Doctor
JOSE FERNANDO CAMARGO BELTRAN
Secretario de Contratación
Gobernación de Boyacá

REFERENCIA: Solicitud cumplimiento de obligación de suscribir contrato Licitación Pública 04 de 2020

Objeto: MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN VIA TUTAZA CRUCE RUTA 6404 CODIGO 55-23 BELEN SACAMA – DEPARTAMENTO DE BOYACA

RAFAEL RICARDO SANTOS ABREO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.101.683.767 de Socorro, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 224.295 del C. S. de la J, actuando como apoderado de **BIOTECNOLOGÍA DE COLOMBIA SAS,** identificada con NIT N° 800.226.646-0, representada legalmente por **LESLY DAYANNA SOSA CAMACHO,** identificada con cedula de ciudadanía número 1.005.188.795 de Barrancabermeja, elevo comunicación ante su despacho con el fin de informar de manera clara e inequívoca que mis representados **NO OTORGAN SU CONSENTIMIENTO** para revocar la resolución No. 655 del 15 de julio de 2020 por medio de la cual se adjudicó la Licitación Pública N° 04 de 2020 cuyo objeto es "MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN VIA TUTAZA CRUCE RUTA 6404 CODIGO 55-23 BELEN SACAMA – DEPARTAMENTO DE BOYACÁ." y en su lugar solicito a la entidad proceda a dar cumplimiento a las obligaciones que se derivan del acto de adjudicación, consistente ésta en él perfeccionamiento del contrato, lo anterior con fundamento en las razones que explicaré en adelante:

PRIMERO: LA REVOCATORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En la práctica administrativa nacional se acuño la definición de acto administrativo como la manifestación unilateral de la voluntad del estado que genera efectos en el mundo jurídico; igualmente se creo una diferencia entre los que son de carácter general y los que los son de carácter particular, siendo los últimos aquellos que crean situaciones jurídicas particulares y concretas.

Con el fin de proteger los derechos de los administrados en contra de los abusos de los agentes del estado y establecer controles a la función administrativa, el

artículo 69 del Decreto 01 de 1984 consagró las causales de revocatoria directa, las cuales fueron reafirmadas en la Ley 1437 de 2011 en los siguientes términos:

ARTÍCULO 93. CAUSALES DE REVOCACIÓN. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.

2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.

3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Hasta este punto pareciera que el legislador otorgo a la administración la facultad absoluta de revocar sus propios actos, sin embargo, el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, aclaro la situación en los siguientes términos:

ARTÍCULO 97. REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

PARÁGRAFO. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia SU – 050 de 2017 expuso:

5.4. La Administración cuenta con dos vías para revocar un acto administrativo de contenido particular y concreto cuando se configuran las causales generales de

revocabilidad señaladas anteriormente (supra 5.2.): (i) demandar su propio acto a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho –acción de lesividad- o (ii) revocarlo de manera directa.

En este último escenario, la facultad de la Administración para revocar directamente un acto administrativo de contenido particular y concreto se encuentra limitada, en el sentido de que el mismo "no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular" conforme lo establecido en el artículo 73[44] del código contencioso administrativo (DL 01 de 1984).

5.5. Al respecto, de manera reiterada esta Corporación[45] ha establecido que cuando la Administración revoca de manera directa un acto administrativo de contenido particular y concreto que ha creado situaciones jurídicas y ha reconocido derechos de igual categoría, sin el consentimiento expreso y escrito del titular, desconoce el debido proceso. Por lo tanto, en estos casos procede "no sólo los recursos gubernativos ordinarios como medio de que la propia administración evite el quebrantamiento de la norma superior de derecho, sino la acción contenciosa en donde, además de la nulidad del acto, se obtenga el restablecimiento del derecho conculcado [46]".

En este orden se concluye que le esta prohibido por mandato legal a la administración la revocatoria de un acto particular y concreto sin que exista consentimiento previo, escrito y expreso del respectivo titular, situación que en caso que nos convoca es clara, en el sentido que la empresa **BIOTECNOLOGÍA DE COLOMBIA SAS,** identificada con NIT N° 800.226.646-0, representada legalmente por **LESLY DAYANNA SOSA CAMACHO,** identificada con cedula de ciudadanía número 1.005.188.795 de Barrancabermeja, a quien represento en virtud del poder que adjunto a este escrito, **NO OTORGA SU CONSENTIMIENTO PARA LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN No. 655 de 15 de Julio de 2020.**

¿Le queda entonces a la administración en virtud de lo consagrado en el artículo 97 ibidem proceder a demandar su propio acto?; la respuesta es un contundente no, pues de hacerlo estaría generando una vulneración directa a la misma Ley que lo faculta, en el sentido que el artículo 97 de antemano establece Salvo las excepciones establecidas en la ley, lo que significa que en evento en que la situación particular este regulada por una Ley especial, la regla general del artículo 97 no aplica, como sucede en el de marras, atendiendo a que el acto administrativo de adjudicación se encuentra regulado en el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, que como se sabe de conocimiento general, es un ordenamiento

especial que junto con la Ley 80 de 1993, la Ley 1474 de 2011, y algunos decretos reglamentarios conforman el Estatuto General de la Contratación Estatal.

SEGUNDO: EL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN

De acuerdo con el concepto bajo radicación No. 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346) de fecha 15 de agosto de 2017, emitido por la SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, con ponencia del Doctor ÁLVARO NAMÉN VARGAS, *la adjudicación del contrato estatal ha sido entendida jurisprudencial y doctrinalmente como el acto (administrativo) mediante el cual una entidad pública manifiesta su aceptación a la propuesta u oferta presentada por alguno de los participantes en un proceso de selección, y se obliga a suscribir con este el contrato proyectado. Tal decisión implica la escogencia o selección definitiva de dicho oferente, con base en el respectivo informe de evaluación y calificación de las propuestas, descartando, por lo tanto, a los demás oferentes y a las demás propuestas.*

En esa medida, el acto de adjudicación se asemeja a la aceptación de la oferta en los contratos de derecho privado, con la diferencia de que en estos, en virtud de los principios de la autonomía de la voluntad y de la consensualidad, la aceptación oportuna perfecciona el respectivo contrato, como regla general, salvo en los denominados contratos solemnes y reales, y hace surgir los derechos y obligaciones pactados o derivados del mismo, mientras que en los contratos estatales, debido a su carácter solemne definido por la ley (artículo 41 de la Ley 80 de 1993), estos no se perfeccionan con la notificación del acto de adjudicación, sino con la suscripción, por las dos partes, del documento que contenga las respectivas cláusulas o estipulaciones, con algunas pocas excepciones.

Adelante en la lectura del documento jurídico en cuestión, la sala aclara que:

La jurisprudencia y la doctrina, de tiempo atrás, han distinguido tres notas características del acto de adjudicación del contrato estatal, a saber: (i) es un acto administrativo de carácter definitivo y de alcance particular; (ii) es irrevocable, por regla general, y (iii) es obligatorio, tanto para la entidad contratante como para el adjudicatario.

1. Su naturaleza de acto administrativo definitivo y de contenido o alcance particular se deduce de varias normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que se refieren al mismo, así como de la calidad de las entidades que lo expiden y de la naturaleza de la función pública en virtud de la cual se produce.

En efecto, a la adjudicación del contrato estatal se refieren, entre otras normas, los artículos 24, numeral 7º; 25, numeral 8º; 30, numerales 9º, 10º y 12º, y 77 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, de todos los cuales se infiere que la adjudicación del contrato es:

(i) Un acto administrativo, razón por la cual debe ser motivado en forma razonada y suficiente, y expedirse con las formalidades propias de este tipo de actos jurídicos.

(ii) Un acto de carácter definitivo, porque con él termina el proceso de selección y la administración adopta una decisión definitiva sobre la futura celebración del contrato proyectado. En esa medida, el acto de adjudicación debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás proponentes, y puede ser controlado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo permite expresamente el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Si bien no proceden contra dicho acto los recursos propios del procedimiento administrativo (reposición, apelación y queja), esto obedece a que así lo dispuso expresamente el artículo 77 de la Ley 80, y no a que la adjudicación carezca de la condición de acto administrativo definitivo.

Sobre esta característica del acto de adjudicación como acto definitivo, a diferencia del informe de evaluación y calificación de las ofertas, la SecciónTercera del Consejo de Estado ha manifestado:

> *"…Así las cosas, tampoco puede entenderse que el informe de calificación evaluación de las propuestas, que es el documento a través del cual el comité asesor da a conocer a los oferentes la calificación que le otorgó a sus propuestas conforme a los parámetros y reglas previstas en el pliego de condiciones, pueda ser producto de una actividad caprichosa o arbitraria…*
>
> *No obstante lo anterior, dicho informe no le confiere al proponente que obtuvo el mayor puntaje de calificación el derecho a ser adjudicatario del respectivo contrato, estando el jefe o representante legal de la entidad en la potestad de corregir o modificar la mencionada calificación siempre y cuando esa modificación o corrección se ajuste a las reglas previstas en los pliegos de condiciones o cuando considere que se torna necesario por*

> *encontrar que las observaciones presentadas por los oferentes son pertinentes y se ajustan a la normatividad que rige la licitación.*
>
> *(…)*
>
> *En éste (sic) orden de ideas, el informe de evaluación y calificación de las propuestas se constituye en un acto de trámite, pues no consolida una situación jurídica en favor del proponente y tampoco pone fin al proceso de selección respectiva, siendo entonces el acto de adjudicación el acto definitivo, pues por medio de éste se consolida la nueva situación jurídica en favor del proponente y pone fin al respectivo proceso de selección." (Se resalta).*

(iii) Un acto administrativo de alcance particular, razón por la cual debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás oferentes y, en principio, solo puede ser demandado judicialmente por quien demuestre tener un interés directo y personal en dicho acto.

A este respecto, por ejemplo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho:

> *"Por manera que, el acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento:*
>
> *i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ii) deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario; iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones, entre otros, directamente entroncados con la celebración misma del negocio jurídico.*
>
> *En tal virtud, serán los oferentes no favorecidos, así como la misma administración, quienes en realidad de verdad ostentan un interés legítimo para demandar el acto de adjudicación, en tanto podrían alegar que fueron privados injustamente del derecho a ser adjudicatarios, o se vieron afectados con la adjudicación, en orden a proteger un derecho subjetivo que se estima vulnerado por el acto demandado."*

Y la misma sección ha precisado que quien solicite la declaratoria de nulidad y el restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación de un contrato estatal tiene la doble carga de probar, por una parte, que dicho acto es efectivamente

ilegal y, por la otra, que el demandante debió haber sido el adjudicatario, porque cumplía las condiciones y los requisitos exigidos en la ley y en el respectivo pliego de condiciones y porque su propuesta era objetivamente la más favorable para la entidad pública contratante.

2. y 3. Ahora bien, en cuanto a la obligatoriedad y la irrevocabilidad del acto de adjudicación del contrato estatal, vale la pena mencionar, en primer lugar, que el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 (referente a la "estructura de los procedimientos de selección") preceptuaba originalmente lo que sigue:

> *"11. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes.*
>
> *El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario". (Se resalta).*

(i) Revocabilidad excepcional del acto de adjudicación

Aunque el numeral citado fue derogado expresamente por la Ley 1150 de 2007 (artículo 32), la misma norma o regla de derecho contenida allí fue reproducida, con algunas modificaciones importantes, por el artículo 9º de la Ley 1150, que dispone, en su inciso tercero, lo siguiente:

> *"Artículo 9o. De la adjudicación. (…)*
>
> *(…)*
>
> *El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. (…)" (Resalta la Sala).*

Como se observa, el cambio principal que trajo esta norma, frente al numeral 11

del artículo 30 de la Ley 80, consiste en prever dos excepciones a la irrevocabilidad del acto de adjudicación, que antes estaba consagrada en términos absolutos. Tales salvedades son: (i) cuando el adjudicatario incurre en una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, esto es, posterior a la adjudicación y anterior a la celebración del contrato, y (ii) cuando pueda demostrarse que la adjudicación "se obtuvo por medios ilegales".

Vale la pena recordar que en los conceptos 2260 y 2264 de 2015 , la Sala de Consulta y Servicio Civil precisó que uno de los casos en los que podría afirmarse que la adjudicación del contrato estatal se obtuvo por "medios ilegales", es cuando el adjudicatario haya ocultado dolosamente algún hecho o circunstancia que configure una inhabilidad o incompatibilidad para contratar, al momento de la adjudicación, ya sea por haberse abstenido de suministrar oportunamente la información pertinente a la entidad pública, o bien por haberle entregado información o documentos falsos, inexactos o incompletos.

Por otro lado, conviene aclarar que el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, al cual remite el artículo 9º de la Ley 1150, permite que las entidades estatales, mediante acto administrativo debidamente motivado, puedan adjudicar el contrato al "proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad", cuando el oferente inicialmente seleccionado, y al cual se le haya adjudicado el contrato, no lo suscribe dentro del término previsto para el efecto en el pliego de condiciones.

En consecuencia, la integración de estas dos normas permite deducir que cuando una entidad estatal revoque el acto de adjudicación de un contrato estatal, por cualquiera de las causales señaladas en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, puede adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente que haya quedado calificado en segundo lugar dentro del respectivo proceso de selección, siempre y cuando su oferta sea igualmente favorable para los intereses de la entidad contratante. Aclara la Sala que, en este caso, debe entenderse que el referido plazo de 15 días empieza a correr el día siguiente al de ejecutoria del acto administrativo mediante el cual se haya revocado la adjudicación inicial.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha manifestado, de vieja data, sobre la obligatoriedad y la irrevocabilidad del acto de adjudicación. Así, por ejemplo, en sentencia del 13 de junio de 2011 , la Sección Tercera sostuvo:

"… el acto de adjudicación supone -desde una faceta positiva- la selección y por lo mismo la aceptación de la oferta que se estima la más conveniente y favorable con arreglo a lo dispuesto en los pliegos de condiciones y –desde una faceta negativa- la no adjudicación a los otros proponentes.

Sin embargo, conviene precisar que el acto de adjudicación, en tanto por él se acepta la oferta del oferente favorecido y se concluye el procedimiento licitatorio, en el derecho nacional aunque no perfecciona el vínculo jurídico en tratándose del contrato estatal, ***es presupuesto sine qua non para la ulterior celebración del respectivo contrato, como que crea la obligación tanto para la administración como para el adjudicatario de elevar a escrito el acuerdo de voluntades****.*

De modo que la ***suscripción no es sino la formalización de la voluntad administrativa de la entidad licitante expresada a lo largo de ese proceso y de la del co-contratante que formuló la oferta seleccionada****, en lo que Alessi llama "fase integrativa", con el fin de lograr el perfeccionamiento del contrato en los términos del artículo 41 de la Ley 80. Con esta perspectiva, el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007 establece que el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.*

Así lo había reconocido, de antaño, la jurisprudencia de esta Corporación: "Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, ***desde que ella se comunica, surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones, y de la que el contrato no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal".***

Por manera que, el acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento: i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ii) ***deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario; iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones****, entre otros, directamente entroncados con la celebración misma del negocio jurídico". (Se destaca).*

En el mismo sentido, la referida sección explicó lo siguiente, en sentencia del 13 de mayo de 2015:
:

"…4.1. Acto de adjudicación

Es un acto administrativo por medio del cual se produce la escogencia del futuro contratista y que justifica todo el proceso de selección que inició con el acto de apertura del proceso de selección. Esta manifestación de voluntad debe materializarse a través de un acto motivado… A partir de la notificación de la Resolución de Adjudicación, ***nacen obligaciones y derechos correlativos entre la Administración y el futuro contratista****. Así lo ha reconocido, de antaño, la jurisprudencia de esta Corporación:*

…Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, ***surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones****, y de la que el contrato no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal".*

Véase como el acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento de selección: i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ***ii) deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario - irrevocabilidad de la oferta;*** *iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones o términos de referencia, entre otros, directamente relacionados con la celebración misma del negocio jurídico.*

(…)

Al respecto, debemos remitirnos a lo afirmado en líneas anteriores cuando la Sala manifestó que una vez se ha proferido el acto o resolución de adjudicación, surge ***el deber correlativo entre la Administración y el adjudicatario de celebrar y perfeccionar el contrato, por lo que dicha manifestación de voluntad no puede ser revocada de forma unilateral por la Administración. En efecto, el acto de adjudicación, en los términos del numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993… es irrevocable****, evidenciándose, entonces, una ilegalidad dentro de la actuación, pues la Administración no podía revocar de forma unilateral un acto administrativo de carácter particular y concreto, sin el consentimiento del beneficiario ." (Subrayas añadidas).*

Ahora bien, del recuento legal y jurisprudencial efectuado hasta ahora en relación con el acto de adjudicación del contrato estatal, se concluye claramente que, en la actualidad, dicho acto administrativo solamente puede ser revocado cuando se presente alguna de las dos situaciones descritas en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, o ambas causales simultáneamente, razón por la cual podría afirmarse, en principio, que únicamente en esos casos la entidad estatal que ha hecho la adjudicación no estaría obligada a celebrar el respectivo contrato.

Me tome el atrevimiento de citar textualmente un gran aparte del concepto, atendiendo a que mi gramática carece de tal maestría en la expresión y virtuosa claridad en la explicación, como la que decanta con sabiduría la sala de consulta y servicio civil del Honorable Consejo de Estado, sin embargo, recomiendo a los operadores jurídicos de la Gobernación de Boyacá dediquen un poco de su tiempo a la lectura juiciosa de los pronunciamientos de las altas cortes, en especial la sección tercera del Concejo de Estado, así evitaran estar cometiendo errores crasos como pretender la revocatoria directa de un acto de adjudicación previo consentimiento del titular, actuación que a claras luces es un exabrupto jurídico, una leguleyada violenta y grosera que atenta contra la seguridad jurídica y la credibilidad de las instituciones.

Explico mejor mi posición radical y soberbia, entendido que como lo advertí en precedencia el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, consagra como elemento preliminar al texto jurídico la siguiente frase "*Salvo las excepciones establecidas en la ley*", la cual significa que ningún acto administrativo de carácter particular puede ser revocado de manera directa sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Es decir, que debido a que el acto de adjudicación es una de las excepciones establecidas en la Ley, su revocatoria directa si puede hacerse sin que medie el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular, **pero** solo si, y solo sí, se dan cualquiera de las dos causales que consagra expresa y taxativamente el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, a saber:

(I) sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad
(II) si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales

Entonces, lo primero es advertir que al no otorgar el consentimiento pedido por la entidad, (valga decir fundado en una cita equivocada, pues se refiere al artículo 96 de la Ley 1437 de 2011, siendo que el correspondiente al asunto es el artículo 97, lo cual delata ligereza y desconocimiento), no estamos actuando por capricho,

estamos previniendo que la entidad cometa un absurdo jurídico y tengamos que ridiculizar su posición ante un estrado judicial, valga la claridad, esto actuando dentro del principio de la buena fe y de responsabilidad que siempre ha enmarcado el actuar de mis prohijados.

Quiero que entiendan que la dureza del escrito no se debe a un apasionamiento juvenil, obedece mas a un grito desesperado en pro de la prudencia y el juicio jurídico, para que los agentes encargados de dirigir la licitación que nos convoca actúen dentro del marco de la Ley, evitando demandas innecesarias, gastos innecesarios y ante todo el perjuicio de toda una comunidad, que esperanzada pretende tener una mejora vía y en su lugar la sometemos a una expectativa judicial solo por el desatino de los abogados.

TERCERO: LOS MEDIOS ILEGALES

Agotadas las anteriores explicaciones, espero que estemos claros en este punto, y que respecta a que el acto de adjudicación es por regla general irrevocable, solo procede la revocatoria directa en los dos casos que consagra el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, por ende, utilizar la posibilidad de revocatoria directa prevista en el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011 no es posible, incluyendo con ello la ineptitud de cualquier demanda contra acto propio que se intente.

Así las cosas, en el particular lo único que resta es determinar si presentaron medios ilegales, toda vez que, sobre inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes no se ha dicho nada hasta ahora.

Empecemos por definir que son medios ilegales, al respecto la jurisprudencia ha manifestado:

El Consejo de Estado en fallo No. 29 del 16 de julio de 2002, señaló:

La formación del acto administrativo por medios ilícitos no puede obligar al Estado, por ello, la revocación se entiende referida a esa voluntad, pues ningún acto de una persona natural o jurídica ni del Estado, por supuesto, que haya ocurrido de manera ilícita podría considerarse como factor de responsabilidad para su acatamiento. Ello explica porqué, en este caso, el acto administrativo de carácter particular puede ser revocado sin consentimiento del particular.

Ahora bien, el hecho de que el acto administrativo se obtenga por medios ilegales puede provenir de la misma administración o del administrado o de un tercero,

pues en eso la ley no hace diferencia. Pero además, el medio debe ser eficaz para obtener el resultado, ya que es obvio que si algún efecto se produce, éste debe provenir de una causa eficiente, como quiera que si esa causa no es eficiente el resultado no se le puede imputar a tal causa. El medio pues tiene que producir como resultado un acto administrativo viciado en su consentimiento, por vicios en la formación del acto administrativo y por esa vía es por lo que se puede llegar a la conclusión, se repite, de la revocación de tal acto, sin consentimiento del particular afectado, previa la tramitación del procedimiento señalado en el artículo 74 del C.C.A.(Subrayado fuera del texto)

La misma providencia del Concejo de Estado citando al profesor Michel Stassinopoulus[1], señaló:

> *II. Que debe entenderse por actuación dolosa. La actuación dolosa en el sentido aquí antes expuesto implica los dos elementos siguientes: a) responsabilidad de su autor, b) influencia sobre el acto administrativo.*
>
> *a) **La responsabilidad resulta de la intención de engañar a la autoridad administrativa. Esta intención puede resultar ora de una declaración formal inexacta, ora del silencio guardado por el administrado sobre la verdad**....*
>
> *El elemento de influencia de la actuación dolosa, existe cuando esta situación se encuentra en relación de causa a efecto (dolo causam dans)."*

Al respecto la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU-050 DE 2017, expuso:

5.16. Desde ahora, la Sala considera pertinente señalar que en ambas Corporaciones se ha consolidado un precedente uniforme relativo a los presupuestos que tiene que acreditar la Administración para revocar de manera directa un acto administrativo particular cuando se aduce que el mismo fue obtenido por medios ilegales. Tales condiciones se pueden resumir de la siguiente manera:

(i) La Administración debe adelantar el procedimiento establecido en el artículo 74 del CCA.

[1] El Acto Administrativo. Michel Stassinopoulus Traducción jurídica del Dr: Francisco Sierra Jaramillo. Publicaciones Jesca. Bogota D.E. 1981. Pag. 240

(ii) La ilegalidad debe ser evidente.

(iii) Debe existir una relación de causalidad entre la conducta ilegal y la expedición del acto administrativo que se pretende revocar.

5.16.1. En este sentido, en la sentencia T-336 de 1997[59] esta Corporación precisó que "no se trata de situaciones en las cuales la autoridad pública pueda intuir o sospechar la ilegalidad de los medios usados para obtener o provocar el acto administrativo que se revoca. Debe darse una evidencia de ello y, en consecuencia, la motivación del acto revocatorio dejará constancia expresa acerca de los elementos de juicio que llevaron al ente administrativo a concluirlo así". Adujo que "Obviamente, la Administración se compromete con lo que afirma, y ello significa que ***responderá por las imputaciones infundadas que haga si después los jueces no encuentran configurados actos delictivos o si no son responsables aquellas personas que se sindican en el acto administrativo****". (resaltado propio)*

5.16.2. Bajo la misma línea, en la sentencia T-1184 de 2003[60] expresó: "tanto la jurisprudencia de esta Corporación, como la reciente proferida por el Consejo de Estado, han señalado que no se trata de suposiciones ni presunciones surgidas de la Administración en relación con el acto sujeto a revocatoria y del cual se predica una supuesta ilegalidad, sino que ésta debe estar probada debidamente por la Administración".

(…)

5.16.4. Asimismo, en la sentencia T-338 de 2010[62] esta Corporación consideró: "por consiguiente, si es ostensible el quebranto al ordenamiento jurídico por parte del beneficiario del acto administrativo que le reconoce derechos particulares y concretos, el sistema jurídico no puede brindarle protección, pues sólo se la da a los derechos que provengan de un justo título, para las situaciones en las que se ha obrado conforme al principio de buena fe. Así, ante una abrupta, incontrovertible y abierta actuación ilícita, la revocatoria debe desplegarse a favor del interés colectivo – materializado en la protección del orden jurídico-, que prima sobre el interés particular". No obstante, aclaró que "lo anterior no autoriza, sin embargo, la revocatoria de los actos administrativos por sospecha. La ilicitud debe ser manifiesta. De serlo, esto es, de evidenciarse las actuaciones fraudulentas por parte de las personas, la presunción de buena fe pasa a favorecer a la Administración. (…) De lo contrario, esto es, en caso de que no haya existido por

parte del particular actuación fraudulenta alguna, que haya habido un error de hecho o de derecho por parte de la Administración, o que existan indicios que sustenten duda al respecto, la Administración está obligada a demandar su propio acto, pues de lo contrario se le impondría al particular una carga excesiva frente al poder del Estado".

5.16.7. El Consejo de Estado[66] ha establecido la importancia de diferenciar las causales generales de revocatoria de actos administrativos (artículo 69 del CCA[67]) de las circunstancias que habilitan a la Administración para revocar de manera directa un acto administrativo de contenido particular y concreto sin consentimiento del particular en la medida que el solo hecho de que el acto administrativo sea contrario a la constitución o a la Ley no implica per se que haya sido obtenido por medios ilegales.

De acuerdo con ello, no es suficiente acreditar que el acto administrativo que se pretende revocar sin consentimiento del titular sea contrario a la constitución o a la Ley (numeral 1 del artículo 69 del CCA) pues tendrá que demostrarse que dicho acto se obtuvo por algún medio ilegal o fraudulento (inciso segundo del artículo 73 del CCA) que vició la voluntad de la autoridad pública.

Al respecto, el Consejo de Estado, en un pronunciamiento del 16 de julio de 2002[68] expresó: "Lo cierto entonces es que tal como quedó redactada la norma del artículo 73, son dos las circunstancias bajo las cuales procede la revocatoria de un acto que tiene efectos particulares, sin que medie el consentimiento del afectado: Una, que tiene que ver con la aplicación del silencio administrativo y otra, relativa a que el acto hubiere ocurrido por medios ilegales. Sobre este punto de la revocación de los actos administrativos, es relevante señalar que el acto administrativo a que se refiere la parte final del inciso segundo del artículo 73 del Código Contencioso administrativo, es al acto ilícito, en el cual ***la expresión de voluntad del Estado nace viciada bien por violencia, por error o por dolo****, no al acto inconstitucional e ilegal de que trata el artículo 69 del C.C.A., que habiéndose formado sin vicios en la manifestación de voluntad de la administración, pugna contra la Constitución o la ley". (Subrayado fuera del texto original)*

De la misma manera, en este pronunciamiento el Consejo de Estado reafirmó la necesidad de que la Administración acredite la eficacia de los medios ilegales para producir el acto administrativo que se pretende revocar. En concreto, señaló: "Ahora bien, el hecho de que el acto administrativo se obtenga por medios ilegales puede provenir de la misma administración o del administrado o de un tercero,

*pues en eso la ley no hace diferencia**. Pero además, el medio debe ser eficaz para obtener el resultado, ya que es obvio que si algún efecto se produce, éste debe provenir de una causa eficiente, como quiera que si esa causa no es eficiente el resultado no se le puede imputar a tal causa. El medio pues tiene que producir como resultado un acto administrativo viciado en su consentimiento, por vicios en la formación del acto administrativo y por esa vía es por lo que se puede llegar a la conclusión, se repite, de la revocación de tal acto, sin consentimiento del particular afectado, previa la tramitación del procedimiento señalado en el artículo 74 del C.C.A.”** (Subrayado fuera del texto original)*

De acuerdo con la jurisprudencia expuesta, es claro que los medios ilegales son las actuaciones que vician la expresión de la voluntad del estado, ya sea por violencia, por error o por dolo, no basta solo con demostrar que el acto administrativo es contrario a la constitución o la Ley, se debe demostrar plenamente que el acto administrativo se derivó de una conducta con la suficiente magnitud para afectar la manifestación de la voluntad, bien sea por dolo, error o violencia.

En este orden, se tiene que el pilar del reproche que hace la gobernación de Boyacá a mis prohijados se deriva de la falta de inclusión de un contrato celebrado y sin acta de inicio en el formato de contratos en ejecución que se incluye para calcular capacidad residual, con lo cual me pregunto ¿Qué actuación ilícita se esta cometiendo?; además hay que tener en cuenta que con ese contrato o sin ese contrato la empresa BIOTECNOLOGÍA SAS cumple con la capacidad residual requerida para estar habilitado en el proceso, por ello, ustedes consideran que el error cometido por mi cliente es eficaz para afectar la voluntad del estado, siendo que la inclusión del contrato en el mentado formato al final de cuentas resulta intrascendente.

Como se explico arriba la adjudicación es un acto administrativo de cierre, por ello se convierte en la conclusión de los de trámite, como ocurre con el informe de evaluación, en el particular la propuesta de BIOTECNOLOGÍA SAS fue evaluada, declarada habilitada por el comité evaluador y por providencia divina se ubicó en el primer puesto de elegibilidad, siendo conscientes que se ganó en franca lid; entonces, con que derecho ahora la administración viene en contra de sus propios actos, dejando entrever que el comité asesor no hace bien su tarea y por ello administración actúa erradamente, luego entonces el error proviene es de la entidad.

Al respecto tengamos en cuenta el siguiente extracto jurisprudencial:

iv) Finalmente, si el proceso de selección avanza hasta la adjudicación del contrato la revocatoria directa ya no es posible -salvo que concurran los supuestos del art. 9 de la Ley 1150 de 2007.

***En tal evento, si la administración revoca la adjudicación, por fuera de las posibilidades legales, será responsable patrimonialmente de los perjuicios que causa al adjudicatario, entre ellos pagar la utilidad que deja de percibir**.*

El análisis temporal realizado vislumbra que antes de adjudicar un proceso de contratación es posible revocar los actos previos, siempre que se funde en las causales legales; no obstante, a medida que avanza el procedimiento de selección se concretan más las "expectativas" jurídicas y económicas de los participantes, y en esa misma medida se incrementan los riesgos de causar daños ciertos y personales si se revoca la decisión, lo que en todo caso requiere prueba del daño. La constante en este análisis de tiempos es que a medida que avanza el proceso de selección se concretan o se desechan las posibilidades de ser adjudicatario.

Tomado de CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Subsección C, consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014), Radicación: 05001-23-31-000-1998-01503-01(25750).

Así las cosas, propongo el siguiente juicio de valor a los funcionarios públicos responsables de la licitación: que prefieren (I) Celebrar el contrato dando cumplimiento a las obligaciones que al departamento le corresponden en virtud del acto de adjudicación; o (II) Revocar directamente el acto de adjudicación, sometiéndose a tener que pagar a BIOTECNOLOGÍA SAS la utilidad dejada de percibir y además haciéndose responsables de manera solidaria responsables por su actúa antijurídico. No resta advertir que la responsabilidad es fiscal, disciplinaria y patrimonial.

En lo respectivo al reproche por la experiencia aportada salta de Perogrullo que es infundado, absurdo y rebuscado el argumento, pues no se trata de determinar si las vías intervenidas en el contrato ECP – 501277 son primarias, secundarias o terciarias; lo que debe advertir la entidad es que son vías urbanas, lo cual se colige de una lectura simple a las actividades ejecutas, entre las cuales resaltan las siguientes:

- Domiciliaria en tubería sanitaria de 6”
- Realce de pozo de inspección en ladrillo tolete D=1.0 mts
- Acometida Hidráulica de ½”

No hay que ser un experto en ingeniería para colegir que este tipo de actividades solo pueden realizarse en áreas urbanas donde hay redes de acueducto y alcantarillado, con lo cual queda demostrado que mi prohijado cumple con la experiencia requerida en el pliego de condiciones, pues se pide que sea en vías primarias o **urbanas.**

Por demás, si la experiencia no fuera la requerida, esta condición *per se* no constituye un medio ilegal y por lo tanto, no puede tomarse como argumento para una revocatoria directa.

Finalmente hay que tener en cuenta, que el cronograma vigente a la fecha y que corresponde al proceso de selección No. LP – GB - 04/2020, establece lo siguiente:

Publicación acto administrativo de adjudicación o de declaratoria de desierto	08 de Julio de 2020	www.contratos.gov.co; www.boyaca.gov.co
Firma del Contrato	hasta 10 de julio de 2020	www.contratos.gov.co; www.boyaca.gov.co SECOP II en el proceso

De acuerdo con los considerando del acto de adjudicación la audiencia inició e 8 de julio de 2020, se suspendió y reinició el día 15 de julio de los corrientes; en consecuencia el término para la firma del contrato de acuerdo con el cronograma empezaba a correr a partir del día hábil siguiente, es decir la entidad tenía hasta el 17 de julio de 2020 para suscribir el contrato, obligación que se reitera se deriva del acto de adjudicación, tal cual se ha expuesto in extenso dentro de este documento.

Actualmente la entidad no ha expedido acto administrativo alguno modificando el cronograma, luego entonces el cronograma inicial sigue vigente y por lo tanto los términos deben cumplirse; así las cosas, se encuentra plenamente probado que el día de hoy 27 de julio de 2020 el Departamento de Boyacá se encuentra en mora de cumplimiento de las obligaciones derivadas del acto de adjudicación y por lo tanto, los funcionarios que están generando esta situación se exponen a las sanciones que por incumplimiento de sus funciones impone el CDU.

Carrera 4 No. 20B – 05 Oficina 101
Celular. 313 234 29 43
E-MAIL: asesorcontratos69@gmail.com
San Gil - Santander

La vigencia del cronograma anterior, también sirve para demostrar que el límite temporal[2] con el que contaba la administración para demostrar la existencia de los medios ilegales se encuentra vencido, sin que a la fecha exista contundencia en sus aseveraciones y menos exista prueba alguna que demuestre mas allá de toda duda razonable la existencia de los mentados medios ilegales; así las cosas, lo que le resta a la gobernación de Boyacá, es proceder al perfeccionamiento del contrato.

Sin otro particular,



RAFAEL RICARDO SANTOS ABREO
Abogado

[2] Articulo 9 Ley 1150 de 2007 (…) si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo (…) de allí que esta situación debió demostrarse antes del 17 de julio de 2020.