para declarar de oficio una excepción que, como la caducidad o la inepta demanda por indebida escogencia de la acción, impide resolver de fondo las pretensiones de

¹⁰ <<ARTÍCULO 306. Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes. En este caso, si el superior considera infundada aquella excepción, resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia. (...)>>.



la demanda. Y en el evento en que esa providencia sea apelada y el superior la encuentre infundada, deberá resolver de fondo las pretensiones de la demanda sin que ello implique, de manera alguna, la vulneración de la garantía de la doble instancia del sujeto procesal que se vio afectado con esa decisión. Por el contrario, obrar de tal forma comporta la observancia de una norma procesal que, en cumplimiento del principio de economía procesal, impone al juez de la segunda instancia la obligación de resolver de fondo sin necesidad de remitir el expediente al inferior para que haga lo propio.

10.- Tal y como lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C-792 de 2014¹¹, la garantía de la doble instancia (i) es un principio general cuya configuración corresponde al Legislador y, como tal, puede ser objeto de limitaciones, salvedades y excepciones como sucede con los procesos de única instancia en materia civil y contencioso administrativa; (ii) << (...) *se predica del proceso como tal, para que el juicio tenga dos instancias, independientemente del contenido y alcance de los fallos que resuelven la controversia (...)*>>, de manera que no resulta acertado alegar el desconocimiento de esta garantía ante un escenario en que, como el presente, el fallo inhibitorio debe ser revocado para resolver de fondo; y (iii) solo resulta obligatoria en el proceso penal para garantizar la efectividad del derecho constitucional de impugnación de una sentencia penal condenatoria.

11.- De otra parte, en lo que respecta a la vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, se advierte que el objeto de la apelación es precisamente analizar la sentencia inhibitoria emitida por el Tribunal Administrativo del Meta con el objeto de determinar si se ajusta a derecho o no. En la medida en que no existe una sentencia inhibitoria que ponga fin al proceso, no podría considerarse el desconocimiento del derecho invocado por los demandantes.

G.- Los demandantes podían reclamar por el daño antijurídico sin impetrar la nulidad del acto: no podían, con dicho fundamento, reclamar consecuencias que solo pueden analizarse si se acredita la *ilegalidad* del acto y se impetra su anulación.

12.- Es cierto, como se afirma en el recurso de apelación, que en la demanda se insistió en el hecho de que no se estaba cuestionando la legalidad del acto administrativo que revocó la apertura de la licitación pública. Los demandantes simplemente refirieron que las circunstancias que provocaron tal decisión eran del resorte de la entidad demandada y que, por ende, se debía acudir a la acción de reparación directa fundada en la existencia de un <<daño especial>>. Los accionantes reconocieron expresamente la legalidad del acto administrativo y no controvirtieron los argumentos del Departamento según los cuales dicho acto se profirió en defensa del *interés general*. Por esta razón, la acción procedente no

¹¹ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. MP Luis Guillermo Guerrero Pérez. Expediente D-10045.



podría ser la de nulidad y restablecimiento del derecho que parte del supuesto de una decisión que, en concepto del interesado, resulta ilegal, por lo que –en ese caso– sí debe impetrar su anulación.

13.- Lo que se le imputa a la demandada es haber causado un daño <<especial>> o <<antijurídico>> en los términos del artículo 90 de la C.P. No se habla de falla del servicio como lo indicó el Tribunal de primera instancia, pues resulta irrelevante determinar si la entidad incurrió en irregularidades que generaron la necesidad de revocar el acto. El daño se fundamenta afirmando que esa decisión que, según lo planteado en la demanda, debía adoptarse de acuerdo con la ley, le generó a los demandantes un daño particular, grave, e injustificado que no debían soportar.

14.- No estamos aquí, precisa la Sala, en un evento en el cual haya desaparecido el acto ilegal por haber sido revocado, caso en el cual, si no existe acto administrativo causante del daño que debe anularse para pedir reparación, debe acudirse a la acción de reparación directa. En este caso sí existe el acto porque lo que causó el daño fue la decisión de revocar la apertura de la licitación pública, y esa decisión se adoptó en un acto administrativo. La parte demandante considera que ese acto es legal (no puede pedir su nulidad) y lo que solicita es la reparación del daño <<especial>> o <<antijurídico>> que el mismo le causó.

15.- La Sección Tercera del Consejo de Estado ha reconocido que el daño antijurídico puede tener origen en un acto administrativo legal y que en estos casos la acción procedente es la de reparación directa. Así lo precisó la Sección Tercera en sentencia del 26 de noviembre de 2014¹²:

*<<Ahora, resulta importante precisar que, en algunos eventos, el origen del daño antijurídico, es decir, **aquel que el administrado no está en la obligación de soportar, surge de la expedición de un acto administrativo legal, cuya validez es incuestionable.** En este caso, resulta improcedente promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para obtener la indemnización de los perjuicios causados a través del acto, pues esta acción y la de simple nulidad están instituidas, en esencia, para controlar la legalidad de los actos administrativos y para pretender la declaración de nulidad de los mismos, con el fin de restablecer el orden jurídico que se ha visto alterado por causa del acto viciado de nulidad, con efectos ex tunc. La acción idónea para canalizar las pretensiones indemnizatorias, en este caso, es la de reparación directa>>.*

16.- De otro lado, la jurisprudencia del Consejo de Estado, desde antes de la expedición de la Constitución Política de 1991 que reguló en su artículo 90 la responsabilidad del Estado, había indicado que resultaba posible reclamar perjuicios derivados de un acto administrativo legal en el evento de que dicho acto hubiese generado un <<daño especial>> al demandante. Y consideró que tal reparación se generaba porque un particular no podía ver afectado su

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de noviembre de 2014. CP Carlos Zambrano Barrera. Radicación número: 76001-23-31-000-1998-01093-01(31297).



patrimonio de manera particular y grave por un acto legítimo de la Administración. Se estimó que en tal caso se producía un desequilibrio en las cargas públicas que todos los ciudadanos debemos soportar proporcionalmente, por lo cual el mismo debía ser **restablecido**.

17.- Ahora bien, lo que pueden reclamar en este caso los demandantes es el restablecimiento del desequilibrio que produjo en su patrimonio el acto de la Administración y que no debe ser asumido por el particular que lo sufrió. Si esa afectación patrimonial es particular y grave, debe ser asumida por todos porque tuvo como causa un acto proferido en defensa del interés general.

18.- En relación con el objeto de la reparación en caso de daños causados con actuaciones legítimas de la Administración, la jurisprudencia ha dicho:

*<<Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, **causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado.***

Surge pues, de la esquemática exposición hecha, que la pretensión indemnizatoria por daño especial, excluye cualquier otra pretensión con idéntico fin, propuesta con base en la ilegalidad del acto o de la operación o el hecho administrativo, la falla o falta del servicio y la derivada de la arbitrariedad administrativa o "vías de hecho".

*Con cualquiera de ellas resulta incompatible, no por el **petitum** posiblemente idéntico en todas ellas, sino por la **causa petendi**, que resulta distinta y contraria como quiera que se habla de la responsabilidad por equidad, sin falta u objetiva, frente a las otras fuentes de la responsabilidad estatal, y por lo mismo, no son acumulables>>¹³.*

19.- Si se invoca el <<daño especial>> o <<antijurídico>>, derivado de una decisión que se estima lícita, se está excluyendo como fundamento del mismo el incumplimiento o la actuación irregular como fuente del daño. Si, por el contrario, se considera que la Administración obró irregularmente, lo que en la adopción de una decisión se identifica con la ilegalidad de la misma, el demandante puede solicitar el restablecimiento de su derecho y la reparación de perjuicios. Pero para ello debe impetrar la nulidad del acto y desvirtuar la presunción de legalidad del mismo: en el proceso, a partir de las circunstancias fácticas relevantes y de las normas aplicables, debe concluirse que la decisión de la Administración debió ser otra. Y todo lo anterior debe ser estudiado en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de octubre de 1976. CP Jorge Valencia Arango. Exp. 1482.



20.- Precisado lo anterior, se advierte que los demandantes no reclaman como perjuicio el valor de lo que tuvieron que invertir en la preparación de la propuesta; ni el valor de los pliegos (que la Administración decidió reintegrarles); ni el valor de la adquisición de la póliza de seriedad (la cual también les fue devuelta). Lo que reclaman es el valor asegurado en la garantía de seriedad del ofrecimiento que, de acuerdo con lo desarrollado por la Sección Tercera en la sentencia del 24 de junio de 2004, podía servir de parámetro para establecer el monto del perjuicio causado al particular cuando el Estado lo privaba *ilegalmente* de participar en una licitación. El anterior parámetro tenía la siguiente lógica: si el adjudicatario que *injustificadamente* no suscribe el contrato debe pagar la suma prevista en la póliza de seriedad, lo propio debía ocurrir cuando el Estado *ilegalmente* privaba injustificadamente al particular del derecho que le asistía de que su oferta fuera valorada:

*<<Dicho en otras palabras, así como la garantía de seriedad de la oferta tiene como finalidad o razón de ser afianzar el mantenimiento de la oferta durante el plazo estipulado legalmente o en los pliegos de condiciones y asegurar la celebración del contrato por parte del contratista y esta garantía se hace efectiva en caso de incumplimiento del participante, esta misma razón debe tenerse en cuenta y aplicarse cuando sea la entidad estatal licitante, como en el presente caso, **la que incumple y priva injustamente** al proponente del derecho que le asiste de que su oferta sea valorada, ya que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición>>¹⁴.*

21.- La misma pretensión es improcedente en este caso porque –se itera– los demandantes no están reclamando un perjuicio derivado de una actuación ilegal de la administración¹⁵: están pidiendo un restablecimiento a partir de considerar que una decisión lícita de la Administración produjo un desequilibrio en las cargas públicas y les generó un <<daño especial>> en la terminología de la jurisprudencia, o un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la C.P.

22.- En síntesis, el daño cuya reparación impetran los demandantes no es un *daño antijurídico* o un <<daño especial>> que tenga por objeto restablecer el equilibrio de las cargas públicas, razón por la cual deben rechazarse las pretensiones de la demanda.

H.- Condena en costas

23.- En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de junio de 2004. CP Ricardo Hoyos Duque. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-0042-01(15235).

¹⁵ La Sala agrega que el precedente jurisprudencial tampoco puede aplicarse al caso concreto porque ha sido tradicionalmente utilizado en casos en los que la parte actora ha impetrado acciones de nulidad y restablecimiento del derecho para discutir las decisiones de la Administración Pública.



III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 28 de octubre de 2014 por el Tribunal Administrativo del Meta por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En su lugar, **NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: No se **CONDENA** en costas.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente
Con aclaración de voto

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
Con aclaración de voto