



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016).

Radicación : 660012331000200500851-01
Expediente : 38.547
Demandante: IP Total Software S.A.
Demandado: Empresa de Telecomunicaciones de Pereira S.A. E.S.P.
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia proferida el 31 de octubre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, la cual negó las pretensiones de la demanda.

1.- Antecedentes.-

Mediante escrito radicado el 16 de agosto de 2005 en el Tribunal Administrativo de Risaralda, IP Total Software S.A., actuando por conducto de apoderado, formuló demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Empresa de Telecomunicaciones de Pereira, con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la "... *Notificación de adjudicación de solicitud de oferta No. 274 de 2005* ..." (fl. 42, C. 1), mediante el cual se dejó sin efectos la mencionada actuación administrativa; en consecuencia, pide también que se condene a la demandada al pago de la indemnización de los perjuicios ocasionados a la demandante, los cuales se estiman en \$749'000.000.00 y se ordene cumplir la

sentencia que ponga fin al proceso, en la forma prevista por los artículos 176 y 177 del C.C.A. (fls. 41 y 42, C. 1).

2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden compendiar así:

2.1.- El 23 de febrero de 2005, a través de un correo electrónico, la Empresa de Telecomunicaciones de Pereira S.A. E.S.P. –E.T.P.- informó a IP Total Software S.A. su interés en adquirir un software de tarificación que le permitiera “... *tomar los CDR de toll tricketing y aplicar planes tarifarios por usuario, por grupo, por estrato, etc. Con el fin de cumplir las exigencias del nuevo régimen de tarifas del servicio T P B C L de la C R T*” (fl. 42, C. 1).

2.2.- El 24 de febrero del mismo año, IP Total Software S.A. remitió por correo electrónico a la E.T.P. S.A. E.S.P. una cotización del producto y en ella indicó el valor de la licencia, la implementación y el soporte de servicios de telefonía básica conmutada por un (1) año.

2.3.- El 13 de mayo de 2005, IP Software S.A. presentó formalmente su oferta, con la siguiente información (fl. 43, C. 1):

“* LICENCIAS (PROPIAS Y AJENAS)	\$543'509.242
“*HARDWARE	\$158'444.666
“*SOPORTE Y MANTENIMIENTO	\$454'755.179 ^{32/100} ”

Al proceso de selección también se presentó One System S.A.

2.4.- El 14 de julio de 2005, E.T.P. S.A. E.S.P. solicitó a IP Total Software S.A. aclaraciones respecto del licenciamiento y del alcance técnico de la oferta, para continuar el proceso de selección con la evaluación de las propuestas.

Las aclaraciones fueron atendidas mediante correo electrónico del 15 de los mismos mes y año.

El día siguiente, es decir, el 16 de julio de 2005, E.T.P. S.A. E.S.P. ofreció a IP Total Software la posibilidad de participar en la etapa de la negociación directa, para lo cual precisó que:

- "1. Las condiciones técnicas no pueden ser modificadas.
- "2. El valor del Software (sic) de la oferta debe ser reevaluado por I P Total como mínimo hasta el valor del Software (sic) ofertado (sic) por el segundo oferente y dicho documento de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE PEREIRA (E.T.P.) S.A. E.S.P.** expresa dicho valor en dicha (sic) carta.
- "3. **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE PEREIRA (E.T.P) S.A. E.S.P.** se reserva el derecho de adquirir directamente el Software (sic) fabricado por un tercero como es el caso de los sistemas operativos y el motor de base de datos.
- "4. La Empresa de Telefonía adquirirá directamente el Hardware (sic).
- "5. La respuesta debe ser entregada al día siguiente".

El 17 de junio de 2005, IP Total Software S.A. respondió el requerimiento de la E.T.P. S.A. E.S.P. acogiendo en su totalidad las condiciones planteadas por esta última.

2.5.- Pese a lo anterior, el 30 de junio de 2005, la E.T.P. S.A. E.S.P. informó a IP Total Software S.A. que el proceso de solicitud de ofertas fue declarado sin efectos, "*... en razón a (sic) lo dispuesto en el numeral 3.4 de los términos de referencia de la misma propuesta y que la E.T.P. se abstiene de adjudicar, entre otros motivos, por presentarse causales que impidan (sic) la escogencia objetiva de la propuesta o cuando ella resulte inconveniente*" (fl. 43, C. 1).

Posteriormente, la entidad pública informó que "*... la decisión de declarar sin efecto el proceso de solicitud de ofertas No 274 2005 para la contratación .../... (sic) la oferta elegible según su nuevo valor resulto (sic) viciada por falta de objetividad, y en su valor inicial resulto (sic) inconveniente económicamente para la Empresa (ETP) por cuanto excede el monto autorizado por la junta Directiva (sic) de La Empresa de Telecomunicaciones*" (fl. 44, C. 1).

Añadió la demandante que "*... el valor global de la oferta del segundo oferente era conocido por IP TOTAL SOFTWARE S.A. desde el día de apertura de las ofertas y el valor específico o detallado de la oferta del segundo oferente fue aportado a conocimiento de IPTOTAL (sic) SOFTWARE S.A por Empresa de Telecomunicaciones ETP en su solicitud de negociación directa y puesta como limite (sic) de valor en condición SINE QUA NON para ser elegible*" (fl. 44, C. 1).

Pese a lo anterior, señaló la demandante, IP Total Software S.A. no conoció el valor de la propuesta del segundo oferente para el trámite de negociación directa y no conoció el tope fijado por la junta directiva de la E.T.P. S.A. E.S.P. para confeccionar su oferta (fls. 42 a 44, C. 1).

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

La parte demandante citó como violados los artículos 1, 2, 6, 25 y 83 de la Constitución Política, 18, 23, 26, 28, 29, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993.

“FALTA O FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO (DECISIÓN ADMINISTRATIVA)”.

En opinión de la parte demandante, la decisión de dejar sin efectos la solicitud de oferta fue expedida con desconocimiento de los artículos 18 (por aplicación indebida), 23, 26 (numerales 1, 2 y 4), 28, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993, por cuanto, era deber de la administración elaborar los estudios técnicos y jurídicos que garantizaran la adjudicación y ejecución del contrato, “... porque estaba demostrada la existencia (sic) de la empresa IP TOTAL SOFTWARE S.A. en el cumplimiento de las obligaciones contraídas como lo expresó (sic) los términos de referencia ofrecido (sic) por la Telefónica, pues en dos oportunidades ha dejado sin efecto las ofertas, no contando con la seriedad del caso” (fl. 46, C. 1).

La entidad demandada incumplió la obligación de garantizar los fines de la contratación y los derechos de los oferentes, pues, “... so pretexto de salvaguardar errónea e injustamente sus intereses, no lo hace ajustada a la realidad (sic) sus hechos y omisiones antijurídicos la hacen incurrir en responsabilidades de tipo patrimonial por las cuales debe responder” (fl. 46, C. 1).

4.- La actuación procesal.-

Por auto del 1º de febrero de 2006, el Tribunal admitió la demanda y ordenó la notificación personal de la providencia al Gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Pereira S.A. E.S.P. y al agente del Ministerio Público,

dispuso fijar en lista el negocio, solicitó los antecedentes administrativos del acto cuestionado y reconoció personería al apoderado de la demandante (fls. 56 y 57, C. 1).

4.1.- La contestación de la demanda.-

Dentro del término de fijación en lista, la Empresa de Telecomunicaciones de Pereira, por conducto de apoderado, contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó algunos como ciertos, otros como parcialmente ciertos, dijo no constarle otros y negó los demás.

En cuanto al proceso de solicitud de ofertas, realizó las siguientes precisiones:

a.- El representante legal de IP Total Software S.A. conoció los valores de la oferta presentada por el proponente One System S.A., en cada uno de los ítems que componen el software del sistema de medición.

b.- El examen de los precios de One System S.A., por parte del representante legal de IP Total Software S.A., fue autorizado por funcionarios de la Empresa Telefónica de Pereira, sin tener en cuenta que al final del proceso de selección se podía adelantar una negociación directa, por lo cual era imprescindible que el oferente convocado no tuviera como referencia los precios ofrecidos por los demás proponentes.

c.- El "... Líder (sic) del Equipo (sic) de Contratación (sic) de la Empresa (sic), en la solicitud a IP TOTAL para que reformulara su oferta económica, estableció como precio piso o mínimo para la nueva oferta de IP TOTAL SOFTWARE S.A., el precio ofrecido por el oferente descalificado. Este hecho dio al traste con el proceso de negociación directa e impidió que IP TOTAL SOFTWARE mejorara incluso el precio más bajo ofertado por el proponente descalificado (ONE SYSTEM S.A.). (sic) o en todo caso, impidió que la oferta de IP TOTAL SOFTWARE S.A. fuera una oferta objetiva, no inducida por el conocimiento del precio más bajo ofertado por su oponente ONE SYSTEM S.A.)" (fls. 66 y 67, C. 1).

d.- Aseguró que el demandante confunde el proceso de solicitud de ofertas o licitación, con el proceso de negociación directa, siendo que uno y otro son distintos, pues, mientras el primero es público, abierto y se sujeta a las reglas del pliego de condiciones, el segundo se rige exclusivamente por las reglas del derecho privado y por lo previsto por el artículo 25 del reglamento de contratación de la entidad.

En este caso, la oferta de IP Total Software S.A. fue descartada de la licitación o solicitud de ofertas por inconveniente, pues superaba en más de \$200'000.000.00 la presentada por One System S.A. y, desde luego, excedía el monto autorizado por la Junta Directiva de E.T.P. para la contratación; además, la oferta de IP Total Software S.A. fue desestimada en la etapa de negociación directa, porque constituía una réplica de los precios de la oferta de One System S.A., los cuales había conocido previamente el representante legal de aquélla, luego, no estaban reunidos los presupuestos para realizar una escogencia objetiva.

Pese a lo anterior, afirmó la demandada que la mejor propuesta desde el punto de vista técnico y económico era la presentada por One System S.A., pero no fue escogida “... porque este proponente no había tenido el cuidado de registrarse en un grupo determinado dentro del Registro Único de Proponentes (RUP), porque tampoco aportó la póliza de seriedad de su oferta, (sic) y porque no cotizó el Ítem (sic) ‘Mantenimiento (sic) de Hardware’ (sic) ...” (fl. 73, C. 1).

Por otra parte, precisó que el estatuto general de contratación pública no es aplicable a la E.T.P S.A. E.S.P., por expresa disposición del artículo 31 (modificado por la ley 689 de 2001) de la ley 142 de 1994.

Solicitó la práctica de pruebas (fls. 65 a 86, C. 1).

5.- Los alegatos de primera instancia.-

5.1.- La parte demandada reiteró que el régimen de contratación de la E.T.P S.A. E.S.P. es el propio del derecho privado, pues la demandante planteó el concepto de violación con fundamento en la ley 80 de 1993, razón por la que,

en su opinión, las pretensiones de la demanda deben ser negadas (fls. 120 a 22, C. 1).

5.2.- El Agente del Ministerio Público solicitó que se accediera a la pretensión de nulidad del acto administrativo de adjudicación y al restablecimiento del derecho vulnerado a IP Total Software S.A., pues, en su opinión, E.T.P. S.A. E.S.P. no podía alegar que se presentara una circunstancia que afectara la objetividad de la negociación directa, dado que quien propició tal situación fue ella misma, al permitir que el proponente conociera la propuesta de One System S.A. (fls. 124 a 136, C. 1).

5.3.- La demandante guardó silencio.

6.- La sentencia recurrida.-

Mediante fallo del 31 de octubre de 2007, el Tribunal Administrativo de Risaralda puso fin a la controversia, en primera instancia, desestimando las pretensiones de la demanda.

Para llegar a lo anterior, el Tribunal analizó la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver las controversias suscitadas en relación con la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos de carácter oficial y mixto y, luego de establecer que el conocimiento de tales asuntos corresponde a esta jurisdicción, en virtud de lo dispuesto por el artículo 82 del C.C.A. (modificado por el artículo 1 de la ley 1107 de 2006), procedió a examinar la prueba aportada al proceso y, con base en ella, señaló que la presunción de validez del acto administrativo cuestionado no logró ser desvirtuada, porque la propuesta presentada dentro del proceso de solicitud de ofertas por IP Total Software S.A. era inconveniente para la entidad, desde el punto de vista económico, por cuanto sobrepasaba el monto autorizado por la Junta Directiva de esta última para la respectiva contratación y, por otra parte, porque el proceso de negociación directa se adelantó sin que se garantizaran los criterios de selección objetiva, en la medida en que IP Total Software S.A. conoció los precios de la propuesta presentada por el segundo oferente, es decir, por One System S.A., "... lo que

constituyó un factor que afectó la objetividad del proceso ...” (fl. 180, C. Consejo).

Añadió el Tribunal que no compartía (se transcribe como está en el original) “... las alegaciones del agente fiscal en cuanto a que si la Empresa permitió conocer, en varias oportunidades, el valor de la propuesta del oferente descalificado y por lo tanto predicando la falta de objetividad declara dejar sin efectos el procedimiento de negociación, se pregunta de quien (sic) se predica esa falta de objetividad?, para la Sala si bien el proponente elegible conoció el monto global de la propuesta de ONE SYSTEM S.A., al momento de la apertura de las ofertas y las cifras que le fueron dadas a conocer por la Empresa Telefónica de Pereira (fl. 13 C.1), la empresa demandante no conocía en detalle los valores de cada uno de los ítem de dicha propuesta, lo que perseguía la empresa convocante era obtener un precio más favorable al de la propuesta presentada inicialmente por IP TOTAL para que el valor de la oferta se reevaluara como mínimo hasta el valor del software ofertado por el otro proponente, ello necesariamente bajo el conocimiento que de forma oficial le suministró la Empresa accionada y en acatamiento de los principios que rigen la actividad contractual de la Empresa, con transparencia y apego del deber de selección objetiva, criterio que se diluye en el momento en que el representante legal de IP TOTAL conoce en detalle los términos de la oferta descalificada y presenta su nueva oferta, si bien con la anuencia de funcionarios de la Empresa demandada, no lo hizo bajo la autorización y conocimiento del funcionario encargado el procedimiento ... tal connivencia no puede, a juicio de este Tribunal, imputarse a la Empresa para descalificarla en su propósito de asegurar la efectividad del cumplimiento de los principios orientadores de la actividad contractual, pues la conducta concurrente y reprochable de parte del representante legal de IP TOTAL SOFTWARE S.A., le impide favorecerse de su propia culpa obteniendo la declaratoria de nulidad de acto acusado y el consiguiente restablecimiento del derecho ... ” (fls. 181 y 182, C. Consejo).

7.- El recurso de apelación.-

Inconforme con la anterior decisión, la representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación, dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico (fl. 185, C. Consejo), con el fin de lograr la revocatoria

de la sentencia recurrida y que, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

En sentir de la Procuradora Judicial, está probado que la oferta presentada por IP Total Software S.A. era la única que tenía vocación de elegibilidad dentro del proceso de *“licitación pública”*, pese a que resultaba inconveniente por su elevado precio. La oferta del otro participante, es decir, de One System S.A., no cumplía con los mínimos requisitos de habilitación para ser estimada, razón por la cual E.T.P. S.A. E.S.P. decidió adelantar el proceso de negociación directa previsto en el artículo 25 de su estatuto de contratación con la primera de las mencionadas. Para que el proceso de negociación directa llegara a feliz término debían cumplirse los siguientes criterios: (i) que existiera una sola oferta elegible, (ii) que se obtuvieran mejores condiciones comerciales y (iii) que no hubieran cambios sustanciales en las condiciones técnicas.

La demandada aduce, según la recurrente, que dentro del proceso de negociación directa no se cumplieron las condiciones de objetividad esperadas que permitieran escoger la oferta de IP Total Software S.A., porque el representante legal de la compañía conoció los precios ofertados por One System S.A. y con base en estos últimos ajustó su propuesta económica para hacerla viable.

No obstante, en opinión del apelante, la circunstancia de que el representante legal de IP Total Software S.A. hubiera conocido los precios de la oferta descartada en el proceso de licitación no afectaba la elegibilidad de la propuesta de la demandante en el proceso de negociación directa, pues, cuando el acta del comité de evaluación se puso en conocimiento de los participantes de aquél proceso, éstos tuvieron la oportunidad de analizar detalladamente los precios de cada una de las ofertas; además, el valor ofrecido por One System S.A. fue señalado por la E.T.P. S.A. E.S.P. al momento de invitar a IP Total Software S.A. a participar en el proceso de negociación directa, para que el participante mejorara su propuesta, *“... como mínimo, hasta el valor del software ofertado por el otro proponente ...”* (fl. 189, C. Consejo).

En tales condiciones, consideró el apelante que no se puede endilgar infracción del ordenamiento o actuar deshonesto de parte de IP Total Software S.A. (fls. 186 a 190, C. Consejo).

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

Por auto del 15 de diciembre de 2008 se corrió traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto (fl. 211, C. Consejo).

8.1.- La parte demandada sostuvo que el Ministerio Público carecía de interés jurídico para interponer el recurso de apelación, por cuanto, en sentido estricto, no es parte del proceso y, por ende, no puede actuar a favor o en contra de los intereses del demandante o del demandado.

En opinión de la E.T.P. S.A. E.S.P., la actuación del Ministerio Público debe estar orientada, exclusivamente, a defender el orden jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales.

No obstante, refutó las razones expuestas por el apelante, para lo cual acogió los razonamientos expuestos por el Tribunal de primera instancia (fls. 201 a 209, C. Consejo).

8.2.- La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

I. La competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia proferida el 31 de octubre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, por cuanto la cuantía del proceso fue estimada, razonadamente, en \$749'000.000 (fl. 48, C. 1).

Para la época de interposición del recurso de apelación¹, eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de interposición de la demanda, tal como lo contemplaba el artículo 132 (numeral 5) del C.C.A. (subrogado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998)², en armonía con el artículo 164 de la Ley 446 de 1998³.

La demanda fue interpuesta el 16 de agosto de 2005 y, para esa época, 500 salarios mínimos legales mensuales equivalían a \$190'750.000.00⁴, de manera que la cuantía del proceso superaba la requerida por el ordenamiento jurídico para acceder a la segunda instancia en esta Corporación.

Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

II.- El interés para recurrir del Ministerio Público.-

¹ 13 de noviembre de 2007 (fl. 185, C. Consejo).

² “Artículo 40. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. El artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

“Artículo 132. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

...

“5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales”.

³ “Artículo 164. Vigencia en materia contencioso administrativa. En los procesos iniciados ante la jurisdicción contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtir la notificación.

“Los procesos de única instancia que cursan actualmente en el Consejo de Estado y que conforme a las disposiciones de esta ley correspondan a los Tribunales en única instancia, serán enviados a éstos en el estado en que se encuentren, salvo que hayan entrado al despacho para sentencia.

“Los procesos en curso que eran de única instancia ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales y que quedaren de doble instancia se deberán enviar en el estado en que se encuentren al competente, según esta ley, salvo que hayan entrado al despacho para sentencia.

“Los procesos en curso que a la vigencia de esta ley eran de doble instancia y quedaren de única, no serán susceptibles de apelación, a menos que ya el recurso se hubiere interpuesto.

“Parágrafo. Modificado por el art. 1, Ley 954 de 2005. Mientras entran a operar los Juzgados Administrativos continuarán aplicándose las normas de competencia vigentes a la sanción de la presente ley”.

⁴ Teniendo en cuenta que el salario mínimo legal mensual vigente para 2002 era de \$381.500.00 (Decreto 4360 del 22 de diciembre de 2004).

Para que se abra paso el recurso de apelación, la Sala debe examinar si la agente del Ministerio Público tiene interés para recurrir el fallo de primera instancia o si, por el contrario, carece de ese interés, como lo afirma la demandada, en su alegato de conclusión de segunda instancia.

El artículo 127 del Código Contencioso Administrativo señala cuáles son las atribuciones de los agentes del Ministerio Público en los procesos que se tramitan en esta jurisdicción y en las conciliaciones extrajudiciales que se adelanten en los centros de conciliación, precisando que intervendrán “*en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales*”. La mencionada disposición desarrolla el mandato del numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política⁵.

El Ministerio Público interviene en este tipo de actuaciones como sujeto de la relación jurídico – procesal, la cual se genera por mandato de la ley y no porque él detente un derecho cuya satisfacción pretende, o que esté llamado a contradecir.

Ahora, si bien el citado artículo 127 del C.C.A. le adjudica la condición de “de parte” en este tipo de actuaciones, es claro que no lo hace en el estricto sentido del concepto procesal, pues, desde tal perspectiva, es parte “... *quien pretende y frente a quien se pretende, o, más ampliamente, quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión ...*”⁶. El artículo en cita (el 127 del C.C.A.) alude a la acepción de parte en sentido formal o instrumental, producto del tipo de vinculación que se produce por imperativo legal y, por la misma razón, su actuación debe enmarcarse en la esfera de sus atribuciones, todas ellas orientadas a proteger los intereses públicos, entendidos éstos como los intereses de la organización pública o del Estado, lo cual significa que al Ministerio Público no le está permitido salvaguardar intereses individuales, salvo que se trate de derechos fundamentales o garantías fundamentales de los individuos, cuando se hallen amenazados o vulnerados dentro de las actuaciones judiciales.

⁵ “Art. 277.- El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

(...)

“7. Intervenir en los procesos ante autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”.

⁶ GUASP, Jaime: “Derecho Procesal Civil”, Tomo I, págs. 171 y s.s.

Pero la intervención del Ministerio Público no implica que éste ostente la condición de parte en sentido material, la cual, como se dijo, está reservada en estricto sentido y haciendo abstracción de cualquier presupuesto procesal o material, a quienes ostentan la calidad de demandantes y de demandados dentro del proceso, esto es, a los sujetos que en los procesos cognoscitivos se encuentran enfrentados mutuamente, el primero formulando una pretensión cuya satisfacción demanda del segundo y éste, a su turno, contradiciendo o resistiendo la pretensión que se le formula.

La labor que desempeña el Ministerio Público –cuando él no es demandante o demandado- es de doble connotación: por una parte, de acompañamiento, para efectos de brindar concepto sobre los asuntos que le han sido asignados y, por otra, de vigilancia de los intereses que está llamado a proteger.

Dentro de este ámbito, el Ministerio Público, como sujeto de la relación procesal, puede ejercitar algunos de los actos procesales que están dispuestos para las partes, como solicitar e intervenir en la práctica de pruebas y controvertir las recaudadas dentro del proceso, formular nulidades procesales, presentar alegatos, formular tachas, recusaciones, descorrer traslados, formular recursos contra las providencias del juez, solicitar la vinculación al proceso de los servidores y ex servidores públicos que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hayan dado lugar a la presentación de demandas que pretendan la reparación patrimonial a cargo de cualquier entidad pública y solicitar la nulidad de actos administrativos y la nulidad absoluta de los contratos estatales; no obstante, en todo los casos las actuaciones procesales desplegadas deben estar orientadas a velar por los intereses públicos y es allí donde germina el interés que justifica su actuar.

Todo lo anterior conduce a que, cuando el Ministerio Público actúa, no como parte en sentido material, sino como interviniente forzoso, no puede ni debe hacer uso indiscriminado de los instrumentos procesales con miras a obtener la protección de los derechos individuales de las partes en contienda, de los cuales son titulares exclusivamente éstas, porque ello implicaría que asumiera la posición de coadyuvante en el proceso para defender un interés individual

con miras a “sostener las razones de un derecho ajeno”⁷, o suplir la negligencia de las partes (demandante o demandada) en el plano estrictamente procesal, lo cual, de contera, las ubicaría en un plano de desigualdad.

Lo expuesto significa que todas las actuaciones del Ministerio Público en el marco de los procesos contencioso – administrativos y en el trámite de aprobación o improbación de las conciliaciones judiciales y extrajudiciales deben estar determinadas por la protección de los intereses señalados en el artículo 127 del C.C.A.; pero, la protección de dichos intereses no implica que pueda tomar parte en las situaciones jurídicas singulares de los integrantes del conglomerado - derechos subjetivos individuales-, pues el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política es claro en torno a que la función del Ministerio Público es “*Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales*” (subraya fuera del texto original).

A juicio de la Sala, la correcta interpretación del precitado artículo 127 del C.C.A., acudiendo al método sistemático, permite concluir que cuando dispone que el Ministerio Público interviene en defensa del orden jurídico, se refiere a la guarda y el cumplimiento de la normatividad positiva, cuando quiera que se hallen comprometidos el interés público o situaciones que se consideran de interés público o que éste pueda verse amenazado o vulnerado, como sucede cuando se trasgreden preceptos imperativos que se consideran de orden público; pero, no puede entenderse referido aquel precepto a la defensa del orden jurídico cuando, a su juicio, se puedan ver afectados los derechos subjetivos de orden privado de alguno de los litigantes, los cuales, pese a que hacen parte del orden jurídico, el único que puede calificar cuándo están siendo desconocidos o vulnerados es quien alega su titularidad; de lo contrario, podría entenderse que el Ministerio Público se halla facultado para defender intereses privados de alguna de las partes inmersas en la controversia, en claro desconocimiento del más elemental principio de igualdad de las partes en el proceso, lo cual contradice la premisa de la actuación imparcial de este interviniente.

⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “Compendio de Derecho Procesal”, Tomo I, Parte General, sexta edición, Ed. A B C, Bogotá, 1978, pág. 304 y ss, citando a Chiovenda y a Carnelutti.

Obsérvese que, concordante con lo anterior, el mismo artículo 127 del C.C.A. impone el deber de intervenir en defensa del patrimonio público, el cual, a términos del artículo 88 de la Constitución Política, tiene naturaleza de derecho colectivo y, por ende, tiene una indiscutible connotación de interés público.

Finalmente, los mandatos del numeral 7 del artículo 277 de la Constitución y 127 del C.C.A. imponen el deber de intervenir en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, como ya se dijo, supone que cuando en el curso del proceso se advierta la vulneración de este tipo de derechos, es cuando el Ministerio Público está en la obligación de desplegar las conductas orientadas a obtener la protección real y efectiva de los mismos.

Así, cuando se trata de la impugnación de las providencias, la protección de los intereses públicos es lo que determina, de manera general, el interés para recurrir por parte del Ministerio Público.

En efecto, genéricamente todos los sujetos que intervienen en el proceso tienen la posibilidad de hacer uso de los recursos dispuestos por el ordenamiento procesal contra las providencias del juez, con miras a obtener la corrección de los errores, exclusivamente en cuanto éstos afecten sus intereses⁸.

A título de ejemplo, el demandado que ha sido absuelto de las pretensiones de la demanda en primera instancia carece de interés para recurrir la sentencia que le ha sido favorable a sus intereses.

Igual sucede con el Ministerio Público, es decir, carece de interés para recurrir las decisiones del juez cuando éstas no soslayan el orden jurídico dentro de la acepción expuesta líneas atrás, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales de las partes, es decir, cuando no medien razones jurídicas de interés público que ameriten su intervención como representante de los intereses de la sociedad en el proceso.

⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: ob. cit., pág. 506.

Mediante auto del 27 de septiembre de 2012⁹, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Corporación unificó su jurisprudencia, en cuanto a los requisitos que debe reunir el recurso formulado por el Ministerio Público, para que se pueda abrir paso.

Precisó la Sala que el Ministerio Público actúa como sujeto procesal especial que *“... con total independencia y autonomía de las partes defiende los principios de legalidad, de prevalencia del interés general, (sic) y de protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas ...”*¹⁰ que participan en el proceso, de modo que toda actuación que despliegue en éste debe estar guiada por la realización de tales principios, pues allí radica su interés jurídico, esto es, la razón que lo motiva a intervenir.

Para cumplir con tales finalidades, el ordenamiento le ha otorgado la facultad, entre otras, de *“Interponer los recursos ...”* previstos en el ordenamiento adjetivo; no obstante, para evitar que el Ministerio Público desplace a las partes (en sentido material) o supla las cargas procesales que a éstas les corresponde asumir, el agente o el delegado del Ministerio Público está en la obligación de *“... señalar de manera expresa cuáles son las circunstancias, razones o motivos en virtud de las cuales ejerce los medios de oposición a las providencias, así como identificar el apoyo constitucional de su postura. En otros términos, es preciso que ... determinen el escenario constitucional que sirve de fundamento para la impugnación (v.gr. la defensa del orden jurídico, el patrimonio público o las garantías fundamentales) y las razones expresas por las cuales el respectivo recurso se orienta a la protección de alguno de esos fines, varios de ellos o todos”*¹¹.

En este caso, el escrito de sustentación del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público carece de cualquier argumentación a este respecto y, por consiguiente, no es posible establecer el interés que determina su actuación, es decir, la relación que existe entre la censura que formula contra la sentencia impugnada y los objetivos o derroteros fijados por el Constituyente en el numeral 7 del artículo 277 de la Carta Política y que amerite su intervención como apelante, razón por la cual la apelación no puede abrirse

⁹ Expediente: 44.541.

¹⁰ *Ibídem.*

¹¹ *Ibídem.*

paso, pues, en tales condiciones, esta terminaría siendo una defensa no admitida de quien fue derrotado en el proceso.

III.- Costas.-

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

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

F A L L A:

Primero.- DÉJASE EN FIRME la sentencia proferida el 31 de octubre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo.- Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA