

**LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA
ETAPA PRECONTRACTUAL:**

**-ACTOS Y HECHOS ADMINISTRATIVOS, FUNDAMENTOS DE REPARACIÓN Y
ACCIONES JUDICIALES.-**

**TESIS DE GRADO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**PRESENTADA POR
JORGE EDUARDO CAVIEDES DEVIA**

**DIRECTOR DE TESIS
DR. CARLOS EDUARDO NARANJO FLÓREZ**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO 1. DELIMITACIÓN DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL	7
1.1. Delimitación de la etapa precontractual en el derecho privado.....	7
<i>1.1.1. Tratativas.....</i>	<i>8</i>
<i>1.1.2. Oferta.....</i>	<i>9</i>
<i>1.1.3. Contratos preparatorios.....</i>	<i>11</i>
1.2. Delimitación de la etapa precontractual en el derecho público.....	13
<i>1.2.1. Actos preparatorios.....</i>	<i>19</i>
<i>1.2.2. Actos de trámite y actos definitivos.....</i>	<i>22</i>
<i>1.2.3. Acto que declara desierta una licitación pública.....</i>	<i>26</i>
<i>1.2.4. Acto de adjudicación.....</i>	<i>28</i>
CAPÍTULO 2. DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.....	39
2.1. Fundamento de la responsabilidad precontractual y ubicación dogmática.....	39
2.2. Obligación genérica de reparar los daños causados. Derechos tutelables en la etapa precontractual.....	45
<i>2.2.1. El interés negativo o de confianza.....</i>	<i>48</i>
<i>2.2.2. La pérdida de oportunidad.....</i>	<i>49</i>
<i>2.2.3. El Interés positivo o de cumplimiento.....</i>	<i>50</i>
2.3. Principios rectores de la responsabilidad precontractual de la Administración Pública.....	51
2.3.1. Reparación integral.....	51
<i>2.3.1.1. El daño emergente.....</i>	<i>53</i>
<i>2.3.1.2. El lucro cesante.....</i>	<i>54</i>

2.3.2. <i>Protección de las utilidades del proponente y contratista.....</i>	55
2.3.3. <i>Imposibilidad de limitar la responsabilidad extracontractual...</i>	57
2.4. Daños resarcibles derivados de la culpa in contrahendo.....	59
2.4.1. <i>Daños resarcibles en las tratativas: decisión arbitraria o injustificada de no abrir el proceso de licitación pública.....</i>	59
2.4.2. <i>Daños resarcibles una vez emitida la oferta.....</i>	62
2.4.2.1. <i>Revocatoria del acto de apertura de la licitación pública, antes de que los futuros participantes hayan comunicado sus posturas.....</i>	64
2.4.2.2. <i>Revocatoria del acto de apertura luego de que han sido comunicadas alguna posturas</i>	66
2.4.2.3. <i>Modificación sustancial de los pliegos de condiciones.....</i>	67
2.4.2.4. <i>Acto mediante el cual se declara desierta la licitación pública.....</i>	70
2.4.2.5. <i>Adjudicación ilegal del contrato.....</i>	73
2.4.3. <i>Daños resarcibles originados en el incumplimiento de un precontrato: decisión de la entidad pública de no perfeccionar el contrato estatal.....</i>	81
CAPÍTULO 3. DE LAS ACCIONES JUDICIALES APLICABLES A LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	84
3.1. <i>Acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho.....</i>	84
3.2. <i>Acción contractual.....</i>	90
3.3. <i>Acción de reparación directa.....</i>	93
3.4. <i>Acción de tutela.....</i>	94
3.5. <i>Acción popular.....</i>	101
CONCLUSIONES.....	104
BIBLIOGRAFÍA.....	110

INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas jurídicos que ha generado especial controversia en el ámbito de la contratación estatal en los últimos 20 años, ha sido el relativo a la determinación del quantum indemnizatorio proveniente de la actuación irregular de la administración pública en el curso de un proceso licitatorio.

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo en Colombia, ha dado giros radicales en la solución de los diferentes casos que han sido sometidos a su juicio, evidenciando con ello, una escasa fundamentación dogmática que permita arribar a conclusiones unificadoras de jurisprudencia. Así, en un primer momento, sostuvo que la reparación de los daños causados al proponente que fue ilegalmente privado de contratar con el Estado, debía corresponder a la utilidad que éste esperaba percibir con su ejecución. Posteriormente, el criterio fue modificado sobre la base de la aplicación del principio de equidad, al amparo del cual el juez administrativo estaba facultado para reducir el monto indemnizatorio al 50% o al 20% de los ingresos brutos detallados en la oferta. Finalmente en el año 2002, se retoma la primera orientación, concediéndole primacía a la realidad probatoria, y al principio de la garantía que ofrece el Estado a las utilidades del contratista, desarrollado en distintas disposiciones de la Ley 80 de 1993.

Esta disparidad de criterios, hace necesario estudiar la verdadera naturaleza jurídica de un proceso de selección de contratista tan regulado como la licitación pública - el cual ha sido catalogado como el medio más transparente, efectivo y respetuoso de la libertad de concurrencia y del acceso igualitario a los beneficios públicos-, con el objeto de identificar los efectos jurídicos que se producen con el escalonamiento de sus etapas más relevantes y con ello, los derechos que nacen para los intervinientes en el mismo.

A partir de este entendimiento, será posible extraer aquellos principios que rigen la responsabilidad del Estado en esta fase precontractual, y especialmente, determinar si existen normas del derecho privado que puedan serle aplicadas o que se erijan en criterios útiles de interpretación.

Examinaremos el concepto de la culpa in contrahendo o responsabilidad precontractual, tal y como ha sido desarrollado desde que fue propuesto por Ihering para resolver casos complejos que no encontraban una respuesta clara en el ordenamiento jurídico Alemán, hasta las recientes conclusiones a las que ha llegado la doctrina y la jurisprudencia, a partir de la aplicación práctica de la teoría.

De esta manera, analizaremos las diferentes tesis en torno a su naturaleza y ubicación en las dos grandes vertientes de la responsabilidad civil. Así mismo, las diferentes situaciones que han sido catalogadas como propias de la etapa precontractual y el grado de sujeción que generan para quienes intervienen en ella con el propósito de celebrar un contrato. Se hará alusión entonces, a las tratativas, a la oferta, y a los contratos preparatorios, inquiriendo principalmente por los intereses que deben ser tutelados por el ordenamiento jurídico en el ámbito de cada figura, lo que brindará elementos sólidos para determinar el quantum indemnizatorio.

Con apoyo en la construcción, en principio ius privatista, de la teoría de la culpa in contrahendo, propondremos su aplicación al estadio precontractual de la administración pública tomando como modelo el procedimiento de licitación con las modificaciones pertinentes introducidas por la Ley 1150 de 2007.

Así las cosas, haciendo un paralelo con las fases que transcurren en la etapa precontractual en derecho privado, abordaremos el concepto y alcance de los actos preparatorios, del acto de apertura de la licitación, de los pliegos de condiciones, de las propuestas comunicadas por cada participante, del acto que declara desierta la licitación y del acto de adjudicación, presentando igualmente, las diferencias y

coincidencias que pudimos hallar entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Habiendo clasificado con claridad los actos más destacados que se producen en el proceso de selección en comento, podremos determinar las situaciones jurídicas que se crean para el proponente con la expedición de cada uno de ellos, resultado que será determinante en orden a establecer los daños originados en la conducta de la administración, que serán materia de reparación.

En el análisis del quantum indemnizatorio, será de gran utilidad comprender el alcance y aplicación de los conceptos del daño emergente, del lucro cesante, del interés negativo o de confianza, de la pérdida de oportunidad y del interés positivo o de cumplimiento, definitivos a la hora de proponer soluciones frente a la tensión actual entre los principios de reparación integral y equidad.

El presente trabajo también comprende la exploración de las acciones judiciales que son procedentes no sólo para amparar los derechos de los proponentes durante el proceso de licitación pública, sino también los de la sociedad en general a través del control de legalidad en abstracto de los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato estatal pero con motivo de la actividad contractual.

En este campo también hallamos disparidad de opiniones en torno a los actos que son susceptibles de control jurisdiccional, principalmente en la doctrina. Veremos como la Ley 446 de 1998 y la interpretación que las altas cortes han hecho de ella, nos conducen a una solución a nuestro juicio acertada. Aunado a ello, será indispensable en cuanto a la admisibilidad de las acciones judiciales se refiere, la cabal identificación de los actos administrativos que tienen la categoría de definitivos.

El propósito final del estudio de los temas abordados en este proyecto de investigación, consiste en plantear algunas soluciones a las controversias suscitadas mayoritariamente al interior del Consejo de Estado, en relación con la responsabilidad precontractual de la administración pública, a partir del desprevenido análisis de figuras que han tenido su origen en el derecho privado, y que luego fueron utilizadas en el derecho público, evidenciando que el derecho positivo en la mayoría de los casos es coherente y armónico, pues en definitiva esa debe ser una de sus máximas aspiraciones.

CAPÍTULO 1 DELIMITACIÓN DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL

1.1. DELIMITACIÓN DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL EN EL DERECHO PRIVADO.

En derecho privado, se acepta sin mayor discusión que el llamado o la invitación a negociar inicia el periodo precontractual, momento a partir del cual nace una relación jurídica que apareja el cumplimiento de ciertos deberes; y que dicho período concluye con la celebración del contrato o la aceptación incondicional de una oferta por parte del destinatario.

En ese *iter contractus*, la doctrina¹ diferencia tres momentos: el de ideación, en el cual los operadores económicos identifican la necesidad que precisa satisfacción y el medio para lograrlo; el de concreción, que se materializa con la oferta; y el de ejecución, que se presenta con la incorporación de las cláusulas negociales.

En el derecho público, es indispensable diferenciar el momento en el cual inicia el periodo precontractual para la entidad pública, de aquel que se predica del proponente. Es importante aclarar desde ya, que esta distinción parte de la base de los efectos jurídicos desplegados por determinadas conductas del Estado y del administrado, que comportan, para cada uno, el cumplimiento de deberes y obligaciones cuyo quebrantamiento configura responsabilidad precontractual.

¹ Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad precontractual*, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006, pág. 10.

1.1.1. Tratativas o fase de ideación.

Como antes señalamos, en la actualidad se acepta sin mayor reparo, que la fase precontractual y de contera la responsabilidad que de ella se origina, comienza a partir del momento en que una de las partes decide ponerse en contacto con la otra para entablar negociaciones². A este comienzo la doctrina lo califica como tratativas, en desarrollo de las cuales las partes deben observar, con el mayor rigor, unos deberes secundarios de conducta, todos ellos englobados bajo el principio de la buena fe: diligencia, previsión, cooperación, información, reserva, custodia y fidelidad.

De esta forma, con el propósito de lograr un acuerdo de voluntades que se ajuste a los intereses de cada una de las partes, éstas deben imprimir su mayor esfuerzo en aras de lograr la celebración de un contrato que no contenga ningún vicio desde el punto de vista jurídico, y que sea idóneo para obtener el resultado querido por ellas. Así, es imperativo que manifiesten desde un comienzo, esa motivación que los convoca a contratar, lo que esperan de la ejecución del objeto contratado, y cualquier circunstancia que pueda ocasionar la ineficacia, inexistencia o la nulidad del contrato.

Por su puesto que en este escenario, el principio tan ampliamente aplicado en el derecho anglosajón, y tan celosamente cuidado, en relación con la libertad de contratar o no contratar, primará en la medida en que no se abuse de él. Es comprensible que en el estadio de las tratativas los negociantes no tengan la seguridad de que el contrato definitivo se celebrará, pues justamente es aquí donde se puede establecer el alcance de las verdaderas necesidades, y la forma idónea en que se habrá

² Ihering consideraba que la responsabilidad precontractual nacía sólo con la emisión de la oferta, sobre la base de que ésta culminaba las tratativas y en ella se señalaban de manera definitiva todas las condiciones contractuales. Por su parte, en la V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, celebradas en Junín en 1992 se concluyó: “*La responsabilidad precontractual comprende dos etapas: la primera abarca desde el inicio de las tratativas preliminares hasta la emisión de la oferta; la segunda, desde la oferta formulada hasta la definitiva frustración del contrato o perfeccionamiento del acuerdo – contratos nulos o anulables*”. Cita realizada por Jorge Mosset Iturraspe – Miguel A. Piedecabras, *Responsabilidad precontractual*, Rubinzal – Culzoni, Editores, pág. 282.

de concretar su satisfacción, lo cual conduce a aceptar que existe el albur de que las partes al final del proceso, y luego de agotadas todas las posibilidades de lograr un acuerdo, no se sientan atraídas por la únicas alternativas que quedaron sobre la mesa.

En el campo de la contratación administrativa, las tratativas sólo podíamos hallarlas en la etapa previa al acto de apertura de la licitación, particularmente en el momento en el que por primera vez la entidad estatal hacía pública su intención de contratar y sometía a discusión el proyecto de pliego de condiciones o pre-pliegos. Con la reforma al estatuto contractual de la administración pública, Ley 1150 de 2007, se introdujo una nueva y aparente posibilidad de discusión referida a la distribución de los riesgos previsibles del contrato, que podrá surtirse luego de la publicación de los pliegos definitivos, pero con todo, antes de que los futuros participantes presenten sus propuestas.

1.1.2. Oferta.

Normalmente la emisión de una oferta está precedida del acercamiento de las partes, en el que comunican con mayor o menor amplitud y libertad, cuál es el interés que los ha reunido. De esta manera, la emisión de la oferta, supone la concreción de las tratativas, y expresa la plena convicción de uno de los negociantes de querer contratar en condiciones plenamente decantadas y precisas. El hecho de que una de las partes haya emitido una oferta, implica que ha superado todas sus dudas y que de ser aceptada por el destinatario, estará dispuesto a cumplir con lo que allí se ha manifestado.

En este grado de evolución de la formación de contrato, lo interesante es que aún cuando los negociantes deben observar los deberes secundarios de conducta de cuyo desconocimiento se deriva responsabilidad precontractual, ya encontramos normas precisas que regulan las actuaciones válidas de oferente y destinatario. Dichas normas

están reunidas en el artículo 845 y siguientes del Código de comercio, de las cuales vale la pena subrayar la que se refiere a la irrevocabilidad de la oferta.

Esta característica merece una especial anotación: una vez comunicada la propuesta el oferente no podrá retractarse, so pena de indemnizar los perjuicios que ocasione al destinatario. Ello nos induce a sostener, que en este estadio quien emite la oferta no goza del derecho de no contratar, presente sí, en la fase de las tratativas. No obstante, el destinatario aún lo conserva, limitado a no defraudar injustificadamente las expectativas que generó en la otra parte. Es curiosa la conclusión a la que nos lleva esta reflexión, pues de ordinario se piensa que el destinatario de una oferta puede rechazar la misma sin que para ello tenga que justificar su decisión; pero, si han existido tratativas y las partes han decidido conformar el contrato mediante la oferta habiendo llegado a un acuerdo previo sobre todas las condiciones contractuales, no nos queda más remedio que afirmar que, a menos que exista una causal que lo justifique, las cuales más adelante estudiaremos, el destinatario no puede negarse a aceptar la oferta.

Enmarquemos lo anterior dentro del procedimiento de licitación pública: como lo desarrollaremos más adelante, el artículo 860 del Código de Comercio, que explica con suficiencia esta forma de selección del contratista, permite afirmar que el pliego de condiciones definitivo es en sí mismo una oferta y como tal es irrevocable. Consideramos que éste es el fundamento último que permite entender y justificar que la jurisprudencia acepte que una vez comunicado, la entidad estatal no goza del derecho de no contratar; de hecho, tal restricción se sitúa desde la misma expedición del acto de apertura de la licitación, que acompaña su publicación:

En palabras de la Corte Constitucional:

“Dicha resolución de apertura produce como efectos jurídicos: (i) La obligación de las entidades estatales de impulsar de oficio el procedimiento licitatorio hasta la adjudicación

del contrato; (ii) La imposibilidad de modificar las características esenciales del objeto de la licitación, pues su alterabilidad pondría en riesgo la vigencia de los principios de libertad de concurrencia y de igualdad de los proponentes; (iii) La incapacidad de la Administración para revocar unilateralmente el llamado a la licitación, ya que se trata de un acto administrativo que crea una situación jurídica subjetiva para las personas con vocación de oferentes³.”

Por su parte, el proponente desde el momento en que exterioriza su postura frente a la entidad estatal, acepta incondicionalmente todos los elementos jurídicos, comerciales y técnicos plasmados en el pliego, y propone aquellos que están destinadas a competir. En esa medida, en estricto sentido, la propuesta del participante en la licitación no es una oferta, sino la aceptación de la formulada por la entidad estatal, de tal suerte que, con dicho acto recepticio de voluntad, se celebra un contrato que impone obligaciones de hacer, sujeto a una condición resolutoria cuya ocurrencia será verificada con la expedición del acto de adjudicación: la existencia o no de una postura mejor presentada por otro proponente.

1.1.3. Contratos preparatorios, precontratos o promesas de contrato.

Como resultado de la aceptación de la oferta, se puede perfeccionar el contrato definitivo, en cuyo caso finalizará la etapa precontractual, o también se podrá concluir un precontrato, un contrato preparatorio o una promesa de contrato.

Este último grupo de contratos, puede estar alejado o muy cerca de la concreción de las cláusulas de aquel definitivo. Puede simplemente fijar reglas sobre el comportamiento que deberán observar las partes durante las negociaciones, reglas sobre revelación y protección de la información suministrada, sobre transparencia y

³ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU -713 de 23 de agosto de 2006. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

colaboración, o sobre la distribución de ciertas labores o estudios que se consideran indispensables para determinar la viabilidad del proyecto. A manera de ejemplo, en aquellos contratos de objeto complejo como el desarrollo o la parametrización de software, es de suma importancia que en la fase de análisis, en la cual se identifican las necesidades del contratante, éste realice una labor de inducción detallada al desarrollador sobre los requerimientos que debe cumplir el software y el tipo de información que manejará. Así mismo estará a su cargo la responsabilidad de garantizar que la información que será migrada a la nueva plataforma tecnológica no tenga errores y en esa medida se obliga a depurarla.

En nuestro criterio, el acto de adjudicación perfecciona un verdadero precontrato, que había nacido a la vida jurídica para la entidad y para cada proponente con la comunicación de su postura, pero que estaba sometido a una condición resolutoria en su perfeccionamiento, cuyo cumplimiento se materializa si se verifica que existe una propuesta mejor. Empero, a diferencia de los ejemplos que acabamos de citar de precontratos, éste se encuentra muy cerca del contrato definitivo, tanto, que en el momento de la adjudicación ya se ha logrado el consentimiento pleno de las partes acerca de todos y cada uno de sus elementos. La obligación que surge de este precontrato, pues, consiste exclusivamente en suscribir un nuevo documento que recogerá lo contenido en el pliego de condiciones y en el ofrecimiento del proponente beneficiario de la adjudicación,⁴ al cual se le denominará contrato Estatal.

⁴ El estatuto de contratación pública no señala de manera expresa, la necesidad de suscribir un nuevo documento que reúna lo ya establecido en el pliego de condiciones y la propuesta del adjudicatario, para que el contrato esté válidamente celebrado; y ello tampoco se deduce claramente de los requisitos de perfeccionamiento que señala el artículo 41 de dicho estatuto, pues éstos en el fondo son satisfechos con el acto de adjudicación. A pesar de lo anterior, se concluye su exigencia, de una parte, del literal e), numeral primero del artículo octavo ibídem, según el cual se considerará inhábil a la persona que sin justa causa se abstenga de suscribir el contrato estatal adjudicado, y de otra, del numeral 12 del artículo 30, que permite a la entidad sancionar al adjudicatario con la apropiación del depósito o el valor de la garantía de seriedad de la oferta, por la misma razón. Lo anterior dentro de una interpretación sistemática y de efecto útil de la norma, apunta a concluir que cuando el artículo 41 se refiere a “escrito” debe entenderse el documento compilatorio de las cláusulas contractuales que debe suscribirse luego de la adjudicación.

1.2. DELIMITACIÓN DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL EN EL DERECHO PÚBLICO.

Empezaremos por delimitar tres de las etapas de la contratación estatal que han sido identificadas por la doctrina, y que son de interés para los temas objeto de estudio: período previo, precontractual y contractual.

La etapa previa es asimilable a la fase de ideación en los contratos entre particulares. En ella, la administración identifica una necesidad de interés público que requiere satisfacción, en orden al cumplimiento de los fines constitucionales y legales para los cuales ha sido creada la entidad. Predomina por lo tanto, una comunicación y coordinación al interior de la propia administración, que permite inquirir sobre la forma en que puede lograrse ese objetivo y sobre los instrumentos jurídicos, técnicos y económicos con los que cuenta el ente público⁵.

Durante esta fase, tiene lugar la expedición de los denominados actos preparatorios. En relación con ellos, la doctrina mayoritaria coincide en afirmar que su exigencia en la legislación vigente, es un claro desarrollo del principio de planeación, el cual, a pesar de no estar previsto de manera expresa en el estatuto contractual vigente, claramente se deriva de las normas que gobiernan la elaboración del presupuesto nacional.⁶

En aplicación del citado principio, el proceso licitatorio debe estar antecedido de una serie de verificaciones encaminadas a construir un contrato lo suficientemente preciso y eficaz para lograr la satisfacción integral de los fines o necesidades identificadas por la entidad estatal.

⁵ Caro Quiroz, María Teresa. *El principio de la buena fe en la etapa precontractual en la contratación estatal*, TD, Universidad Externado de Colombia, 2005, pág 59.

⁶ Véase Expósito Vélez, Juan Carlos. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español: análisis de la selección de contratistas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2003, p. 593, y República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia citada por el mismo autor.

Dichas verificaciones se refieren: al estudio de mercado para estimar un valor aproximado del contrato⁷; a la obtención de licencias y permisos;⁸ a la elaboración de estudios, diseños y proyectos relacionados con el objeto a contratar; a la obtención del certificado de disponibilidad presupuestal; a la elaboración y publicación del proyecto de pliegos de condiciones; a la vinculación de las veedurías ciudadanas;⁹ a la determinación de la modalidad de selección; al soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato; al análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, y demás elementos señalados en el artículo tercero del Decreto 2474 de 2008.

Esta primera fase, previa al nacimiento de la etapa precontractual propiamente dicha, se caracteriza porque la administración pública no exterioriza al mercado una voluntad vinculante de contratar, ya que es un espacio idóneo para nutrirse de criterios, y en general de información, que le permitirá decidir sobre la viabilidad y oportunidad del proyecto. Ello explica, que no obstante que la entidad estatal tenga el deber de poner en conocimiento del público las condiciones generales del objeto que se pretende contratar, así como todos los estudios previos, tal conducta no la obligue a iniciar un procedimiento licitatorio ni de contratación, como tampoco lo dicho en ellos se erige en norma de obligatorio cumplimiento¹⁰.

Visto lo anterior, estableceremos qué define la etapa precontractual en un contrato del Estado: la doctrina ha tomado dos posiciones en torno al tema: 1. ha considerado que

⁷ La consulta de precios de mercado debe encauzarse, por regla general, hacia aquella información que reposa en el Registro Único de Precios de Referencia (RUPR- SICE), regulado por la Ley 598 de 2000, tratándose de los bienes o servicios allí registrados.

⁸ Cuando se precisa comprometer recursos presupuestales de vigencias futuras, el CONFIS, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales en el ámbito de sus competencias, deben impartir las autorizaciones correspondientes.

⁹ Exigencia del artículo 9º del Decreto 2170 de 2002, el cual no fue derogado por el Decreto 066 de 2008.

¹⁰ Inciso 2, artículo 8, Ley 1150 de 2007: la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección.

inicia con la resolución de apertura de licitación y la publicación de los pliegos de condiciones definitivos, y 2. ha entendido que el procedimiento de selección es sólo un estadio dividido de la etapa previa, razón por la cual ésta también debe asimilarse como precontractual¹¹.

La primera de las tesis tiene mayor aceptación en la doctrina. De hecho, la Corte Constitucional ha puesto de relieve los efectos jurídicos que surte la exteriorización de la voluntad del Estado, a través de un acto como el de apertura de licitación. Ha indicado que a partir de él, nacen obligaciones concretas para la administración, como derechos para los operadores económicos. Dentro de las primeras, encontramos que a la entidad estatal no le es permitido modificar las condiciones contractuales que han sido comunicadas de manera definitiva en los pliegos de condiciones; debe recibir y evaluar las ofertas que suministren los proponentes, responder sus inquietudes e informar adecuada y suficientemente sobre el alcance de las obligaciones; en suma, se obliga a proceder observando los principios de buena fe, corrección, colaboración y diligencia.

Los proponentes por su parte, con la presentación de sus posturas, se obligan a responder oportunamente las solicitudes de la administración, a mantener las condiciones económicas y técnicas de lo ofrecido durante el término preestablecido en los pliegos, y a sujetarse en todo a las reglas contenidas en ellos. En ese sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha sostenido:

“Así las cosas, encuentra la Sala que un proponente al presentarse en una licitación o concurso, además de sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia, tiene la obligación de mantener las condiciones (legales, técnicas, financieras, económicas etc.) de la denominada propuesta básica, de responder y atender adecuada y oportunamente los requerimientos que formule la entidad licitante durante la etapa de evaluación, hasta la adjudicación y de suscribir y perfeccionar

¹¹ Caro Quiroz, Maria Teresa. Ob. Cit. Pág 73.

el contrato, cuando resulte adjudicatario del mismo, pues de lo contrario tendrá que indemnizar los perjuicios que se causen como consecuencia de la defraudación de la confianza de la administración en la seriedad de la oferta, los cuales se encuentran previamente cuantificados a título de sanción por el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin perjuicio de que la entidad pública licitante inicie las acciones legales para reclamar los perjuicios que excedan lo garantizado, ("deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen" -artículo 863 del Código de Comercio)"¹².

Tan relevante y vinculante es para la administración pública la expedición del acto de apertura de la licitación, como para el proponente la comunicación de su postura, lo que ha sido puesto de presente por el Consejo de Estado al sostener que incluso antes del cierre de la licitación, la propuesta es irrevocable:

"Ahora bien, el hecho de que los proponentes que se encuentran participando en un proceso de licitación o concurso, queden obligatoriamente vinculados a dicho procedimiento desde el momento de la presentación de su propuesta y por tanto no puedan jurídicamente retractarse o desistir de la misma, sirve de argumento principal para sustentar su carácter de irrevocable".¹³

Finalmente, en cuanto a la última de las tres etapas que señalamos con anterioridad, en la contratación pública en general, y en la colombiana en particular, el asunto no está del todo definido y las posiciones suelen ser contradictorias.

El Consejo de Estado ha oscilado entre las siguientes posiciones en relación con la finalización de período precontractual¹⁴: 1. el contrato nace cuando se adjudica a un

¹² República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, abril veinte (20) de dos mil seis (2006), Consejero Ponente: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Referencia: Radicación: 1.732.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Suárez Camacho, Gustavo. "La responsabilidad precontractual del Estado", en *Revista Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, octubre de 1994, volumen 87, número 565, pág 22.

proponente, de tal suerte que las solemnidades subsiguientes que exija la ley, sólo permiten su ejecutoria; 2. la resolución de adjudicación es un acto administrativo separable del contrato, y se ubica en la fase precontractual; 3. la adjudicación no es el contrato administrativo pero sí es una convención, en la que se logra el acuerdo pleno de voluntades en torno al objeto y la contraprestación, hecho que abre las puertas para que las diferencias sean juzgadas bajo las reglas de la responsabilidad contractual. Para el autor Gustavo Suarez Camacho, la etapa precontractual termina con el perfeccionamiento del contrato, de conformidad con los requisitos que la ley en su momento haya establecido para éste.

Consideramos que la primera tesis es equivocada, si bien estamos de acuerdo en que ese es el tratamiento que debería incorporar la ley: con la adjudicación no se celebra el contrato definitivo ya que como vimos, el estatuto de contratación impone la obligación de suscribir un documento posterior que integre todas las condiciones contractuales durante un plazo previamente fijado en el pliego.

Con la ley 446 de 1998, que en su esencia rescata la teoría de los actos separables, este tema puede encontrar mayor claridad, puesto que en dicha norma se diferencian aquellos actos expedidos con anterioridad a la celebración o perfeccionamiento del contrato, señalándose un término específico y excepcional para ejercer acciones contencioso administrativas.

En punto al perfeccionamiento del contrato estatal, el Consejo de Estado recientemente ¹⁵ cambió la tesis que había sostenido en el año 2000¹⁶. A partir de esa época, dicha corporación entendía que el registro presupuestal no era un requisito de ejecución del contrato, sino de existencia del mismo, teniendo en cuenta que la ley 80

¹⁵ República de Colombia, sentencia de 28 de septiembre de 2006, expediente 15.307, consejero ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.)

¹⁶ República de Colombia, sentencia del 27 de enero de 2000, expediente 14.935.

de 1993 había sido derogada en este punto, por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado por el artículo 71 del estatuto orgánico del presupuesto.

Sustancialmente este argumento se apoyaba, en la literalidad del mencionado artículo de la ley 179, el cual claramente expresa que el registro presupuestal es un requisito de perfeccionamiento de los actos administrativos que afecten apropiaciones presupuestales. La contundencia del mismo venía precedida de la aceptación de que los contratos de la administración pública revestían la naturaleza de actos administrativos bilaterales, y que la norma en comento, al no hacer distinciones, también los comprendía.

Ahora bien, con el fallo proferido en septiembre de 2006, el Consejo de Estado se retractó de la posición que se acaba de reseñar apoyado en teorías de Agustín Gordillo, y señaló que el contrato estatal no es una especie de acto administrativo - figura que se caracteriza por su unilateralidad-, lo que le permitió concluir que la ley 179 no modificó la Ley 80 de 1993. Con este raciocinio, la posición actual del Consejo de Estado, consiste en que los únicos requisitos para el perfeccionamiento del contrato, y con ello para su existencia, son los establecidos en el inciso primero del artículo 41 de la ley 80 de 1993, a saber: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación que debe ser elevado a escrito. El registro presupuestal, junto con la aprobación de la garantía, continúan siendo una exigencia para la ejecución del contrato, según lo establece el inciso segundo *ibídem*.

De acuerdo con lo anterior - y este es un punto fundamental para delimitar los linderos en los que se ubica la responsabilidad precontractual-, la omisión de la entidad estatal consistente en no realizar el registro presupuestal, es considerada como un incumplimiento del contrato, y en consecuencia las reglas que deben gobernar el litigio, son las inherentes a la responsabilidad contractual.¹⁷

¹⁷ No puedo dejar de señalar los fundamentos de la aclaración de voto realizada por el Consejero Fredy Ibarra Martínez, para quien la exigencia del registro presupuestal forma parte del perfeccionamiento

1.2.1. Actos preparatorios.

Como lo indicamos anteriormente, la doctrina mayoritaria coincide en afirmar que su exigencia en la legislación vigente, es un claro desarrollo del principio de planeación, el cual, a pesar de no estar previsto de manera expresa en el estatuto contractual vigente, claramente se deriva de las normas que gobiernan la elaboración del presupuesto nacional.

El artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, reglamentario de la Ley 1150 de 2007, hizo énfasis en algunas de las materias que deben ser definidas antes de proceder con la apertura del procedimiento de selección del contratista, y adicionó otras obligaciones a cargo de la entidad estatal.

Dentro de aquellos temas sobre los cuales se hizo énfasis, encontramos la exigencia de describir la necesidad que se pretende satisfacer con el contrato, la mención de su objeto y el análisis que soporta el valor estimado del mismo. Por parte de los que fueron integrados con la nueva normativa, se destacan: la obligación de exponer los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección identificada por la entidad pública; el soporte que permita la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsible que puedan afectar el equilibrio económico del contrato y, el análisis que sustenta la exigencia de garantías, su naturaleza y cubrimiento. Aunado a lo anterior, tratándose de proyectos que involucren diseños y construcción, la entidad deberá poner a disposición de los oferentes los documentos técnicos con que cuenta para su ejecución.

del contrato y no tan sólo de su ejecución. En efecto, pone de presente que la ley orgánica del presupuesto dispone que mediante las reglas contenidas en ella, se regularán las diferentes etapas y aspectos relacionados con el presupuesto, así como la capacidad de contratación y el gasto público social. Dejando sentado que la Ley orgánica del presupuesto, y las disposiciones constitucionales sobre la materia, recaen especialmente sobre la actividad contractual del Estado, por excelencia la actividad típica de la ejecución presupuestal, concluye que por ser dicha ley orgánica, posterior, de mayor jerarquía y especial en relación con la ley 80, debe prevalecer en cuanto a este requisito de perfeccionamiento del contrato se refiere.

Otra novedad de la Ley 1150 en cuanto a la etapa preparatoria del contrato se refiere, consiste en la obligación de la entidad estatal de responder de fondo cada una de las observaciones que formulen los interesados al proyecto de pliego de condiciones y demás documentos previos.

El autor Edmundo del Castillo Restrepo, con apoyo en el párrafo segundo del artículo tercero del Decreto 2474 de 2008, señala, en primer lugar, que los estudios y documentos obtenidos en la etapa preparatoria pueden ser modificados por la entidad estatal con posterioridad a la expedición del acto de apertura del procedimiento de selección, y en segundo lugar, que si tales modificaciones son fundamentales, se podrá revocar directamente dicho acto con base en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo en aras de proteger el interés público y social.¹⁸

Al respecto, es necesario delimitar el alcance de la disposición en comento, habida consideración que la facultad de modificar las bases sobre las cuales se estructuró el procedimiento de selección no puede ser ilimitada y en todo caso debe estar guiada por los fines de la contratación estatal. Así las cosas, a nuestro juicio, la entidad estatal sólo podrá modificarlas cuando se adviertan situaciones o falencias que conduzcan principalmente a la insatisfacción de la finalidad que motivó la decisión de iniciar un proceso de contratación. Aunque podríamos cuestionar seriamente la conducta de la entidad estatal por haber adelantado estudios previos incorrectos, incluso por negligencia, lo cierto es que no consultaría el interés general concluir que el proceso de selección del contratista deba continuar a pesar de haberse conocido con posterioridad a la apertura de la licitación pública, que el resultado no será el esperado, o pero aún que el contrato una vez adjudicado y celebrado será imposible de ejecutar.

¹⁸ Del Castillo Restrepo, Edmundo. *La reforma a la contratación pública. Interpretación y alcance de la Ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios*. 2008. Pág 160.

De hecho, el servidor público no podría abstenerse de aplicar una medida de corrección sobre los estudios y documento previos, si constata la existencia de una irregularidad o un defecto que repercuta adversamente en la consecución del fin del contrato, toda vez que el numeral primero y octavo del artículo 26 del estatuto de contratación pública, le impone la obligación de buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, proteger los intereses de la entidad que puedan verse afectados con la ejecución del contrato, y velar por la buena calidad del objeto contratado. Disponen los mencionados numerales:

1. *Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.*

8. *Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.*

Como corolario de lo anterior, el ejercicio de la prerrogativa de modificar las bases del proceso de contratación, debe estar exenta de cualquier motivación subjetiva, arbitraria o caprichosa, pues de ser así, el acto mediante el cual la entidad pública dispone tales medidas, estará viciado de nulidad por desviación de poder.

Ahora bien, consideramos acertada la previsión que trae el Decreto 2474 al permitirle a la entidad estatal revocar directamente el acto de apertura de la licitación pública en el evento en que las intervenciones sobre los documentos y estudios previos sean fundamentales, pues ello impondrá la necesidad de estructurar un nuevo procedimiento de selección que garantizará la vigencia de los principios de igualdad y libertad de concurrencia. Vale la pena recordar que de conformidad con el inciso

primero del artículo tercero del Decreto en comento¹⁹, los estudios y documentos previos publicados por la entidad son definitivos, característica que le brinda seguridad a los futuros proponentes para evaluar sus posibilidades de participación y ejecución del contrato, de manera que de admitirse que el procedimiento de licitación pública continúe luego de haberse modificado sustancialmente dichos documentos previos, se podría causar un perjuicio a quienes en su momento desistieron de presentar posturas por encontrar algún obstáculo en sus disposiciones originales, que ahora posiblemente no subsista, como también a los interesados iniciales que se encontraban estructurando sus ofrecimientos, en el evento en que no encajen dentro de los nuevos presupuestos.

La omisión de adelantar los actos preparatorios, genera nulidad de la adjudicación o conduce a que se declare ilegalmente desierta la licitación, habida cuenta que la administración pública faltó al principio de buena fe y legalidad que debe gobernar la etapa de formación del contrato, y por lo tanto, como más adelante lo estudiaremos, incurrió en culpa in contrahendo.

Igualmente se acepta, que los pliegos de condiciones puedan estar viciados de nulidad, cuando quiera que no cumplan con los elementos exigidos por la ley, o hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa.

1.2.2. Actos de trámite y actos definitivos.

De conformidad con la parte final del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, y a renglón seguido

¹⁹ *En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.* (Subrayado fuera de texto).

señala, que los actos de trámite pondrán fin a una actuación, cuando hagan imposible continuarla.

La jurisprudencia del Consejo de Estado²⁰, ha aplicado los artículos precedentes a diferentes situaciones producidas en el curso de una actuación administrativa, y de manera particular, también los ha utilizado para juzgar la naturaleza de algunos actos expedidos durante los procesos de selección del contratista.

La clara identificación de las notas características de uno u otro concepto, es absolutamente necesaria para establecer la procedencia de las acciones contencioso administrativas. En este sentido, el Consejo de Estado ha sostenido que sólo contra un acto administrativo definitivo proceden las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta que exclusivamente éste es capaz de generar efectos jurídicos concretamente llamados a crear, modificar o extinguir una relación jurídica.

Los actos de trámite por el contrario, no tienen dicha capacidad, pues son considerados meramente instrumentales y al servicio de un fin superior que consiste en consolidar la voluntad de la administración pública. Se ha señalado, en consecuencia, que los actos de trámite tienden a dar impulso a una actuación administrativa, de tal manera que ésta pueda terminar con el resultado final querido por el Estado, el cual está destinado a generar efectos en derecho.

Sobre el particular, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 12 de junio de 2008, sostuvo:

²⁰ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 7 de mayo de 2008, Radicación 9136. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 12 de junio de 2008, Radicación 16288. C.P. Ligia López Díaz. República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 6 de diciembre de 2007, Radicación 1871. C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

“La jurisdicción ejerce su control, para verificar que se ajusten a la legalidad, pero debe tenerse en cuenta que la impugnabilidad recae sobre los actos definitivos, es decir, sobre aquellos que exteriorizan la voluntad de la Administración para producir efectos en derecho, pues no se justifica un pronunciamiento sobre actos que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica, como son los de trámite, que se limitan a dar impulso a la actuación.”

En este orden de ideas, quisiéramos hacer una breve referencia a la controversia que ha girado en torno a la naturaleza jurídica del pliego de condiciones y de la resolución de apertura, pues sobre dichos actos jurisprudencialmente se ha definido, en unos casos, que son de mero trámite y en otros que son definitivos.

En relación con el pliego de condiciones, entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional se hace palpable la disparidad de criterios. Para ésta, el pliego de condiciones forma parte del conjunto de actos definitivos que integran la etapa precontractual de la administración pública. Así lo sostuvo mediante sentencia SU - 713 de 2006:

“Entre los actos administrativos definitivos que se presentan en el trámite de la licitación pública se reconocen, entre otros, los siguientes: la Resolución de apertura, el pliego de condiciones, el acto de rechazo de propuestas, el acto que declara desierta la licitación y la resolución de adjudicación.”

Por el contrario, para el Consejo de Estado, continúa siendo un acto de trámite, reglado y de carácter general; aunque esta última característica puede mutar cuando el pliego de condiciones se convierte en cláusula contractual, toda vez que a partir de allí las reglas contenidas en él tendrán destinatarios específicos e individualizados. Así lo sostuvo esa corporación mediante sentencia del 4 de diciembre de 2006²¹.

²¹ Expediente 32871. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

Por otra parte, acerca de la naturaleza de la resolución de apertura de la licitación, la Corte Constitucional, citando una decisión del Consejo de Estado, puso de manifiesto la doble óptica con la que puede ser analizada, dependiendo de los intereses o principios que estén en juego:

“En relación con la resolución de apertura, en sentencia del 18 de septiembre de 1997, el Consejo de Estado, Sección Tercera, reconoció que aunque en principio dicho acto podía considerarse un acto de mero trámite, en realidad su naturaleza jurídica se asimilaba más a la de acto administrativo general y definitivo, susceptible en su contenido de ser impugnado a través de la acción de simple nulidad, por sus implicaciones en cuanto a la vigencia, eficacia y protección de los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación estatal. En sus propias palabras, dicha Corporación manifestó:

“Para la Sala, aunque en principio podría sostenerse que el acto de apertura de una licitación es de mero trámite, no siempre deberá mantenerse este calificativo, porque podrán darse casos en los que el acto, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que participen el proceso selectivo, restrinja indebida o ilegalmente esa participación. Evento en el cual el acto así concebido podrá desconocer los principios de transparencia e igualdad de oportunidades y resultar afectado de desviación de poder.

En otras palabras, ese acto deja de ser así un mero trámite para convertirse en un obstáculo para la selección objetiva de los contratistas²².”

Por otra parte, en relación con el informe de evaluación rendido por el comité asesor dentro de un procedimiento de licitación pública, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado determinó que se trataba de un acto de trámite, habida consideración de su carácter no vinculante para el representante legal de la entidad pública, lo que le permite a éste separarse del orden de elegibilidad propuesto, o

²² SU –713 de 23 de agosto de 2006. Op. Cit.

corregir las conclusiones contenidas en dicho informe cuando no se ajusten a la realidad.

Al respecto se indicó en la mencionada providencia, trayendo a colación un pronunciamiento de la Sección Tercera del 7 de Septiembre de 2004, lo siguiente:

“No obstante que es con el informe de evaluación de las propuestas que la administración da a conocer a los proponentes la calificación que asignó a cada una de las ofertas, de acuerdo con los diferentes factores que fueron objeto de la evaluación, dicho informe no decide la adjudicación ni le confiere al proponente calificado con el mayor puntaje el derecho a exigirla, en tanto, como ya se indicó, los informes de evaluación los elabora un comité asesor o consultor, a quien la ley prohíbe trasladar la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección ya que ésta solo la tiene el jefe o representante de la entidad estatal (Ley 80/93 art.26 ord. 5°). Además esa calificación se puede corregir o modificar cuando la administración encuentre pertinentes y ajustadas a las reglas de la licitación las observaciones realizadas por los oferentes”

Así las cosas, dentro del procedimiento de licitación pública podríamos darle la categoría de definitivos, a los siguientes actos: adjudicación del contrato; acto que declara desierta la licitación; acto mediante el cual se rechaza una oferta; acto de apertura cuando excluya injustificadamente a un posible proponente; los pliegos de condiciones; y el acto a través del cual se modifique los documentos preparatorios o los pliegos de condiciones. Con todo, no hay que perder de vista que el análisis debe hacerse de cara a los efectos que el acto produzca frente al titular específico del derecho o de la situación jurídica.

1.2.3. Acto que declara desierta una licitación pública.

De acuerdo con las reglas que identificamos precedentemente, el acto mediante el cual se declara desierta una licitación pública, tiene la condición de ser definitivo.

Se sustenta en una facultad reglada, aunque le es inherente un alto grado de discrecionalidad en la apreciación o evaluación de los hechos que le sirven de fundamento. En cuanto a lo primero, el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, establece que dicha declaratoria sólo procederá por motivos o causas que impidan la selección objetiva. En relación con lo segundo, la citada norma, a renglón seguido, le exige a la entidad pública la manifestación expresa y detallada de las circunstancias que condujeron a la decisión, mecanismo que permitirá hacer un control de legalidad sobre las verdaderas razones de su expedición, y con ello, determinar si el acto puede estar viciado de falsa motivación.

De esta manera, no es viable declarar desierta la licitación cuando quiera que haya culpa de la administración, y en tal sentido, podemos afirmar que la repentina inocuidad, inviabilidad o inconveniencia del objeto a contratar, o la ausencia de aprobaciones y autorizaciones necesarias, no pueden servir de fundamento válido para la expedición del acto. Tal y como se prevé categóricamente en el numeral 7 *ibídem*, las situaciones que se acabaron de mencionar, debieron ser plenamente superadas con antelación al inicio del proceso de selección.

De otra parte, tampoco servirá de título suficiente el hecho de que sólo exista un proponente en el proceso de selección licitatorio. En la medida en que dicho proponente cumpla con todas las reglas señaladas en el pliego de condiciones, y en consecuencia, su postura sea conveniente para la entidad pública, no hay ningún impedimento normativo para que se produzca la adjudicación en su favor.

Así lo sostuvo el Consejo de Estado, en sentencia del año 2004, cuyo aparte correspondiente nos permitimos citar a continuación:

“Para la Sala es claro que el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, pretende poner término a la declaratoria de desierta de la licitación por falta de concurrencia de oferentes. Una interpretación sistemática de esa norma con las demás de la Ley que se

*refieren a la selección objetiva del contratista, permiten concluir que la presentación de una sola oferta no es suficiente para que se proceda a la declaratoria de desierta de la licitación. Es este caso puede la administración adjudicar el contrato al oferente único, siempre y cuando su propuesta cumpla con todos los requisitos del pliego de condiciones y se ajuste a sus exigencias, ya que la objetividad no la determina, por sí sola, la pluralidad de ofertas.*²³

1.2.4. Acto de adjudicación.

Para Miguel González Rodríguez²⁴, el acto de adjudicación implica el acuerdo de voluntades entre el proponente que ha presentado el ofrecimiento más ventajoso y la Administración Pública.

El Consejo de Estado, mediante Auto del 15 de agosto de 2002, lo entendió como la manifestación de voluntad de la Administración Pública sobre la elección del proponente que presentó la oferta más favorable, en virtud del cual, nace para las partes la obligación de observar las formalidades exigidas para el perfeccionamiento del contrato estatal.

*Agrega el citado auto que como consecuencia del acto de adjudicación “surge para el adjudicatario el derecho subjetivo de que sea con él y no con ningún otro que se celebre el contrato, dentro del término establecido en las condiciones generales de la invitación o pliegos de condiciones, para que aquel se ejecute en la forma y condiciones allí establecidas y de acuerdo con la propuesta que le fue aceptada. Y para la entidad contratante, el deber jurídico correlativo de contratar en tales condiciones con el adjudicatario.”*²⁵

²³ República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 15235, junio 24 de 2004. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

²⁴ González Rodríguez, Miguel. *El contencioso contractual*, Cuarta edición, Universidad Libre, 2004, págs, 69 y 135.

²⁵ República de Colombia, Consejo de Estado, Auto del 15 de agosto de 2002, expediente 20.923. CP. Ricardo Hoyos Duque.

Este acto administrativo ha sido considerado por regla general como de naturaleza definitiva, habida consideración que decide el procedimiento administrativo de selección del contratista, creando para éste el derecho de celebrar con el Estado el negocio jurídico final. Sin embargo, hay quienes sostienen que el acto de adjudicación puede ser considerado meramente instrumental o de trámite, cuando quiera que lo pretendido por el actor consista en demostrar su ilegalidad como fundamento de la nulidad absoluta del Contrato Estatal.²⁶

Lo cierto, a nuestro juicio, es que el acto analizado crea una situación jurídica particular y concreta para el proponente seleccionado, característica que según estudiamos permite concluir que nos encontramos ante un acto de carácter definitivo. Por esta razón, se predica su irrevocabilidad, a menos que se cuente con el consentimiento expreso y escrito del proponente.

Sin perjuicio de lo hasta aquí dicho, el acto de adjudicación tiene otra relevancia jurídica de cara a la dinámica misma del proceso licitatorio, que consiste en su función de perfeccionar un verdadero contrato preparatorio o precontrato. Para desarrollar esta idea, es preciso analizar algunos conceptos del derecho privado para luego evidenciar cómo se reflejan en un procedimiento de licitación pública:

Comenzaremos por cuestionar el término “oferta”²⁷, con el que se suele designar las propuestas particulares que presentan los candidatos a contratar con el Estado. Y lo

²⁶ González Rodríguez, Miguel. Ob. Cit. Pág 93. Al respecto sostiene: *“Puede solicitarse la nulidad del contrato por ser ilegal el acto de adjudicación, sin solicitarse la nulidad de éste que podría considerarse como acto de trámite, aun cuando ello es conveniente hacerlo para efectos de obtener la indemnización de perjuicios, como lo ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia de septiembre 4 de 1997, ponencia del Dr. Ricardo Hoyos, Expe 10.065”*

²⁷ De acuerdo con el artículo 845 del Código de Comercio Colombiano, la oferta es un proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, el cual debe contener los elementos esenciales del negocio propuesto. Existen dos posiciones diametralmente opuestas sobre la revocabilidad de la oferta: la teoría clásica francesa, admite la posibilidad absoluta de retractarse de la oferta siempre que ésta no contenga un plazo expreso para su aceptación. Se fundamenta en principios tales como aquel que indica que nadie gana ni pierde un derecho sin que medie su voluntad. Por tal razón, según esta

hacemos, porque en aplicación de las normas mercantiles en estricto sentido²⁸, dichas posturas no son otra cosa que la aceptación de la mayor parte de las condiciones jurídicas y económicas que integrarán el futuro contrato y que vienen preestablecidas en los pliegos de condiciones.

La anterior afirmación es el resultado de la aplicación de la regla que trae el artículo 860 del Código de Comercio²⁹, según la cual *en todo género de licitaciones públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.*

El citado artículo, en nuestra opinión, es el que mejor describe la lógica jurídica del procedimiento de licitación pública, y la naturaleza de los actos más importantes que se producen en su escalonamiento, además de permitirnos entender el alcance y carácter vinculante del pliego de condiciones, y el que sea considerado por la jurisprudencia como la ley del contrato. Consideramos adicionalmente, que es de recibo en materia de contratación pública en la medida en que complementa las normas que regulan la actividad precontractual del Estado las cuales se concentran en

corriente doctrinaria, la oferta expira por la muerte o incapacidad del oferente. Del otro lado, tenemos la doctrina alemana, que por el contrario, le reconoce plena eficacia y vigor a los actos unilaterales, y en esa medida defiende la idea de que la oferta es en esencia irrevocable, bien porque contenga un plazo expreso para su aceptación, ora porque dicho término sea tácito. Siguiendo esa misma línea, según esta teoría, la oferta permanece vigente a pesar de la muerte o incapacidad del oferente. Las normas contenidas en nuestro código de comercio, están inspiradas en la corriente alemana, y de ello es fiel reflejo el artículo 846. La tendencia de las más modernas codificaciones y convenciones internacionales, se orienta a considerar la oferta como irrevocable sólo en aquellos casos en los que se establezca un plazo expreso para la aceptación o exista uno implícito según la naturaleza del negocio. Sobre la oferta mercantil y sus características esenciales puede consultarse: (i) Suescún Melo, Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Tomo II, editorial Legis, 2005, págs. 55-124; (ii) Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Séptima edición, editorial Temis, 2005, págs. 146-164 y; (iii) Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles. Teoría General del Negocio Mercantil*. Tomo I, doceava edición, editorial Diké, 2008, págs. 125-138.

²⁸ De aplicación directa en contratación pública, en aquellas materias no reguladas expresamente por el estatuto general.

²⁹ Para el tratadista Pedro A. Lamprea Rodríguez, en su obra *Contratos Estatales*, en lo particular se aplica el derecho mercantil, el cual es de suma relevancia en el acuerdo que se forma tras licitación pública. Citando el mismo artículo 860 del Código de Comercio, señala que el pliego de condiciones viene de la práctica mercantil y no constituye por sí solo, factor de derecho público (págs. 222 y 223).

definir qué se entiende por licitación pública y en establecer las reglas que asegurarán la escogencia de la mejor postura, en condiciones de igualdad y transparencia. Por su parte, el artículo 860 del Código de Comercio establece la naturaleza jurídica de los principales actos que se producen durante el desarrollo de una licitación pública: pliego de cargos, postura y acto adjudicación³⁰. Sentado lo anterior, analicemos con detenimiento el mencionado artículo del estatuto mercantil:

1. El pliego de condiciones, entonces, es en sí mismo una oferta de contrato; hecho que encuentra su respaldo en el nivel de precisión que le es exigido por el numeral quinto del artículo 24 de la ley 80 de 1993.³¹

2. Se podría argumentar en seguida, que no puede ser considerado una oferta por cuanto normalmente no contiene elementos decisivos como el plazo o el precio; sin embargo, la misma norma señala que tiene la naturaleza de oferta, una especial que sirve para una dinámica particular de formación del contrato en el que tales elementos serán escogidos de quien realice la postura más favorable. En otras palabras, podemos afirmar que el artículo 860 del Código de Comercio contiene una regla de excepción, en la medida en que le da la categoría de oferta a un documento en el que no se encuentran plenamente determinados todos los elementos esenciales del contrato proyectado.

³⁰ Partiendo de esa naturaleza jurídica, cobran sentido normas como el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80, según el cual, las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. Si se considerara la postura de cada proponente como una verdadera oferta mercantil en los términos del artículo 845 del Código de Comercio, no sería viable ni admisible una previsión como la indicada en el referido numeral 6, habida consideración que el proponente tendría plena libertad de configuración de su ofrecimiento y la entidad se limitaría a aceptar o no aceptar según convenga a sus necesidades.

³¹ En el mismo sentido el numeral segundo del artículo 30: “*La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas*”. (Subrayado fuera de texto).

3. La aceptación de la oferta, de acuerdo con la norma, se expresa con la postura de cada proponente, y contiene, de una parte, la voluntad incondicional de obligarse con la mayor parte de cláusulas contractuales previamente configuradas por la entidad estatal, y de otra, la presentación de los restantes elementos que serán materia de competencia.³²

4. La postura de cada proponente implica, de esta manera, la celebración del contrato. No obstante y para ser coherentes con la dinámica de formación de la voluntad contractual que se quiere canalizar en una licitación, la norma condiciona dicha celebración a que no haya una postura mejor.

5. Finalmente se establece una etapa para la adjudicación, en la que se *constatará*, cuál fue la mejor postura. En este momento, el contrato estará perfeccionado, pues ha quedado completamente dilucidado si se cumplió o falló la condición de la cual dependía la consolidación de sus efectos.

Ahora bien, visto lo anterior, nos asalta el siguiente interrogante: si el contrato queda perfeccionado con el acto de adjudicación, ¿cómo se puede explicar que el estatuto contractual de la administración pública exija la posterior celebración de otro contrato, cuya renuencia apareja la imposición de sanciones?

Esta pregunta sólo puede ser respondida a la luz del entendimiento de la complejidad misma del proceso de formación del contrato, y de las múltiples situaciones que tienen lugar entre quienes están interesados en formar un consentimiento. En efecto, en desarrollo de la etapa precontractual, se pueden acordar ciertas reglas que regirán el proceso de concreción de las cláusulas definitivas, reglas de comportamiento, transparencia, suministro de información, confidencialidad y lealtad con la otra parte,

³² Numeral 6, artículo 30, estatuto de contratación pública: “*Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.*”

con efectos vinculantes y en muchos casos, con el establecimiento de cláusulas penales que serán asumidas por quien incumpla estos deberes.

También pueden celebrarse, como lo anotamos líneas atrás, otro tipo de contratos que imponen estrictas obligaciones de hacer encaminadas a lograr el pleno perfeccionamiento del contrato definitivo, y que la doctrina conoce como precontratos, contratos preparatorios, o promesas de contrato. Estos contratos preparatorios, pueden surgir de la libre discusión de las partes y de su conformación bilateral, o a través de una oferta que sólo precise su aceptación.

Así las cosas, aceptando que el perfeccionamiento de un contrato estatal exija, luego de la adjudicación, que las partes suscriban un documento adicional, explicaríamos el efecto verdaderamente vinculante del acto administrativo de adjudicación, sosteniendo que con él se *constata* el cumplimiento de la condición de la cual dependía el perfeccionamiento de un contrato preparatorio o precontrato, del que deriva la obligación tanto para la entidad, como para el contratista adjudicatario de celebrar el contrato definitivo y licitado, en el que no se podrán incorporar o suprimir condiciones contractuales que ya fueron plenamente definidas por los pliegos (oferta) y la postura del contratista (aceptación de dicha oferta), so pena reparar los daños causados con ello. En síntesis, con el acto de adjudicación se perfecciona un verdadero contrato preparatorio que impone para las partes una obligación de hacer cuya finalidad consiste en dar nacimiento a las prestaciones propias del objeto materia de licitación.

Así lo entendió igualmente el Consejo de Estado en el Auto del 15 de agosto de 2002, antes citado, al señalar que del acto de adjudicación se deriva el compromiso para las partes de observar las formalidades propias del perfeccionamiento del contrato, como quiera que en el ordenamiento jurídico colombiano se requiere la suscripción de un documento posterior para formalizar el acuerdo de voluntades. Lo anterior, definitivamente se traduce en el nacimiento de obligaciones de hacer.

No empece a que este precontrato o contrato preparatorio genera obligaciones concretas y exigibles, no debemos olvidar que su celebración no es el objetivo final que persiguen quienes entran en negociaciones, o los intervinientes en una licitación pública, ya que éste se alcanza al perfeccionar un contrato del cual surjan las obligaciones que permitan satisfacer una necesidad concreta de la mejor manera posible, y servir de instrumento para obtener una reparación en el evento en que alguna de las partes las incumpla. Sin embargo, las figuras jurídicas del precontrato, el contrato previo, y la promesa de contrato, aún cuando formalmente podamos ubicarlas en una etapa precontractual, deben gobernarse por las reglas de la responsabilidad contractual, habida cuenta que en todas ellas existen obligaciones convencionales concretas.

De ahí la importancia de diferenciar claramente las etapas que normalmente integran la fase precontractual, pues ello será definitivo a la hora de identificar los daños que pueden ocasionarse a quienes inician tratativas, cuáles de ellos podrán ser reparados y hasta qué monto, en la medida en que el grado de evolución en que se hallen las negociaciones, acarreará el cumplimiento de deberes y obligaciones cada vez más precisas y con consecuencias más gravosas seguidas de su desobediencia.

Considero importante mencionar la postura que en torno a este tema tiene el ex consejero de Estado Miguel González Rodríguez³³, con el fin de de verificar la solidez de nuestra argumentación precedente.

Para él, siguiendo a otros tratadistas, el llamado a la licitación define las reglas que se aplicarán en el procedimiento administrativo de selección del contratista, así como el objeto contractual, los requisitos de los proponentes y las propuestas, los plazos a los cuales se ajustarán y fija las cláusulas del eventual contrato a celebrar. Agrega que en

³³ González Rodríguez, Miguel. Ob. Cit. Págs. 51 y 52.

consecuencia, es la Ley del contrato y por tal razón, no es posible exigir ni decidir más allá o más acá del llamado a licitación.

A renglón seguido afirma, que a pesar del nivel de precisión con el que se definen tales condiciones, éstas no se traducen en una promesa de contrato, sino que se circunscriben simplemente a un llamado o convocatoria a los interesados a fin de que la Administración decida posteriormente si quiere o no contratar con el oferente de la propuesta más ventajosa. Agrega que, en otras palabras, la convocatoria o llamado a la licitación no obliga a la Administración a contratar con alguno de los proponentes, basando esta premisa, en la facultad reglada de la administración para declarar desierta una licitación. De esta manera, sostiene que la Administración Pública en ningún caso hace oferta de negocio; por el contrario se sustrae de ello por ser el mecanismo propio de lo público.

A continuación presentaremos separadamente los argumentos esgrimidos por el tratadista en comentario para apoyar las afirmaciones precedentes, con el objeto de ofrecer nuestro punto de vista frente a cada uno de ellos:

- a. Primer argumento: en la oferta comercial, quien la formula propone un negocio jurídico, y de ser aceptada nace el contrato sin necesidad de *“declaración de aquella parte en el sentido de aceptar la oferta”*. Argumenta que en la licitación, por el contrario, se requiere el acto administrativo que exprese claramente la voluntad del Estado de aceptar la oferta de uno de los licitantes.

Análisis: al respecto, no encontramos en lo dicho un elemento diferenciador que permita sostener válidamente que la administración pública no hace ofertas, en tanto el autor citado parte de la base de una oferta tradicional regulada en el artículo 845 del Código de Comercio, en la que sólo se precisa de la aceptación pura y simple del destinatario. Sin embargo, olvida la especial modalidad de oferta prevista en el

artículo 860 del mismo estatuto mercantil, para todo género de licitaciones públicas y privadas, que explica suficientemente la necesidad de una nueva manifestación de voluntad del Estado, tendiente a verificar el cumplimiento o no de la condición resolutoria, es decir, la constatación de cuál de los proponentes presentó la mejor oferta.

- b. Segundo argumento: el oferente no entiende el hecho de hacer oferta como una aceptación de contratación inmediata, sino como una posibilidad, como un interés legítimo, mas no como un derecho.

Análisis: claramente el proponente no considera la presentación de su postura como una aceptación que automáticamente produzca el acuerdo de voluntades, ya que la celebración del contrato preparatorio está condicionada por el hecho futuro e incierto de que no exista una propuesta mejor que la suya, tal cual lo expresa el artículo 860 antes citado. Aún así, dicha norma le da la categoría de oferta al pliego de condiciones, y a la postura del proponente la calidad de aceptación de la misma, sujeta a condición resolutoria.

Por otra parte, nos apartamos completamente de catalogar la comunicación de la postura como una simple posibilidad o interés legítimo, y no como un derecho del proponente de celebrar el contrato requerido por la entidad pública. Si ello fuera así, no tendría sentido el establecimiento de factores de escogencia objetivos que condujeran a la selección de la mejor propuesta, ni quien la formulara, tendría la posibilidad de exigir judicialmente la indemnización de perjuicios cuando quiera que la administración pública se aparte de lo previsto en los pliegos de condiciones. Si una determinada propuesta es la mejor, de acuerdo con los criterios de escogencia, el contratista que la presentó *tiene derecho* a ser el adjudicatario del contrato.

Cuando un proponente comunica su postura a la administración pública, nace para él una situación jurídica particular que lo empodera para exigir de aquella, el

acatamiento de las condiciones plasmadas en los pliegos de condiciones, tanto en el aspecto del procedimiento descrito para seleccionar al contratista, como en las condiciones jurídicas, técnicas y económicas del futuro contrato, so pena de indemnizar los perjuicios que le ocasione a dicho proponente su desconocimiento. En el ámbito de esa situación jurídica particular, el participante de una licitación pública no solo adquiere derechos, sino que en su cabeza también se radican obligaciones y deberes: las primeras tienen que ver principalmente con la firmeza de su postura durante el tiempo previsto en los pliegos de condiciones, y con la suscripción del contrato en el evento de ser adjudicatario del mismo; en punto a los segundos, observar en todas sus actuaciones buena fe, diligencia, colaboración y transparencia, conceptos que se enmarcan, como lo veremos en el segundo capítulo, dentro de los llamados deberes secundarios de conducta.

- c. Tercer argumento: el contrato nace de la individualización o determinación que la administración hace entre los oferentes, razón por la cual, es el acto de adjudicación el que identifica al escogido, y no la oferta de éste.

Análisis: si bien es cierto que el acto de adjudicación culmina el procedimiento administrativo licitatorio, y crea una situación jurídica particular y concreta para el participante escogido, no se debe olvidar que fue el contenido de la propuesta de éste el que determinó que fuera seleccionado. La licitación pública está diseñada para identificar la mejor propuesta para la entidad estatal, a partir de la verificación del cumplimiento de los requisitos habilitantes, y con mayor relevancia, de haber obtenido mejores resultados que los demás ofrecimientos, de cara a los requisitos de selección o competencia.

- d. Cuarto argumento: por último, el comentado autor sostiene que de haber formulado la Administración Pública una oferta, debe irremediamente contratar con alguno de los oferentes, y de no hacerlo estaría obligada secundariamente a reparar los daños causados. Manifiesta que si esta fuera la

conclusión, se atentaría contra la discrecionalidad administrativa que se concreta en la facultad de declarar desierta la licitación cuando quiera que se califiquen todas las propuestas como inconvenientes para la entidad pública.

Análisis: sobre el particular, teniendo presente que la licitación pública es un procedimiento concurrencial, y que el acto de apertura de la misma exterioriza la voluntad definitiva de la administración pública de celebrar un determinado contrato, la facultad de declarar desierta una licitación es reglada y no puede obedecer a consideraciones subjetivas, ni a la falta de planeación de la entidad pública. Ello explica que, contrario a lo sostenido en este último punto por el autor en estudio, el numeral séptimo del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, establezca categóricamente que la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista, tratándose de la licitación pública.

Aunado a lo anterior, el numeral 18 del mencionado artículo establece que la declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión, con el fin de facilitar su control judicial.

Como se puede apreciar, a partir de la refutación de cada uno de los argumentos expuestos por el tratadista Miguel González Rodríguez, no encontramos razones lo suficientemente sólidas para dejar de aplicar el artículo 860 de la legislación mercantil al procedimiento de licitación pública, y por esa vía dotar al pliego de condiciones de los efectos propios de una verdadera oferta. Por el contrario, consideramos que es el verdadero fundamento jurídico de los derechos que surgen para el proponente que ha presentado el mejor ofrecimiento, y permite entender plenamente el origen de la obligación de reparar a cargo del Estado cuando los desconoce.

CAPÍTULO 2

DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.

En este capítulo se estudiará el origen y el concepto de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo en el derecho privado, con el propósito de analizar de qué manera se puede aplicar a las actuaciones del Estado durante un procedimiento de licitación pública. En esta línea, iniciaremos explorando el origen de la figura y su aplicación contemporánea; su ubicación dogmática dentro de la más importante clasificación de la responsabilidad civil; los derechos que son protegidos durante la fase precontractual cuya vulneración origina la obligación de reparar; y sus principios rectores. Sobre la base de las conclusiones a las que nos lleven los anteriores temas, en la parte final del capítulo presentaremos las reglas que deben gobernar el juicio de reparación dependiendo de las diferentes etapas que se suceden en la fase precontractual, haciendo un paralelo entre el derecho privado y el derecho público.

2.1. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y UBICACIÓN DOGMÁTICA.

Tradicionalmente se ha definido que este tipo de responsabilidad surge como consecuencia de un comportamiento culposo en la formación de la voluntad contractual, manifestado en el quebrantamiento de principios generales del derecho, y que se traduce en la causación de un daño.

De esta manera, la doctrina y la jurisprudencia en el ámbito del derecho continental europeo, aceptan que durante la etapa precontractual, los intervinientes deben actuar observando diligencia, transparencia y buena fe. Por lo tanto, si se iniciaron conversaciones de cara a la configuración de un negocio jurídico determinado, con el propósito de causar daños a su destinatario, de obtener información confidencial, o

simplemente, haciendo uso de la libertad de no contratar, se rompen injustificadamente las relaciones produciéndose un daño, se ha establecido que quien incurre en esas conductas, es sujeto de responsabilidad in contrahendo.

Ese comportamiento diligente, leal y transparente, no se entroniza en el common law, pues para ese derecho anglosajón, la libertad de contratar o no contratar cobra una mayor relevancia, al punto de admitirse sin reproche moral, el incumplimiento de un contrato válidamente celebrado, con la sola indemnización de los daños ocasionados, y sin que sea admisible exigir judicialmente la ejecución del mismo³⁴. La única limitación que se impone a esta libertad de abandonar en cualquier momento las tratativas, es que no se haga con la intención de dañar.

IHERING elaboró la teoría de la culpa in contrahendo, teniendo en mente la posibilidad de que un contrato estuviera viciado de nulidad absoluta o llegara a ser anulable, como consecuencia de defectos engendrados en la etapa de formación del contrato³⁵. Dichos defectos justamente encontraban su causa en comportamientos desleales y de mala fe: ocultación de información, inducción a error, etc. Esta constatación permitió con el paso del tiempo, ampliar la teoría para ser aplicada a situaciones en las que no se llegaba a la celebración de un contrato.

En síntesis, la obligación de indemnizar los daños ocasionados durante la etapa precontractual como resultado de la falta de observación de los deberes que atrás se mencionaron, tiene su fundamento en los principios de la buena fe, no abuso del derecho, reproche del enriquecimiento sin causa, y el que sustenta cualquier tipo de responsabilidad: el imperativo de no causar daño a nadie.

En materia de contratación pública, el fundamento de la responsabilidad del Estado en la etapa precontractual, se ha identificado con la obligación constitucional para

³⁴ Mosset Iturraspe, Jorge. Ob. Cit. Pág 17.

³⁵ Pascual Estevill Luis, Ob. Cit. págs. 1026-1027.

éste de reparar los daños antijurídicos causados por la acción y omisión de las autoridades públicas³⁶.

Es interesante constatar cómo se ha evolucionado desde una completa irresponsabilidad del Estado, hasta el establecimiento de un principio abstracto de garantía del patrimonio de los administrados, que no gira en torno a la culpa, sino al deber jurídico que éstos tengan de soportar las consecuencias adversas originadas en el comportamiento de la administración pública.³⁷ Hoy por hoy, según Suárez Camacho, la responsabilidad del Estado no se mira tanto como una sanción que deba recaer sobre éste, sino más bien - aun cuando no sea censurable o contrario a derecho el actuar de la administración-, como un mecanismo idóneo de reparación.

Aunado a lo anterior, el fundamento de la responsabilidad de la administración pública en la etapa precontractual, se halla, indudablemente, en el contenido de los principios que se acabaron de mencionar, así como también en la observación de los principios de información, transparencia y objetividad. Es preciso destacar que han tenido especial relevancia y protagonismo, el principio de la buena fe³⁸ y el de no enriquecimiento sin causa.

El último de los principios ha sido principalmente aplicado en la etapa precontractual, en aquellos eventos en los que el adjudicatario había iniciado la ejecución del contrato sin haberse suscrito éste, y la administración habiendo reportado un claro beneficio de dichas prestaciones, negaba su reconocimiento económico. La jurisdicción contencioso administrativa, en consecuencia, ordenaba el pago al contratista por la labor ejecutada, aun cuando la entidad estatal no la hubiese ordenado expresamente, pero sí tolerado.

³⁶ Constitución de Colombia, artículo 90.

³⁷ Suárez Camacho, Gustavo. Ob. Cit, pág 28.

³⁸ Caro Quiroz Maria Teresa. Op. Cit. Pág 95.

Una clara manifestación del principio del no abuso del derecho, se encuentra en el control tanto del acto que declara desierta una licitación como del que adjudica un contrato, pues cuando la entidad estatal los profiere persiguiendo una finalidad distinta de aquella para la cual fueron autorizados o concebidos por la ley, la administración incurre en responsabilidad por desviación de poder.

Sobre el papel que cumplen estos principios en la etapa precontractual, la Corte Constitucional ha expresado:

“Ahora bien, aun cuando la ley le confiere a la Administración Pública la facultad de autorregular sus propios intereses a través de la elaboración de los pliegos de condiciones (Ley 80 de 1993. arts. 30-2, 25-12 y 24-6), de todas maneras la misma ley inspirada en valores superiores y principios fundantes de la contratación estatal, establece un conjunto de normas con carácter de ius cogens para ordenar imperativamente los lineamientos básicos a los cuales se somete el procedimiento de formación contractual.

Dichos preceptos normativos se inspiran en reglas mínimas de razonabilidad y proporcionalidad destinadas no sólo a garantizar la vigencia de parámetros éticos como la lealtad y honestidad, sino también instituidas para preservar, entre otros, los principios de transparencia, responsabilidad, economía, concurrencia e igualdad de los ciudadanos en el acceso a los beneficios públicos.

Estas exigencias se enmarcan finalmente en el principio constitucional de la buena fe, que le impone a la Administración la carga de elaborar con absoluta transparencia, objetividad e imparcialidad los pliegos de condiciones, sobre la base de una plena identificación de las obras, bienes o servicios que le interesa contratar, las condiciones técnicas, legales y económicas mínimas para su desarrollo y la plena identificación de las calidades exigibles a los concursantes; requisitos que, so pena de ser considerados ineficaces, deben resultar proporcionales con el objeto licitado.”³⁹

³⁹ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU –713 de 23 de agosto de 2006. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Ahora bien, son muchas las discusiones que se han presentado en torno a la ubicación dogmática de la culpa in contrahendo, principalmente, si ésta se rige por los principios y reglas de la responsabilidad extracontractual o de la responsabilidad contractual.

De la tesis contractualista son dignos representantes Alemania, y cierto sector de la doctrina Italiana.⁴⁰ En Alemania, fuente de la construcción de la teoría de la responsabilidad precontractual a partir de Ihering, no fue extraño que se siguieran estos derroteros, teniendo en cuenta que las hipótesis a las cuales respondió, consistían en situaciones o vicios en la formación del contrato que conducían a su anulación, pero que en todo caso presuponían la celebración del mismo, aunado al hecho que la civilística de ese país no gozaba de un concepto amplio de la responsabilidad delictual o aquiliana. Por su parte, legislaciones como la francesa y la suiza, resuelven los litigios planteados con motivo de la culpa in contrahendo, bajo el prisma de la responsabilidad extracontractual.

Luis Pascual Estevill⁴¹, sintetiza las posiciones más relevantes de esta controversia de la siguiente manera:

Tesis contractualista:

Sostiene que la culpa in contrahendo es una falta cometida con ocasión de la conclusión de un contrato, aunque éste no haya podido celebrarse, o celebrado haya devenido nulo. Así mismo- y tal vez aquí se encuentre el argumento más interesante de esta postura- se piensa que por el sólo hecho de que dos actores sociales entren en contacto para la futura construcción de un contrato, contraen obligaciones tácitas de comportarse conforme a la buena fe y corrección.

⁴⁰ Estevill, Luis Pascual. *Derecho de daños*, Bosch Casa Editorial, Tomo II, 1995.

⁴¹ *Ibíd.* Págs 1072-1074 .

Tesis sobre el ilícito aquiliano:

Autores como PLANIOL, RIPERT y ESMEIN y MAZEAUD, se consideran adalides de la aplicación de la reglas de la responsabilidad extracontractual a aquellos daños ocasionados en la fase preparatoria de uno contrato. Para los defensores de esta tesis, sólo es viable hablar de responsabilidad contractual, cuando quiera que exista un acuerdo de voluntades previo que haya creado obligaciones determinadas. Por lo tanto, todos aquellos daños que no sean producidos como consecuencia de la violación de una convención previa, deben regirse por los principios y reglas del ilícito aquiliano.

A la luz de la legislación colombiana, a nuestro juicio, la controversia se debe resolver en favor de la responsabilidad extracontractual, pues su fundamento se centra en la violación de principios generales del derecho que han sido positivizados en las normas internas, y cuya exigibilidad no depende de la celebración de un contrato.

Coincidimos en esto con la doctrina Francesa y Suiza, así como con el autor Luis Pascual Estevill, partiendo de la base que la reparación que se puede exigir en el marco de la responsabilidad contractual sólo puede tener su origen en la violación de obligaciones preexistentes contraídas mediante un acuerdo de voluntades perfeccionado.

2.2. OBLIGACIÓN GENÉRICA DE REPARAR LOS DAÑOS CAUSADOS. DERECHOS TUTELABLES EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL.

La responsabilidad civil tiene como propósito la reparación⁴² de los daños causados a una persona en su integridad física y moral o en su patrimonio, bien sea que se originen en el incumplimiento de una obligación contractual, o en la vulneración del imperativo de no causar daño a nadie, o *neminem laedere*.

Existen dos formas tradicionales de reparar los daños sufridos: a) reparación in natura; y b) reparación por equivalente económico, o indemnización de perjuicios.⁴³

La reparación in natura, consiste en eliminar la causa del daño, y situar a la víctima en aquellas condiciones que tendría, de no haberse producido el hecho ilícito, en el momento en que se ordene la reparación.

Se trata entonces de hacer énfasis en el verdadero interés de la víctima, en sus derechos y legítimas expectativas, que se vieron frustradas con el daño. De esta manera, con este tipo de reparación, se pretende borrar la situación generadora del daño y materializar el interés de la víctima, ordenándose la realización del derecho o la prestación concreta tal y como fue concebida y estaba tutelada por el ordenamiento jurídico. La reparación in natura, es la regla general tratándose de responsabilidad civil, y se considera como la mejor manera de contrarrestar los efectos nocivos de un

⁴² Adoptamos el concepto reparación, teniendo en cuenta que integra las diferentes modalidades civiles de reacción frente al daño, tales como resarcimiento in natura, por equivalente económico, reposición de un bien, deshacer una acción realizada indebidamente, paralizar la conducta antijurídica, etc. El concepto reparación por lo tanto tiene un significado más amplio, a diferencia del concepto indemnización que usualmente la doctrina utiliza para designar un resarcimiento netamente dinerario. Así mismo, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, la voz reparación en su segunda acepción, equivale a “*desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria.*”

⁴³ Solarte Rodríguez, Arturo. “El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo” en *Tendencias de la Responsabilidad Civil en el siglo XXI*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Editorial Diké, Bogotá 2009, Pág 126.

daño, en tanto y en cuanto, tiene por finalidad recomponer el curso normal de los hechos y restablecer el equilibrio patrimonial perdido.

Sin embargo, no siempre es posible ordenar la reparación in natura, especialmente cuando se ocasionan daños extrapatrimoniales, tales como daños en la salud de las personas o los denominados daños morales. Es aquí cuando entra a jugar su papel protagónico la reparación por equivalente económico, o propiamente la indemnización de perjuicios, cuya acción se centrará en calcular pecuniariamente la extensión del daño, con el fin de que el interés frustrado de la víctima sea compensado por el pago de una suma de dinero.

Es necesario precisar que la reparación in natura no busca simplemente volver las cosas al estado anterior al hecho ilícito, en la medida en que se desestimaría todo aquello que la víctima hubiese podido obtener administrando su patrimonio con posterioridad al daño, dentro de una sucesión normal u ordinaria de acontecimientos.⁴⁴ Así las cosas, la reparación, según afirma Arturo Solarte Rodríguez, se debe realizar arribando a un estado de cosas hipotético al que existiría si el daño no se hubiese generado, y como corolario de ello, el juez ordenará las medidas necesarias para recrear esa situación ideal.

En este escenario, no se intentará crear para la víctima una situación idéntica a la que tendría de no haberse producido el daño mediante la satisfacción del interés original o la eliminación de la causa del perjuicio, sino más bien, aceptando que no es posible borrar el hecho histórico del daño, se garantizará que el patrimonio de la víctima no sufra alteración tanto en aquellos activos que para la época del hecho ilícito estaban en él, como aquellos que se esperaban incorporar de no haber mediado la conducta antijurídica.

⁴⁴ *Ibidem*, págs 127 y 128.

Por otra parte, en relación con la extensión de la reparación de los daños, la regla general en materia de responsabilidad civil es la integralidad. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en distintas sentencias ha reafirmado el principio de reparación integral, el cual, con la expedición de la Ley 446 de 1998, fue positivizado.

Dicho principio sufre algunas excepciones cuando entramos en el campo de la responsabilidad contractual, pero se debe aplicar con todo rigor, al menos en la Legislación colombiana, para las hipótesis de responsabilidad extracontractual por daños patrimoniales. En razón a esta diferencia, fue importante identificar en qué terreno se sitúa la culpa in contrahendo.

Dentro de dichas excepciones, el artículo 1616 del Código Civil gradúa la extensión de la reparación derivada del incumplimiento de un contrato, dependiendo de la gravedad de la conducta del autor del hecho antijurídico, estableciendo que si se actúa con culpa sólo se responderá de los daños previsibles, mientras que si hubo presencia de dolo o culpa grave, el acreedor tendrá derecho a que se le reparen también los daños imprevisibles. Igualmente, encontramos límites en la cuantía de la reparación que vienen impuestos por la misma Ley, tratándose en mayor número de contratos regulados por el estatuto mercantil, tales como la indemnización derivada de accidentes aéreos (artículo 1881) y la indemnización a cargo del transportador por la pérdida de cosas u objetos de mano (artículo 1886).

Por el contrario, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual de cara a los daños patrimoniales, en el cual, como decíamos anteriormente rige sin excepciones el principio de reparación integral, debe aplicarse el artículo 1613 del Código Civil, que desarrolla el citado imperativo, estableciendo que la indemnización de perjuicios como regla general comprende el daño emergente y el lucro cesante.

2.2.1. El interés negativo o de confianza.

Este concepto es aplicado en supuestos en los cuales se presenta culpa in contrahendo. En virtud de él, se tutela el derecho de la persona que ha sufrido un daño antijurídico durante la formación de un contrato, a obtener la recuperación de aquellos gastos en los cuales incurrió bajo la legítima expectativa de que el contrato se concluiría. Igualmente debe cobijarse todas aquellas consecuencias económicas adversas que impactaron en la víctima como corolario directo de la frustración injusta del contrato, tales como, la imposición de multas o cláusulas penales pactadas en contratos celebrados por ésta, confiando en la normal conclusión del proceso de negociación.

A manera de ejemplo, podemos mencionar el contrato que una persona celebra para la elaboración de los diseños de cierta obra que un tercero ha manifestado encargarle, pero que por la decisión intempestiva y arbitraria de éste de abortar el proceso, carecen de utilidad alguna. En este evento, el futuro contratista de la obra tendrá que afrontar los efectos del contrato celebrado para la elaboración de los diseños, los cuales pueden ir desde la exigencia de cláusulas penales si se pactaron, hasta el interés de los diseñadores por exigir el cabal cumplimiento del mismo. A este tipo de secuelas de la culpa in contrahendo nos referimos cuando hablamos de otras consecuencias jurídicas adversas soportadas por la víctima.

Para el profesor Jorge Oviedo Albán, el interés negativo consiste en *“la pérdida que se origina al violar la expectativa que se tenía de no ser lesionado en el ejercicio de la libertad contractual, por haber confiado en la conclusión del contrato que no se celebre o que sea declarado nulo.”*⁴⁵

⁴⁵ Oviedo Albán, Jorge “Tratos Preliminares y Responsabilidad Contractual” en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Ed Diké 2009, pág 217.

En palabras del Luis Pascual Estevill, en virtud de dicho interés se debe recomponer la situación patrimonial del contratante defraudado, como si nunca hubiese oído hablar del contrato proyectado, o no hubiera confiado en su validez, tratándose de las hipótesis expuestas por Ihering que dieron origen a la formulación de su teoría.

De lo hasta aquí dicho, se puede concluir en principio que el interés negativo o de confianza se identifica con la indemnización del daño emergente. Sin embargo, existe discusión en torno a la posibilidad de que también incluya el lucro cesante, entendido como las utilidades que se esperaban obtener con el contrato frustrado. Esta tesis, sin embargo no encuentra mucho eco cuando los interesados en un objeto contractual determinado, se encuentran en un estadio de tratativas. Tiene mayor resonancia, incluso en la jurisprudencia colombiana,⁴⁶ considerar que en virtud de la tutela de interés negativo se debe reparar el daño emergente y la pérdida de oportunidad, concepto que a continuación se estudiará.

2.2.2. La pérdida de oportunidad.

Podríamos afirmar sin temor a equivocarnos, que la pérdida de oportunidad obedece al reconocimiento de una especie de lucro cesante, derivado ya no del contrato frustrado, sino de aquellas utilidades o beneficios que una persona dejó de obtener por haber desistido de otras posibilidades de negocios ciertas. En otras palabras, la víctima de la culpa in contrahendo, confiando en la seriedad y en las expectativas generadas durante el proceso de formación del contrato, se abstuvo de participar en otros negocios que seguramente le hubieran reportado alguna ventaja económica.

En términos de la Corte Suprema de Justicia, contenidos en sentencia que se acaba de citar de noviembre de 1989:

⁴⁶ República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de noviembre de 1989. MP. José Alejandro Bonivento Fernández.

“.....por el primero de aquellos conceptos –daño emergente- el damnificado podrá demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones, mientras que a título de ganancias frustradas habrá lugar a reclamar beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir en razón de las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de la otra parte, este último teniendo en cuenta, obviamente, que no se trata del lucro cesante por incumplimiento de la propia relación negocial proyectada – pues una utilidad de esa naturaleza integra sin duda el interés positivo o de cumplimiento que, como se advirtió antes, presupone un contrato ab initio válido y perfecto- sino de la pérdida que significa el que, por haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado, se haya abandonado una posición económicamente favorable y existente en realidad al momento del evento dañoso – vgr. La posibilidad cierta de celebrar otro contrato distinto-que le habría reportado ventaja.”

Para el tratadista Javier Tamayo Jaramillo, la pérdida de una oportunidad constituye un daño cierto merecedor de reparación.⁴⁷ La complejidad, sin embargo, se encuentra en la determinación de la cuantía de la indemnización.

Al respecto sostiene que ésta debe calcularse con base en el mayor o menor grado de probabilidad que la víctima tenía de concluir ese otro negocio jurídico y de obtener las utilidades esperadas. Acepta, por lo tanto, que si de los elementos probatorios se deduce que el porcentaje de concreción es muy alto, la indemnización pueda cubrir todos los beneficios económicos derivados de tal negocio.

2.2.3. El interés positivo o de cumplimiento.

Tradicionalmente se ha definido como aquel derecho que tiene el contratante cumplido o que se allanó a hacerlo, de obtener la reparación in natura, que consiste

⁴⁷ Ob. Cit, pág 28.

de una parte, en la posibilidad de exigir la ejecución del contrato, o en su defecto, su resolución, en ambos casos con la plena indemnización de perjuicios.

Existe consenso en el sentido de que el interés positivo no se tutela en un estadio de tratativas, teniendo en cuenta que el grado de evolución en la formación del contrato no es de tal entidad, que genere una absoluta confianza en la conclusión del mismo.

Sin embargo sí se acepta que en los eventos de retractación o revocación injusta de una oferta, el destinatario de la misma goza de una protección mayor y es viable en consecuencia conceder la reparación sobre la base del interés positivo. Como veremos más adelante, esta interpretación es absolutamente acertada, si entendemos que para que el contrato nazca a la vida jurídica en virtud de una oferta, sólo se requiere la manifestación unilateral del destinatario de la misma, y en ese grado de concreción del negocio, el derecho de no contratar se ve profundamente limitado en interés de éste.

2.3. PRINCIPIOS RECTORES DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

2.3.1. Reparación integral.

Siempre que exista prueba sobre la causación del daño y la cuantía del mismo, el juez debe orientar su condena con base en el principio de reparación integral. Hoy por hoy, en todas las ramas del derecho, y especialmente en materia de derechos humanos, la tendencia se concentra en reivindicar los derechos de la víctima tanto en su esfera patrimonial como extrapatrimonial, y no sólo con medidas de tipo económico, sino también con aquellas de tipo asistencial y psicológico.

Este principio es considerado la regla general en materia de reparación de daños. Y por ser catalogado así, con mayor fuerza en nuestros tiempos, existen puntuales excepciones: una de ellas se ubica en el ámbito de la responsabilidad contractual teniendo en cuenta que el artículo 1616 del Código Civil, regula la extensión de la indemnización sobre la base de la culpa del contratante incumplido, como líneas atrás lo anunciamos.

Por su parte, el artículo 1613 del Código Civil, establece que la indemnización de perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, salvo las excepciones expresamente previstas en la Ley. Dichas excepciones podemos hallarlas a manera de ejemplo en los artículos 1990 y 1991 del Código Civil en relación con el contrato de arrendamiento, y en los artículos 1881 y 1886 del Código de Comercio en punto a la responsabilidad del transportador.

Sin embargo encontramos algunas posiciones doctrinales e incluso jurisprudenciales que se inclinan por restarle vigor al principio de reparación integral, apoyados en el principio de equidad, el cual también encuentra una incorporación positiva en la Ley 446 de 1998.

Al respecto el autor Arturo Solarte Rodríguez, sostiene lo siguiente:

*En segundo término, se debe aprovechar que en el ordenamiento jurídico colombiano existe una norma, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que establece un deber para el juez de atender los principios de reparación integral y equidad para efectos de estimar y valorar los daños, lo que conduce a que el criterio de equidad pueda servir para modular en determinados supuestos el rigor o la imperfección del criterio de reparación integral, en temas tales como la gravedad de la conducta del autor del hecho ilícito frente a la magnitud del resarcimiento o la situación patrimonial de los intervinientes en el respectivo proceso”.*⁴⁸

⁴⁸ Solarte Rodríguez Arturo. Ob. Cit. Pág 147

Pues bien, estamos en total desacuerdo con la opinión expresada, habida consideración que el principio de equidad está concebido para orientar al juez en aquellos supuestos en que ocurrido el daño, no es posible para el actor demostrar con exactitud la extensión o la cuantía del mismo, tratándose principalmente de daños extrapatrimoniales, en los que, en muchos casos, no es posible dimensionar las consecuencias del daño, e incluso, pueden llegar a ser irreparables.

Sin embargo, cuando exista un daño patrimonial debidamente acreditado tanto en su configuración como en su cuantía, el juez no está facultado para reducir la indemnización solicitada por la víctima, bajo consideraciones estrictamente subjetivas y contra la realidad probatoria, a menos claro está, que se halle en el plano de la responsabilidad contractual y expresamente una norma legal establezca una excepción como las que atrás mencionamos, o en el mismo contrato las partes hayan limitado válidamente su responsabilidad.

2.3.1.1. *El daño emergente.*

El daño emergente ha sido considerado como la pérdida de un bien económico del que gozaba la víctima.⁴⁹ El artículo 1614 del Código Civil lo define como el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento. A pesar de la aparente referencia de este artículo a supuestos de responsabilidad contractual, es aplicable también a las hipótesis que dan lugar a la responsabilidad aquiliana o extracontractual.⁵⁰

⁴⁹ Tamayo Jaramillo Javier. *De la responsabilidad civil. De los perjuicios y su indemnización*. Tomo II, Temis, 1996, pág 117.

⁵⁰ República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, 23 de abril de 1940.

Este tipo de daño no se identifica solamente con aquellos detrimentos ocasionados en el patrimonio de la víctima, para el momento en que se exige judicialmente la reparación; por el contrario, también se consideran de esta naturaleza las mermas que se produzcan en el futuro como consecuencia directa de la conducta antijurídica. De esta forma, si el actuar antijurídico del causante del daño, obliga a la víctima a seguir incurriendo en gastos necesarios para restablecer su patrimonio a la situación en la que se encontraba en el momento de su ocurrencia, la reparación debe ordenarse a título de daño emergente.

Como veremos en seguida, lo que realmente diferencia al daño emergente del lucro cesante, es que el primero se refiere exclusivamente a aquellas pérdidas o disminuciones que sufre el patrimonio de la víctima como consecuencia del hecho antijurídico.

2.3.1.2. El lucro Cesante

Por lucro cesante debemos entender, aquella ganancia o provecho que la víctima deja de obtener como consecuencia de un hecho antijurídico.

Al respecto, sostiene el tratadista Javier Tamayo Jaramillo, existe lucro cesante *“cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima.”*

Es preciso advertir, siguiendo al mencionado tratadista, que este tipo de daño no sólo corresponde al dinero o las cosas dejadas de percibir, sino también a los servicios o ventajas que no pudieron ser aprovechadas por la víctima en razón de la conducta que impidió su concreción. Esta tesis tiene su fundamento en el mismo artículo 1614 del Código Civil, cuyo tenor literal se refiere tanto a las ganancias, como a los provechos en general que no se perciben.

2.3.2. Protección de las utilidades del proponente y contratista.

En materia de contratación estatal, la normativa que le es aplicable trae varias referencias a este principio, bajo la premisa de que los particulares colaboran con el Estado en la consecución de sus fines.

A pesar de que la referencia a la garantía de las utilidades del contratista contenida en el artículo tercero de la Ley 80 de 1993, fue derogada por la Ley 1150 de 2007, continuaron vigentes otras disposiciones que ratifican el principio en estudio, principalmente el numeral octavo del artículo 4, sobre los derechos y deberes de las entidades estatales, cuyo tener literal es el siguiente:

“8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

La anterior previsión es muy enfática al respecto, e incluso precisa que la entidad estatal mantendrá las condiciones técnicas, económicas y financieras que existían para el contratista *en el momento de presentar su oferta.*

En general, representan un claro desarrollo del principio de conservación de las utilidades del contratista, las reglas del restablecimiento del equilibrio económico del

contrato estatal, previsiones que no son de pacífico recibo en el derecho privado, pues dicha pretensión sólo se acepta en puntuales casos al amparo de la teoría de la imprevisión.

A continuación me permito citar otros deberes de las entidades estatales señalados en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, que traslucen el mismo principio:

Numeral 3. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

Numeral 9: Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

Las anteriores referencias no hacen otra cosa que plasmar la premisa de que el Estado se sirve de los particulares para alcanzar sus fines, visión contemporánea del derecho administrativo, razón por la cual no es admisible que la entidades públicas se lucren u obtengan algún provecho en desmedro de los derechos de los proponentes o contratistas. Desde otro punto de vista, la posición dominante que ejerce el Estado sobre los particulares, sólo puede ser utilizada para la consecución del interés general en todas las fases de la contratación, y como contrapartida, el Estado tiene la obligación de reparar los daños antijurídicos que cause a los particulares, o de ayudarlos a superar los obstáculos para continuar ejecutando el contrato siempre que no obedezcan a culpa de aquellos.

2.3.3. Imposibilidad de limitar la responsabilidad extracontractual.

Como hemos indicado precedentemente, las convenciones tendientes a limitar la responsabilidad sólo son viables en materia contractual. En materia extracontractual por lo tanto, debe regir el principio de reparación integral en cuanto hace relación a los daños patrimoniales, los cuales son susceptibles de ser demostrados con exactitud por parte de la víctima tanto en su ocurrencia como en su cuantía.

Para los tratadistas Gilberto Martínez Rave y Catalina Martínez Tamayo, *“la responsabilidad extracontractual no admite límites o topes fijados previamente. El daño, en todas sus manifestaciones, y su intensidad son las circunstancias que determinan el monto o el quantum de la indemnización que surge de la responsabilidad. Los acuerdos de las partes a este respecto no tienen ninguna validez jurídica.”*

Así mismo, citando el artículo 2341 del Código Civil, señalan que en *“la responsabilidad extracontractual los perjuicios previsibles e imprevisibles son indemnizables pues las normas que los regulan no los limitan y, por tanto, se refiere a la indemnización de todos los perjuicios que se causen”*⁵¹.

⁵¹ Martínez Rave, Gilberto y Martínez Tamayo, Catalina. *Responsabilidad civil extracontractual*. Undécima edición, editorial TEMIS, 2003, pág 24. En el mismo sentido, Facio Peirano. *Responsabilidad extracontractual*. Editorial Temis, 2004, pág 51, quien sostiene: *“por lo que se refiere a nuestro derecho, cabe afirmar que el problema de si son de orden público las disposiciones sobre responsabilidad extracontractual, prácticamente no ha sido debatido. No obstante esto, puede señalarse, aparte de alguna jurisprudencia discrepante, una clara tendencia de nuestros jueces en el sentido dominante en Francia, sosteniendo la tesis partidaria a considerar estos textos legales como de orden público.”* También puede consultarse a Muñiz Argüelles, Luis. *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual. Estudio comparado de las normas Españolas, Francesas y Estadounidenses*. Editorial Temis, 2006, pág 35. A propósito de las cláusulas que modifican la responsabilidad delictiva este autor señala: *“La jurisprudencia de los tres países estudiados varía en lo referente a la validez de estos contratos. La francesa y la española, le niegan toda validez bajo el supuesto de que la responsabilidad extracontractual es de orden público. En Estados Unidos, en cambio, no hay evidencia de que estas normas sean de tal naturaleza.”*⁵¹

Lo anterior es de suma importancia teniendo en cuenta que la culpa in contrahendo la hemos situado en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. De esta manera, a menos que los negociantes celebren un contrato instrumental o preparatorio con el objetivo de establecer ciertas reglas de comportamiento precisas cuyo incumplimiento acarree consecuencias económicas determinadas y cuantificables, la obligación de reparar en la etapa precontractual no tendrá más límites que los impuestos por la prueba de los daños efectivamente causados de acuerdo con el grado de evolución en el que se encuentre la construcción del contrato.

Aplicado este principio a la contratación pública, podemos afirmar que cualquier estipulación contenida en el pliego de condiciones que prevea la limitación de responsabilidad de la entidad pública como consecuencia de una adjudicación ilegal del contrato, de la declaratoria de desierta de la licitación, o del rechazo de una propuesta válida, debe ser considerada ineficaz.

Por tal razón, dicha sanción encuentra un referente claro en el artículo 5, numeral 3 de la Ley 80 de 1993, en relación con los derechos y deberes de los contratistas:

3o. Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren.

Las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones, ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste. (Subrayado fuera de texto).

En conclusión, a través de un acto administrativo precontractual, no es posible que se restrinja, limite o anule, el derecho de los proponentes a exigir la indemnización de

los perjuicios antijurídicos que sufran como resultado de una acción u omisión de la entidad pública en esta fase de formación del contrato.

2.4. DAÑOS RESARCIBLES DERIVADOS DE LA CULPA IN CONTRAHENDO.

2.4.1. Daños resarcibles en las tratativas: decisión arbitraria o injustificada de no abrir el proceso de licitación pública.

En Derecho Privado, quien incurre en responsabilidad precontractual, está obligado a indemnizar, sin discusión, el daño emergente, entendido éste, como el desmedro patrimonial que se sufre con ocasión de los gastos e inversiones que no condujeron a su recuperación por la falta de celebración del contrato. Dicho concepto indemnizable ha sido vinculado por la doctrina al *interés contractual negativo o interés de confianza*⁵².

La Corte Suprema de Justicia, por el contrario, ha defendido la idea de que la indemnización debe ser integral, comprensiva tanto del daño emergente - incluyendo la corrección monetaria - como del lucro cesante, concerniente a la pérdida de beneficios o ganancias ordinarias efectivas que pudieron haberse obtenido de explotarse dicha inversión, o de haberse aceptado otras ofertas que fueron

⁵² Por oposición al interés positivo que se tutela en la etapa contractual, según el cual, frente a un caso de incumplimiento, la parte cumplida tendrá derecho a que en su patrimonio se incorporen las prestaciones in natura, o equivalentes (en dinero), que hubiese recibido de haberse cumplido adecuadamente el contrato.

desatendidas por la confianza y certidumbre que generó, la que se terminó injustificadamente.⁵³

En la doctrina se discute, si el lucro cesante se fija por la ganancia proyectada en el contrato que nunca se consumó, o por haber abandonado una posición u oferta más favorable que ciertamente existía al momento del hecho dañoso.⁵⁴

Por su parte, el Consejo de Estado en materia de contratación pública, ha utilizado diversos criterios para definir el monto de la reparación, entre ellos, la cuantía de la cláusula penal⁵⁵, o de la póliza de seriedad de oferta⁵⁶, olvidando, como bien lo anota Suárez Camacho, que cuando los perjuicios son reclamados por la administración pública, ésta siempre tiene derecho a ser indemnizada en aquellos daños que no alcancen a ser cubiertos por la cláusula penal o las pólizas. Para este autor, es preciso anticiparlo, la indemnización por la responsabilidad precontractual del Estado depende del avance del proceso de selección del contratista, pues no es igual, la situación del oferente quien tiene un simple interés jurídico, y la del adjudicatario titular de un derecho subjetivo al perfeccionamiento del contrato.

No obstante lo anterior, para el ámbito en que se desarrollan las tratativas, podemos considerar que la responsabilidad nacida de una conducta que no consulta la buena fe, que abusa del derecho a no contratar, o de la inobservancia de los deberes secundarios de conducta, se manifiesta en la obligación de reparar solamente el daño emergente y la pérdida de oportunidad, esta última cuando quiera que el negociante defraudado se

⁵³ República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, sentencia de junio 27 de 1990. Ponente doctor Pedro Lafont Pianetta. Sentencia citada por Suarez Camacho, Gustavo. Ob. Cit. Pág. 37.

⁵⁴ Suarez Camacho, Gustavo. Ob. Cit. Pág. 37.

⁵⁵ República de Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia del 19 de febrero de 1987. Ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente 4694, y Sentencia julio 5 de 1990, expediente 5556. Estas sentencias fueron citadas por Suarez Camacho, Gustavo. *Ibídem*.

⁵⁶ República de Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia del 8 de agosto de 1986. Ponente, doctor Carlos Betancur Jaramillo, expediente 4821. Sentencia citada por Suarez Camacho, Gustavo. *Ibídem*.

haya abstenido de concluir una operación con un tercero, al haber confiado en la seriedad de las tratativas.⁵⁷ Pero por otra parte, las pretensiones encaminadas a exigir el reconocimiento de la utilidad o beneficio que se esperaba reportar con el contrato cuya conformación fracasó por hechos imputables a la otra parte, deben desestimarse, teniendo en cuenta que el nivel de concreción y seguridad que generan las tratativas no es tanto, como para confiar en que irremediamente el contrato será una realidad.

En el campo de la contratación estatal, si bien es cierto que la entidad goza de la facultad de abstenerse de abrir el proceso de licitación, no lo es menos que no puede abusar de ese derecho. En efecto, cuando la administración exterioriza por primera vez su voluntad al mercado, permitiéndole realizar comentarios y sugerencias al proyecto de contrato que ha ideado, ya ha adelantado en su interior una serie de estudios y trabajos que le han permitido identificar una específica necesidad, y concluir que la misma debe ser atendida. Por lo tanto, de ello se puede deducir fácilmente, que la entidad estatal no puede separarse de las tratativas de manera arbitraria, injustificada, o argumentando razones que se refieren a hechos que en su momento fueron superados, y de los cuales se tenía un convencimiento pleno, tales como, la repentina inocuidad o falta de utilidad del objeto que se pretendía contratar.

Esta limitación en el margen de actuación de la entidad pública, se ve reforzada por la tendencia de la legislación hacia la apertura de espacios para que los particulares participen cada vez más en la fase preparatoria de los procesos de selección y en la definición de las bases técnicas, económicas y jurídicas del futuro contrato; de una parte, haciendo obligatoria la publicación de todos los estudios previos adelantados al interior de la entidad estatal, lo que facilita que los interesados inicien su análisis y evalúen las posibilidades de concursar en el eventual proceso de selección, y de otra, exigiendo que la respuesta a las observaciones que se planteen a dichos estudios

⁵⁷ En la concepción inicial de la teoría, Ihering sólo entendía como indemnizable el daño emergente; sin embargo la doctrina ha extendido su campo para incluir también la denominada pérdida de la chance.

previos y proyecto de pliegos de condiciones, sea motivada. De esta manera, si la entidad estatal abusa de su derecho de no abrir el proceso de licitación pública, aplicando el criterio de reparación que estudiamos para el derecho privado, se debe reconocer a la persona que hubiese incurrido en gastos confiando en la razonable probabilidad de que el proceso de selección iniciaría, cuando menos el valor de los mismos, a título de daño emergente. Tampoco encuentro razón para descartar de plano que el futuro proponente pueda exigir la indemnización de la pérdida de oportunidad, cuando quiera que logre demostrar que su decisión de concentrar su actuación en el proyecto exteriorizado por la entidad estatal fue la causa determinante del abandono de otra posible licitación o contrato privado, en los que ya no es posible participar.

2.4.2. Daños resarcibles una vez emitida la oferta:

Teniendo presente que la emisión de una oferta comporta la manifestación de voluntad definitiva de una persona en el sentido de contratar siempre que el destinatario la acepte en las condiciones formuladas, es lógico afirmar que la protección que a éste deba brindar el ordenamiento jurídico sea mayor, pues el grado de confianza que en él se genera en torno a la inminente celebración del contrato es tal, que la revocatoria de la oferta podría asimilarse en sus efectos prácticos al incumplimiento del mismo contrato. Si se piensa bien, el hecho de que el oferente se retracte de su oferta una vez ésta se encuentre aceptada, no puede significar otra cosa que la deliberada inexecución su objeto.

De hecho el artículo 846 del Código de Comercio, anticipa la protección que se le brinda al destinatario de la oferta, desde el momento mismo en que ésta le es comunicada, pues a partir de él, para el destinatario nace un derecho subjetivo a celebrar el contrato propuesto, el cual podrá ejercer durante el término establecido en la oferta; o en otras palabras, como lo describe la doctrina, el destinatario de la oferta tiene el poder de hacer nacer el contrato con la sola manifestación de su voluntad.

A propósito de este artículo, es necesario distinguir entre la revocación de la oferta propiamente dicha, de lo cual sólo se puede hablar en estricto sentido desde el momento de su comunicación y antes de que el destinatario la acepte, y la revocación que se produce luego de la aceptación de la oferta, pues en tal caso, lo que realmente se produce es el incumplimiento del contrato que ya nació a la vida jurídica.

Es importante esta separación, pues a juicio de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 846 en comento en últimas permite al oferente retractarse de su propuesta con la única consecuencia de indemnizar los perjuicios que tal comportamiento cause al destinatario; sin embargo le niega la posibilidad de exigir la ejecución judicial del objeto ofrecido, o en otras palabras, la reparación in natura. Por el contrario, si la propuesta es aceptada, se despliegan desde ese mismo momento todos los efectos de la responsabilidad contractual, de tal suerte que el eventual arrepentimiento de llevar a cabo la prestación ofrecida genera la obligación de tutelar el interés positivo o de cumplimiento.

A nuestro juicio, si nuestro ordenamiento jurídico acoge, como en efecto lo hace, el principio de origen alemán de la irrevocabilidad de la oferta, la solución correcta debería ser, en ambos casos, tanto cuando la oferta ha sido dirigida a un destinatario concreto y ésta simplemente le ha sido comunicada, así como también cuando ha sido aceptada, la tutela del interés positivo, el cual se concreta en el derecho de exigir el cumplimiento de lo ofrecido junto con la indemnización de perjuicios, o desistiendo de tal pretensión, el de reclamar la sola indemnización de perjuicios que en este evento será mayor, en el entendido de que se podría perseguir la reparación no sólo del daño emergente, sino también el del lucro cesante representado en las ganancias que la persona afectada con la revocación proyectaba tener con el contrato que no nació o que habiendo nacido con la aceptación, fue incumplido.⁵⁸ Sin embargo,

⁵⁸ Sostiene Jorge Mosset Iturraspe. Ob. Cit, pág 294: “*Por no tratarse de un mero supuesto de tratativas frustradas, la solución en el caso de la retractación - o revocación- culposa de la oferta es*

también se debe aceptar, que la redacción del citado artículo 846 conduce a considerar válidamente soluciones e interpretaciones como la que acabó de reseñarse de la Corte Suprema de Justicia.

Como se podrá apreciar, en este estadio el derecho de contratar o no contratar se ve seriamente limitado para el oferente, con claras consecuencias recogidas por las normas que regulan la oferta en el código de comercio.

A continuación analizaremos las consecuencias jurídicas que traería para la entidad pública revocar su oferta, dependiendo del grado de evolución en el que se encuentre el proceso de licitación pública:

2.4.2.1 Revocatoria del acto de apertura de la licitación pública, antes de que los futuros participantes hayan comunicado sus posturas.

Si aplicamos la regla que trae el artículo 846 del Código de Comercio sobre la irrevocabilidad de la oferta, deberíamos entender en principio que la entidad pública al revocar el acto de apertura incurriría en responsabilidad precontractual, teniendo en cuenta que el pliego de cargos, que se hace público a través del dicho acto, debe considerarse en sí mismo una oferta, tal y como lo hemos sostenido a lo largo de estas páginas.

Sin embargo, el principio de la irrevocabilidad de la oferta encuentra una excepción en el derecho público, incorporada de manera expresa por el parágrafo segundo, artículo tercero del Decreto 2474 de 2008. Dicha excepción se circunscribe a la posibilidad que tiene la entidad pública de revocar directamente el acto de apertura

la reparación integral del daño emergente y del lucro cesante, además de los daños extrapatrimoniales”.

con base en las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo. De esta manera, es una facultad reglada que se explica por la salvaguarda del interés general.

Así las cosas, podríamos hablar entonces de la revocatoria legal o ilegal del acto de apertura. Dentro de los supuestos en los que se hallaría la primera, están las causales del artículo 69 *Ibídem*; todas aquellas circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, y a nuestro juicio, también las hipótesis en las cuales el fin perseguido por la entidad pública con el contrato no se alcanzaría, por circunstancias imprevisibles y sorpresivas tales como el lanzamiento repentino de una nueva tecnología o de un descubrimiento que hace que los bienes inicialmente solicitados sean inútiles o totalmente ineficientes, y que en consecuencia, de continuarse con el proceso de selección y adjudicarse el contrato en las condiciones técnicas originales, se causaría un grave perjuicio para la administración pública y por lo tanto para el interés general.

Ahora bien, el hecho de que consideremos legal la revocatoria del acto de apertura, no descarta de plano la posibilidad de que la persona interesada en el proceso, a quien se le causó un daño con dicha decisión, pueda exigir la indemnización del mismo. Será necesario evaluar si se causó al interesado un daño antijurídico, cuyas consecuencias no tiene el deber de soportar. En este sentido, podríamos afirmar que la entidad pública en los supuestos señalados en el párrafo anterior, revoca el acto válidamente, y por tal razón no puede reprochársele ningún vicio de legalidad; sin embargo, bajo el fundamento de privilegiar el interés público, no se puede sacrificar la legítima expectativa de una persona que confió en la seriedad y firmeza de un proceso de contratación y que, al amparo de ella, incurrió en gastos o dejó de aprovechar otra oportunidad de negocio cierta por concentrar sus esfuerzos en la preparación de una postura que por decisión de la entidad estatal nunca llegó a formular.

Por lo expuesto, consideramos que los interesados en participar en un proceso de licitación pública, que aún no han comunicado su ofrecimiento, y que se ven sorprendidos con la revocatoria legal del acto de apertura, tienen el derecho de exigir judicialmente la indemnización del interés negativo o de confianza, así como la pérdida de oportunidad, siempre que logren acreditar la existencia de un daño antijurídico.

De otra parte, cuando estamos en presencia de una revocatoria ilegal del acto de apertura de la licitación pública, también serán objeto de protección los intereses que se acaban de mencionar, pues la extensión del daño no cambia por la gravedad de la conducta de la entidad; no obstante, este juicio sí será absolutamente relevante para determinar la responsabilidad personal del funcionario que adoptó la decisión, y sobre esa base, establecer la procedencia de la acción de repetición en su contra.

2.4.2.2 Revocatoria del acto de apertura luego de que han sido comunicadas algunas posturas.

A partir de esta hipótesis, las siguientes que agrupamos en este gran numeral que tiene que ver con la emisión de la oferta, presentan una situación jurídica común: como consecuencia de la comunicación del ofrecimiento o postura, se entiende celebrado un precontrato sujeto a condición resolutoria. Como lo señalamos en el primer capítulo, la postura de cada proponente no tiene la naturaleza de oferta, sino que indica la aceptación de aquella formulada por la entidad pública con el pliego de condiciones. En esta medida, para el proponente nace una situación jurídica particular, que le confiere el derecho de ser adjudicatario del contrato si su postura cumple con los requisitos de los pliegos de condiciones y resulta ser mejor que las demás.

En el primer supuesto que se analizará de esta etapa, la entidad pública revoca el acto de apertura a pesar de haber recibido una o varias propuestas, cambiando intempestivamente el curso normal de los hechos esperado por los proponentes.

Independientemente de la motivación que haya tenido la entidad pública para adoptar esta determinación, lo cierto es que si el proponente cumplía a cabalidad con las exigencias establecidas en los pliegos de condiciones, y aplicando los factores de escogencia indicados en ellos, su postura objetivamente era la mejor, sufrió un daño antijurídico que se materializó en la imposibilidad de ejecutar un contrato y con ello, recuperar los gastos en los que incurrió para estructurar su ofrecimiento, y obtener la utilidad proyectada.

Para este momento, el juez ya cuenta con elementos de juicio suficientes que le permitan evaluar si quien demanda la reparación de los perjuicios, tenía derecho o no a ser adjudicatario del contrato; bastaría comparar el ofrecimiento con el pliego de condiciones si se tratara de una sola postura, o de hacer este mismo ejercicio también en relación con las otras, si alcanzaron a presentarse más. Lo que es preciso tener en cuenta al analizar esta hipótesis, es que de no ser por la actuación inesperada de la administración pública, se seguiría un curso normal del procedimiento de licitación con todas sus etapas, que conduciría a que el demandante hubiese sido el adjudicatario del contrato.

2.4.2.3 Modificación sustancial de los pliegos de condiciones.

A la anterior conclusión nos debería conducir la modificación de los pliegos de condiciones luego de que han sido presentadas las posturas, en la medida en que esa circunstancia es anormal y no deseada en el proceso mismo de la licitación pública. Una vez que la administración toma la decisión de abrir un proceso de selección, debe

contar con pliegos de condiciones definitivos, de tal manera que los futuros participantes pueden realizar posturas completas y suficientemente precisas.

En efecto, la decisión de variar las disposiciones contenidas en el pliego de condiciones de manera sustancial puede generar la exclusión de algunos proponentes que no cumplan con las nuevas exigencias o que les sea imposible adaptarse a las mismas. Y desde otro punto de vista, es posible que abra la puerta a ciertos participantes que se habían abstenido de entrar al proceso de selección sobre la base de las previsiones iniciales. Por esta razón, ante la legítima necesidad de sustituir o ajustar sustancialmente las prescripciones del pliego de cargos, la entidad debe revocar el acto de apertura e iniciar una nueva convocatoria.

La sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente el principio de la inmutabilidad de los pliegos de condiciones luego de que se cierra la licitación pública; antes de dicho momento, la posibilidad de modificar sus disposiciones sólo puede obedecer a causas razonables y objetivas, así como también, a la necesidad de precisarlas como resultado de las consideraciones debatidas en la audiencia de aclaración regulada en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Con todo, la entidad pública debe garantizar que los ajustes que se produzcan sean conocidos por todos los participantes, y que no se vulnere el derecho a la igualdad.

Al respecto en sentencia del 8 de junio de 2006⁵⁹, se sostuvo:

“Los pliegos juegan, pues, un rol fundamental en la fase previa de formación del contrato, al punto de constituir la ley de la licitación, al ser el marco regulatorio de todo el procedimiento de selección, o lo que es igual, de la etapa precontractual, comoquiera que definen los criterios de selección del contratista, con arreglo a los cuales habrá de

⁵⁹ República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2006, expediente 76001-23-31-000-1996-02716-01. Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

adelantarse la correspondiente evaluación de las distintas ofertas y, dentro de ellos, obviamente debe aludirse al precio. Por manera que, en principio, como lo ha dicho la Sala, las reglas que se establecen en ellos no puedan ser modificadas o alteradas caprichosa, inconsulta o arbitrariamente por la entidad licitante, en razón a que cualquier alteración posterior tanto de las reglas que rigen el procedimiento de selección, como del texto del contrato comportaría una abierta trasgresión del derecho a la igualdad de los licitantes, lo mismo que de los principios de transparencia y selección objetiva.

Ese criterio jurisprudencial edificado sobre lo restrictivo en materia legal de modificación de los pliegos de condiciones lo adoptó la Sala en sentencia de 26 de marzo de 1992 (exp. 6.353, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo); allí se dejó en claro que una vez hecha la invitación a contratar por parte de la Administración el pliego de condiciones o los términos de referencia no pueden ser alterados ni modificados. Tal planteamiento se reiteró en otro fallo de la Sala, de 3 de febrero de 2000 (Exp. 10.399, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque) al razonar que las reglas de los pliegos de condiciones o de los términos de referencia deben plasmarse y formalizarse de manera fidedigna en el contrato. Esta línea jurisprudencial la Sala recientemente la precisó, en sentencia de 29 de enero de 2004 (Exp. 10.779. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez), providencia que observa que en el pliego de condiciones o en los términos de referencia se distinguen con claridad dos grupos de normas; el primero: tiene por objeto regular el procedimiento de selección del contratista; y el segundo grupo de normas: se ocupa de fijar el contenido obligacional del contrato que habrá de suscribirse.

En cuanto hace al primer grupo de normas del pliego de condiciones o de los términos de referencia, que es justamente el que ocupa, en este juicio, la atención del Consejo de Estado, la Sala afirmó en la última providencia citada (sentencia de 29 de enero de 2004) el criterio que hoy reitera: que “la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección.”

De acuerdo con lo anterior, la entidad estatal podría realizar ajustes razonables y objetivos al pliego de condiciones en la medida en que no sean sustanciales, antes del cierre de la licitación.

Si dichas variaciones necesarias, razonables y objetivas, afectan el núcleo o la esencia de las disposiciones que se refieren a los requisitos de participación o de las condiciones jurídicas, técnicas o económicas de futuro contrato, la entidad estatal está obligada a revocar el acto de apertura con el fin de preservar el principio de igualdad

y libertad de concurrencia. Sin embargo, si algún proponente cumplía a cabalidad con todas las exigencias del pliego de condiciones, y de acuerdo con éste, puede concluirse que su postura era la más favorable para la entidad, surge la obligación de reparar el daño antijurídico que se le causó como consecuencia de habersele privado de celebrar y ejecutar un contrato por motivos de interés público.

En esta instancia, en la que el participante ha comunicado su postura y por tanto ha aceptado la oferta formulada por la entidad estatal a través del pliego de condiciones, debe admitirse que la reparación se extienda hasta el lucro cesante, representado en las utilidades que proyectaba obtener el proponente con la ejecución del contrato. La misma conclusión debe predicarse, con mayor razón, cuando la entidad modifica arbitrariamente el pliego de condiciones y excluye al proponente que presenta las calidades que acabamos de anotar.

2.4.2.4 Acto mediante el cual se declara desierta la licitación pública.

En punto a la declaratoria de desierta de una licitación pública, el numeral 18 del artículo 25 del estatuto de contratación pública, señala que únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, de tal suerte, que cualquier otra razón o justificación tornará el acto en ilegal.

Así las cosas, lo primero que debemos establecer es quién goza de interés en la causa para exigir algún tipo de indemnización con ocasión de la expedición irregular de este acto. El verdaderamente afectado, sin duda alguna, vuelve a ser aquel proponente que ciñéndose estrictamente a los requerimientos de la entidad ha presentado la mejor postura, de acuerdo con los parámetros de selección fijados en los pliegos de condiciones.

Quiero hacer énfasis en el siguiente aspecto: si de acuerdo con el numeral segundo del artículo quinto de la Ley 1150 de 2007, la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, de ello debe deducirse necesariamente, que una vez que todas las propuestas han sido presentadas y se cierra el término para el efecto, la labor de la entidad se reduce a *verificar*, a *constatar* cuál de ellas es la mejor. Recordemos que esa verificación, que se logrará con la simple comparación de las posturas, es la que definirá frente a cuáles de ellas operará la condición resolutoria a la que estaba sujeto el perfeccionamiento del contrato preparatorio.

Por otra parte, la responsabilidad precontractual de la administración pública también podría configurarse ante ciertos eventos que conducirían necesariamente a declarar válidamente desierta la licitación, por motivos de interés público. En otras palabras, estaríamos frente a un acto legal pero que genera un daño antijurídico para un proponente. A nuestro juicio, es admisible que la entidad pública declare válidamente desierta una licitación pública, por circunstancias advertidas luego del cierre de la misma, que evidencien lo inútil o perjudicial que podría resultar para el interés público, ejecutar el objeto que se proyecta contratar. A pesar de que haya habido de por medio un grave error de un funcionario público, al Estado no le es permitido invertir los recursos en un proyecto que está destinado a fracasar, o que no logra satisfacer la necesidad a la que respondió inicialmente. En esta prerrogativa de la cual goza el Estado, también se diferencia claramente el régimen precontractual en el derecho privado, del régimen precontractual en el derecho público, habida consideración que los jueces no podrían obligar al Estado a celebrar y ejecutar un contrato que no se corresponde con el interés general.

Sin embargo, esa potestad que podríamos denominar excepcional, no puede ejercerse con desconocimiento de la situación jurídica del particular que tiene que ver sacrificado su legítimo derecho a ejecutar un contrato, por razones de interés público. De esta manera, si concluimos que dicho proponente no tenía el deber jurídico de soportar el daño que le produjo la repentina decisión de la entidad pública, tenemos que aceptar también, que dicho proponente tiene el derecho a la reparación.

De acuerdo con lo anterior, ese proponente cuyo derecho a contratar con el Estado es tutelado por nuestro ordenamiento jurídico, se identifica con aquel que haya presentado la mejor propuesta, la que era más favorable para la entidad de no haberse presentado la circunstancia sorpresiva que condujo a la declaratoria de desierto de la licitación pública.

Por último, de cara a la extensión de la reparación, teniendo presente el grado avanzado de vinculación jurídica que supone la presentación del ofrecimiento concreto durante la licitación pública, la situación del proponente que no fue beneficiado con el acto de adjudicación, no obstante haber presentado la mejor postura, es la misma que la del candidato a contratista, que con las mismas calidades, vio frustrado su derecho a contratar con el Estado como consecuencia de que el procedimiento fuera declarado desierto de manera ilegal o por una decisión de la administración, que no obstante estar ajustada a derecho, le causó un daño antijurídico. En realidad se trata del mismo daño, ocasionado por una vía diferente. En ambos casos, el mejor proponente no llegó a ser adjudicatario del contrato preparatorio, y con ello no le fue posible celebrar el contrato definitivo. En ambos casos se trata de un incumplimiento de la oferta que formuló la entidad pública a través del pliego de condiciones, argumento suficiente para afirmar que las dos situaciones merecen un mismo tratamiento en cuanto a la reparación de los daños sufridos, y al interés que se debe tutelar, que no es otro que el positivo desde el punto de vista indemnizatorio, pero desprovisto de la acción de cumplimiento.

Visto esto, pasamos entonces a analizar qué tipo de daños son resarcibles, cuando tienen origen en un acto ilegal de adjudicación.

2.4.2.5 Adjudicación ilegal del contrato.

En torno a este tema el consejo de Estado ha expuesto las siguientes tesis:

a. Primera posición jurisprudencial

Desde 1988⁶⁰ el Consejo de Estado ya sostenía que, si el proponente interesado en obtener la nulidad del acto de adjudicación, además de acreditar vicios en el proceso licitatorio demostraba que su oferta era la mejor, tenía derecho a obtener la indemnización del lucro cesante representado en la utilidad que habría obtenido de ser el adjudicatario del contrato, o cuando menos, el monto por el cual se prestó la garantía de seriedad de oferta.

Se llegó a esta conclusión al considerarse que se privaba ilegal e injustamente de celebrar y ejecutar el contrato, y con ello de percibir la utilidad proyectada, al proponente que, no obstante presentar la mejor oferta, no fue beneficiario de la adjudicación.

Este criterio fue ratificado en sentencia de 28 de mayo de 1998,⁶¹ en la que además se precisó, que la indemnización de los perjuicios materiales comprendía tanto del daño emergente como el lucro cesante. En ese sentido, se condenó al Estado a pagar en favor del actor el 100% de la utilidad que habría obtenido con la celebración y ejecución del contrato, así como también a reconocer un interés compensatorio a una

⁶⁰ Sentencia de diciembre 9 –expedientes acumulados 3528,3529 y 3544. Actor. Francisco Eladio Gómez y otros.

⁶¹ Expediente 10.539. Actor: Sociedad Muebles Metálicos Famet Ltda. Demandado: Instituto de Seguros Sociales.

tasa anual del 6% sobre el valor histórico, desde la fecha en que el proponente hubiera recibido el pago del valor del contrato, hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia.

b. Segunda posición jurisprudencial

Con la sentencia de abril 12 de 1999⁶², el Consejo de Estado evidenciaba un cambio en el tratamiento que le venía dando a este tipo de reparación. En efecto, sostuvo que el reconocimiento al proponente del 100% de la utilidad, no era equivalente con el daño que realmente le había ocasionado la decisión ilegal de la administración, ya que aquel no utilizó su fuerza de trabajo, ni se vio sometido a las dificultades propias de la ejecución del objeto del contrato; en otras palabras, según afirma el alto tribunal, no había satisfecho el débito contractual. Así mismo, argumentó que el proponente gozaba de un interés jurídico que consistía en la posibilidad de obtener utilidades razonablemente esperadas mas no garantizadas. Por estas razones, consideró, que el quantum de la reparación debía reducirse al 50% de la utilidad bruta proyectada, en aplicación del principio de la equidad, cuya consagración está prevista en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Adicionalmente ordenó el pago de un interés moratorio equivalente al 12% anual calculado sobre el valor histórico actualizado, de conformidad con el numeral 8º, artículo 4º de la Ley 80 de 1993.

Sostuvo adicionalmente, que el principio mencionado para solucionar el caso concreto era pertinente, ante la ausencia de elementos probatorios que permitieran conocer con exactitud, el monto de los costos de inversión o gastos de producción en función de los cuales se pudiera arribar a la utilidad neta. Esta posición fue reiterada en sentencia proferida el 18 de mayo de 2000.⁶³

⁶² Expediente 11.344. Actor: Miguel Castellanos Rodríguez. Demandado: Himat.

⁶³ Expediente 11.725. Actor: Sociedad Constructora Brugués y Cia. S.A. Demandado: Colpuertos

c. Tercera posición jurisprudencial

Corresponde a la desarrollada en la sentencia del 15 de junio de 2000⁶⁴. En dicho fallo, el Consejo de Estado concluyó que la entidad pública mediante la declaratoria de desierta de un concurso de méritos, privó al proponente del derecho a negociar el valor del contrato, dada su condición de líder en la lista de elegibles.

Consideró que el interés que se debía tutelar en el caso concreto coincidía con la pérdida de oportunidad, en la medida en que para el momento en que se expidió el acto, aún no se sabía con certeza si el proponente accionante y la entidad pública llegarían a un acuerdo económico. Por esta razón, a su juicio, la indemnización de la pérdida de oportunidad no puede ser igual a aquella que habría de reconocérsele al mejor proponente que sufrió perjuicios por un indebido acto de adjudicación, de tal manera, que la extensión de la reparación no podría llegar a la totalidad de la utilidad esperada con la ejecución del contrato.

Sentado lo anterior, y esgrimiendo un arbitrio judicial para determinar la cuantía exacta de la reparación tratándose de este tipo de interés tutelable, la Sala partió del 100% del valor del contrato celebrado posteriormente por el procedimiento de contratación directa, para concluir que el monto de la indemnización del proponente sólo debía ascender al 20% de la utilidad que normalmente se reconoce a una persona que realiza una consultoría. Aunado a ello, se ordenó actualizar el monto de la condena desde la fecha en que fue declarado desierto el concurso y el reconocimiento de intereses a la tasa del 6% anual sobre el valor histórico actualizado.

⁶⁴ Expediente 10.963. Actor: Ingetec S.A., e Ingestudios S.A. Demandado: Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

d. Actual posición jurisprudencial

Planteada la controversia entre dos criterios supuestamente distantes como los que se acaban de exponer, el alto tribunal de lo contencioso administrativo en sentencia expedida el 27 de noviembre de 2002 pareció retomar e inclinarse por la primera de las tesis desarrolladas. Sin embargo, aun cuando la decisión concreta efectivamente reconoció al proponente vencido una reparación equivalente al 100% de la utilidad presupuestada en la oferta, lo que se pudo apreciar en la parte motiva, fue un estudio más profundo sobre las características del daño indemnizable, y los fundamentos normativos que justifican la decisión de garantizar la utilidad total al proponente ilegalmente privado del derecho a ser adjudicatario de un contrato estatal.

De esta manera se definió que el daño indemnizable debe ser cierto, concreto y no eventual; que el lucro cesante es una especie de perjuicio cierto toda vez que no se discute su existencia; que el resarcimiento es la reparación que corresponde a la medida del daño, y que la ley 80 en varias de sus disposiciones prevé el derecho del contratista a percibir las utilidades proyectadas.

Al recapitular las posiciones jurisprudenciales en torno al quantum de la reparación, el Consejo de Estado señaló que en ausencia de prueba referida al monto indemnizable se había aplicado el principio de valoración en equidad, mientras que, cuando la entidad del perjuicio se deducía claramente de las pruebas procesales, el principio que prevalecía era el de reparación integral.

Así las cosas, concluyó que la reducción de la reparación a un 50% de la utilidad bruta no opera indistintamente para todos los casos, sino para hipótesis en las que no se pueda deducir la utilidad, por no haberse acreditado en el proceso el impacto de los costos demandados para la ejecución del contrato.

La tesis jurisprudencial que se acaba de comentar, ha sido ratificada en posteriores sentencias del Consejo de Estado. Así en fallo del 21 de mayo de 2008⁶⁵, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló:

“La Sala considera entonces que cuando a un sujeto se le priva ilegal e injustamente del derecho a ser adjudicatario del contrato se le causa un daño antijurídico, del que deriva un perjuicio material que se traduce en la pérdida de la utilidad esperada con la ejecución del contrato; concluye igualmente que esa pérdida de la utilidad esperada es un lucro cesante por tratarse de un perjuicio futuro cierto.”

En la citada providencia se arribó a las ganancias proyectadas por el proponente acudiendo al AIU que éste señaló en su propuesta. Así, dado que este concepto separa los costos indirectos, y aquellos rubros destinados a cubrir contingencias, se pudo determinar con facilidad la utilidad que el proponente esperaba obtener con la ejecución del contrato.

Aunado a ello, el alto tribunal ordenó la indexación de dicha utilidad desde la época en que de acuerdo con el plazo de ejecución, debía terminarse normalmente el contrato, al estimar que desde ese momento se comenzó a causar el perjuicio, y condenó a la entidad al pago de un interés del 6% anual, mediante el cual se pretendió reconocer los frutos civiles que habría producido tal suma de haber sido pagada oportunamente.

En nuestro criterio, el quantum indemnizatorio que debe concederse al proponente no adjudicatario, corresponde al interés positivo únicamente en su aspecto de equivalente económico. Por lo tanto, debe ser materia de reparación tanto el daño emergente, como el lucro cesante.

No hay razón jurídica alguna para limitar la extensión de la indemnización a montos inferiores al 100% de la utilidad que el mejor proponente esperaba recibir luego de la ejecución del contrato, pues como lo concluimos precedentemente, en el ámbito de la

⁶⁵ República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 21 de mayo de 2008. Radicación: 66001-23-31-000-3254-02. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

responsabilidad extracontractual, dentro de la cual ubicamos la culpa in contrahendo, no es admisible ni eficaz restringir la reparación de los daños de contenido patrimonial. Así las cosas, la única directriz que está obligado a seguir el juez para determinar la condena económica en contra de una entidad estatal que incurrió en responsabilidad precontractual, no puede ser otra que la prueba de los daños.

Sistematizando nuevamente las situaciones jurídicas que a estas instancias se han desarrollado, tenemos que la entidad estatal ha incumplido con los términos de su oferta contenida en el pliego de condiciones, y ha contravenido de paso el artículo 860 del Código de Comercio. Recordemos que la celebración del precontrato, sólo estaba sujeta a la verificación de una condición, cuyo cumplimiento, se demostrará, solo beneficiaba a ese proponente y no a quien finalmente se adjudicó el contrato. Así, según concluimos atrás, quien incumple los términos de su oferta, absteniéndose de ejecutar el objeto ofrecido en las condiciones anunciadas, debe ser condenado al pago del 100% del lucro cesante referido al contrato frustrado.

Aún cuando superficialmente nos parezca adecuado entender que no consulta la justicia reconocer al proponente que logra acreditar su derecho a ser adjudicatario del contrato el 100% de la utilidad proyectada en su oferta, en la medida en que no ejecutó el contrato, ni se vio enfrentado a las vicisitudes propias del mismo, ni desplegó su capacidad organizacional y técnica, lo que en el fondo y jurídicamente es relevante, es que la entidad pública privó ilegalmente a ese proponente de colaborar con el Estado en el logro de sus fines y de obtener una ganancia por ello; que incumplió su oferta contenida en el pliego de condiciones; que esa conducta causó un daño cierto, y que éste, corresponde al daño emergente y al lucro cesante. En otras palabras, la reparación integral es la consecuencia apenas lógica de la actuación ilegal de cualquier persona que se traduce en un daño, y no puede ser la excepción la administración pública.

Es necesario partir, como lo ordena la propia Constitución Política de Colombia, de la buena fe, y por eso en materia de reparación de un perjuicio precontractual, no podemos suponer que el proponente tendrá dificultades que seguramente harán que su utilidad final se reduzca, o suponer que éste incumplirá el contrato; muy por el contrario, con base en el mencionado principio, hay que considerar que el proponente habría ejecutado el contrato correctamente si se le hubiese permitido, y que ello lo conduciría a obtener la utilidad proyectada en su oferta. Desde otro punto de vista, es preciso partir de la base de que los contratos se celebran para cumplirse y esa es, y siempre será, la expectativa de las partes.

Es necesario agregar, que en nuestro concepto, el criterio de la equidad está siendo indebidamente utilizado por el Consejo de Estado, pues con él se pretende suplir una falencia probatoria del demandante.

De acuerdo con el profesor Álvaro Ortiz Monsalve, la indemnización en equidad procede cuando se han producido daños cuyo factor de atribución no se encuentra en la culpa, ni tampoco en responsabilidad objetiva o por riesgo. Según él, las hipótesis que aquí se comprenden se refieren especialmente a los daños causados por los dementes, por quienes se encuentran en estado de inconsciencia, en legítima defensa y en estado de necesidad.⁶⁶

Agrega que *“estas personas deficientes en su voluntad o la legítima defensa de uno de sus derechos, son condenadas, no obstante, a indemnizar el daño causado teniendo en cuenta las circunstancias patrimoniales tanto del autor del daño como de la víctima. En el sentido indicado el 829 del Código Civil alemán y otros códigos modernos.”*⁶⁷

⁶⁶ En el mismo sentido, Jorge Mosset Iturraspe – Miguel A. Piedecabras, ob. Cit. pág 282: *La imputación jurídica se genera por apartamiento de la buena fe, del ejercicio irregular de los derechos, o por comportamientos dolosos o culposos. En la reparación del daño involuntario el factor de atribución es la equidad”*.

⁶⁷ VALENCIA ZEA, Arturo; ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho civil. De las obligaciones*, tomo III, Novena edición, editorial Temis, Bogotá 1998, pág 163.

Para nosotros, el principio de indemnización integral debe ser aplicado en todos aquellos juicios de responsabilidad en los que exista un daño patrimonial y éste sea jurídicamente imputable a una persona con base en un factor de atribución. Si bien es cierto, que la ley 446 de 1998 incorpora el principio de la equidad en la valoración de los daños, sólo debe aplicarse tratándose de daños extrapatrimoniales cuya cuantificación exacta no sea posible; cuando la ley lo prevea de manera expresa para un caso particular⁶⁸; o cuando las partes han consentido que un árbitro decida de esa manera.

Lo que definitivamente no puede ser admitido, es que el principio de equidad prevalezca sobre el de reparación integral, y mediante esa interpretación se disminuya la indemnización de los daños que tanto en su existencia como en su cuantía, han sido plenamente acreditados en el proceso por el demandante, al considerar el juez que el monto es excesivo.

Y en otro sentido, si el demandante no cumplió con la carga de demostrar los perjuicios patrimoniales sufridos y su monto, el juez no puede valerse de ese principio y determinarlos a su arbitrio.

Finalmente, consideramos oportuno mencionar que el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, ha definido los presupuestos para que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación prospere, los cuales se concretan, en la carga para el demandante, de demostrar en primer lugar, que el adjudicatario no reunía las calidades exigidas por el pliego de condiciones para considerar su oferta como la más favorable, y en segundo lugar, que la oferta del accionante era la mejor:

“En tal virtud, la Sala debe reiterar la jurisprudencia antes transcrita según la cual cuando

⁶⁸ Véase al respecto, lo establecido en el Código de Comercio para el contrato de agencia mercantil.

se demanda la nulidad de la decisión de adjudicación de la administración y el pago de perjuicios, ésta solo puede ser planteada por el oferente que se considere con derecho a resultar adjudicatario. Para ello deberá demostrar que su oferta es más ventajosa que la adjudicada y, a su vez, que es más ventajosa que las propuestas de los restantes oferentes. Así la jurisprudencia de la sección, como se señaló, reiteradamente, ha sostenido que quien demanda la nulidad de un acto de adjudicación debe probar i) que su propuesta es la mejor; y ii) que la del oferente beneficiado con el mismo no reúne las exigencias legales o no es la más conveniente para la administración.”⁶⁹

Como podemos apreciar, la carga probatoria para el demandante es sumamente exigente, en el sentido de acreditar plenamente que su propuesta era la única con el mérito suficiente para ser la elegida por la entidad pública. Para llegar a ese convencimiento, el Consejo de Estado ha radicado de manera exclusiva en el actor, la responsabilidad de allegar al proceso judicial la documentación que integra las propuestas de todos los participantes en el proceso de licitación pública, inclusive, haciendo gala de un excesivo formalismo, en copia auténtica.

2.4.3 Daños resarcibles originados en el incumplimiento de un precontrato: decisión de la entidad pública de no perfeccionar el contrato estatal.

Como lo señalamos líneas atrás, es necesario identificar con claridad el tipo de precontrato frente al cual nos encontramos, y comprender la clase de obligaciones que de él se derivan, ya que éstas pueden estar distantes de la concreción de las cláusulas definitivas, o reducirse simplemente a una actuación que perfeccionará el contrato final sobre cuyas condiciones esenciales ya existe pleno acuerdo de voluntades.

⁶⁹ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

A manera de ejemplo, un contrato o acuerdo de confidencialidad sobre la información suministrada, encaja dentro de esta clase de contratos que estamos analizando, y se destaca, en cuanto a que su existencia se explica por esa relación en la que han entrado las partes con miras a la formación y celebración de un contrato, pero que aún se encuentra bastante lejos de significar una concreción de éste. Esa amplia brecha nos permite concluir que en relación con el contrato final proyectado por las partes, el incumplimiento de este precontrato no puede conferir el derecho de exigir el reconocimiento de la utilidad que se pudo haber percibido con la celebración de aquel, y por el contrario, los daños resarcibles se limitarían a dos frentes: el primero, referido al precontrato mismo, de cara al cual se podrá reclamar el monto de la cláusula penal si ésta fue pactada en el acuerdo de confidencialidad, o desistiendo de ella⁷⁰, la indemnización de los perjuicios derivados de la revelación indebida de la información suministrada.⁷¹ En el segundo frente, y de cara a la frustración antijurídica de la celebración del contrato proyectado en plena etapa de tratativas, la indemnización de perjuicios debe comprender el daño emergente y la pérdida de oportunidad.

Por otra parte, si el precontrato define y precisa suficientemente el contrato definitivo, de tal suerte que para su perfeccionamiento sólo haga falta el cumplimiento de las formalidades legales, verbigracia, una promesa de compraventa de bien inmueble, los contratantes gozan de derechos subjetivos concretos a que se celebre y ejecute dicho contrato final, razón por la cual, el interés protegido debe ser el de

⁷⁰ Recordemos que de conformidad con los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, si se convino de manera expresa, es viable que el acreedor exija el cobro de la pena, el cumplimiento de la obligación principal y la indemnización de aquellos perjuicios que excedan el monto de la pena.

⁷¹ Se ha aceptado incluso, tratándose de revelación indebida de información amparada en un contrato de confidencialidad, que a título de reparación, se condene al pago de la utilidad que reportó la parte incumplida como consecuencia de la divulgación o uso de dicha información. Véase al respecto Oviedo Albán Jorge, ob, cit, pág 205.

cumplimiento o positivo, y en manera alguna se puede restringir al negativo o de confianza.⁷²

En derecho privado, el prometiente comprador de un inmueble tiene la posibilidad de exigir judicialmente el cumplimiento del contrato, en el sentido de que se otorgue la escritura pública y se realice en su favor la tradición, o también que se resuelva, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Sin embargo, con base en el precontrato que se perfecciona con el acto de adjudicación, el adjudicatario sólo cuenta con la posibilidad de demandar la indemnización plena de los perjuicios, en el evento en que la entidad estatal se niegue a suscribir el contrato materia de licitación, y no podrá, a través de una sentencia judicial, forzar su cumplimiento. En este aspecto se separa claramente el régimen privado del público, pues en el último, bien porque se encuentra de por medio el interés general, ora por respeto a la independencia de la rama ejecutiva del poder público, el interés positivo no se extiende hasta la potestad de exigir judicialmente a la entidad pública la celebración y ejecución del objeto contratado, sino simplemente su equivalente económico o indemnización de perjuicios.⁷³

Ahora bien, teniendo en cuenta que la entidad pública incumplió la obligación de hacer que le imponía el precontrato perfeccionado con el acto de adjudicación, ¿cuáles daños son resarcibles para el adjudicatario? La respuesta, luego de lo que se ha expuesto a lo largo de éstas páginas, no puede ser en otro sentido: el daño emergente y el lucro cesante; éste último integrado por la utilidad proyectada en la propuesta y que esperaba ser percibida con la ejecución del contrato, o por aquella

⁷² Jorge Mosset Iturraspe – Miguel A. Piedecabras, ob. Cit. pág 294. “Y, así mismo, la reparación debe ser integral en los casos de ofertas y promesas con valor vinculante absoluto; la razón se encuentra en que nos hallamos ante actos que han quedado firmes y son válidos – contratos ya perfeccionados-.

⁷³ Véase al respecto: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 17 de junio de 1993. Expediente 7680. Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta. También: González Rodríguez, Miguel. Ob. Cit. Pág 92. “No es procedente la pretensión de que se le ordene a la Administración la celebración con el accionante del contrato licitado”.

ganancia que logre acreditar el adjudicatario en el proceso, en la hipótesis en que no esté claramente detallada en aquella.

CAPÍTULO 3.

DE LAS ACCIONES JUDICIALES APLICABLES A LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

3.1 ACCIONES DE SIMPLE NULIDAD, Y DE NULIDAD Y REESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

A pesar de que con la Ley 80 de 1993 desapareció la referencia a los actos separables, la ley 446 de 1998 retomó dicho concepto aunque no de manera expresa.⁷⁴ De acuerdo con su artículo 32, los actos expedidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán ser demandados mediante las acciones de Nulidad y Nulidad y Restablecimiento del Derecho, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.

Con base en la citada norma, se ha sostenido que el acto de adjudicación, y el que declara desierta la licitación o concurso, pueden ser demandados a través de las dos acciones que se acaban de citar dentro de los 30 días siguientes a su notificación o comunicación. Se afirma por su parte, que la legalidad del acto de la Cámara de Comercio que decide la impugnación de la clasificación y calificación en el registro de proponentes, podría ser cuestionada mediante la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, sometida por el contrario, a una caducidad de 4 meses.

⁷⁴ Palacio Hincapié, Juan Ángel. *La contratación de las entidades estatales*, cuarta edición, librería jurídica Sánchez R. Ltda, Medellín, 2003, p.431.

No obstante lo anterior, con la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007 al Registro Único de Proponentes, especialmente en cuanto se refiere a la impugnación de la calificación y clasificación (artículo 6.3), existen mayores elementos de juicio para sostener que las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, deben ejercerse dentro del término de caducidad de 30 días. En efecto, conceptualmente el acto de calificación y clasificación que expide la Cámara de Comercio, forma parte de aquellos que se profieren antes de la celebración del contrato, pero especialmente con motivo de la actividad contractual.

Tanto es así, que el mencionado artículo al reiterar que contra dicho acto cualquier persona podrá promover la acción de simple nulidad, advierte que por tal motivo no se suspenderá la calificación y clasificación dada al inscrito, como tampoco los procesos de selección en curso en los que el proponente sea parte. Similar salvedad, se estableció en el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

Es importante destacar, que en la nueva normativa de la contratación estatal, se dispuso que la acción de simple nulidad contra el acto en comento será de única instancia.

Según el profesor Juan Ángel Palacio Hincapié, los demás actos previos no son susceptibles de ser demandados mediante las acciones de Nulidad y Nulidad y Restablecimiento del Derecho previstas en la citada ley 446; en consecuencia, sostiene, sólo podrán ser cuestionados judicialmente como supuestos para la nulidad absoluta del contrato celebrado, a través de la acción contractual.

Contrario a lo afirmado por este autor, la Corte Constitucional ha señalado que todos los actos previos a la celebración de un contrato estatal pueden ser objeto de las acciones contenciosas señaladas en el artículo 32 de la citada ley, las cuales deberán ser interpuestas dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Así en sentencia C-1048 de 2001 afirmó:

“Según el régimen de la Ley 80 de 1993, los actos previos por regla general no eran demandables separadamente, salvo las excepciones relativas al acto de adjudicación de la licitación, al que la declara desierta, o el que califica y clasifica a los proponentes inscritos en las cámaras de comercio. La modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del C.C.A, permite demandar independientemente, por la vía de la acción de nulidad o de la de nulidad y restablecimiento del derecho, todos los actos previos separables del contrato administrativo.”⁷⁵

En el mismo sentido, en Providencia del 2 de agosto de 2006, el Consejo de Estado categóricamente reafirmó la admisibilidad de tales acciones contra todos los actos previos a la celebración del contrato, en los siguientes términos:

“Por lo tanto para la Sala no resulta acertada la interpretación del recurrente debido a que, como en reiteradas oportunidades se ha establecido, la ley es clara en señalar que todos los actos precontractuales, que se expidan con ocasión de la actividad contractual, son susceptibles de ser atacados a través del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 87 del C. C. A. cuyo término de caducidad es de 30 días.”⁷⁶

Por otra parte, un claro ejemplo de la aplicación de esta tesis lo encontramos en el siguiente análisis que realiza el Consejo de Estado, en punto a la resolución de apertura:

⁷⁵ Esta decisión fue reiterada por la Corte Constitucional, mediante sentencia del 6 de julio de 2005, C-712/05, M.P: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, Referencia: expediente D-5523.

⁷⁶ República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 2 de agosto de 2006, expediente 30.141, consejero ponente doctor Ramiro Saavedra Becerra.

“Precisamente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en auto del 6 de abril de 1987, reiterando lo previsto en sentencia del 9 de octubre de 1986, declaró que el llamado a la licitación pública, es un verdadero acto administrativo separable, susceptible de control jurisdiccional y de suspensión provisional en los casos reconocidos en la ley. En dicha oportunidad, se suspendió provisionalmente una resolución mediante la cual se abrió una licitación pública, por restringir indebidamente la libertad de concurrencia”⁷⁷.

En otro pronunciamiento⁷⁸, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, nítidamente previó la procedibilidad de las acciones en comento, para cuestionar la legalidad de los pliegos de condiciones; en el caso concreto, cuando no cumplieran con los requisitos exigidos por el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

De lo anteriormente expuesto se concluye, que la Ley 446 de 1998 abrió la puerta para que los actos previos a la celebración del contrato expedidos con ocasión de la actividad contractual, que tengan el carácter de definitivos o bien siendo de trámite hagan imposible continuar el procedimiento administrativo, puedan ser controvertidos mediante la acción de simple Nulidad o la acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho, razón por la cual, dicha norma es aplicable entre otros, al acto de apertura del proceso de selección, al pliego de condiciones, al acto mediante el cual se rechaza una propuesta, al acto que declara desierta una licitación, y por supuesto, al acto de adjudicación. Así las cosas no hay razón jurídica alguna

⁷⁷ SU- 713 de 2006. Op. Cit.

⁷⁸ República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, radicación 66001-23-31-000-3637-01 (16.041). Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. *“Recuérdese que aquellas estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones o términos de referencia que contravengan las prescripciones contenidas en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, pueden ser controladas por el juez del contrato a través de las acciones correspondientes contra los pliegos de condiciones o términos de referencia, o inaplicadas por el juez administrativo por vía de excepción-de ilegalidad o por “ineficacia de pleno derecho”, sanción esta última prevista para aquella elaboración indebida de alguna condición o regla que vulnere las pautas establecidas por el legislador en el numeral 5° del citado artículo.”*

para limitar dichas acciones, como considera el profesor Juan Ángel Palacio Hincapié, a los tres actos mencionados al inicio de esta sección.

Vale la pena destacar que frente al origen del acto que declara desierta una licitación y al término de caducidad de las acciones contenciosas que proceden frente a él, el Consejo de Estado mediante providencia del 2 de agosto de 2006⁷⁹, cambió su tesis jurisprudencial según la cual, al considerar que dicho acto no se expedía con ocasión de la actividad contractual, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caducaba en el término general de cuatro meses, y no en el especial de 30 días incorporado por la ley 446 de 1998.

En efecto, el alto tribunal corrigió esta postura, argumentando que la citada ley estableció con claridad que todos los actos anteriores a la celebración del contrato, sin distinción o exclusión alguna, serían susceptibles de ser cuestionados a través de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, sometidas a un término más corto de 30 días. Sostuvo, igualmente, que no fue la intención del legislador establecer términos de caducidad diferentes para los actos precontractuales expedidos con ocasión de la actividad contractual, dentro de los cuales, naturalmente se encontraba el que declara desierta una licitación.

Por último, en la sentencia C-712 de 2005⁸⁰, se avaló la constitucionalidad de la caducidad anticipada de las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, que ocurre cuando la entidad estatal y el adjudicatario celebran el contrato antes de que venzan los 30 días previstos en el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

⁷⁹ República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, providencia del 2 de agosto de 2006, expediente 30.141, consejero ponente doctor Ramiro Saavedra Becerra.

⁸⁰ República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-712 de 2005. Expediente D- 5523. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. La presente sentencia fue citada por el profesor Carlos Eduardo Naranjo Flórez, en *Estatuto General De Contratación De La Administración Pública*, editorial Legis, págs. 592 y 593.

El accionante argumentaba la vulneración del principio de publicidad y del derecho al debido proceso público, teniendo en cuenta que no había certeza del término para utilizar las acciones contencioso administrativas, pues éste podía fenecer en cualquier momento sin que los proponentes se enteraran. A su juicio, la citada norma admite que un hecho privado que consiste en la firma del contrato estatal, genere efectos frente a terceros que lo desconocen en perjuicio de su interés de impugnar los actos precontractuales que consideren ilegales.

Sobre los referidos cargos, la Corte Constitucional concluyó que no existía tal vulneración, habida cuenta que la fecha para celebrar el contrato estatal estaba prevista en los pliegos de condiciones, los cuales son de conocimiento público, especialmente de los proponentes, y que cualquier modificación de la época tendría que instrumentarse mediante acto administrativo debidamente publicado. Así las cosas, sostuvo que los proponentes siempre tendrían los medios para conocer el período durante el cual podrían hacer uso de las acciones correspondientes.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal Constitucional reiteró:

“De esta manera, ha de resaltarse para efectos del presente proceso que en la sentencia que se cita, la Corte dejó en claro que la posibilidad de demandar los actos administrativos precontractuales por vía de las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento cesa a partir de la celebración del contrato estatal respectivo, y que cuando tal celebración ocurre antes de que se hayan vencido los treinta días que otorga la norma como término de caducidad, opera como una causal de extinción anticipada del término para hacer uso de las referidas acciones. Esta misma postura ha sido adoptada con posterioridad por el Consejo de Estado.”

Para el profesor Carlos Eduardo Naranjo Flórez, director de esta tesis de grado, la Corte sentó una postura que vulnera tanto el derecho de los proponentes, como el de

los terceros ajenos al proceso precontractual, de demandar los actos precontractuales a través de las acciones de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento según corresponda, pues en efecto, al momento de hacer uso de ellas, pueden verse sorprendidos por el hecho de que el contrato ya fue celebrado sin que de tal situación se hubiese informado al público en general. En su criterio, el contrato estatal sólo es oponible a terceros cuando es publicado en el Diario Único de Contratación Pública, o en su defecto en la gaceta oficial de la respectiva entidad territorial o por algún mecanismo determinado en forma general por la autoridad administrativa territorial, según lo ordenan el artículo primero del Decreto 327 de 2002, y el artículo 84 del Decreto 2474 de 2008.

Mientras no se haga pública la celebración del contrato por los medios establecidos en el ordenamiento jurídico, y no haya operado la caducidad normal de los 30 días, tanto los proponentes como los demás terceros, deben tener la posibilidad de demandar los actos precontractuales a través de las acciones en comento.

Los efectos adversos se hacen más evidentes para aquellos terceros que fueron totalmente ajenos al proceso de selección del contratista, quienes tienen la prerrogativa de solicitar la nulidad, entre otros, de un acto tan importante como el de adjudicación, con el único interés de preservar el ordenamiento jurídico en sentido abstracto, prerrogativa que se ve truncada con la tesis sentada por la Corte Constitucional, en la medida en que la acción contractual para solicitar la nulidad absoluta, sólo puede activarse por terceros que acrediten un interés directo (inciso tercero Ley 446 de 1998).

3.2 ACCIÓN CONTRACTUAL.

Tratándose del cuestionamiento sobre la legalidad de los actos previos a la celebración del contrato, expedidos con ocasión de la actividad contractual, la acción contractual se torna indispensable cuando quiera que ha expirado el término de

caducidad de 30 días establecido en el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, o cuando antes de su vencimiento, la entidad y el proponente adjudicatario han celebrado el contrato definitivo.

En dichas hipótesis, prevé el citado artículo, la ilegalidad de los actos previos sólo podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. Así las cosas, el proponente que presentó el mejor ofrecimiento a la entidad pública, pero que no fue beneficiario del acto de adjudicación, sólo podrá canalizar sus pretensiones indemnizatorias a través de la acción contractual, invocando como causal de nulidad absoluta del contrato, la ilegalidad del acto con el cual se puso fin a la licitación, de conformidad con el numeral cuarto del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Una vez configuradas las dos situaciones que impiden hacer uso de las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, los actos previos a la celebración del contrato no se consideran como actos separables susceptibles de reproche individual; por el contrario serán inherentes al contrato, y por lo tanto cualquier vicio en ellos repercutirá necesariamente en éste.

La declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y en general de los actos previos definitivos expedidos durante el proceso de licitación pública, aparejará la nulidad absoluta del contrato estatal, lo que permite a la entidad pública consecuentemente, terminar unilateralmente dicho contrato y liquidarlo en el estado en que se encuentre. (Artículo 45 Ley 80 de 1993).

Siguiendo al profesor Miguel González Rodríguez, la nulidad absoluta es la consecuencia de la existencia de vicios en el proceso de formación del contrato, de tal entidad que no permiten ser subsanados e impiden que éste se continúe ejecutando.

En la sentencia que decidió sobre la constitucionalidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la Corte Constitucional sostuvo:

“De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.”⁸¹

Para terminar el estudio de esta vía judicial, es preciso anotar que a nuestro juicio, la acción contractual debería proceder cuando quiera que el adjudicatario de un contrato solicite la reparación de los perjuicios que se le causaron como consecuencia de que la entidad pública se hubiese abstenido de perfeccionarlo.

Esta posición ha sido expresada en dos sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“Si se acepta la posición ortodoxa, habría que concluir que como el contrato no se perfeccionó la acción no podía ser sino de reparación directa. Pero interpretando la voluntad de las partes, lo que querían y buscaban con la celebración del contrato, puede sostenerse válidamente que el litigio encaja en los propiamente contractuales y no en las acciones de responsabilidad por hechos y omisiones de la administración.”⁸²

⁸¹ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1048 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸² República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 833, del 10 de octubre de 1994. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

La misma tesis se sostuvo en fallo de 1997:

“En relación con la vía procesal para hacer efectivos los derechos del particular, la Sala no comparte con el Tribunal y el Ministerio Público en la primera instancia, la afirmación de que la acción contractual para declarar la existencia de un contrato no es la adecuada para determinar la responsabilidad precontractual de la administración por el no perfeccionamiento del mismo y por tanto debería demandarse por la vía de la acción de reparación directa.”⁸³

Siendo coherentes con lo que se ha sostenido en esta tesis sobre la naturaleza jurídica del acto de adjudicación, en punto a que con su expedición se perfecciona un verdadero precontrato que impone para las partes obligaciones de hacer, consideramos que las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de dichas obligaciones, deben ventilarse a través de la acción contractual y no de la acción de reparación directa.

3.3. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

La acción de reparación directa está prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo. En virtud de ella, se puede exigir judicialmente la reparación de los daños causados por hechos, omisiones, operaciones administrativas y la ocupación temporal o permanente de un inmueble por cualquier causa.

De esta forma, es la acción por excelencia en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, y con ella, el actor persigue una sentencia de condena.

⁸³ República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 10038, del 6 de marzo de 1997. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Véase también la Sentencia del 6 de abril de 2000, expediente 12775, del mismo Consejo de Estado.

En el ámbito de la etapa precontractual de la Administración Pública, se pueden canalizar a través de la acción de reparación directa, pretensiones indemnizatorias derivadas de irregularidades en el proceso de selección del contratista que se traducen en un daño cierto para cualquiera de los proponentes, cuya fuente, naturalmente, no se encuentre en la ilegalidad de ningún acto administrativo.

Tratándose de la ausencia de adjudicación, se argumenta que los perjuicios ocasionados con dicha omisión pueden ser reclamados en vía de reparación directa.⁸⁴ Esta misma acción es procedente frente a eventos como el extravío de la oferta en poder de la administración, la omisión del publicar las adendas, la omisión de la entidad pública de dar impulso al procedimiento de selección, y hechos similares.

Así mismo, será la idónea para obtener el resarcimiento del daño antijurídico que le causó la entidad pública al proponente como consecuencia de la expedición de un acto precontractual cuya legalidad no puede ser reprochada. Recordemos las hipótesis en las cuales la Administración puede válidamente revocar el acto de apertura de la licitación o declarar desierta la misma, con el fin de salvaguardar el interés general, pero que, paralelamente a dicha determinación, crea un desequilibrio en las cargas públicas que el mejor proponente no tiene el deber de soportar.

3.4. ACCIÓN DE TUTELA.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela, se ha expresado que el juez constitucional no puede sustituir a la autoridad competente en la definición de una materia que por mandato de la ley y de manera prioritaria, a ésta le ha sido asignada. Mediante dicha acción, entonces, el juez no está facultado para resolver sobre la nulidad de un acto administrativo, asunto reservado naturalmente al conocimiento de la justicia contencioso administrativa. De esta manera, se concluye, que por medio de

⁸⁴ Ibidem, p. 440. Véase también Camargo Giraldo, Bruno, *La licitación pública y la responsabilidad patrimonial de la administración*, tesis de grado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1997, p.116.

este mecanismo constitucional, sólo se podrán solicitar y adoptar las medidas necesarias y adecuadas para la protección de los derechos fundamentales vulnerados.⁸⁵ No obstante lo anterior, atendiendo al carácter subsidiario que la propia Constitución le ha atribuido a la acción de tutela, la misma no podrá utilizarse como instrumento de protección judicial definitivo y prevalente de los derechos fundamentales, cuando quiera que exista otro medio de defensa idóneo. La excepción a la anterior regla se materializa cuando sea invocada como medida transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional, con motivo del análisis de la procedencia de la acción de tutela frente a los actos administrativos precontractuales,⁸⁶ reiteró la posición que se acaba de exponer, argumentando que la ley prevé, con destino al proceso licitatorio, acciones adecuadas para la garantía de los derechos fundamentales de los proponentes, tan eficaces, que incluso permiten la adopción de medidas cautelares como la suspensión provisional del acto administrativo cuya legalidad se controvierte.

En efecto, la Corte ha indicado que por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo natural para solicitar el amparo de derechos fundamentales vulnerados con un acto expedido en la etapa precontractual de la Administración Pública. Para que tal vía judicial se active es necesario que el accionante demuestre la configuración de un perjuicio irremediable, acreditando en consecuencia las siguientes circunstancias⁸⁷:

⁸⁵ Sánchez Torres, Carlos Ariel. *Acto administrativo: Teoría general*, Tercera edición, Legis, Bogotá D.C. 2004. p. 467.

⁸⁶ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU -713 de 23 de agosto de 2006. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁷ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-373 del 11 de mayo de 2007. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

1. La inminencia, que tiene que ver con la adopción de medidas inmediatas.
2. La urgencia, en relación con la necesidad del accionante de evitar la ocurrencia del perjuicio.
3. La gravedad de los hechos, en el sentido de que de consumarse el daño, éste sería irreversible.

Dicha Corporación acepta, como mecanismos prevalentes e idóneos las acciones de simple Nulidad y de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, con el alcance señalado en la Ley 446 de 1998. Al respecto considera que si bien expresamente el legislador estableció la imposibilidad de interrumpir el procedimiento de selección del contratista, así como la celebración y ejecución del contrato mediante el ejercicio de tales acciones, el artículo 238 de la Constitución Política, en concordancia con el 152 del Código Contencioso Administrativo, erigieron el mecanismo de la Suspensión Provisional como una medida cautelar que se puede solicitar en relación con todos los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial, incluyendo, por supuesto, los actos precontractuales. En suma, a través de la suspensión provisional, se puede exigir el respeto por los derechos fundamentales vulnerados en la etapa contractual y evitar que el daño se materialice, impidiéndose que la administración pública siga adelante con todo aquello que dependa del acto suspendido.

No obstante lo anterior, en la práctica las solicitudes de suspensión provisional de actos precontractuales, especialmente el de adjudicación, no han tenido mucho éxito cuando son analizadas por el Consejo de Estado en segunda instancia. Habiendo revisado antecedentes jurisprudenciales sobre la materia en la relatoría de dicha corporación, pudimos hallar cuatro referencias a hipótesis en las cuales la suspensión provisional fue debatida. En dos de ellas⁸⁸, se cuestionaron actos administrativos de carácter general, que incorporaban reglas aplicables a los procedimientos de selección

⁸⁸ República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. Providencias del 17 de julio de 1992, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández; y del 28 de enero de 1991, Consejero Ponente: Rodrigo Viera Puerta.

de determinadas entidades públicas. En ambos supuestos, el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo confirmó la orden de suspender provisionalmente el acto. En el tercer caso⁸⁹, se cuestionó la legalidad del acto mediante el cual se revocó la adjudicación de un contrato; sin embargo la medida cautelar de suspensión provisional fue revocada, sobre la base de que el actor no demostró, siquiera sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto podría causarle. Finalmente, en la última de las providencias⁹⁰, se confirmó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el sentido de negar la suspensión provisional del acto a través del cual se adjudicaron las Áreas de Servicio Exclusivo para la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital. A juicio de la Sección Tercera del Consejo de Estado, los fundamentos del apelante no evidencian una palmaria o flagrante vulneración de las normas superiores, toda vez que se refieren a problemas jurídicos que ameritan un análisis de fondo.

De otra parte, es importante mencionar que la acción de tutela no será procedente contra actos de carácter general, impersonal y abstracto, de acuerdo con lo establecido por el artículo 6°, numeral 5° del Decreto 2591 de 1991. Esta es la causal que ha invocado la Corte Constitucional para rechazar la acción de tutela impetrada para cuestionar la legalidad del Pliego de Condiciones⁹¹, a menos que se acredite la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Tampoco será admisible la acción de tutela, cuando quiera que el actor haya dejado vencer los términos para hacer uso de los recursos o las acciones ordinarias, de tal

⁸⁹ República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. Providencia del 13 de febrero de 1992. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

⁹⁰ República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. Providencia del 2 de febrero de 2005. Referencia 26.058. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

⁹¹ *Ibíd.* “Como se dijo anteriormente, determinados actos precontractuales corresponden a la tipología de actos administrativos, generales o particulares^{91/91}; concretamente, y para efectos de la presente tutela, el pliego de condiciones corresponde a un acto administrativo general, pues fija las reglas que disciplinan el procedimiento de selección objetiva del contratista de manera impersonal, imparcial y abstracta frente a todos los proponentes.”

manera que, para solicitar el amparo transitorio de derechos fundamentales expuestos a un perjuicio irremediable como consecuencia de un acto administrativo precontractual, también será necesario demostrar con el escrito de tutela, que se promovió oportunamente la acción contencioso administrativa correspondiente.

Finalmente, de cara a la relevancia de la acción de tutela como mecanismo para evitar la lesión de derechos fundamentales durante la etapa precontractual de Estado, la Corte Constitucional, recientemente, ha ordenado la suspensión de procesos de licitación pública como medida cautelar.

Un caso paradigmático se presentó con motivo de la solicitud que formuló la Asociación Cooperativa de Recicladores de Bogotá (ARB), para exigir el cumplimiento de los mandatos establecidos en la sentencia T- 724 de 2003, en virtud de la cual se había dispuesto que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá, tenía la obligación de adoptar medidas que permitieran la participación de los recicladores de Bogotá, en aquellos procesos de contratación relacionados con el servicio público de aseo, en términos de igualdad efectiva y real. Así las cosas, mediante el Auto 091, del 18 de mayo de 2010,⁹² y con fundamento en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, la mencionada corporación impartió la orden de suspender el proceso de licitación pública número 01 de 2010 adelantado por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá, cuyo objeto es la adjudicación y celebración del contrato para la administración, operación y mantenimiento integral del Relleno Sanitario de Doña Juana, pues a su juicio, de los documentos que obran en el expediente, no se podía determinar con certeza si la citada entidad pública estaba dando cumplimiento o no a la sentencia T-724 de 2003. Por lo tanto, además de la medida cautelar practicada, le impuso a la entidad accionada, la carga de demostrar dentro de un término perentorio, las acciones

⁹² República de Colombia, Corte Constitucional, Auto 091 del 18 de mayo de 2010. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

realizadas para garantizar la igualdad real y efectiva de los recicladores en el preciso proceso de selección de contratista.

Es muy interesante la sentencia T-724 de 2003⁹³ que dio lugar a promover el incidente de desacato por varias razones: primero, porque para la época en que la Corte Constitucional emitió la providencia, los contratos ya habían sido adjudicados, de tal manera que en principio la acción de tutela se perfilaba improcedente por carencia actual de objeto; segundo, porque no obstante lo anterior, se revocaron las decisiones de instancia que habían negado el amparo, pero no se tomó ninguna determinación frente al proceso de licitación cuestionado; tercero, en la medida en que se impartieron precisas instrucciones a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá, para que en futuras convocatorias contractuales, se evitara incurrir en las mismas conductas violatorias de los derechos a la igualdad y al trabajo de los recicladores de Bogotá y; cuarto, se demostró que a pesar de la posibilidad de solicitar la suspensión provisional a través de las acciones contencioso administrativas ordinarias, ésta no siempre resulta idónea para impedir que se consume un daño a los derechos fundamentales, en la medida en que su trámite puede tardar mucho tiempo.

Los planteamientos sentados en la sentencia en comentario, también dieron lugar al fallo de tutela 291 de 2009⁹⁴, mediante el cual se resolvieron las pretensiones formuladas por unos recicladores de la ciudad de Cali, quienes se habían visto seriamente perjudicados por la clausura definitiva del relleno sanitario de Navarro. Aún cuando, el debate en un primer plano giraba en torno a las consecuencias lesivas de esta decisión para la digna supervivencia de dichas personas, y al incumplimiento de los compromisos contraídos por algunas entidades estatales encaminados a mitigar tales efectos con medidas asistenciales, de reubicación y promoción de oportunidades de

⁹³ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-724 del 20 de agosto de 2003. Expediente T-723237. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

⁹⁴ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 291 del 23 de abril de 2009. Magistrada Ponente: Clara Elena Reales Gutiérrez.

empleo, la Corte concluyó que existían obstáculos tanto jurídicos como fácticos que se erigían en obstáculos infranqueables para que los recicladores de la ciudad de Cali, continuaran ejerciendo una actividad lícita que habían desarrollado durante muchos años.

Uno de tales obstáculos, estaba representado en las sofisticadas y exigentes condiciones que se establecían en las licitaciones públicas destinadas a contratar la prestación de servicios de aseo para la capital del Valle del Cauca, todos los cuales, económicos, técnicos y de experiencia, eran de imposible cumplimiento para este grupo marginado y discriminado, que en la práctica los sacaba de la actividad poniendo en grave riesgo sus posibilidades de subsistencia, y vulnerando el derecho al trabajo. Por estas razones, al alto tribunal constitucional, ordenó la suspensión por tres meses de la Convocatoria Pública número 002 de 2009⁹⁵, con el objeto de que la entidad pública que la había promovido replanteara las bases de la misma, de tal forma que se asegurara la participación de los recicladores, en condiciones de igualdad real y efectiva, en el mencionado proceso de selección de contratista, para lo cual indicó, inclusive, los elementos mínimos que deberían observarse y respetarse en la reformulación de las bases⁹⁶.

⁹⁵ Dicha convocatoria tenía como propósito adjudicar el contrato para la operación y explotación de los servicios de recolección de los residuos sólidos, el barrido y la limpieza de vías y áreas públicas, la gestión comercial y otras actividades en la zona N° 1 de la ciudad de Cali.

⁹⁶ A continuación nos permitimos transcribir los parámetros indicados por la Corte para replantear el proceso de convocatoria pública, con el fin de evidenciar el alto grado de injerencia que puede tener una decisión de esta naturaleza en la formación de la voluntad contractual del Estado:

1. *Establecer dentro de los términos de referencia condiciones para la recuperación y aprovechamiento de residuos que permitan a los recicladores participar de manera efectiva en esta actividad, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia. Esta participación no puede ser estimulada buscando sólo su incorporación como empleados sino que debe contemplar la posibilidad de que puedan continuar su desempeño como empresarios de la basura.*

2. *EMSIRVA ESP, o la empresa de aseo que asuma sus funciones, y la Alcaldía de Cali, deberán brindar acompañamiento serio y permanente durante todo el proceso licitatorio para garantizar que los recicladores puedan participar en el proceso de licitación, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Para asegurar la inclusión de los recicladores en la actividad productiva de recolección y aprovechamiento de residuos sólidos, se debe brindar acompañamiento permanente a los recicladores no sólo en los aspectos técnicos que se requiera para cumplir con el proceso, sino también financieros y organizativos, favoreciendo las formas de organización asociativa o solidaria.*

De lo hasta aquí expuesto se concluye que la acción de tutela se convierte en un poderoso mecanismo de amparo judicial de los derechos fundamentales vulnerados o que amenacen vulneración, durante la etapa precontractual de la administración pública. Dicha acción anticipa la intervención del juez para impedir que se materialice un daño, bien a un proponente, ora a cualquier persona a quien se le impida participar arbitrariamente en un proceso de selección de contratista, y en ello se diferencia claramente de las acciones que tienen como fuente la responsabilidad civil, cuyo único objeto es la reparación.

3.5. ACCIÓN POPULAR.

Finalmente, en lo que concierne a la acción popular, el alto tribunal constitucional señaló en la sentencia en comento, que a diferencia de la acción de tutela, mediante aquella se puede declarar la nulidad de los actos expedidos en la etapa precontractual,

3. *En ningún caso los recicladores de Navarro y los llamados recicladores de calle pueden quedar completamente excluidos de la actividad de aprovechamiento de residuos. Paralelo a la reformulación de la licitación se deben adoptar medidas para evitar que otros recicladores diferentes a los del basurero de Navarro se vean afectados desproporcionadamente por las normas que actualmente regulan la recolección y aprovechamiento de residuos y puedan también ser incluidos de manera progresiva en el proceso de aprovechamiento de residuos.*

4. *Las convocatorias futuras que se realicen para la recolección de basuras y el aprovechamiento de residuos sólidos en la ciudad de Cali deberán privilegiar y tratar de preservar la calidad de empresarios autónomos de los recicladores.*

5. *También debe adoptarse como criterio de puntuación de la licitación para la recolección de basuras y el aprovechamiento de residuos sólidos en la ciudad de Cali, la inclusión de recicladores puedan presentar los diferentes licitantes no sólo como empleados temporales o permanentes, sino especialmente cuando favorezcan formas asociativas que aseguren la continuidad de la calidad de empresarios de la basura que tienen los recicladores informales de botadero y de calle de la ciudad de Cali.*

6. *En cualquier proceso de licitación de recolección, aprovechamiento y comercialización de residuos que se realice en el futuro se deben tener en cuenta los estándares fijados en esta providencia y en la regulación.*

7. *Se solicitará al Defensor del Pueblo, regional Valle del Cauca, que en desarrollo de sus funciones vigile el cumplimiento de la presente orden, e informe a la Corte Constitucional sobre los avances, retrocesos o estancamientos de este proceso.*

suspenderlos, o privarlos de efectos, cuando con ellos se esté afectando un derecho colectivo. Igualmente consideró que la acción popular tiene como objetivos la prevención y cesación de un daño o amenaza, así como la reparación en abstracto de un daño, razón por la cual no puede utilizarse como medio para obtener una indemnización concreta y personal.⁹⁷

Por parte del Consejo de Estado, la controversia en torno a la competencia del juez popular de revisar la legalidad de la contratación estatal ya fue superada, y hoy se acepta que teniendo en cuenta el carácter principal y autónomo de la acción en estudio, se pueden adoptar medidas preventivas tendientes a impedir que se produzca daño a un derecho colectivo.

En este sentido, vale la pena citar algunos apartes de una sentencia de octubre de 2009⁹⁸:

“Con esta perspectiva, la jurisprudencia tiene establecida la procedencia de la acción popular cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo sea un contrato estatal, toda vez que -como ya se indicó- se trata de un instrumento principal y autónomo que sin duda se constituye en instituto idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta vulnerante. Por manera que la contratación estatal en tanto compromete intereses colectivos de diversa índole (moralidad, patrimonio público, entre otros) es pasible de ser estudiada en sede popular. Síguese de todo lo anterior que el hecho de que en una demanda instaurada en el ejercicio de la acción popular se pretenda estudiar si la celebración o ejecución de un contrato estatal entraña amenaza o violación de derechos colectivos no significa que por ese hecho el ejercicio de la acción sea indebido. De modo que, si como ocurre en el sub lite la

⁹⁷ Véase también, Sánchez Torres, Carlos Ariel. Ob. cit., p. 492.

⁹⁸ República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de octubre de 2009. Radicación número: 08001-23-31-000-2005-01917-01(AP). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

pretensión consiste en que la protección de los derechos colectivos que se dicen vulnerados, la acción se torna procedente.” Subrayado fuera de texto.

Sin embargo, se ha establecido que en el evento en que la legalidad del acto o contrato esté siendo evaluada por el juez ordinario como consecuencia de haberse ejercido las acciones contencioso administrativas, el juez popular debe ser precavido a la hora de ordenar las medidas que considere necesarias para amparar los derechos colectivos, en el sentido de abstenerse de aquellas que sean propias de la naturaleza del proceso ordinario que se viene adelantando.⁹⁹ Así las cosas, si está en curso una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto precontractual, el juicio iniciado con base en una acción popular no debe centrar el debate sobre la legalidad del acto, sino sobre los efectos nocivos del mismo para un derecho colectivo, y las medidas efectivas para conjurarlos. Este desarrollo jurisprudencial a nuestro juicio es acertado, en la medida en que se evitan fallos contradictorios sobre un mismo asunto y por el contrario, promueve la existencia de una acción coordinada y complementaria en la justicia.

⁹⁹ República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de octubre de 2005. Radicación número: 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP). Consejero Ponente: Ramiro Saaavedra Becerra. *Debe advertirse que, tratándose de la procedencia de la acción popular para discutir la validez de los contratos estatales no existe en la actualidad divergencia de criterios, como quiera que desde que asumió su conocimiento exclusivo la Sección Tercera ha guardado coherencia con el planteamiento expresado desde un comienzo. Con todo, a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar la existencia o no de violación del derecho colectivo invocado, al tiempo que habrá de determinar la medida procedente por adoptar, toda vez que la violación del mismo no está necesariamente determinada por la ilegalidad del contrato. Así, en aras de la clara definición de la línea jurisprudencial vigente, se reitera que cuando quiera que otros jueces hayan avocado el conocimiento del contencioso contractual, el juez popular puede tomar medidas diferentes como es, vgr., la suspensión de la ejecución del contrato, “hasta tanto se defina la legalidad en este último proceso”.* (Subrayado fuera de texto)

CONCLUSIONES

- La culpa in contrahendo, por regla general, debe estudiarse y regirse por los principios y reglas de la responsabilidad extracontractual, a menos que con anterioridad a la celebración del contrato definitivo los negociantes hayan decidido crear obligaciones concretas y exigibles a través de contratos preparatorios, precontratos o promesas de contrato.
- Las propuestas particulares que presentan los candidatos a contratar con el Estado no pueden ser consideradas ofertas en el sentido jurídico de la palabra; por el contrario, en aplicación de las normas mercantiles representan la aceptación de la mayor parte de las condiciones contractuales que integrarán el futuro contrato y que vienen preestablecidas en los pliegos de condiciones. Es decir, con fundamento en el artículo 860 del Código de Comercio, cada postura comunicada por un proponente implica la aceptación de la oferta formulada por el Estado a través del pliego de condiciones, y por lo tanto la celebración de un contrato sometido a condición resolutoria.
- El pliego de condiciones es en sí mismo una oferta de contrato; afirmación que encuentra su respaldo en el nivel de precisión que le es exigido por el numeral quinto del artículo 24 de la ley 80 de 1993, y por el carácter vinculante para los proponentes.
- Con el acto de adjudicación se perfecciona un verdadero contrato preparatorio que impone para las partes una obligación de hacer, cuya finalidad consiste en dar nacimiento a las prestaciones inherentes del objeto materia de licitación, es decir, al contrato estatal propiamente dicho, mediante la suscripción conjunta de un documento en el que se plasmarán todas las condiciones del mismo.

- En el campo de la contratación administrativa, las tratativas sólo se podían hallar en la etapa previa al acto de apertura de la licitación. Con la reforma al estatuto contractual, Ley 1150 de 2007, se introdujo una nueva y aparente posibilidad de discusión referida a la distribución de los riesgos previsibles del contrato.
- Quien emite la oferta no goza del derecho de no contratar, presente sí, en la fase de las tratativas. No obstante, el destinatario aún lo conserva, limitado a no defraudar injustificadamente las expectativas que generó en el oferente.
- La obligación de indemnizar los daños ocasionados durante la etapa precontractual tiene su fundamento en los siguientes principios: buena fe, no abuso del derecho, reproche del enriquecimiento sin causa, y el que sustenta cualquier tipo de responsabilidad: el imperativo de no causar daño a nadie.
- La entidad estatal no puede separarse de las tratativas de manera arbitraria, injustificada, o argumentando razones que se refieren a hechos que en su momento fueron superados, y de los cuales se tenía un convencimiento pleno, tales como, la repentina inocuidad o falta de utilidad del objeto que se pretendía contratar.
- Si la entidad estatal abusa de su derecho de no abrir el proceso de licitación pública, se debe reconocer a la persona que hubiese incurrido en gastos confiando en la razonable probabilidad de que el proceso de selección iniciaría, cuando menos el valor de los mismos, a título de daño emergente.
- Los interesados en participar en un proceso de licitación pública, que aún no han comunicado su ofrecimiento, y que se ven sorprendidos con la revocatoria legal del acto de apertura, tienen el derecho de exigir judicialmente la indemnización del interés negativo o de confianza, así como la pérdida de

oportunidad, siempre que logren acreditar la existencia de un daño antijurídico.

- En el procedimiento de licitación pública, la presentación de las posturas por los participantes, crea en su favor situaciones jurídicas concretas y particulares que les confieren el derecho a que sus ofertas sean evaluadas por la entidad y a que se adjudique el contrato a quien confeccionó la mejor de ellas. Por esta razón, si la entidad incumple con su oferta plasmada en los pliegos de condiciones, y de manera ilegal rechaza una postura, modifica sustancialmente el pliego de condiciones, declara desierta la licitación, adjudica el contrato o se abstiene de hacerlo, el interés que se le debe tutelar al proponente que presentó el mejor ofrecimiento es el positivo en su equivalente económico.
- Si el precontrato define y precisa suficientemente el contrato definitivo, de tal suerte que para su perfeccionamiento sólo haga falta el cumplimiento de las formalidades legales, los contratantes gozan de derechos subjetivos concretos a que se celebre y ejecute dicho contrato final, razón por la cual, el interés protegido debe ser el de cumplimiento o positivo, y en manera alguna se puede restringir al negativo o de confianza. Sin embargo, en materia de contratación pública, sólo es posible tutelar el interés positivo en su equivalente económico teniendo en cuenta que por el principio de separación de poderes, como lo ha reconocido la jurisprudencia, no es viable la pretensión que conduzca a la celebración y efectiva ejecución del contrato.
- En el proceso de licitación pública, tanto el mejor proponente a quién no se le adjudicó el contrato, como el adjudicatario que sufrió un daño como consecuencia de que la entidad se negara a suscribir el contrato estatal, gozan del derecho a que se les proteja el interés positivo.

- La situación del proponente que no fue beneficiado con el acto de adjudicación, no obstante haber presentado la mejor postura, es la misma que la del candidato a contratista, que con las mismas calidades, vio frustrado su derecho a contratar con el Estado como consecuencia de que el procedimiento fuera declarado desierto, y en esa medida las dos situaciones merecen un mismo tratamiento en cuanto a la reparación de los daños.
- A diferencia de lo que ocurre en derecho privado, la entidad estatal tiene la prerrogativa de retractarse de su oferta mediante la revocatoria del acto de apertura de la licitación invocando las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, o declarando desierta la licitación con justa causa. Esta facultad excepcional a favor de las entidades estatales, tiene su fundamento en la necesidad de preservar el interés general, y por lo tanto el ejercicio de tal prerrogativa no puede obedecer a razones subjetivas o caprichosas, so pena de que el acto sea declarado nulo por desviación de poder. Sin embargo, cuando quiera que la determinación de la entidad de revocar la oferta por las vías indicadas, cause un daño antijurídico al futuro candidato o al proponente, surge la obligación de repararlo sobre la base del artículo 90 de la Constitución Política. La extensión de la reparación dependerá del grado de evolución en el que se halle el procedimiento de licitación pública.
- El principio de indemnización integral debe ser aplicado en todos aquellos juicios de responsabilidad en los que exista un daño patrimonial y éste sea acreditado tanto en su ocurrencia como en su extensión. Si bien es cierto que la ley 446 de 1998 incorpora el principio de la equidad en la valoración de los daños, sólo debe aplicarse para casos excepcionales, especialmente cuando se evalúa la reparación de daños extrapatrimoniales o cuando las partes han decidido que un árbitro decida de esa manera.

- Cualquier estipulación contenida en el pliego de condiciones que prevea la limitación de responsabilidad de la entidad pública como consecuencia de una adjudicación ilegal del contrato, de la declaratoria de desierta de la licitación, o del rechazo de una propuesta válida, debe ser considerada ineficaz. A través de un acto administrativo precontractual, no es posible que se restrinja, limite o anule, el derecho de los proponentes a exigir la indemnización de los perjuicios antijurídicos que sufran como resultado de una acción u omisión de la entidad pública en esta fase de formación del contrato.
- La Ley 446 de 1998 abrió la puerta para que los actos previos a la celebración del contrato expedidos con ocasión de la actividad contractual, que tengan el carácter de definitivos o bien siendo de trámite hagan imposible continuar el procedimiento administrativo, puedan ser controvertidos mediante la acción de simple Nulidad o la acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho, razón por la cual, dicha norma es aplicable, entre otros, al acto de apertura del proceso de selección, al pliego de condiciones, al acto mediante el cual se rechaza una propuesta, al acto que declara desierta una licitación, y por supuesto, al acto de adjudicación.
- La acción de tutela no procede, por regla general, contra los actos administrativos expedidos por la entidad estatal durante la etapa precontractual. Será admisible, excepcionalmente, cuando el actor acredite la ocurrencia de un perjuicio irremediable y la previa utilización de los recursos y acciones ordinarias. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional recientemente ha impartido órdenes de suspensión de los procesos de licitación pública como medida cautelar, entendiendo que de no implementarse mecanismos ágiles, la protección de los derechos fundamentales perdería eficacia y sentido una vez adjudicado el contrato.

- Habida consideración de su carácter autónomo y principal, a través de la acción popular se puede controvertir la legalidad de los actos administrativos precontractuales, en la medida en que con ellos se esté vulnerando o poniendo en peligro derechos colectivos. Sin embargo, cuando quiera que la validez del acto administrativo en cuestión sea impugnada simultáneamente mediante las acciones ordinarias, el juez popular deberá abstenerse de tomar determinaciones inherentes al objeto mismo de éstas, pero podrá ordenar las medidas necesarias para proteger los derechos colectivos hasta tanto se resuelve sobre la legalidad del acto.

BIBLIOGRAFÍA

- Bautista Moller, Pedro José. *Licitaciones, contratos y Sanciones*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá 1999.
- Benavides, José Luis, *El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado*, segunda edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2004.
- Blanco Alvarado, Ruth Carolina. *Terminación del proceso licitatorio por vulneración de los principios orientadores de la contratación administrativa*. Monografía, Universidad del Rosario, Bogotá, 2004.
- Camargo Giraldo, Bruno, *La licitación pública y la responsabilidad patrimonial de la administración*, Tesis de grado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. 1997.
- Caro Quiroz María Teresa, *El principio de la buena fe en la etapa precontractual en la contratación estatal*, TD, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Castro Cuenca Carlos Guillermo; García López Luisa Fernanda; Martínez Vargas Juan Ramón. *La contratación Estatal: teoría general –Perspectiva comparada y regulación internacional*. Editorial Universidad del Rosario, 2010.
- Cuello Duarte, Francisco, *Contratos de la administración Pública*, segunda edición, Ecoe Ediciones, Bogotá D.C., 2002.
- Del Castillo Restrepo, Edmundo. *La reforma a la contratación pública. Interpretación y alcance de la Ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios*. Cámara de Comercio de Bogotá, 2008.
- Escobar Gil, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la administración pública*, primera edición, Legis, 1999.
- Expósito Vélez, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español: Análisis de la selección del contratista*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2003.
- Facio Peirano. *Responsabilidad extracontractual*. Editorial Temis, 2004.

- González Rodríguez, Miguel, *El contencioso contractual*, cuarta edición, Universidad Libre, Bogotá D.C., 2004.
- Guechá Medina, Ciro Nolberto. *Derecho procesal administrativo, primera parte*. Universidad Santo Tomás, ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2004.
- Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio. *Contratos estatales*. Editorial Temis, Bogotá, 2007.
- Le Tourneau, Philippe, *La responsabilidad civil*, Legis, 2004. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo.
- Martínez Rave, Gilberto y Martínez Tamayo, Catalina. *Responsabilidad civil extracontractual*. Undécima edición, editorial TEMIS, 2003.
- Matallana Camacho, Ernesto, *Manual de contratación de la administración pública. Ley 80 de 1993*, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Molina Betancur, Carlos Mario, “El derecho administrativo y la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano” en Jaime Vidal Perdomo, Viviana Días Perilla y Gloria Amparo Rodríguez (edits.) *Temas de derecho administrativo contemporáneo*, Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2005.
- Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecabras Miguel A., *Responsabilidad precontractual*, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006.
- Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Tomo I, parte general. Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina.
- Muñoz Argüelles, Luis. *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual. Estudio comparado de las normas Españolas, Francesas y Estadounidenses*. Editorial Temis, 2006.
- Naranjo Flórez, Carlos Eduardo, *Estatuto general de contratación de la administración pública*, Legis, 2007.
- Ortiz Monsalve, Álvaro, “Consentimiento”, en *Los contratos en el derecho privado*, Legis, Universidad del Rosario, primera edición, 2007.
- Oviedo Albán, Jorge “Tratos Preliminares y Responsabilidad Contractual” en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Ed Diké 2009.

- Palacio Hincapié, Juan Ángel, *La contratación de las entidades estatales*, cuarta edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2003.
- Pascual Estevill Luis, *Derecho de daños*, segunda edición, editorial BOSCH, Barcelona 1995.
- Pino Ricci, Jorge, (compilador) *Régimen de contratación Estatal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1996.
- Quintero M, Andrés. Mutis V, Andrés, *Los contratos del Estado en la ley 80 de 1993*, Fundación social – Temis, Bogotá D.C., 1995.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 28 de septiembre de 2006, expediente 15.307, Consejero ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 32871, Consejero ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de julio 28 de 1998, expediente 4810, Magistrado ponente: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de marzo 31 de 1998, expediente 4962, Magistrado ponente: Dr. Rafael Romero Sierra.
- Sánchez Torres, Carlos Ariel, *Acto administrativo: Teoría general*, Tercera edición, Legis, Bogotá D.C. 2004.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo: contratación indebida*, Tomo IV, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2004.
- Santos Ballesteros, Jorge, *Instituciones de responsabilidad civil*, Tomo I, Pontificia Universidad Javeriana, 1996.
- Santos Ballesteros, Jorge, *Instituciones de responsabilidad civil*, tomo II, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- Solarte Rodríguez, Arturo. “El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo” en *Tendencias de la Responsabilidad Civil en el siglo XXI*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Editorial Diké, Bogotá 2009.

- Stiglitz, Rubén S, y Stiglitz, Gabriel A, *Responsabilidad precontractual, incumplimiento del deber de información*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
- Suárez Camacho Gustavo, “La responsabilidad precontractual del Estado”, en Revista Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, octubre de 1994, volumen 87, número 565.
- Suescún Melo, Jorge, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, tomo I, segunda edición, Legis, Universidad de los Andes, 2003.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *De la responsabilidad civil de los perjuicios y su indemnización*. Tomo II, Temis, Bogotá 1996.
- Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Administrativo*, doceava edición, Legis – Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2004.
- Younes Moreno, Diego, *Curso de derecho administrativo*, séptima edición, Temis, Bogotá D.C., 2004.

