

**CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**



Bogotá D.C, cinco (05) de julio de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número:** 170012331000200700120 02 (38.315)

**Actor:** Constructora Hispánica S.A. y otro

**Demandados:** Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales – INFIMANIZALES y otro

**Asunto:** Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Sentencia)

Contenido: Descriptor: Se modifica la sentencia apelada para suprimir la medida de restablecimiento del derecho decretada en primera instancia y se mantiene la nulidad de los actos administrativos demandados por limitación del objeto de apelación y aplicación de la *non reformatio in peius* pero se niegan las pretensiones indemnizatorias porque no existe fundamento jurídico para su reconocimiento. Restrictor: Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; Objeto del recurso de apelación y aplicación de la *non reformatio in peius*; Efectos de la nulidad de los actos administrativos de contenido particular; Configuración del daño indemnizable

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las demandantes contra la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2009<sup>1</sup> por el Tribunal Administrativo de Caldas, que decidió:

**“1. DECLARAR** no probadas las excepciones de carencia sustantiva para demandar, pérdida de fuerza ejecutoria, y trámite inadecuado de la demanda, propuestos por las entidades demandadas conforme a lo expuesto en la parte motiva.

**2. DECLARAR LA NULIDAD** de las resoluciones Nos. 000020 del 1 de febrero de 2007 y 000058 del 23 de febrero del mismo año, proferidas por el INFIMANIZALES y las Resoluciones Nos. 024-2007 del 1 de febrero de 2.007 y 000032-2007 del 23 de febrero del mismo año, proferidas por INFICALDAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

**3. COMO RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, declarar que no se ha cumplido la condición para no suscribir el contrato adjudicado en la Licitación Pública Internacional No. 001-2.005 a la UTE CONSTRUCTORA HISPANICA FRONPECA y en consecuencia, en el evento de llegarse a firmar entre el Gobierno de Colombia y España, el Cuarto Addendum, dentro del convenio Global FAD, por el cual se concede a INFICALDAS e INFIMANIZALES, un crédito a cada una 20 millones de dólares americanos, para el proyecto de Aeropuerto de Palestina, y suscritas las contragarantías correspondientes a favor de la República de Colombia, se deberá llamar a suscribir el contrato adjudicado a la Unión Temporal demandante. Por otro lado, una vez que se confirme que dicho “Cuarto Addendum” no se firmará o se firmará para otras líneas de crédito diferentes a la cesión a favor de INFIMANIZALES o INFICALDAS (sic) para financiar el proyecto del Aeropuerto de Palestina, mediante acto administrativo, se declarará terminado el proceso contractual del proceso licitatorio internacional No. 001-2.005.

**4. NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda (...).”

## I. ANTECEDENTES

---

<sup>1</sup> Fls.712-753 C.11

## **1. La demanda**

El **16 de mayo de 2007**<sup>2</sup>, las sociedades Constructora Hispánica S.A. y Constructora Herreña Fronpeca S.L., por intermedio de su representante legal, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establecida en el artículo 85 del C.C.A, presentaron demandas contra el Instituto de Financiamiento Promoción y Desarrollo de Caldas - INFICALDAS y el Instituto de Financiamiento Promoción y Desarrollo de Manizales - INFIMANIZALES<sup>3</sup> para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

### **1.1.- Pretensiones**

1.1.1 Que se declare la nulidad de las Resoluciones 024-2007 del 1 de febrero de 2007 y 000032-2007 del 23 de febrero de 2007, proferidas por el Instituto de Financiamiento Promoción y Desarrollo de Caldas – INFICALDAS.

1.1.2 Que se declare la nulidad de las Resoluciones 000020 del 1 de febrero de 2007 y 000058 del 23 de febrero de 2007, proferidas por el Instituto de Financiamiento Promoción y Desarrollo de Manizales – INFIMANIZALES.

1.1.3 Que como consecuencia de la nulidad se restituya el derecho quebrantado a las sociedades demandantes, consistente en la pérdida de la oportunidad de suscribir y ejecutar el contrato, y se *“ordene reconocer y pagar un valor igual a aquel que conforme a los pliegos de condiciones y a la ley 80 de 1.993 mis representadas garantizaron a la entidad demandada, mediante póliza expedida de seriedad de la oferta No. 181100017801 de fecha 28 de abril de 2006 expedida por MAFRE COLOMBIA, y que fue renovada mediante certificado No. 1 de fecha 8 de septiembre de 2006 y certificado No. 2 de fecha 25 de octubre de 2006 y con la póliza No. 1801100019801 de fecha 23 de enero de 2007, el eventual incumplimiento de la firma del contrato, monto equivalente a CINCO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$5.696.000.000.00)”*.

### **1.2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así:**

Los Institutos INFICALDAS e INFIMANIZALES expidieron las Resoluciones Nos. 127-2005 y 139-2005, mediante las cuales ordenaron la apertura de la licitación pública internacional No. 001-2005, con el objeto de contratar bajo la modalidad *“llave en mano”*, los trabajos

---

<sup>2</sup> Fls.507-537 C.1

<sup>3</sup> Las demandas fueron radicada inicialmente bajo los radicados Nos. 2007 0121-5 y 2007 0120, posteriormente acumulados.

relacionados con la construcción, suministro de las obras y servicios para el proyecto “Aeropuerto de Palestina”, según las condiciones generales de contratación de la Ley 80 de 1993 y el Decreto Reglamentario 2170 de 2002 y las disposiciones establecidas en el Convenio Financiero suscrito entre los Gobiernos de Colombia y España.

Para la financiación del Aeropuerto de Palestina, la República de Colombia solicitó al Instituto de Crédito Oficial del Reino de España - a través del Acuerdo Global de Cooperación Financiera Hispano Colombiano – el financiamiento de 20 millones de dólares, de cuyo pago eran responsables (nral. 2.1) INFICALDAS e INFIMANIZALES, cada una en un 50% del crédito FAD.

Sin embargo, para el perfeccionamiento y efectivo desembolso del crédito era necesaria la suscripción del “*Cuarto Addendum*” entre los gobiernos de Colombia y España, y la aprobación de las garantías exigidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público Colombiano a INFICALDAS e INFIMANIZALES.

En consecuencia, mediante Adenda No. 10 del **3 de mayo de 2006**, INFICALDAS e INFIMANIZALES anunciaron a los participantes que *“si cumplido el cronograma hasta la expedición de la respectiva resolución de adjudicación de la licitación no se había suscrito el respectivo addendum por parte de los gobiernos colombiano y español y por lo tanto no se hubiera cumplido la fase de aceptación de contragarantías al momento de suscripción del contrato comercial, la expedición de la respectiva resolución de adjudicación quedaría supeditada a la firma del addendum por los gobiernos español y colombiano; y que el contrato comercial no podría suscribirse hasta que fueran aprobadas las contragarantías exigidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia a INFI-CALDAS e INFI-MANIZALES.*

Constituidas en “*Unión Temporal Constructora Hispanica – Fronpeca*”, el **10 de mayo de 2006** presentaron la correspondiente oferta, que ascendió a la suma de US21.432.818, 29, equivalente en su momento a \$48.832.633.187,70; y el **31 de julio de 2006** INFICALDAS e INFIMANIZALES adjudicaron el contrato objeto de la Licitación Internacional No. 001 de 2005, a la mencionada Unión Temporal, mediante resoluciones Nos. 092-2006 y 000033 (respectivamente).

No obstante la adjudicación, el **1 de febrero de 2007** INFICALDAS e INFIMANIZALES profirieron las Resoluciones Nos. 024-2007 y 000020 (respectivamente) mediante las cuales declararon fallida la condición de la firma del “*Cuarto Addendum*” entre los gobiernos español y colombiano, dieron por cumplido el término para la devolución de la póliza de seriedad de la oferta y dejaron sin efectos las Resolución de Adjudicación Nos. 092-2006 y 000030 de 2006.

El **8 de febrero de 2007**, las demandantes interpusieron los correspondientes recursos de reposición, pero el **23 de febrero siguiente** INFICALDAS e INFIMANIZALES negaron la reposición mediante las Resoluciones Nos. 032-2006 y 000058 (respectivamente).

### **1.3.- Concepto de violación**

Las demandantes adujeron como normas violadas los artículos 29 y 58 C.N., por violación al debido proceso y desconocimiento de los derechos adquiridos; artículo 84 del C.C.A por falsa motivación de los actos demandados y la Ley 80 de 1993, artículo 30 nral. 11 por desconocer la irrevocabilidad del acto de adjudicación, y el artículo 26 numerales 2 y 3 por tratarse de una situación antijurídica y por la elaboración de pliegos confusos.

1.3.1 Falsa motivación, porque ninguno de los argumentos que soportan las decisiones se ajustan a la ley, al pliego de condiciones ni a la realidad, por los motivos que se concretan de la siguiente manera.

1.3.1.1 La firma del contrato adjudicado estaba “*efectivamente condicionada a un hecho*”, esto es, la aprobación del *cuarto addendum* por los gobiernos español y colombiano, pero los actos demandados resolvieron considerar que transcurridos seis meses desde la fecha de la adjudicación sin haberse firmado el *addendum*, equivalía a que el gobierno español había negado el crédito, situación que no es cierta porque para la fecha en que se expedieron las resoluciones demandadas aún continuaba en trámite la firma del mencionado *addendum* y por ende la intención de otorgar el crédito.

En este sentido, las demandantes afirman que únicamente se podría declarar fallida la condición si los gobiernos español y colombiano manifestaban que definitivamente no habría firma del *cuarto addendum* o si el gobierno español negaba el crédito.

De manera que resultaría violatorio al derecho adquirido por el adjudicatario de suscribir el contrato, que se revocara el acto de adjudicación cuando la aprobación del crédito siguiera en curso y la condición dispuesta en la Adenda No. 10 siguiera vigente.

1.3.1.2 Existe falsa motivación cuando se dice que la firma del contrato era indefinida, pues la suscripción del contrato estaba sometida a la condición de perfeccionarse en el momento en que los gobiernos español y colombiano firmaran el llamado *cuarto addendum*, con la claridad de que la licitación se declararía desierta si el crédito llegaba a ser negado, situación que no ha ocurrido, porque el crédito no ha sido negado.

1.3.1.3 Aunque es cierto que el plazo para devolver la póliza de seriedad de la propuesta presentada por la Unión Temporal se había vencido, lo que no es cierto es que este hecho

justifique la revocatoria de la adjudicación y la negativa a suscribir el contrato, toda vez que esta póliza era objeto de ampliación del plazo, como inicialmente lo solicitaron las contratantes.

En este sentido, las demandantes adicionan que ni el pliego de condiciones ni sus adendas 9 y 11 condicionan la suscripción del contrato al plazo de seis meses para devolver la póliza de seriedad de la oferta, y si así fuera, de acuerdo con el artículo 26 nral. 3 de la Ley 80 de 1993, los contratantes están obligados a responder por la redacción ambigua, incompleta y confusa de los pliegos de condiciones. En este punto las demandantes aclaran que lo que quiso decir la Adenda 11 es *“que pasados seis meses se devolvería la póliza de seriedad de la oferta”* sin condicionar la suscripción del contrato.

1.3.2 El acto administrativo de adjudicación es irrevocable, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 30 nral. 11 de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

1.3.3 Los actos administrativos demandados no podían dar por terminado el proceso licitatorio porque éste ya había terminado con la adjudicación del contrato.

1.3.4 Improcedencia de la renuncia a reclamaciones judiciales derivadas de las condiciones del concurso licitatorio y en especial de las enunciadas en la Adenda No. 10, toda vez que dicha renuncia solo aludía a que sí el *cuarto addendum* no llegaba a firmarse por parte de los gobiernos español y colombiano o sucedía cualquier evento que impidiera hacer efectiva la legalización del crédito FAD, no habría firma del contrato adjudicado; pero el mencionado *addendum* aún se encontraba en trámite y no había surgido evento alguno que hubiera impedido hacerlo efectivo, cuando las contratantes declararon fallida la condición, presuntamente porque ya habían pasado seis meses desde la adjudicación del contrato, presupuesto éste que no hacía parte de la condición aceptada por los proponentes adjudicatarios.

1.3.5 Es falso que el adjudicatario haya solicitado un incremento en la cuantía del contrato, por el contrario, fueron las contratantes quienes invitaron a la adjudicataria a hacer observaciones al contrato, pero tales observaciones no suponían cambios sustanciales al precio, el objeto, el plazo ni otros elementos del contrato.

## **2. El trámite procesal**

2.1 Admitidas las demandas<sup>4</sup>, fueron notificados el gerente de INFIMANIZALES<sup>5</sup> y el gerente de INFICALDAS<sup>6</sup>; luego de lo cual el asunto se fijó en lista<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Autos de 8 de junio de 2007 y 13 de julio de 2007. Fls.531 C.1A y 539 C.1

<sup>5</sup> Fl. 534 C.1A

<sup>6</sup> Fl. 542 C.1

2.2 El **21 de agosto de 2007**, INFICALDAS<sup>8</sup> e INFIMANIZALES<sup>9</sup> contestaron las demandas y solicitaron que sean denegadas las pretensiones y en su lugar se condene en costas a las demandantes, aunque con relación a los hechos manifestaron atenerse a lo que resulte probado dentro del proceso.

Asimismo, las demandadas propusieron como excepciones de fondo:

(i) Carencia sustantiva de razones para demandar, toda vez que se trató de una licitación restringida en cuyos pliegos de condiciones se inaplicó la Ley 80 de 1993 por autorización expresa del inciso 4 del artículo 13 de dicha Ley, por tratarse de un contrato derivado de otro convencional, bilateral e internacional, financiado con fondos percibidos de los organismos multilaterales de crédito internacionales.

(ii) Pérdida de fuerza ejecutoria del acto de adjudicación del contrato, de acuerdo con el artículo 66 del C.C.A, nral. 4º, según el cual el acto administrativo pierde fuerza ejecutoria cuando se cumple la condición resolutoria a que se encuentra sometido; frente a lo cual también señala que no existe el derecho adquirido alegado por las demandantes, ya que este se encontraba sometido a la condición del pliego consistente en declarar fallido el proceso licitatorio en el evento en que el crédito FAD no se haya otorgado.

Al respecto las demandadas entienden que, al condicionar la suscripción del contrato adjudicado queda igualmente condicionada la adjudicación al decaimiento del acto con el fracaso de la condición que conlleva la pérdida de fuerza ejecutoria.

(iii) Trámite inadecuado de la demanda, porque la acción que se debió impetrar era la de reparación directa.

2.3 Corrido el traslado de las excepciones<sup>10</sup>, estas fueron contestadas por las demandantes el **5 de septiembre de 2007**<sup>11</sup>, en el sentido de señalar que:

(i) La excepción de carencia sustantiva de razones para demandar es improcedente porque la norma aludida como sustento (nral. 4, art. 13, Ley 80 de 1993) no resulta aplicable porque el proyecto no iba a ser financiado con fondos de organismos multilaterales de crédito sino del Gobierno de España a través del Instituto de Crédito Oficial de ese gobierno; el contrato no se celebraría con una persona extranjera de derecho público u organismo de cooperación,

---

<sup>7</sup> Fls. 536 del C.1A y 544 del C.1

<sup>8</sup> Fls. 554-593 C. 1

<sup>9</sup> Fls. 543-582 C. 1A

<sup>10</sup> Fls. 584 C.1A y 595 C. 1

<sup>11</sup> Fls. 585-597 C.1A y 596-608 C.1

asistencia o ayuda internacional sino una persona de derecho privado; por las razones anteriores el contrato no podría someterse a reglamentos diferentes de la ley de contratación colombiana.

(ii) La pérdida de fuerza ejecutoria del acto de adjudicación es improcedente porque para la fecha en que se prohirieron los actos demandados (31 de enero de 2007) no estaban dados los presupuestos para declarar fallida la condición resolutoria.

(iii) No existe trámite inadecuado de la demanda, ya que esta fue interpuesta de acuerdo con lo dispuesto en el inc. 2º del art. 87 del C.C.A., modificado por el art. 32 de la Ley 446/98.

2.4 El **18 de septiembre de 2007** las demandantes solicitaron la acumulación de los procesos identificados con los Nos. 200700120 y 200700121<sup>12</sup>, la cual fue decretada mediante providencia del 25 de octubre de 2007<sup>13</sup>; decisión que fue objeto de recurso de apelación resuelto el 4 de septiembre de 2008 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el sentido de confirmar la providencia apelada<sup>14</sup>

2.5 El **14 de agosto de 2008** el Tribunal Administrativo de Caldas abrió el proceso a pruebas<sup>15</sup> y el **19 de febrero de 2009** corrió traslado común a las partes por el término de 10 días para que rindieran los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para su respectivo concepto<sup>16</sup>.

2.6 El **9 de marzo de 2009** el apoderado de la parte demandada presentó alegatos de conclusión y reiteró los argumentos planteados en instancias anteriores, y adicionó el argumento que se resalta:

*“INFICALDAS e INFIMANIZALES no pudieron financiar la licitación internacional 001-2005 mediante la cesión de diez millones de dólares a cada uno del crédito ofrecido por el Gobierno de España al Gobierno de Colombia, porque el Addendum que permitía la cesión y otorgaba las garantías no se firmó.*

*No obstante el fracaso de la cesión, puesto que el convenio y el excedente de cuarenta y dos millones de dólares subsiste, mucho tiempo después el Gobierno de Colombia ha buscado que el Gobierno de España destine treinta millones de dólares para una obra en el Aeropuerto de Palestina, ahora Aeropuerto del Café, para un objeto diferente de la licitación 001-2005, de Nación a Nación como está previsto en el Convenio, sin que a la fecha, 9 de marzo de 2009 se logre.”*

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio en instancia de alegatos, por lo cual el expediente pasó al despacho para fallo<sup>17</sup>. Sin embargo, previo al proferimiento de la decisión, el

---

<sup>12</sup> Fls. 599-601 C. 1A

<sup>13</sup> Fls. 604-608 C.1A y 310-314 C.2

<sup>14</sup> Fls. 341-374 C.2

<sup>15</sup> Fls. 628-633 C.1A

<sup>16</sup> Fl. 658 C.1A

**3 de septiembre de 2009** el Tribunal Administrativo de Caldas ordenó oficiar a las demandadas para que certificaran si el objeto de la Licitación Internacional No. 001-2005 fue contratado en licitación posterior y cuál fue el sistema de financiación<sup>18</sup>; prueba que fue allegada al plenario<sup>19</sup>.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Como se anotó ad initio de esta providencia, el 12 de noviembre de 2009<sup>20</sup> el Tribunal Administrativo de Caldas decidió declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y, por el contrario, declaró la nulidad de las resoluciones Nos. 000020 del 1 de febrero de 2007 y 000058 del 23 de febrero del mismo año, proferidas por el INFIMANIZALES y las Resoluciones Nos. 024-2007 del 1 de febrero de 2007 y 000032-2007 del 23 de febrero del mismo año, proferidas por INFICALDAS, con fundamento en las siguientes razones:

***“1. Del pliego de condiciones al proceso licitatorio No. 001-2005 y de las adendas al mismo no se desprende que la firma del addendum debía hacerse dentro del mismo plazo de vigencia de la póliza de seriedad.***

*(...)*

*Si bien se observa que, se dejó muy en claro que, en primer momento la adjudicación y posteriormente la firma del contrato comercial al contratista que ganara la adjudicación, dependían de la firma del Cuarto Addendum, entre el Gobierno de Colombia y España, nunca se precisó, ni de las adendas se puede colegir, que se estaba fijando un plazo para la firma de este adendum (sic), ni menos que la firma del convenio debería surtirse dentro del plazo de vigencia de la póliza de seriedad, como así lo quieren hacer ver las entidades demandadas en los actos que ahora son objeto de estudio sobre su legalidad.*

*La única y verdadera condición que se plasmó en los pliegos de condiciones y en las adendas respectivas, es que, la firma del contrato comercial con el contratista que ganara la licitación, estaba suspendida, hasta que se suscribiera entre el Gobierno Colombiano y el Español, dentro del Marco del convenio FAD, la firma del Cuarto Addendum, pues de este convenio dependía la financiación del proyecto, y que en el evento de no firmarse o fracasar las negociaciones entre el Gobierno Colombiano y el Español, con respecto al Cuarto Addendum, se terminaría el proceso licitatorio así este se hubiera adjudicado.*

***2. La devolución de la póliza de seriedad, no conlleva dar por fallida la condición que suspende la firma del contrato adjudicado.***

*(...)*

***3. La declaración firmada por el contratista en la Adenda No. 10 no impide al mismo demandar ante esta jurisdicción la terminación del proceso contractual, por ser diferentes las causas señaladas en esa adenda.”***

---

<sup>17</sup> Fl. 697 C.1A. Debe preverse que la afirmación hecha en el auto en cuanto a los alegatos de la parte demandante no se encuentra corroborada en el expediente.

<sup>18</sup> Fls. 703-704 C.1A

<sup>19</sup> Fl. 710 C.1A

<sup>20</sup> Fls.712-753 C.11

Por estos motivos el *A quo* concluyó que las razones expuestas en los actos demandados para declarar fallida la condición de suscripción del contrato, no se dieron conforme a las reglas establecidas en el pliego de condiciones o las adendas respectivas, de manera que declaró la nulidad y ordenó el restablecimiento del derecho, conforme se anotó *ad initio*.

### III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. El **24 de noviembre de 2009** el apoderado judicial de la parte demandada interpuso el recurso de apelación<sup>21</sup> que NO fue sustentado; en razón a lo cual la Sección Tercera de esta Corporación lo declaró desierto mediante auto de **21 de mayo de 2010**<sup>22</sup>.

2. El mismo **24 de noviembre de 2009**, la apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación<sup>23</sup> que fue sustentado el **9 de abril de 2010**, en donde solicitó revocar el restablecimiento del derecho determinado por la primera instancia y en su lugar **REPARAR EL DERECHO** de las demandantes en los términos solicitados en la demanda, toda vez que el incumplimiento de las entidades demandadas al declarar fallida la condición mediante acto administrativo que adolecía de falsa motivación produjo perjuicios en las demandantes que deben ser reparados económicamente.

Adicionalmente, la apelación evidenció la inviabilidad del cumplimiento de la medida de restablecimiento fijada por el *A quo*, esto es, la imposibilidad de la suscripción del contrato adjudicado, toda vez que el objeto de la licitación internacional 001-2005 – construcción del aeropuerto “*AeroPalestina*” ya fue adjudicado a un tercero bajo el nombre de construcción del aeropuerto “*AeroCafé*”, cuyo proceso de contratación fue realizado por una tercera persona denominada Asociación Aeropuerto del Café, y no por INFIMANIZALES ni INFICALDAS.

### IV. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Admitido el recurso de apelación<sup>24</sup>, esta Corporación corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que presentara su respectivo concepto<sup>25</sup>.

1. El 4 de octubre de 2011 las demandantes presentaron sus correspondientes alegatos, en el sentido de reiterar la solicitud de reparación del daño inferido con el incumplimiento que la parte actora le atribuye a las entidades demandadas, por proferir los actos administrativos cuya nulidad se declaró en primera instancia.

---

<sup>21</sup> Fl.757 C.P.

<sup>22</sup> Fls. 800-801 C.P.

<sup>23</sup> Fl. 758 C.P.

<sup>24</sup> Fls. 800-801 C.P.

<sup>25</sup> Fls.844 C.P

2. El 6 de octubre de 2011 las entidades demandadas presentaron alegatos de conclusión, reiteraron lo dicho en otras instancias y solicitaron que se declare impróspero el recurso de apelación, con indicación adicional de que:

*“1. El crédito FAD a INFICALDAS e INFIMANIZALES, en forma directa con garantía de la nación, falló cuando los gobiernos de España y Colombia no se pusieron de acuerdo en los alcances de la garantía y no suscribieron el cuarto Addendum.*

*Sostener que la gestión del gobierno de Colombia por treinta millones de dólares sobre el crédito FAD otorgado por el Gobierno de España con razón del sismo en el eje cafetero para la construcción de la plataforma es el mismo de la licitación de que trata este proceso, es mentir a sabiendas, pues el deudor y el objeto son distintos.*

*2. en la financiación para la construcción del Proyecto Aeropuerto del Café NO SE INCLUYE UN CREDITO FAD para INFICALDAS e INFIMANIZALES.*

*3. Los recursos (...) que deben aportar INFICALDAS e INFIMANIZALES provienen de créditos de presupuesto (...) que los otorgará el Gobierno Nacional, recursos propios (...), y una donación del Instituto de Crédito Oficial (...).*

*4. INFICALDAS e INFIMANIZALES tienen como único acreedor a la Nación A LA QUE DEBEN ORORGAR GARANTIAS “... que aseguren el pago de los créditos de presupuesto que otorgue la Nación a INFICALDAS e INFIMANIZALES”.*

*5. El crédito FAD a la Nación es (...) hipotético (...).*

## **V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El **26 de octubre de 2011** el agente del Ministerio Público presentó su concepto de rigor, donde solicitó que se confirme la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en consideración a que: (i) por tratarse de un apelante único la controversia en esta instancia debe limitarse a lo planteado por el recurrente. (ii) El efecto propio de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos no es otro que retrotraer las cosas a la fecha anterior a su expedición, esto es, a las situaciones que se encontraban consolidadas en cabeza de las demandantes como un derecho subjetivo y concreto a su favor, esto es, la adjudicación de la licitación pública y la posibilidad de suscribir el contrato con las mismas prerrogativas, derechos, deberes y condiciones establecidas en el pliego de condiciones y sus adendas (iii) contrario a lo afirmado por la parte apelante, el objeto de la Licitación Pública Internacional No. 001-2005 no ha sido adjudicada a un tercero y mucho menos suscrito el respectivo contrato. (iv) la pretensión de obtener a título de restablecimiento del derecho una suma igual a aquella que conforma el pliego de condiciones de la licitación pública y la Ley 80 de 1993, garantizaron como seriedad de la oferta, no debe atenderse porque tal reclamación solo es posible en aquellos eventos cuando el hecho imputable a la administración es el incumplimiento en la suscripción del contrato por parte de la entidad demandada, situación que no acontece en el caso concreto, puesto que eso está sometido a condición. (v) no es procedente dar aplicación al principio de reciprocidad como lo plantean las recurrentes toda vez que aquí no se había celebrado el contrato adjudicado.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada, previas las siguientes:

## **CONSIDERACIONES**

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por el apelante, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: 1. Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; 2. Sustento fáctico y objeto del recurso de apelación; 3. Efectos de la nulidad de los actos administrativos de contenido particular; 4. Configuración del daño indemnizable y 5. Caso concreto.

### **1. Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho**

La caducidad es concebida como un instituto que permite garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general; cuyos términos para el caso concreto están fijados por el artículo 136 del C.C.A., cuyo numeral 2º dispone que la acción de nulidad y del restablecimiento del derecho “caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso”.

En este orden de ideas, la Sala prevé que los actos administrativos cuya nulidad se demanda quedaron ejecutoriados con posterioridad al 2 de abril de 2007, fecha en la que fueron notificadas las resoluciones 032-2007 y 0058-2007, mediante las cuales Inficaldas e Infimanizales confirmaron la decisión de declarar fallida la condición que supeditaba la suscripción del contrato adjudicado.

Así las cosas, en principio, el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho correría hasta el 3 de agosto de 2007, y por cuanto la demanda fue interpuesta el 16 de mayo de 2007 fuerza concluir que ésta se encontraba dentro del término legalmente dispuesto para el efecto.

### **2.- Objeto del recurso de apelación<sup>26</sup> y aplicación de la *no reformatio in peius***

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 27 de febrero de 2015. Exp.: 27.183

En el *sub judice*, aunque los dos sujetos de los extremos de la relación procesal interpusieron el recurso de apelación, la Sala advierte que sólo la demandante sustentó la alzada, entre tanto que la apelación interpuesta por la parte demandada se declaró desierta.

En este orden de ideas en los términos del Artículo 357 del código de procedimiento civil, la parte actora acude como único apelante y limitó sus razones de inconformidad a debatir el reconocimiento efectuado en primera instancia como restablecimiento del derecho derivado de la nulidad del acto administrativo.

### **3. Efectos de la nulidad de los actos administrativos de contenido particular**

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho desarrollada por el artículo 85 del C.C.A, y hoy denominada medio de control por la Ley 1437 de 2011 (CPACA), *“es de naturaleza subjetiva, individual temporal y desistible, a través de la cual la persona que se cree lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica con efecto de la vigencia de un acto administrativo de contenido individual, concreto y específico, expreso o presunto, viciado de nulidad, podrá solicitar por medio de su representante, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, que se declare su nulidad, esto es, pierda su fuerza ejecutoria por declaración judicial en beneficio personal y como consecuencia se le restablezca su derecho o se repare el daño”*<sup>27</sup>

Es así que el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, hoy el artículo 138 del CPACA<sup>28</sup>, permite que una persona que se cree lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, pida que se declare la nulidad del acto administrativo que lo vulnera y que como consecuencia se restablezca su derecho o se repare el daño.

En su texto, el artículo 85 del C.C.A. preveía que *“toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. (...)”*.

---

<sup>27</sup> SANTOFIMIO Gamboa Jaime Orlando, Compendio de Derecho Administrativo, Ed. Universidad Externado de Colombia – 2017, pág. 876.

<sup>28</sup> Ley 1437 de 2011, artículo 138, según el cual: **“ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.** *Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.*

*Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.”*

En otras palabras, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho permite que se expongan ante el juez diferentes pretensiones. La primera de carácter declarativo, consistente precisamente en pedir “*que se declare la nulidad de un acto administrativo*”, en cuyo efecto se estará ante la invalidación o la abolición de la decisión allí contenida; y la segunda de orden condenatorio, consistente en el restablecimiento del derecho lesionado con el acto declarado nulo y la reparación de los perjuicios adicionalmente causados.

Nótese entonces que la acción contenida en el artículo 85 del C.C.A. tiene por objeto la protección directa de los derechos subjetivos del particular, quien se halla facultado para pedir el restablecimiento del derecho, y solicitar la reparación del daño ocasionado con la expedición del acto declarado nulo, una u otra según lo considere la parte actora.

Paralelamente, también debe preverse que la norma *ibídem* no faculta al demandante para solicitar una especie de sanción pecuniaria en contra de la autoridad que profirió el acto viciado, toda vez que la sanción está dada con la declaratoria de nulidad propiamente dicha, pues, “*la nulidad es la sanción al incumplimiento de los requisitos señalados para la perfección de un acto jurídico. Se concreta esta penalidad en el desconocimiento de cualquier efecto jurídico a la manifestación de voluntad expresada con infracción a los necesarios requerimientos legales*”<sup>29</sup>

Entonces, la nulidad se configura como una sanción en contra del acto administrativo proferido con desconocimiento de los parámetros legales, pero de ella se deriva la responsabilidad de la administración para resarcir al particular cuyos derechos de naturaleza subjetiva e individual hayan sido desconocidos con el acto declarado nulo; quien podrá petitionar el restablecimiento de tales derechos o la reparación del daño.

En este sentido la providencia que declare la nulidad de un acto administrativo de carácter particular habrá de contener consecuencias jurídicas específicas que, necesariamente, atenderán a lo pedido por el demandante, quien deberá exponer y probar los derechos vulnerados y la forma en que quiere que estos sean resarcidos o reparados. De manera que los efectos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, además de ser *inter partes*, dependerán de las pretensiones del demandante y de lo decretado por el juez de acuerdo a lo probado.

Así las cosas, el *petitum* demandatorio resulta complejo, entre tanto que, por un lado, la parte actora deberá impugnar la legalidad del acto administrativo y probar las razones de incongruencia entre éste y el ordenamiento jurídico y, adicionalmente, habrá de exponer los derechos que considere vulnerados y probar el alcance de la vulneración, para que como

---

<sup>29</sup> SANTOFIMIO Gamboa Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Ed. Universidad Externado de Colombia – 2004, pág. 154.

consecuencia de ese juicio se pueda deducir el tipo de restablecimiento que le corresponde, con cargo a la administración<sup>30</sup>.

Y lo propio ocurre frente a aquellos daños que no queden reparados con el restablecimiento del derecho, los cuales deberán ser alegados y probados en el proceso, tanto en su alcance como en su cuantía.

En este orden de ideas, la actividad del juez resulta igualmente compleja, *“pues no solo implica un juicio de legalidad sino también de reparación para restablecer los derechos vulnerados. En la práctica se combinan pretensiones declarativas y condenatorias. Las primeras respecto al juicio de constitucionalidad y legalidad, las segundas en lo correspondiente al restablecimiento del derecho”*<sup>31</sup>.

#### **4. Configuración del daño indemnizable**

Aun cuando el caso puesto a consideración de esta Sala se erige bajo la línea procesal de la acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y no de la acción de reparación directa, lo cierto es que ambos debates conllevan un juicio de responsabilidad de la administración, en el primer caso derivada de la expedición de un acto que contiene vicios de nulidad (falla de la administración) y en el segundo porque se causó un daño con un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.

En este orden de ideas, debe preverse que la Carta Política de 1991 produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado, erigiéndola como una garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés.

De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad del Estado, se desprende que esta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

Ahora bien, por daño ha de entenderse la lesión efectiva y definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Daño que deberá ser personal, cierto y directo, tal y como lo explica Mazeaud:

---

<sup>30</sup> SANTOFIMIO Gamboa Jaime Orlando, *Obra en cita*, pág. 203

<sup>31</sup> SANTOFIMIO Gamboa Jaime Orlando, *Compendio de Derecho Administrativo*, Ed. Universidad Externado de Colombia – 2017, pág. 877.

*“Es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: «Donde no hay interés, no hay acción». Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser «legítimo y jurídicamente protegido» [...]”<sup>32</sup>.*

Así, los elementos constitutivos del daño son: (1) la certeza del daño; (2) el carácter personal, y (3) directo. El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual<sup>33</sup>. Al efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto<sup>34-35</sup>, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio:

*“[...] tanto doctrinal como jurisprudencialmente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia”<sup>36</sup>.*

De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio.

Adicionalmente, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser *antijurídico*. Se considera como tal, la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o a la esfera patrimonial (bienes e intereses), que no es soportable por quien lo padece.

Así pues, daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo.

---

<sup>32</sup> MAZEAUD. Lecciones de derecho civil. Parte primera. Volumen I. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p.510.

<sup>33</sup> CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”., ob., cit., p.507.

<sup>34</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

<sup>35</sup> Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

<sup>36</sup> Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “*antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima*”<sup>37</sup>.

## 5. Caso concreto.

Como antecedente, en el caso de autos la Sala encuentra que la Construcción del Aeropuerto de Palestina no se presentó como un proyecto de mero interés regional sino que este fue diseñado como un asunto de relevancia nacional, en razón a lo cual “*la República de Colombia, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ha solicitado un financiamiento de US\$20 millones al ICO (Instituto de Crédito Oficial del Reino de España) a través del “Acuerdo Global de Cooperación Financiera Hispano Colombiano”, firmado el 28 de junio de 2001, y en particular a través de la Línea de Crédito del Eje Cafetero para la Construcción del Aeropuerto de Palestina (...)*”<sup>38</sup>

Entonces, para la ejecución del proyecto “*Aeropuerto de Palestina*”, el gobierno de España mediante el Fondo de Ayuda al Desarrollo (FAD) otorgó un crédito concesional que ataba su adjudicación a empresas españolas, exclusivamente; en cuyo efecto el 22 de diciembre de 2005 las entidades demandadas ordenaron la apertura de la licitación pública internacional No. 001-2005<sup>39</sup>, a través de la cual invitaron a concursar a “*un proveedor español de bienes y servicios*”

*“con el objeto de recibir propuestas para contratar, bajo la modalidad llave en mano, los trabajos relacionados con la construcción, suministro de las obras y servicios del proyecto Aeropuerto de Palestina, según las condiciones señaladas dentro del pliego de condiciones y de acuerdo con los requisitos generales de contratación establecidos en la Ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario 2170 de 2002, las disposiciones establecidas en el Convenio Financiero suscrito entre los Gobiernos de Colombia y España, especialmente lo acordado con el crédito FAD, línea Eje Cafetero, el Convenio Básico de Cooperación Científica y Técnica entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de España, suscrito el 27 de junio de 1979, aprobado por la Ley 13 de 1980, y el Acuerdo Global de Cooperación Financiera Hispano Colombiano, firmado el 28 de junio de 2001”*<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía– sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.168. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)”.

<sup>38</sup> Fl. 169 del C. 1

<sup>39</sup> Fl. 138-506 del C. 1

<sup>40</sup> Fl. 91 C. 1

Asimismo, resulta útil prever que la licitación se llevó a cabo bajo la salvedad expresa según la cual, el “proceso de licitación está vinculado directamente con el crédito otorgado por el Gobierno Español, por lo tanto en el caso de que por alguna razón y durante cualquier etapa del proceso dicho crédito fuera negado, el proceso podrá ser incluso declarado desierto”.

Igualmente, se encuentra la Adenda No. 10 al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública Internacional No. 001-2005, del proyecto de construcción del Aeropuerto Palestina – Construcción Pista 2100 metros; en donde previamente se había anunciado a los interesados en ofertar que la adjudicación del contrato quedaría supeditada a la expedición del *addendum* entre los gobiernos de España y Colombia, en los siguientes términos:

*“De acuerdo al actual proceso de gestión del financiamiento de los fondos que respaldan el presente llamado a presentar ofertas y la situación al día de hoy Infi-Manizales e Infi-Caldas anuncian a los proponentes:*

*(...)*

*2. Que se encuentra en trámite la firma de un addendum entre el ICO [Instituto de Crédito Oficial del Reino de España] e Infi-Manizales e Infi-Caldas y el Gobierno Colombiano representado por el Ministerio de Hacienda, Addendum que habilita a las dos entidades para acceder a los recursos de créditos FAD.*

*3. Que para el cumplimiento de la condición exigida por el gobierno español de hacer efectivo el aval de la nación al empréstito FAD español se surte un trámite interno de aceptación de contragarantías por parte de la nación (Min Hacienda e Infi-Caldas e Infi-Manizales, (sic) tramite (sic) que esta (sic) en proceso de aceptación y que se espera concluir dentro del periodo de la presente etapa LICITATORIA.*

*4. Que el contrato comercial a suscribir producto de este concurso esta (sic) supeditado a la aprobación de dicho addendum por las partes y a su firma protocolaria.*

*(...)*

*6. En consecuencia y si cumplido el cronograma hasta la expedición de la respectiva resolución de adjudicación de la licitación al proponente favorecido no se ha suscrito el respectivo addendum por las partes y no se ha cumplido la fase de aceptación de contragarantías al momento de suscripción del contrato comercial Infi-Manizales e Infi-Caldas anuncian:*

- a. Que la resolución de adjudicación por ser un acto administrativo que genera compromisos legales para las partes, quedará supeditada su expedición a la firma del addendum por los gobiernos español y colombiano. En consecuencia la respectiva póliza de seriedad de la oferta deberá ser renovada por un plazo que será anunciado al favorecido en su momento.*
- b. Que dicho plazo no podrá afectar la propuesta económica presentada y aprobada para el proponente favorecido en el concurso.*
- c. Que el contrato comercial no podrá ser suscrito hasta que sean aprobadas las contragarantías exigidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia a Infi-Manizales e Infi-Caldas<sup>41</sup>.*

En su calidad de proponentes, las sociedades demandantes, constituidas en Unión Temporal Constructora Hispánica – Fronpeca, presentaron la correspondiente oferta en donde expresamente señalaron:

---

<sup>41</sup> Fls. 444-445 del C. 1

*“Por la presente manifestamos que hemos examinado los documentos del Pliego de Condiciones [entre los cuales se encontraba la Adenda No. 10 del 03 de mayo de 2006] incluyendo todas y cada una de sus secciones, que estamos de acuerdo y en consecuencia cumplimos y aceptamos todas y cada una de las disposiciones en él contenidas (...)”<sup>42</sup>*

Entonces, pese a las condiciones dispuestas en la adenda No. 10 y con pleno conocimiento de que ello podía impedir de manera temporal o definitiva la finalización del negocio, las demandantes presentaron su propuesta y con ella la declaración y certificación, de los siguientes términos:

*“Yo (...) la UTE CONSTRUCTORA HISPANICA – FRONPECA, acepto las condiciones exigidas por Infi-Manizales e Infi-Caldas en el presente concurso licitatorio y la suscripción del contrato comercial, y renuncio desde ya y expresamente a cualquier demanda de tipo judicial, o reclamación alguna y eximo tanto al gobierno colombiano como a Infi-Manizales e Infi-Caldas de cualquier responsabilidad judicial en este sentido.*

*Que acepto todas las condiciones incluyendo cualquier evento que impida de manera temporal o definitiva, por parte de los gobiernos español y colombiano, hacer efectivo el trámite de legalización del crédito FAD para la financiación del proyecto “Construcción del Aeropuerto de Palestina” en el Departamento de Caldas – Colombia”<sup>43</sup>.*

Una vez surtido el proceso de selección, el 31 de julio de 2006 las entidades demandadas adjudicaron la Licitación Pública Internacional No. 001-2005 a la Unión Temporal Constructora Hispánica Fronpeca, en cuyos actos de adjudicación quedó establecido que:

*“Infi-Caldas e Infi-Manizales recuerdan que, de conformidad con la Adenda No. 10 del 03 de mayo de 2006, el contrato comercial no podrá ser suscrito hasta que sean aprobadas las contra Garantías, exigidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia a Infi-Caldas e Infi-Manizales, como requisito para la firma del addendum entre el ICO e Infi-Manizales e Infi-Caldas y el Gobierno Colombiano representado por el Ministerio de Hacienda; addendum que habilita a las dos entidades para acceder a los recursos del crédito FAD”<sup>44</sup>.*

Sin embargo, pese a la adjudicación hecha el 31 de julio de 2006, mediante actos administrativos proferidos el 1 de febrero de 2007 Inficaldas e Infimanizales resolvieron “*dar por fallida la condición de la firma del cuarto addendum a que se contrae específicamente la Adenda 10 de los pliegos de la Licitación y la[s] Resolución[es] de Adjudicación (...)”*.

Estas decisiones fueron adoptadas mediante resoluciones Nos. 024-2007<sup>45</sup> y 020-2007<sup>46</sup> y confirmadas mediante resoluciones 032-2007 y 058-2007, proferidas por Inficaldas e Infimanizales (respectivamente); las cuales fueron objeto de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conocida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de

---

<sup>42</sup> Fl. 126-135 del C. 1

<sup>43</sup> Fl. 618 del C. 3 A

<sup>44</sup> Fl. 91-93 del C. 1

<sup>45</sup> Fls. 49-56 del C. 1 y 704-711 del C. 3 A.

<sup>46</sup> Fls. 5-12 del C. 3

Caldas quien, como se dijo, en providencia del 12 de noviembre de 2009<sup>47</sup> declaró la nulidad de los actos administrativos y ordenó como restablecimiento del derecho que en el evento de llegarse a firmar entre el Gobierno de Colombia y España el *Cuarto Addendum* se debería llamar a las sociedades demandantes a suscribir el contrato adjudicado a la Unión Temporal Hispánica – Fronpeca.

Sin embargo, en su escrito de apelación la apoderada de las demandantes considera improcedente para la reparación del daño la firma del contrato adjudicado, condicionada a la suscripción del Cuarto Addendum y, en aplicación del artículo 85 del C.C.A., solicita *“la reparación del daño económico entendido como una sanción que deben pagar las entidades públicas por un incumplimiento de sus obligaciones legales al expedir resoluciones fundamentadas en falsas motivaciones que dieron lugar a la nulidad”*.

Sobre el particular, lo primero que la Sala quiere señalar es la imprecisión conceptual e incoherencia en que recae el argumento esgrimido por la alzada, toda vez que olvida que en el sistema jurídico de responsabilidad patrimonial colombiano la reparación de los daños es de carácter puramente resarcitorio que no sancionatorio, de manera que la indemnización no podría devenir como una sanción a la conducta lesiva sino únicamente como el restablecimiento del derecho o el resarcimiento del daño; entonces, una eventual indemnización debe corresponder estrictamente al daño efectivamente causado – *“el daño es la medida de la reparación”*<sup>48</sup> y sólo él puede ser indemnizado, una única vez, pues la indemnización es de carácter resarcitorio y no punitivo, de modo que no puede llevar a un enriquecimiento de la víctima, sino, únicamente, a la reparación del daño efectivamente causado.

En este sentido, en las consideraciones conceptuales que fundamentan la *ratio decidendi* de esta providencia se vio que el artículo 85 del C.C.A. – también invocado por la apelante, prevé que *“toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. (...)”*.

A la sazón se explicó que la acción de nulidad y restablecimiento faculta a su beneficiario para pedir el restablecimiento del derecho y para solicitar la reparación del daño ocasionado con la expedición del acto cuya ilegalidad se pregona, pero no faculta al demandante para solicitar una especie de sanción en contra de la autoridad que profirió el acto viciado, toda vez que la sanción está dada con la declaratoria de nulidad propiamente dicha, pues igualmente se dijo que la nulidad se configura como una sanción en contra del acto administrativo proferido con desconocimiento de los parámetros legales, el cual perderá toda su fuerza ejecutoria.

---

<sup>47</sup> Fls.712-753 C.11

<sup>48</sup> Consejo de Estado. Sentencia de 1 de marzo de 2006. Exp.17256.

Ahora bien, debe preverse que, además de la nulidad de los actos administrativos demandados, el escrito de demanda peticionó que como consecuencia de la nulidad se restituya el derecho quebrantado a las sociedades demandantes, consistente en la pérdida de la oportunidad de suscribir y ejecutar el contrato, y se “ordene reconocer y pagar un valor igual a aquel que conforme a los pliegos de condiciones y a la ley 80 de 1.993 [las demandantes] garantizaron a la entidad demandada, mediante póliza expedida de seriedad de la ofertas No. 181100017801 de fecha 28 de abril de 2006 expedida por MAFRE COLOMBIA, y que fue renovada mediante certificado No. 1 de fecha 8 de septiembre de 2006 y certificado No. 2 de fecha 25 de octubre de 2006 y con la póliza No. 1801100019801 de fecha 23 de enero de 2007, el eventual incumplimiento de la firma del contrato, monto equivalente a CINCO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$5.696.000.000.00)”.

Al respecto, debe preverse que el reconocimiento económico peticionado por las demandantes configura una petición de reparación que, por una parte, es viable conforme al artículo 85 del C.C.A., pero solo tiene lugar cuando el perjuicio se materialice como consecuencia directa de la lesión efectiva a un derecho o interés jurídicamente tutelado, que en este caso se hizo consistir en la pérdida de la oportunidad de suscribir y ejecutar el contrato.

En otras palabras, la Sala entiende que las demandantes consideraron que la expedición de los actos cuya nulidad fue declarada en primera instancia conllevaron la pérdida de la oportunidad de suscribir y ejecutar el contrato adjudicado, ante lo cual solicitan como indemnización reparatoria la suma de \$5.696.000.000.00 que es lo que ellas garantizaron a la entidad mediante la póliza de seriedad de la oferta.

Dada esta pretensión, lo primero que debe recordarse es que para proceder a la indemnización o reparación de un daño, es requisito *sine quanom* que el daño y los elementos que lo configuran se encuentren plenamente acreditados, es decir, se requiere que el daño sea personal, cierto y existente; de manera que no se concibe la reparación de un daño hipotético, inexistente o carente de toda demostración, salvo contadas excepciones legales.

En otras palabras, para que proceda la reparación del perjuicio es menester demostrar tanto la existencia como la cuantía del mismo; premisa que nos introduce en el terreno del daño cuya reparación se reclama, esto es, “*la pérdida de la oportunidad de suscribir y ejecutar el contrato*”, toda vez que para verificar si se configura o no el derecho a la reparación, antes, la Sala habrá de preguntarse si existe o no el daño cuya reparación se reclama, advirtiendo que para que exista la pérdida de la oportunidad de celebrar y ejecutar el contrato, las demandantes tendrían que ostentar, por lo menos, una alta probabilidad de alcanzar la suscripción y, por ende, la ejecución del negocio adjudicado, posibilidad que debió hallarse directamente frustrada con la expedición del acto declarado nulo, como hecho dañino.

Así las cosas, la Sala considera que en el *sub judice* para determinar la existencia del daño - pérdida de la oportunidad de celebrar el contrato – habrá de establecerse si la adjudicación y las condiciones en ella contenidas, verdaderamente otorgaban a las adjudicatarias el derecho cierto o real de suscribir el contrato, la cual debió verse frustrada con la expedición de las resoluciones objeto de nulidad.

Dado el problema jurídico, la Sala prevé que las demandantes participaron en un proceso de selección que sometía la suscripción del contrato objeto de la licitación a la verificación de una condición suspensiva que posibilitaba o no la celebración del negocio objeto de la licitación internacional.

En otras palabras, la condición a la que se vio sometida la celebración del contrato deviene en un efecto suspensivo frente al nacimiento del derecho a suscribir el negocio, pues tal derecho solo encontraría su origen una vez verificada la ocurrencia del hecho futuro e incierto a que fue sometido, en este caso, la suscripción del *Addendum Cuarto* con el Gobierno de España, y frente a sus efectos se tiene que *“si la condición suspensoria falla, ninguna eficacia final logrará el negocio (...)”*<sup>49</sup>.

Entonces, la relación precontractual surgida entre Inficaldas e Infimanizales y la unión temporal proponente, sometía el surgimiento de la obligación de suscribir el contrato adjudicado a la verificación de un hecho futuro e incierto, situación que en el caso concreto resulta admisible en razón a las circunstancias que rodearon la negociación, esto es, las condiciones dispuestas dentro del convenio celebrado entre los gobiernos de España y Colombia, las cuales fueron previa y plenamente informadas, conocidas y aceptadas por las sociedades que conformaron la unión temporal demandante.

Es más, al respecto debe anotarse que dentro de las condiciones dispuestas por los gobiernos de Colombia y España para el desarrollo del proyecto, se encontraba contemplada la adjudicación de la licitación a una sociedad de nacionalidad española, como se lee en el pliego de condiciones, donde expresamente se señaló:

*“No obstante que el proyecto y el presente concurso está financiado mediante recursos del Convenio Financiero Hispano Colombiano vigente a la fecha, este último prevé un trámite entre los dos países en el que el Ministerio de Economía de España, Secretaría de Estado de Turismo y Comercio Exterior aprobará finalmente la financiación para el proyecto, solamente, una vez adjudicada la licitación y (...)”*

En este orden de ideas, la Sala difiere del sentir de las demandantes, según las cuales la adjudicación del contrato se dio de manera negligente al hacerse antes de cumplir con los requisitos para asegurar los recursos del crédito, pues como se observa, el proceso de

---

<sup>49</sup> HINESTROSA Fernando, Tratado de las Obligaciones, Concepto, Estructura, Vicisitudes, Tomo I, pág. 911

selección y la adjudicación formaban parte del cumplimiento de las condiciones previas para la aprobación final del crédito otorgado dentro del Convenio Hispano Colombiano, y por su parte la unión temporal consintió en participar dentro del negocio sometido a tales condiciones.

Así las cosas, y como pudo verse, se reitera que tanto el pliego de condiciones como el acto administrativo de adjudicación otorgaba a las partes el derecho de celebrar el contrato si, y solo si, entre los gobiernos de España y Colombia se suscribía el *Cuarto Addendum* al convenio de cooperación financiera, condición que según lo manifiesta el propio recurso de apelación, a la fecha no se ha verificado.

De modo que el nacimiento de las obligaciones surgidas con el acta de adjudicación se encontraba subordinado a la ocurrencia de un hecho futuro e incierto (condición), cuya falta de verificación impide el nacimiento de la obligación esperada del acto administrativo. En otros términos, el derecho a suscribir el contrato no se perfecciona y, por ende, las partes no adquieren el derecho a su celebración, si la condición no se verifica.

Lo anterior por cuanto la condición que soporta la adjudicación al estar concebida como un hecho futuro e incierto, que subordina la producción de los efectos jurídicos que se persiguen, en el evento en que no llegue a verificarse, conllevará la disolución del vínculo jurídico, toda vez que los efectos finales que la adjudicación perseguía (celebración del negocio), ya no van a producirse.

Además, con relación a la condición suspensiva debe preverse que el derecho de obligaciones dispone, por remisión expresa del artículo 1550 del C.C., que en las obligaciones condicionales se aplique lo dispuesto frente a las asignaciones testamentarias sometidas a condición, según las cuales las asignaciones bajo condición suspensiva no confieren al signatario derecho alguno, mientras pende la condición (art. 1136 C.C.), lo que se traduce en que mientras la condición suspensiva se halle pendiente no nace para el acreedor, en este caso el adjudicatario, derecho alguno.

Así las cosas, debe preverse que de forma clara e inequívoca tanto la administración como las demandantes consintieron en condicionar la celebración del contrato a la suscripción del *Cuarto Addendum*, y por lo tanto se equivoca la alzada cuando señala que este *hecho “generó a favor de ellas [las adjudicatarias] el derecho a suscribir el contrato adjudicado”*, toda vez que ese derecho solo nacía en el evento en que se cumpliera el hecho futuro e incierto establecido como condición suspensiva - positiva, es decir, el acontecer de la firma del *Cuarto Addendum*.

En otras palabras, la obligación propia de la adjudicación del contrato objeto del proceso de selección, esto es el derecho a suscribir el contrato adjudicado, en el caso de autos no nacía a la vida jurídica hasta tanto no se verificara la firma del *Cuarto Addendum* entre los gobiernos de

España y Colombia, pues, se itera, la eficacia de la adjudicación quedó subordinada a la realización de un hecho futuro e incierto, que como antes se dijo fue conocido y aceptado por las demandantes desde la publicación de los pliegos y la adenda No. 10, y así se vio reflejado en la presentación de la oferta.

Es por esto que no le asiste la razón a las demandantes al pretender el reconocimiento de una suma igual a aquella con que garantizaron la seriedad de la oferta, esto es \$5.696.000.000, en aplicación de un principio de reciprocidad que en este evento no encuentra cabida, toda vez que, se repite, si los gobiernos de Colombia y España no suscribían el *cuarto addendum*, no nacía entre las partes la obligación de celebrar el contrato, entonces la administración no podría hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta porque ella amparaba el cumplimiento de una obligación sometida a una condición suspensiva que no se ha verificado, de modo que la obligación no ha cobrado vida y, en consecuencia, no se puede incumplirse una obligación que no existe.

En el mismo orden de ideas, las demandantes no pueden exigir de las demandadas el pago de dicha suma de dinero, con fundamento en el incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato, pues se repite, dicha obligación solo tendría vida en el evento en que se hubiera suscrito el *cuarto addendum*, que según se evidencia de los argumentos contenidos en la misma alzada, nunca se verificó.

Dado lo anterior, en el *sub examine* debe concluirse que el acto de adjudicación que somete la suscripción del contrato a una condición suspensiva no genera un derecho cierto frente a la celebración del negocio, por el contrario, la introducción de la condición suspensiva frente al perfeccionamiento del contrato lo somete a una absoluta incertidumbre generada, precisamente, por el hecho futuro e incierto, de modo que la esperanza de negocio no es más que una mera expectativa cuyo porcentaje de realización no es mayor al de fracaso.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1538 C.C. *“cuando la condición es un hecho que depende de la voluntad del asignatario, [en este caso la entidad demandada], y de la voluntad de otras personas, [como por ejemplo los gobiernos de Colombia y España], y deja de cumplirse por algún accidente que la hace imposible, o porque la otra persona del cual depende no quiere o no puede cumplirla, se tendrá por fallida”*.

Asimismo, el artículo 1539 del C.C., reputa haber fallado la condición positiva, cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, pues *“no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente”* como lo dispone el artículo 1542 del C.C., pues *“la relación sujeta a condición suspensiva no*

*alcanza a constituir derecho, sino que es una mera expectativa [porque] el derecho nace sólo cuando se verifica la condición*<sup>50</sup>

En este sentido, es dable concluir que mientras esté pendiente el cumplimiento de la condición no nace derecho alguno para el acreedor y si la condición finalmente resulta fallida el derecho no habrá nacido y por lo tanto no podrá hablarse de su desconocimiento o pérdida y, mucho menos, de reparación indemnizatoria alguna, además, porque de conformidad con el artículo 1543 del C.C., solo hay lugar a indemnización cuando la condición suspensiva se verifica pero la cosa prometida ha perecido por culpa del deudor, lo cual justifica que en este evento se revise si la condición dispuesta en los pliegos de condiciones y en la adjudicación se verificó, pero los actos declarados nulos en primera instancia impidieron que las demandantes alcanzaran la suscripción y ejecución del contrato.

A propósito de esto, la Sala encuentra que la condición dispuesta en los actos de adjudicación nunca se verificó e, incluso, se ha imposibilitado su verificación, y así se deduce de los mismos argumentos contenidos en el recurso de apelación, en donde se dijo que *“la Licitación Pública Internacional 001-2005 se adjudicó el día 31 de julio de 2006, es decir, hace casi cuatro años. Desde entonces han ocurrido algunos acontecimientos que impiden que mis representadas puedan aspirar a firmar el contrato. Lo primero que ha ocurrido es que el proyecto “Aeropalestina” para el cual licitaron las sociedades demandantes ya tiene otro nombre “Aerocafé” (...). Por otra parte las entidades INFICALDAS e INFIMANIZALES ya no tienen a su cargo la adjudicación de este proyecto pues además se ha creado una tercera entidad en la región denominada Asociación Aeropuerto del Café que tiene como misión ejecutar el proyecto del Aeropuerto del Café (...). Por otra parte y más importante aún, (...) el objeto de la licitación 001-2005 ya fue adjudicado a un tercero quien además suscribió el contrato correspondiente”*.

Igualmente, respecto de la suscripción del *“Cuarto Addendum”* que suspendía la celebración del contrato adjudicado, el testigo Jorge Eduardo Mejía Prieto<sup>51</sup>, Coordinador General del Proyecto de construcción del Aeropuerto de Palestina, además de corroborar el conocimiento por parte de los proponentes de las condiciones referentes a la suscripción de dicho *addendum* y la aprobación de las garantías para la ejecución del proyecto, manifestó que el *addendum* no había sido suscrito *“ni se va a suscribir”*; y así lo corroboró la siguiente testigo - Bibiana María Londoño<sup>52</sup> quien afirmó: *“el addendum no se suscribió”*

De manera que el hecho futuro e incierto que condicionaba la suscripción del contrato jamás se verificó y ya no se verificará, lo que implica que es improcedente la pretensión presentada por las demandantes, toda vez que con ella se busca obtener un reconocimiento de la

---

<sup>50</sup> HINESTROSA Fernando, obra en cita, Pág. 910.

<sup>51</sup> Fls. 1-5 del C. 2

<sup>52</sup> Fls. 6-10 del C. 2

administración al que nunca tuvieron ni tendrían derecho, pues se insiste, el único derecho era la celebración del contrato si, y solo si, se suscribía el *Cuarto Addendum*, condición que a la fecha las propias demandantes y los testigos consideran fallida.

En otras palabras, el contrato no habría de suscribirse porque los medios de financiación a los cuales se encontraba condicionado no se verificaron jamás, y por consiguiente no se perfeccionaría el derecho de las demandantes a suscribir contrato alguno lo que, a su vez, conlleva la inexistencia del derecho y, por supuesto, del menoscabo alegado, pues no puede alegarse la vulneración de un derecho que no existió.

Ahora bien, tampoco podría hablarse de una defraudación a los intereses de las demandantes, pues INFICALDAS e INFIMANIZALES solo podrían suscribir el contrato con la unión temporal adjudicataria en el evento en que se obtuvieran la financiación mediante la suscripción del *Cuarto Addendum* entre los gobiernos de Colombia y España, de modo que, como tal financiamiento no se logró, INFICALDAS e INFIMANIZALES se vieron imposibilitadas para desarrollar la construcción del aeropuerto que, como bien lo sostiene la apelante, quedó en manos de la “*Asociación Aeropuerto del Café*”.

Por lo tanto, contrario a lo que manifiesta la apelante, en este evento sí importa cómo se financió la construcción de la obra adjudicada bajo condición a las demandantes, toda vez que si ella se financió con recursos derivados de la suscripción del *Cuarto Addendum*, efectivamente la administración habrá defraudado a la unión temporal adjudicataria; pero, si la construcción se financió con recursos procedentes de otros medios de financiación, este hecho es indicativo de que la condición suspensiva nunca se verificó, de modo que no nace obligación en la administración de suscribir el contrato con las demandantes y en consecuencia nunca nació a la vida jurídica el derecho que estas alegan como lesionado, entonces, no existe daño alguno para las demandantes, sino simplemente que nunca se verificó la condición por ellas aceptada y la adjudicación finalmente resultó fallida.

En síntesis, en cuanto fallida la condición, es evidente que los efectos finales de la adjudicación no tienen lugar y de ella no se derivó la existencia de un derecho adquirido sino una mera expectativa.

Dado todo lo anterior, aunque esta Sala de Subsección no es competente para pronunciarse sobre la nulidad de los actos administrativos que declararon fallida la condición dispuesta en el acto de adjudicación, sí quiere anotar que difiere de las consideraciones expuestas por la primera instancia, pues nótese que era tan evidente que no se suscribiría el *Cuarto Addendum*, que finalmente nunca se suscribió y las entidades demandadas tuvieron que ceder la realización del proyecto a otras entidades que lograran financiarlo.

En conclusión, en el *sub examine* pese a existir una actuación de la administración cuya nulidad tuvo lugar ante el Tribunal Administrativo de Caldas, ella no se concretó en un daño antijurídico que pueda ser objeto de reparación, se itera, porque no puede existir la pérdida de la oportunidad de suscribir un contrato, cuando las demandantes nunca adquirieron la oportunidad alegada como perdida, toda vez que su nacimiento se hallaba sometido a una condición que no se verificó. De modo que no existe fundamento jurídico para acceder al reconocimiento económico petitionado en la demanda.

## **6. Condena en costas.**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**MODIFICAR** la sentencia del 12 de noviembre de 2009<sup>53</sup> proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLARAR** no probadas las excepciones de carencia sustantiva para demandar, pérdida de fuerza ejecutoria, y trámite inadecuado de la demanda, propuestos por las entidades demandadas conforme a lo expuesto en la providencia de primera instancia.

**SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD** de las resoluciones Nos. 000020 del 1 de febrero de 2007 y 000058 del 23 de febrero del mismo año, proferidas por el INFIANIZALES y las Resoluciones Nos. 024-2007 del 1 de febrero de 2007 y 000032-2007 del 23 de febrero del mismo año, proferidas por INFICALDAS, conforme a lo expuesto en la providencia de primera instancia.

**TERCERO: NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO:** En firme esta providencia devuélvase el expediente al tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

---

<sup>53</sup> Fls.712-753 C.11

**JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS**

**Magistrado**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Magistrado**

**Aclaración de voto Cfr. Rad.**

**33870/16#2**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Magistrado Ponente**