

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

Responsabilidad de la administración pública en la actividad precontractual
Un análisis del derecho español y colombiano

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Marcio Melgosa Torrado

DIRECTORES

Fernando González Botija
Felio José Bauzá Martorell

© Marcio Melgosa Torrado, 2021

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
Facultad de Derecho



TESIS DOCTORAL

**RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA
ACTIVIDAD PRECONTRACTUAL
UN ANÁLISIS DEL DERECHO ESPAÑOL Y COLOMBIANO**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

MARCIO MELGOSA TORRADO

DIRECTORES

Dr. Don Fernando González Botija y
Dr. Don Felio José Bauzá Martorell

A María, María Alejandra y Romeo, por su comprensión, apoyo y amor incondicional.

A mi madre, por inculcarme desde niño el amor por el estudio.

Agradecimientos

Quiero darle las gracias a todas las personas que contribuyeron a hacer posible este proyecto académico. A aquellos que confiaron en mí y me brindaron su apoyo en todo sentido a lo largo de estos años.

A María Alejandra y a María, por su paciencia en las horas que no les dediqué durante todo este tiempo.

A mi madre, a mis hermanas, Jennifer y Lissethe, a Fernando Avís y a Michelle, por estar siempre presentes. Por recibirme con alegría en este tiempo.

A Eduardo Bermúdez, por sus consejos y estímulo permanente.

A mi padre, por su aliento y respaldo.

A Alan Del Río, Mauricio Eljach y Miguel Del Río, por sus oportunos comentarios e invaluable aporte en este camino, además por la amistad incondicional, en especial, cuando las fuerzas hicieron falta.

A mis directores de tesis, Fernando González Botija y Felio José Bauzá Martorell, por sus inestimables consejos, disposición y ayuda brindada.

Al ICETEX y a su programa de becas de posgrado en la residencia del Colegio Mayor colombiano Miguel Antonio Caro, en Madrid, que me permitieron desarrollar esta tesis en un ambiente cómodo y apropiado.

A mis compañeros de la residencia Miguel Antonio Caro, en Madrid, mi gratitud infinita por su solidaridad y cariño.

ABREVIATURAS

CC	Código Civil de Colombia
C. Const.	Corte Constitucional de la República de Colombia
CCo	Código de Comercio de Colombia
CE	Constitución española
C.E.	Consejo de Estado de la República de Colombia
CGP	Ley 1564/2012, de 12 de julio, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso de Colombia y se dictan otras disposiciones
CM	Ley 685/2001, de 15 de agosto, por la cual se expide el Código de Minas de Colombia y se dictan otras disposiciones
CPC	Constitución Política de Colombia
CPACA	Ley 1437/2011, de 18 de enero, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia
CSJ	Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia
DNI	Departamento Administrativo Dirección Nacional de Inteligencia de Colombia
DURSAPN	Decreto 1082/2015, de 26 de mayo, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional de Colombia
EAC	Ley 1474/2011, de 12 de julio, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, también conocida como Estatuto Anticorrupción
EANI	Ley 1563/2012, de 12 de julio, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia y se dictan otras disposiciones
EBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

EGCA	Ley 80/1993, de 28 de octubre, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de Colombia
EICE	Empresas Industriales y Comerciales del Estado colombiano
EOP	Decreto 111/1996, de 15 de enero, por el cual se compilan la Ley 38/1989, la Ley 179/1994 y la Ley 225/1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto de Colombia
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
LEF	Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LSPD	Ley 142/1994, de 11 de julio, por la cual se establece el régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios y se dictan otras disposiciones
M.P.	Magistrado Ponente
S.	Sala
Sec.	Sección
SEM	Sociedades de Economía Mixta de Colombia
Sent.	Sentencia
SMLMV	Salarios mínimos legales mensuales vigentes de Colombia
SSC	Superintendencia de Sociedades de la República de Colombia
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	1
SUMMARY	3
INTRODUCCIÓN	5
1. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR LA ACTIVIDAD PRECONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA	10
1.1. Derecho de la contratación	10
1.1.1. Análisis histórico	11
1.1.2. Construcción del contrato administrativo	17
1.2. Responsabilidad patrimonial	21
1.2.1. Características principales	21
1.2.2. Falta de una teoría general en la materia. El necesario recurso a los principios de la responsabilidad	23
1.2.3. La responsabilidad en la contratación	30
1.2.3.1. La responsabilidad contractual en la LRJSP y en la LCSP	30
1.2.3.2. Actividad precontractual y actividad contractual	33
1.2.3.3. Actividad contractual de derecho público y de derecho privado	37
1.2.3.4. La línea divisoria entre la actividad precontractual y la actividad contractual de la Administración contratante	40
1.2.3.5. Elementos de la responsabilidad por actividad precontractual: el daño <i>in contrahendo</i>	42
1.3. Actividad precontractual generadora de daños	44
1.3.1. Retraso en la tramitación de expedientes de concesión	44
1.3.2. Suministro de información	48
1.3.3. Elección del procedimiento de adjudicación	51
1.3.4. Anulación de las bases del concurso	54

1.3.5. Anulación de la adjudicación	54
1.3.6. Desistimiento	62
1.3.7. No adjudicación	65
1.4. Indemnización	68
1.4.1. Daño emergente	68
1.4.2. Lucro cesante y pérdida de oportunidad	69
1.4.3. Daños morales	75
1.5. Medidas para evitar la responsabilidad por actividad precontractual	78
1.5.1. Medidas cautelares	78
1.5.2. Obligación indemnizatoria	79
1.6. Responsabilidad de autoridades y personal de la actividad precontractual de la Administración	81
1.6.1. Responsabilidad patrimonial: la acción de regreso	81
1.6.2. Responsabilidad disciplinaria	83
1.6.3. Responsabilidad contable	84
1.6.4. Responsabilidad penal	84
2. SEMBLANZA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN COLOMBIA	86
2.1. Los fundamentos generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y su evolución	87
2.2. Algunas particularidades del desarrollo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en Colombia	90
2.2.1. Período de competencia de la Corte Suprema de Justicia	92
2.2.2. Período de competencia del Consejo de Estado	96
2.2.2.1. Inicios	96
2.2.2.2. El escenario a partir de la Constitución de 1991	98
2.2.2.3. El concepto de daño antijurídico y los otros elementos de la responsabilidad	101
2.3. Algunos aspectos que ameritan el análisis de la responsabilidad de la Administración en clave de futuro	106

3. DEVENIR HISTÓRICO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA	109
3.1. El estatuto general de contratación de la administración pública (EGCA - Ley 80/1993)	112
3.1.1. Definición del contrato administrativo	114
3.1.2. Principios de la contratación administrativa	116
3.1.3. Unificación de jurisdicción	117
3.1.4. La existencia de varios regímenes de contratación exceptivos al EGCA	120
3.1.4.1. Proferidas con posterioridad al estatuto	121
3.1.4.1.1. Ley 100/1993	121
3.1.4.1.2. Ley 142/1994	122
3.1.4.2. Antes de la promulgación del EGCA	122
3.1.4.2.1. Ley 30/1992	122
3.1.4.2.2. Ley 31/1992	122
3.1.4.3. Las que se encuentran dentro del EGCA	123
3.1.4.3.1. Contratos de exploración y explotación de los recursos naturales	123
3.1.4.3.2. Los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguro y entidades financieras de carácter estatal	123
3.1.4.3.3. Los contratos de las entidades del sector defensa	124
3.1.4.3.4. Contratos que se celebren con fondos con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales	124
3.1.4.3.5. Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios	

	que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros; contratos suscritos con personas extranjeras de derecho público	125
3.2.	Las reformas al EGCA	127
3.2.1.	Ley 1150/2007	127
3.2.1.1.	Medidas para fortalecer la transparencia	128
3.2.1.2.	Relacionadas con el principio de planeación	131
3.2.2.	Ley 1882/2018	131
3.2.2.1.	Modificación del esquema en los procesos de selección de licitación pública para adjudicar contratos de obra	132
3.2.2.2.	Cambios en la responsabilidad de los consultores, asesores e interventores	133
3.2.2.3.	Implementación de los pliegos tipo	134
3.2.2.4.	Modificación de las Leyes 1508/2012 y 1682/2013	137
3.2.3.	Otras normas que inciden en la contratación pública	137
3.3.	La problemática que genera la proliferación normativa y los múltiples regímenes contractuales	139

4. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

	141
4.1.	Definición	142
4.1.1.	Contrato de obra	146
4.1.2.	Contrato de consultoría	147
4.1.3.	Contrato de prestación de servicios profesionales	147
4.1.4.	Contrato de concesión	147

4.1.5.	Encargos fiduciarios y fiducia pública	148
4.1.6.	Contrato con organismos internacionales	149
4.2.	Partes contractuales Contrato de prestación de servicios profesionales	150
4.2.1.	Las entidades administrativas contratantes	151
4.2.2.	Los contratistas	152
4.2.3.	Colombia Compra Eficiente	155
4.2.4.	Los supervisores e interventores	155
4.2.5.	Las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos	156
4.3.	Contenido	156
4.3.1.	Cláusulas comunes	158
4.3.1.1.	Las partes contractuales	158
4.3.1.2.	El objeto contractual	158
4.3.1.3.	Valor del contrato y forma de pago	158
4.3.1.4.	Domicilio de ejecución del objeto contractual	159
4.3.1.5.	Plazo	159
4.3.1.6.	Derechos y obligaciones de las partes	159
4.3.1.7.	Vigencia y liquidación del contrato	160
4.3.1.8.	Solución de controversias	161
4.3.2.	Cláusulas excepcionales	161
4.3.2.1.	Interpretación unilateral	164
4.3.2.2.	Modificación unilateral	165
4.3.2.3.	Terminación unilateral	166
4.3.2.4.	Caducidad	167
4.3.2.5.	Reversión	168
4.3.2.6.	Sometimiento a la legislación nacional	169
4.3.2.7.	Multas y cláusula penal	169
4.4.	Requisitos	174
4.4.1.	Requisitos de existencia y perfeccionamiento del negocio jurídico	176
4.4.1.1.	Consentimiento de las partes	176
4.4.1.2.	Objeto contractual	177
4.4.1.3.	Causa	177

4.4.1.4.	Formalidad del contrato administrativo	178
4.4.2.	Requisitos de validez del contrato administrativo	180
4.4.2.1.	Vicios del consentimiento	180
4.4.2.2.	Competencia de la entidad contratante	182
4.4.2.3.	Capacidad del contratista	184
4.4.2.4.	Objeto y causa lícita	187
4.4.2.5.	Finalidad del contrato estatal	188
4.4.3.	Requisitos de ejecución del objeto contractual	188
5.	PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA	191
5.1.	Los consagrados en el Estatuto General de la Contratación	193
5.1.1.	Transparencia	193
5.1.2.	Economía	196
5.1.3.	Responsabilidad	198
5.1.4.	Selección objetiva	202
5.2.	Principios constitucionales presentes en las actuaciones contractuales y los incluidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) que versan sobre todas las actuaciones administrativas	203
5.2.1.	Legalidad	204
5.2.2.	Igualdad	205
5.2.3.	Debido proceso	208
5.2.4.	Buena fe	210
5.2.5.	Principios del CPACA	213
6.	LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA	216
6.1.	Licitación pública	218
6.1.1.	Características	219
6.1.2.	Subasta inversa en el proceso licitatorio	221
6.1.3.	Etapas	222

6.2.	Selección abreviada	223
6.2.1.	Adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización	226
6.2.2.	Procesos licitatorios o concursos declarados desiertos	227
6.2.3.	Enajenación de bienes del Estado	227
6.3.	Contratación de menor cuantía	228
6.4.	Concurso de méritos	229
6.4.1.	Diferencia entre la licitación pública y el concurso de méritos	232
6.5.	Contratación directa	233
6.5.1.	Urgencia manifiesta	235
6.5.2.	Contratos interadministrativos	237
6.6.	Contratación de mínima cuantía	239
7.	LA ESTRUCTURA GENERAL DEL PROCESO DE SELECCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA	241
7.1.	Los estudios previos	245
7.2.	El proyecto de pliego de condiciones	247
7.3.	Publicación del acto de apertura	248
7.4.	El pliego de condiciones	250
7.5.	Presentación de las ofertas	256
7.6.	Evaluación de las ofertas e informe de evaluación	257
7.7.	Adjudicación	261
7.7.1.	Cuando el proceso de selección es adjudicado	264
7.7.2.	Cuando el proceso de selección es declarado desierto	267
8.	DAÑOS DERIVADOS DE LA ACTIVIDAD PRECONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA	269
8.1.	Perspectiva general de la responsabilidad precontractual	272
8.1.1.	El debate de si el daño ocasionado es extracontractual o contractual ...	275
8.2.	Fundamentos de la responsabilidad precontractual en Colombia	277
8.2.1.	El tratamiento en el derecho privado	277
8.2.2.	La responsabilidad precontractual de la Administración pública	278

8.2.2.1.	Buena fe	280
8.2.2.2.	Legalidad	282
8.2.2.3.	¿La responsabilidad precontractual de la Administración tiene un carácter subjetivo u objetivo?	283
8.2.2.4.	El componente indemnizatorio o de reparación	285
8.2.2.4.1.	El interés negativo	286
8.2.2.4.2.	La pérdida de oportunidad	286
8.2.2.4.3.	El interés positivo	287
8.2.2.4.4.	El daño moral	288
8.3.	Circunstancias de responsabilidad precontractual que pueden generarse en el marco de la contratación pública	289
8.3.1.	Derivadas de la conducta del proponente	289
8.3.1.1.	Cuando se acude al fraude, falsedades o engaños en la información suministrada a la Administración en el trámite del proceso de selección	289
8.3.1.2.	Cuando se rehúsa a suscribir el contrato	291
8.3.1.3.	Cuando se revoca la oferta	292
8.3.2.	Derivadas de la Administración	293
8.3.2.1.	Por la inadecuada preparación del proceso de selección (estudios previos defectuosos, revocatoria del acto de apertura, anomalías en el pliego)	293
8.3.2.2.	Por la descalificación irregular de la oferta	296
8.3.2.3.	Por la afectación al licitante que presentó la mejor oferta o cuando se presentan irregularidades en la adjudicación	296
8.3.2.4.	La renuencia a la suscripción y perfeccionamiento del contrato	301
8.3.3.	La nulidad del contrato por irregularidades en la etapa Precontractual	301
	CONCLUSIONES GENERALES	305

BIBLIOGRAFÍA	314
FUENTES JURISPRUDENCIALES, DICTÁMENES Y RESOLUCIONES ESPAÑA Y UNIÓN EUROPEA	330
FUENTES JURISPRUDENCIALES Y CONCEPTOS COLOMBIA	333

RESUMEN

Este trabajo es un estudio de la responsabilidad de la Administración en su actividad precontractual, donde se toman como referencia para el análisis los ordenamientos jurídicos de España y Colombia. En el contenido del estudio puede verse la armonización de dos instituciones que hacen parte de la órbita del derecho administrativo, como lo son la responsabilidad general de la Administración y la contratación pública. Uno de sus puntos de encuentro es en la denominada fase precontractual o de preparación del contrato, cuando, tras la ocurrencia de un daño, surge la responsabilidad. En cuanto a esta, es menester precisar que ha contado con un gran crecimiento en los últimos años en ambos países, a causa de su consagración constitucional y el amplio espectro casuístico que se deriva de ella, lo que amerita profundizar en su estudio. Por su parte, la contratación pública, en lo que respecta a España, se ha caracterizado, en tiempos recientes, por la fuerte influencia del derecho europeo, especialmente en lo que tiene que ver con la actividad precontractual. Garantizar una debida reparación a los perjudicados por indebidas adjudicaciones, y, en consecuencia, reforzar la protección del derecho de la competencia ha sido una constante en este sentido. En la misma dinámica, el derecho colombiano ha tenido cambios recientes y significativos en su estatuto de contratación pública, los más destacados, las leyes que implementan los pliegos denominados tipo, lo que estimula la participación de oferentes en los procesos de selección, que es con seguridad la respuesta que se recibe a la garantía de unas reglas más claras.

España y Colombia cuentan con configuraciones semejantes en las instituciones que aquí se estudian, cuestión que permite abordar sus modelos de una mejor manera, sacar los aspectos de los que pueden servirse, y como no, reseñar lo cuestionable. Para tal propósito, se analiza primero el derecho español, haciendo un recuento de la trayectoria de la contratación pública hasta llegar a la nueva Ley de Contratos del Sector Público (LCSP). Posteriormente, el estudio trata los aspectos fundamentales de la responsabilidad de la Administración y aterriza en los pormenores de la etapa precontractual, con las circunstancias generadoras de responsabilidad. En lo referente a Colombia, se hace un trazado similar, yendo un poco más a fondo en algunos aspectos

por la necesidad de ponerlos en contexto y la urgencia, que se reclama, de algunos cambios. Finalmente, se llega a identificar dónde está la problemática en ambos ordenamientos y se proponen soluciones para mejorar lo existente, sobre todo, en el caso colombiano, donde no existe actualmente una real y efectiva reparación a las afectaciones que se manifiestan en la etapa precontractual.

SUMMARY

This work is a study of the responsibility of the Administration in its pre-contractual activity, where the legal systems of Spain and Colombia are taken as a reference for the analysis. The content of the study shows the harmonization of two institutions that are part of the administrative law orbit, such as the general responsibility of the Administration and public procurement. One of their meeting points is in the so-called pre-contractual or contract preparation phase, when, after the occurrence of damage, liability arises. Regarding this, it is necessary to specify that it has had a great growth in recent years in both countries, due to its constitutional consecration and the wide casuistic spectrum derived from it, which merits further study. For its part, public procurement, with regard to Spain, has been characterized in recent times by the strong influence of European law, especially in what has to do with pre-contractual activity. Guaranteeing due compensation to those harmed by improper adjudication, and, consequently, strengthening the protection of competition law has been a constant in this regard. In the same dynamic, Colombian law has had recent and significant changes in its public procurement statute, the most notable being the laws that implement the so-called type specifications sheets, which stimulates the participation of bidders in the selection processes, which is with certainty the answer that is received to the guarantee of clearer rules.

Spain and Colombia have similar configurations in the institutions that are studied here, a question that allows them to address their models in a better way, take out the aspects that can be used, and of course, review the questionable. For this purpose, Spanish law is first analyzed, making a recount of the trajectory of public procurement until reaching the new Public Sector Contracts Law. Subsequently, the study deals with the fundamental aspects of the responsibility of the Administration and sets down on the details of the pre-contractual stage, with circumstances that generate liability. Regarding Colombia, a similar route is made, going a little more in depth in some aspects due to the need to put them in context and the urgency that is claimed of some changes. Finally, it is possible to identify where the problem is in both legal systems and solutions are proposed to improve what exists, especially in the Colombian case, where

there is currently no real and effective repair to the effects that are manifested in the pre-contractual stage.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende hacer un análisis de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en la actividad precontractual, de los modelos español y colombiano, aprovechando los puntos de confluencia en sus regímenes de responsabilidad y contratación pública. Para entender las motivaciones que propician este estudio (que luego se explicarán) se observa un camino de convergencia en muchos rasgos. Así, hallamos, que los cimientos de la responsabilidad de los poderes públicos en ambos países descansan en la institución del derecho privado (Código Civil): tanto España como Colombia comparten la herencia del Código de Napoleón. En España, el artículo 1902 y siguientes, en Colombia, el 2341 y posteriores. Coincidentes en su estructura también son las citadas normas, con la culpa como fundamento de responsabilidad.

El desarrollo posterior de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los ordenamientos jurídicos que se estudiarán, ha transcurrido al ritmo impuesto por la evolución pretoriana del derecho administrativo en Francia, como un elemento de este, de donde se adoptaron buena parte de las teorías que explican el paso de un Estado que no respondía por ninguna de sus actuaciones a moldearse gradualmente su responsabilidad. España, desde comienzos del siglo XX, con la Ley sobre responsabilidad de los funcionarios civiles del orden gubernativo o administrativo de 1904 y especialmente, con la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, se encaminó a positivizar bajo la lógica del derecho administrativo, algunos de los supuestos que hasta ese momento eran considerados como atribuibles de responsabilidad. Entre tanto, en Colombia, el camino seguido, enfocado básicamente en lo determinado en la jurisprudencia, fue ambiguo por un amplio tramo que comprendió más de la mitad de la centuria anterior, período en el que se disputó la competencia entre los tribunales civiles y los especializados en lo contencioso administrativo.

La orientación de los procesos constituyentes en España y Colombia, afianzados en las tesis que envuelven el postulado del Estado social de derecho, incluyeron cláusulas generales de responsabilidad de las Administraciones Públicas que le dieron

un despegue definitivo al reconocimiento de la responsabilidad. Podría decirse que la Constitución española tiene en su articulado (9.3, 106.2 y 149.1.18) un contenido más difuso que el texto constitucional colombiano. Este último quiso insertar en un solo artículo un modelo que sirviera para todas las autoridades públicas. Debe advertirse que, en el caso español, el desarrollo legislativo previo que se hizo sobre la materia y la reglamentación posterior, tras el mandato del 106, complementan su desarrollo. En Colombia, en cambio, los intentos por darle un despliegue normativo al asunto han sido tímidos desde antes de la Constitución del 91 (en esa etapa, lo poco delimitado en el derecho positivo, que se tomaba para declarar la responsabilidad de la Administración, salía de la interpretación de un artículo de la Constitución de 1886 y de normas de carácter procesal). Con la cláusula general del artículo 90, las dimensiones que adquirió el concepto de responsabilidad se ampliaron y hoy es uno de los temas más debatidos y álgidos del componente garantista de la Constitución de 1991. Entre otras cosas, que la norma Superior colombiana únicamente dedique un artículo a la responsabilidad no entraña un descuido por parte del constituyente, pues éste se armoniza con otros del texto.

Los lugares comunes en la materia no quedan en lo descrito: los dos países, después de la promulgación de sus nuevas constituciones, han creado un cuerpo de doctrina en los pronunciamientos de la jurisprudencia contencioso administrativa que contribuye significativamente a ensanchar los alcances de la responsabilidad. España ha sido más prolija en su ordenamiento positivo para reconocer pautas concretas de responsabilidad. En contraste, el derecho colombiano prácticamente se centró en permitirle a la jurisprudencia delinear todos los detalles de la institución desde la base de la casuística. Justamente, uno de los tantos asuntos pendientes en el ordenamiento jurídico en Colombia es que en las leyes se asuma un mayor despliegue respecto a estas cuestiones. Acerca de los elementos que estructuran la responsabilidad de la Administración, los aspectos que aproximan a ambos ordenamientos son evidentes, enfocados en el daño antijurídico como factor preponderante, sumado a la imputación en su análisis fáctico (causalidad, imputación objetiva) y jurídico (falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial).

Ahora bien, en lo concerniente a la responsabilidad precontractual de la Administración (referida al daño antijurídico que se presenta durante la fase de formación de contrato público), el derecho español y colombiano la conciben dentro de la cláusula general de responsabilidad y como parte de la extracontractual, apreciación que permite, en consonancia con el plan de este estudio, acercar el análisis de ambos ordenamientos e intentar, si fuere el caso, extraer lo mejor de cada uno y en qué pueden servirse mutuamente.

Particularmente, en España, responsabilidad patrimonial y contratación del sector público constituyen dos procedimientos administrativos especiales, en tanto que son derivaciones del procedimiento administrativo general por razón de sendas materias sectoriales, que se han ido construyendo de manera singular. Así, la responsabilidad fundamentalmente se ha forjado a partir de la todavía vigente Ley de Expropiación Forzosa, a base de doctrina jurisprudencial que ha ido modulando los supuestos indemnizatorios, la relación de causalidad, las características y requisitos del daño antijurídico, mientras que la contratación del sector público ha ido creciendo en una vis expansiva de su ámbito subjetivo de aplicación, al tiempo que se ha visto intensificada su intervención por el derecho de la Unión Europea. En cualquier caso, la articulación de ambas instituciones de derecho público cobra todo su sentido. La actuación de los poderes públicos –Administraciones Públicas y poderes adjudicadores– con ocasión de un contrato del sector público, ya sea administrativo o privado, puede ser perfectamente generadora de responsabilidad patrimonial.

En Colombia, la responsabilidad patrimonial de la Administración y la contratación pública tienen el mismo punto de encuentro que en el derecho español, en el sentido de que el carácter reglado del procedimiento de selección, del que emanan obligaciones, puede suscitar un daño que, si es resultado de una acción u omisión de la Administración, la convierte en responsable de acuerdo a los términos aquí esbozados. En los últimos años, como consecuencia del lastre de la corrupción¹, se han instaurado

¹ Un estudio realizado recientemente sobre la corrupción en Colombia y sus implicaciones en la contratación pública, aporta valiosas reflexiones para conocer el estado de la cuestión en Colombia: “Indudablemente, uno de los escenarios en los que más fácilmente la comunidad identifica el fenómeno de la corrupción es la contratación pública, pues es el mecanismo que

medidas de orden legal, en un intento de depurar y fortalecer el trámite previo a la formalización del contrato. De ese modo, existen nuevos mecanismos sancionatorios, reorganización de las modalidades de selección, consagración de pliegos tipo, por mencionar algunas de estas, herramientas que no han demostrado del todo su eficacia para disuadir o prevenir lo que con ellas se pretende. Asimismo, Colombia se ha visto compelida a cumplir una serie de recomendaciones con miras a lograr su entrada a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), entre las que se cuentan reforzar las prácticas de la contratación pública, hacer un mayor uso de la modalidad de selección de licitación pública, mostrar mejores resultados contra la corrupción e incentivar políticas de transparencia, mejorar el acceso al sistema judicial y disminuir los tiempos procesales².

Dos consideraciones resultan obligadas en este punto, paralelas en España y Colombia, sin perjuicio de lo que se profundizará más adelante: por un lado, no se puede olvidar que un contrato del sector público discurre a través de cuatro fases: la

mayormente evidencia la materialización el gasto público y con el cual el contribuyente (el ciudadano administrado) percibe cómo se invierten los recursos que aporta. Pero lo curioso es que en Colombia la corrupción en la contratación estatal solamente se hace evidente, o mejor, adquiere importancia, cuando aflora la marcadísima desproporción entre la carga tributaria impuesta a los ciudadanos y la materialización de las políticas públicas, y con ello el cumplimiento de los fines constitucionales y legales, aspectos que, en últimas, se traducen en la existencia de un Estado ineficiente que conlleva profundos problemas sociales de desigualdad, los cuales derivan en un concepto de supervivencia, generan anarquía y perjudican el colectivo ante la individualidad excesiva. Es decir, en realidad la corrupción en la contratación pública no sería un problema de mayor relevancia en el colectivo social si en la percepción general de los servicios públicos a cargo del Estado se prestaran con un nivel aceptable de eficiencia, y cumplieran unos parámetros mínimos de eficacia, pues, ante la imposibilidad de que cada administrado establezca una relación directa costo-beneficio entre el valor que paga por impuestos y los servicios públicos que recibe a cambio, no se cuestiona a profundidad su verdadero costo.

Esta premisa es importante porque, por razones históricas evidentes, desafortunadamente nuestra sociedad aún está lejos de alcanzar el estándar de probidad que internacionalmente se ha decantado y que se considera el ideal para el correcto funcionamiento de los Estados y de la comunidad en general: todavía no comprendemos la dimensión de lo colectivo, lo común, y cómo ello adecuadamente manejado genera beneficios para todos, incluso maximizando beneficios individuales a partir de la percepción de la generalidad de los administrados de que hay retorno de la inversión obligatoria derivado de la carga impositiva establecida como costo de vivir en sociedad”. SAFAR DÍAZ, M. Contratación pública y corrupción. En: *Corrupción en Colombia*. Tomo IV. *Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*. Henao, J.C., Zárate, A.R. (eds.). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2018. Págs. 159 y 160.

² Disponible en: <http://www.oecd.org/about/publishing/colombia-politicas-prioritarias-para-un-desarrollo-inclusivo.pdf>. Págs. 50 a 54.

preparación, la adjudicación, la ejecución y la terminación. Por otra parte, en el derecho vigente (no así en otros textos normativos históricos) los contratos del sector público se perfeccionan con su formalización.

La distinción a partir de aquí es manifiesta: desde la formalización del contrato en adelante la actividad administrativa generadora de daños será netamente contractual; sin embargo, la actuación de la Administración contratante hasta el mismo instante anterior a la formalización –actividad precontractual de la Administración– será extracontractual, independientemente de que el daño aflore o se reclame cuando la víctima del daño ya tenga una relación contractual con la Administración.

Será objeto de la presente investigación precisamente la responsabilidad patrimonial de la Administración contratante derivada de la actividad precontractual, centrada, en lo relativo al derecho español, tanto en el dato positivo de la ley como en los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia, las juntas consultivas de contratación administrativa, los tribunales de recursos contractuales, así como el Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos. Por su parte, en el estudio de lo correspondiente al derecho colombiano, se procurará hacer un análisis más profuso de algunos elementos que hacen parte del estatuto general de la contratación, dada la necesidad de ponerlos en contexto, y, también, porque seguramente, como la marca la tradición en cuanto a la influencia, los avances de la institución precontractual en el ordenamiento español pueden servir de contribución para mejorar su par en Colombia.

1.- LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR LA ACTIVIDAD PRECONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA

Sin duda, la aprobación de las directivas 89/665/CEE, 92/13/CEE, 92/50/CEE, 2007/66/CEE, 2014/23/UE y 2014/24/UE¹ le ha dado un vuelco al panorama del procedimiento precontractual de los Estados miembros de la Unión Europea, y España, por tanto, no es la excepción. La incorporación de las mismas a los derechos nacionales ha reforzado los controles en las actuaciones administrativas que derivan en la adjudicación de los contratos, aliviando situaciones que de alguna manera afectaban el derecho de la competencia y otros bienes jurídicos protegidos. Como respuesta al llamamiento del derecho europeo y en procura de su encaje en el derecho nacional, España se ha visto avocada en los últimos años a introducir nuevas reglas en la ley de contratos públicos, finalmente reflejadas en la nueva LCSP.

Este nuevo escenario se conjuga dentro del propio derecho administrativo con un realce a su vez de la presencia de la institución de la responsabilidad patrimonial, en el sentido de que a mayores controles para las Administraciones Públicas en la fase precontractual, mucha más relevancia cobran las consecuencias de las actuaciones (u omisiones) de éstas. He aquí donde aparece la cláusula general de responsabilidad, que le garantiza al perjudicado la reparación del daño que se le ocasione. Esta aproximación entre ambos regímenes será lo que en adelante se desarrollará.

1.1. Derecho de la contratación

El análisis de la responsabilidad patrimonial de la Administración por su actividad precontractual exige un estudio previo del derecho de la contratación en España, comprendiendo tanto el análisis histórico que ha experimentado, como de qué manera se ha ido construyendo el contrato administrativo hasta alcanzar la figura vigente.

¹ RASQUIN LIZARRAGA, M.M y VÁSQUEZ MATILLA, F.J. *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de contratos del Sector Público*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2017. Págs. 27 a 29.

1.1.1 Análisis histórico

La perspectiva histórica del derecho de los contratos públicos en España es ciertamente desalentadora, fruto de una actividad normativa febril, que ocasiona en consecuencia inseguridad jurídica. García de Enterría se refirió a un mundo de leyes desbocadas², mientras que Santamaría Pastor hace lo propio específicamente de la modificación de la legislación contractual³.

El derecho administrativo vigente se gestó a lo largo del siglo XIX⁴. El contrato administrativo no es una excepción, y de hecho esta institución hunde sus raíces en el Real Decreto de 27 febrero de 1852, publicado por Bravo Murillo, que, curiosamente, se abría así: "Señora (refiriéndose a Su Majestad la Reina Isabel II): Autorizado competentemente por V.M., previo acuerdo del Consejo de Ministros, presentó el de Hacienda a las Cortes en 29 de diciembre de 1850 un proyecto de ley de contratos sobre servicios públicos, con el fin de establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos, y de garantizar la Administración contra los tiros de la maledicencia...". Esta norma respondía a la necesidad de ordenar y juridificar la contratación de obras, servicios y suministros por parte del Estado, focalizando principalmente la evitación de la corrupción en las transacciones monetarias.

Este Real Decreto pervivió hasta 1911, fecha en la que se promulga la Ley de 1 de julio de 1911, de la Hacienda Pública, cuyo Capítulo IV (artículos 47 a 66) lleva por rúbrica "de la contratación de servicios y obras públicas". El contrato público descansaba prácticamente en exclusiva sobre la subasta como sistema de adjudicación, es decir sobre el criterio estrictamente económico, sin atender a otras características de la oferta del licitador. Este capítulo fue objeto de reforma por Ley de 20 de diciembre de

² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Civitas. Madrid, 2006.

³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. <<La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública>> *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 159. Madrid, 2013. Págs. 25 a 38.

⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*. Iustel. Madrid, 2006.

1952, mientras que en la esfera local la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950 fue desarrollada por Decreto de 9 de enero de 1953, por el que se aprueba el Reglamento de contratación de las Corporaciones Locales⁵.

El siguiente hito normativo es la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratación del Estado, y su texto articulado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril. Este régimen jurídico fue desarrollado mediante el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado⁶. La Ley fue reformada por Ley 5/1973, de 17 de marzo, de modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado, lo cual motivó que se dictara un nuevo reglamento de desarrollo, el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado⁷.

Este régimen jurídico sigue vigente hasta que dos nuevas circunstancias obligan a su reforma: en primer lugar, la aparición de las Comunidades Autónomas a partir de la Constitución Española de 1978, que se regían por la legislación estatal; y en segundo lugar, por la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea en 1986. La adaptación a las directivas europeas en materia de contratación de obras y suministros se llevó a cabo mediante el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, que a su vez determinó el desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, vino a derogar todo el régimen jurídico anterior, y se dictó con carácter básico de acuerdo con el título competencial del artículo 149.1.18 CE, para todas las Administraciones Públicas. Esta Ley incluyó en su articulado los contratos

⁵ Para un comentario a estas normas, vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. <<Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa>> *Revista de Administración Pública* núm. 10. Enero-abril 1953. Págs. 241 a 281.

⁶ Vid., CARRETERO PÉREZ, A. <<El contrato administrativo ante la ley de bases de contratos del estado de 28 de diciembre de 1963>> *Revista de Administración Pública* núm. 45. Septiembre-diciembre 1964. Págs. 105 a 189.

⁷ LARRÚMBE BIURRUM, P.M. <<Comentarios a la reforma del texto articulado de 8 de abril de 1965, de contratos del estado, por la Ley 5/1973, de 17 de marzo>> *Revista de Administración Pública* núm. 72. Págs. 332 y ss.

administrativos especiales hasta entonces regulados mediante el Decreto 1005/74 y el Real Decreto 1465/85, el primero con empresas consultoras o de servicios, y el segundo para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales, considerándolos, a partir de entonces, como otros contratos administrativos ordinarios, tales como los de obras, gestión de servicios públicos y suministros⁸. En este punto irrumpe en el derecho positivo la regulación de la contratación en los sectores específicos del agua, la energía, los transportes y las comunicaciones, fruto de la trasposición al ordenamiento interno de los Estados miembros de la Unión Europea de las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE. En España la transposición se efectúa en virtud de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre.

A continuación, la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, reforma el régimen de la contratación al objeto de incrementar la concurrencia y aumentar la transparencia y objetividad en los procedimientos de adjudicación en la contratación administrativa, así como simplificar, en lo posible, los procedimientos de contratación con respeto a los principios básicos de publicidad, libre concurrencia y transparencia en la contratación de las Administraciones públicas. De acuerdo con la disposición final única de la Ley 53/1999, que autorizaba al Gobierno a dictar un texto refundido, se aprueba el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que fue desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre⁹.

De forma particular y con la intención de regular el contrato de concesión de obra pública y poner fin a la conflictividad e inseguridad que ocasionaban los anteriores contratos mixtos (de obras y de servicios), la Ley 13/2003, de 23 de mayo, regula este contrato, convirtiéndolo en un contrato típico o nominado¹⁰.

⁸ Vid., GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Director) *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Civitas. Madrid, 1996.

⁹ Vid., GARCÍA MACHO, R. (Director) *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

¹⁰ Sobre la génesis de este contrato y su regulación inicial, vid., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Director) *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Thomson Civitas. Madrid, 2003. Vid asimismo EMBID IRUJO, A. y COLOM PIAZUELO, E. *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*. 2ª edición. Thomson Aranzadi. Cizur Menor, 2004.

Seguidamente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, supone un punto de inflexión, por cuanto no solo incorpora las directivas comunitarias en la materia, sino porque modifica por completo su ámbito subjetivo de aplicación, incluyendo, además de las Administraciones Públicas, también al sector público, motivo por el que configura los poderes adjudicadores.

El régimen general de la contratación corre parejo, como hemos avanzado, con la regulación de los sectores específicos, de manera que la Ley 30/2007 se acompaña de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. La Ley 30/2007 fue objeto de numerosas reformas normativas¹¹, que motivaron la imperiosa necesidad de aprobar un texto refundido, cual fue el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

¹¹ • Vocabulario común de contratos públicos (CPV). Reglamento (CE) N° 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007 que modifica el Reglamento (CE) n° 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV (DOUE de 15.03.2008).

• Reglamento (CE) No 451/2008 del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 por el que se establece una nueva clasificación estadística de productos por actividades (CPA) y se deroga el Reglamento (CEE) no 3696/93 del Consejo (DOUE 04.06.2008).

• Orden del Ministerio de Presidencia PRE/116/2008, de 21 de enero (BOE de 31.01.2008), aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

• Resolución de 2 de junio de 2008, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se hace público el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2008, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 147 y 152 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos (BOE de 13.06.2008).

• Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2009 (BOE de 24.12.2008. Corrección de errores en BOE de 06.03.2009).

• Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo (BOE de 15.05.2009. Corrección de errores en BOEs de 18.06.2009, 14.07.2009, 03.10.2009), que desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

• Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/3497/2009, de 23 de diciembre, se hacen públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa a partir de 1 de enero de 2010 (BOE de 29.12.2009).

• Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (BOE de 1 de abril).

• Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (BOE de 13.04.2010. Corrección de errores en BOEs de 17.04.2010 y 20.04.2010).

El Real Decreto Legislativo 3/2011 no solamente integra en un único texto normativo las reformas operadas por la legislación sectorial sobre el derecho de la contratación del sector público, sino que a mayor abundamiento integra las disposiciones vigentes relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos. Por una parte, en materia de contrato de concesión de obras públicas, integra las disposiciones sobre financiación contenidas en el todavía vigente Capítulo IV del Título V del Libro II, comprensivo de los artículos 253 a 260, ambos inclusive, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por otra, para el contrato de colaboración público-privada incluye las previsiones contenidas en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, incluyendo las relativas a la colaboración público-privada bajo fórmulas institucionales. Como consecuencia de todo ello, se ha

-
- Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo. Adopta medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE de 24.05.2010. Corrección de errores en BOEs de 25.05.2010 y 26.05.2010).
 - Orden EHA/1490/2010, de 28 de mayo, por la que se regula el funcionamiento del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (BOE 10.06.2010).
 - Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica (BOE de 29.01.10).
 - Ley 14/2010, de 5 de julio (BOE de 06.07.2010), de infraestructuras y servicios de información geográfica en España.
 - Ley 15/2010, de 5 de julio (BOE de 06.07.2010). Modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.
 - Ley 34/2010, DE 5 DE AGOSTO (BOE DE 09.08.2010), de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.
 - Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE de 05.03.2011)
 - Real Decreto 300/2011, de 4 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y se habilita al titular del Ministerio de Economía y Hacienda para modificar sus anexos (BOE de 22.03.2011).
 - Ley 7/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores y el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE de 12.04.2011).
 - Real Decreto Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas (BOE de 06.05.2011).
 - Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la innovación (BOE de 02.06.2011).
 - Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE 02.08.2011).

procedido a ajustar la numeración de los artículos y, por lo tanto, las remisiones y concordancias entre ellos, circunstancia ésta que se ha aprovechado, al amparo de la delegación legislativa, para ajustar algunos errores padecidos en el texto original. Igualmente, se ha revisado la parte final de la Ley, eliminando disposiciones e incluyendo otras motivadas por el tiempo transcurrido desde la aprobación de la Ley 30/2007 y sus modificaciones¹².

El Real Decreto Legislativo 3/2011 fue derogado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Esta norma es particularmente extensa, toda vez cuenta con 347 artículos y 54 disposiciones adicionales, cada una de ellas con un régimen jurídico específico para cada materia sectorial a la que se refiere. Entre sus principales novedades merece destacar la ampliación de su ámbito subjetivo a partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales, se crea el contrato de concesión de servicios como contrato nominado, basado en el riesgo operacional, contempla la división del objeto del contrato en lotes como regla general, al objeto de discriminar positivamente a las pequeñas y medianas empresas, al tiempo que amplía el objeto del recurso especial en materia de contratación. Asimismo, la norma regula los órganos propios de la normativa de contratación: la Junta Consultiva de Contratación Pública, el Comité de Cooperación en materia de contratación pública, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, la Oficina Nacional de Evaluación, así como la Estrategia Nacional de Contratación Pública.

Finalmente, y siguiendo el orden cronológico, el Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del

¹² DE LA MORENA LÓPEZ, J. <<Evolución histórica de la contratación pública en España>> *Observatorio de Contratación Pública*. 4 de junio de 2012.

ámbito tributario y de litigios fiscales¹³, deroga la Ley 31/2007 y diseña el régimen jurídico de los denominados sectores excluidos.

1.1.2. Construcción del contrato administrativo

No ha resultado fácil la construcción del contrato administrativo como institución jurídica en nuestro país ni en derecho comparado, y ello se debe fundamentalmente a dos causas. La primera es que la importación de esta institución desde el derecho privado casa mal con el principio de legalidad. En efecto no son pocas las figuras jurídico-públicas que proceden del derecho civil¹⁴, como por ejemplo la teoría de las fuentes del derecho o la responsabilidad patrimonial.

La contratación más que ninguna otra debería ser una institución fácilmente importable del derecho privado. Sin embargo, el contrato administrativo no se puede explicar desde la autonomía de la voluntad de las partes, que no se encuentran en una situación de igualdad¹⁵, sino desde el principio de legalidad, es decir, desde la aplicación de una norma; de ahí que desde sus mismos orígenes hayan existido dudas sobre la configuración de un contrato¹⁶, en el que la Administración se irroga para sí una serie de prerrogativas¹⁷.

En efecto la Administración ordena, manda, autoriza, prohíbe, sanciona, nombra o cesa, expropia, regula, y todo ello lo hace a través del acto administrativo¹⁸. Por ello la

¹³ Vid., EZQUERRA HUERVA, A. y NAVARRO CABALLERO, T.M. (Directores) *Contratación pública y agua. El impacto de la nueva regulación de los contratos públicos en el derecho de aguas*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2018.

¹⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*. Civitas. Madrid, 1996.

¹⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. <<La institución contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes>> *Revista de Administración Pública* núm. 29. Mayo-agosto 1959. Págs. 59 a 102.

¹⁶ FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, R. *Los contratos administrativos*. V. Suárez, editor. Madrid, 1927.

¹⁷ MEILÁN GIL, J.L. <<Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión>> *Revista de Administración Pública* núm. 191. Mayo-agosto 2013. Págs. 11 a 41.

¹⁸ ARIÑO ORTIZ, G. <<El enigma del contrato administrativo>> *Revista de Administración Pública* núm. 172. Enero-abril 2007. Pág. 86.

construcción de la figura del contrato administrativo ha sido la de una constante tensión con el acto administrativo¹⁹, como también lo ha sido en derecho comparado²⁰. García de Enterría explica que, en el seno de esta tensión con el acto administrativo, el contrato únicamente pudo fraguarse con base en la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, amparada en la doctrina de los actos separables²¹, y que esta distinción condujo a la dualidad de jurisdicciones entre el contrato administrativo y el contrato privado de la Administración²².

En cualquier caso, la historia del contrato administrativo en España y en cualquier ordenamiento del sistema continental constituye un proceso de sustantividad de la figura del contrato administrativo respecto del contrato civil²³, en torno al principio de legalidad y de acuerdo con los principios generales que informan este subsector del ordenamiento jurídico: igualdad, objetividad, publicidad y concurrencia competitiva, porque en definitiva estos principios garantizan el interés público²⁴.

En segundo término, no es posible olvidar que los contratos del sector público tienen una fuerte impronta económica (un 19 por 100 del PIB de la Unión Europea), que –por su incidencia en el mercado único europeo– su regulación se halla fuertemente intervenida por las instituciones europeas.

¹⁹ MEILÁN GIL, J.L. <<La actuación contractual de la Administración Pública Española. Una perspectiva histórica>> *Revista de Administración Pública* núm. 99. Septiembre-diciembre, 1982. Pág. 9.

²⁰ ARIÑO ORTIZ, G. Contrato del Estado y Comon Law. Prólogo al libro de MONEDERO GIL *Doctrina del Contrato del Estado*. Madrid, 1977. FORSTHOFF, E. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, 1958. Págs. 374 y ss. MAYER, O. *Derecho administrativo alemán*. Depalma. Buenos Aires, 1949. Págs. 125 y ss. BULLINGER, M. *Vertrag und Verwaltungsakt*. Stuttgart, 1962.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. <<La figura del contrato administrativo>> *Revista de Administración Pública* núm. 41. 1963. Pág. 104.

²² PARADA VÁZQUEZ, J.R. *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1963.

²³ GIRALDES GUTIÉRREZ, L.S. <<La evolución histórica del contrato administrativo. Una reflexión sobre la situación actual de la figura y sus perspectivas de futuro desde sus bases institucionales>> *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 36. Iustel. Mayo, 2014.

²⁴ BOQUERA OLIVER, J.M. <<Los contratos de la Administración desde 1950 hasta hoy>> *Revista de Administración Pública* núm. 150. Septiembre-diciembre 1999. Págs. 13 a 32.

En efecto las leyes de contratos españolas de las últimas décadas son fruto de la transposición de directivas comunitarias. No en vano la Ley 9/2017 y el Real Decreto Ley 3/2020 transponen las denominadas directivas de cuarta generación²⁵, como son:

1.- La Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

2.- La Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública y que deroga la Directiva 2014/18/CE, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos de obras, servicios y suministros.

3.- La Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2014/17/CE.

El legislador español en el caso de la Ley 9/2017 no se limitó a la estricta incorporación del contenido de la Directiva 2014/24/UE, sino que aprovechó la reforma normativa para introducir cuestiones propias del derecho nacional²⁶, de ahí su inusual extensión a la que nos hemos referido.

²⁵ Estas directivas derogan las de tercera generación, como son la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y la Directiva 2004/17/CE, relativa a los sectores excluidos. Ambas directivas derogan a su vez la Directiva 92/50/CEE, la Directiva 93/36/CEE y la Directiva 93/37/CEE. Por último, las directivas de primera generación

²⁶ MORENO MOLINA, J.A., PUERTA SEGUIDO, F., PUNZÓN MORALEDA, J. y PÉREZ OLIVARES, A. *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*. Wolters Kluwer. Madrid, 2016. Vid., asimismo, MORENO MOLINA, J.A. "La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos", en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; MORENO MOLINA, J.A. y DOMÍNGUEZ ALONSO, P. "El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública", en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; RASQUIN LIZARRAGA, M.M. <<Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España>>, *Revista de Administración Pública* núm. 196, 2015, pp. 97-13 y GIMENO FELIU, J.M. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del lide-razgo institucional de los poderes públicos)*. Aranzadi, Cizur Menor, 2014. RUIZ DE CASTAÑEDA, A. y BERNAL BLAY, M. "La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes", en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos*

En definitiva, todo lo anterior conduce a considerar que el derecho de los contratos se construye a partir de un procedimiento administrativo, que –como tal– comprende diferentes actos de trámite (algunos, cualificados y en consecuencia susceptibles de impugnación), que finalizan en la resolución de la adjudicación. No obstante, es preciso reconocer que el contrato, a diferencia del procedimiento administrativo general, no se limita a iniciarse con un acuerdo y finalizar con la resolución de la adjudicación. Antes al contrario, su peculiaridad hace que conste de cuatro fases: las actuaciones preparatorias, la fase de adjudicación, la ejecución del contrato, y la terminación.

En efecto, es factible decir que el procedimiento administrativo *strictu sensu* comienza con el anuncio de licitación y termina con la adjudicación. Sin embargo, con carácter previo al anuncio existen las actuaciones preparatorias: algunas de ellas tienen efectos meramente internos, como la documentación contable (retención de crédito, informe de necesidad y de falta de medios propios, informe de fiscalización previa o limitada), mientras que otros tienen efectos ad extra, como puede ser el estudio de viabilidad de una concesión de servicio.

Con carácter posterior a la adjudicación sucede la ejecución del contrato, plagado de incidencias: modificaciones contractuales, mantenimiento o ruptura del equilibrio contractual, cesión del contrato, y por último la terminación puede ser ordinaria (transcurso del plazo concesional, finalización de la obra), o por un incumplimiento culpable del contratista o de la Administración en el pago del precio, y en cualquier caso conlleva la apertura de la fase de liquidación y la incautación de garantía si se acredita la generación de daños y perjuicios a la Administración.

Este análisis se centra, como se ha visto, en la eventual responsabilidad patrimonial que la actuación administrativa en la fase precontractual (las actividades preparatorias del contrato) pueda provocar a los particulares, ya sean licitadores no adjudicatarios, o el licitador que resulte finalmente adjudicatario.

2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42. MORENO MOLINA, J.A. “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el *Liber amicorum* Tomás-Ramón Fernández, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II.

1.2. Responsabilidad patrimonial

1.2.1. Características principales

La responsabilidad patrimonial de la Administración también ha experimentado un desarrollo plagado de obstáculos. Durante siglos la máxima de que *the king can do not wrong* impidió por completo cualquier atisbo de indemnización del poder público a los particulares por la irrogación de daños antijurídicos. En España esta institución nace con ocasión de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, en cuya redacción tuvo una participación destaca D. Eduardo García de Enterría²⁷. En efecto esta Ley plantea la responsabilidad patrimonial de manera muy sutil. En sus artículos 108 y ss. regula la indemnización por la ocupación temporal, extremo que tiene su encaje en una Ley de expropiación Forzosa.

Sin embargo, a continuación regula la indemnización “por otros daños”, de manera que el artículo 120 contempla los daños que la Administración pueda causar a particulares con medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación, todas ellas llevadas a cabo con ocasión de graves razones de orden o de seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades. Esta disposición también puede tener cierta explicación en una Ley de Expropiación Forzosa. Pero a partir de aquí, la Ley, en sus artículos 121 y siguientes, entra de lleno a regular la responsabilidad patrimonial con carácter general, señalan que será indemnizable toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Civitas. Madrid, 2006.

Este régimen jurídico –se insiste, contenido en la Ley de Expropiación Forzosa y no en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958– perdurará hasta la Constitución Española de 1978, que prácticamente hace suya la redacción del artículo 121 LEF. En efecto, el artículo 106.2 CE establece que los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. A partir de aquí será ya la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común la norma en España que recoja el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial, que de nuevo se incorpora en las Leyes 39 y 40 de 2015, en una dualidad de normas que ha sido abiertamente criticada por la doctrina más autorizada²⁸ y cuyos ante proyectos de ley no fueron compartidos por el Consejo de Estado en cuanto a desdoblarse una misma materia en dos normas distintas²⁹. El legislador se escuda en que en la Ley 39/2015 (dedicada al procedimiento administrativo) regula el inicio del procedimiento de reclamación patrimonial, mientras que en la Ley 40/2015 señala los principios que informan la institución de la responsabilidad patrimonial. No obstante, lo cierto y verdad es que para una misma figura jurídica (sucede con la responsabilidad patrimonial y también con la potestad sancionadora) el operador jurídico debe atender a dos normas distintas.

Con estos antecedentes normativos la doctrina de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se encuentra recogida a día de hoy en el ordenamiento español en el artículo 106.2 de la Constitución española, traducido positivamente en los artículos 65 LPAC y 32 y siguientes de la LRJSP. Para que nazca la obligación de que las Administraciones Públicas respondan y reparen los daños, de acuerdo con reiterada doctrina de la Jurisprudencia, deben concurrir los siguientes requisitos:

²⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. <<Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y de régimen jurídico del sector público. Una primera evaluación>> *Documentación administrativa* núm. 2. Nueva época. Diciembre 2015. BAÑO LEÓN, J.M. <<La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados>> *Documentación administrativa* núm. 2. Nueva época. Diciembre 2015.

²⁹ Dictamen 275/2015, de 29 de abril de 2015, relativo al anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

a) La realidad efectiva del daño o perjuicio causado, evaluable económicamente e individualizado respecto de una persona o de un grupo de personas.

b) Que el daño o la lesión sufridos por la reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación de causalidad adecuada, sin intervención de elementos alteradores del nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que la reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Este será el esquema que se aplicará en las páginas que siguen a los supuestos de responsabilidad por actividad precontractual de la Administración.

1.2.2. Falta de una teoría general en la materia. El necesario recurso a los principios de la responsabilidad

La responsabilidad patrimonial en España es una institución muy consolidada; de hecho en las últimas décadas viene sufriendo una *vis expansiva*, que hace que no pocas entidades públicas hayan creado unidades específicas para afrontar las reclamaciones que les dirigen. No obstante su notable presencia en el ordenamiento, la principal objeción que se le puede formular es que no existe una teoría general en torno a esta materia, que se ha ido construyendo alrededor de la casuística, a golpe de sentencias de los Tribunales de Justicia y de dictámenes del Consejo de Estado y de órganos consultivos autonómicos³⁰.

A ello hay que añadir el carácter vacilante de los criterios doctrinales, que hacen que un mismo hecho sea generador de responsabilidad en función de momentos y

³⁰ BAUZÁ MARTORELL, F.J. *La presunción de culpa en el funcionamiento de los servicios públicos*. Prólogo de Juan Alfonso Santamaría Pastor. Thomson Reuters. Cizur Menor. 2017. Pág. 23.

lugares³¹. No en vano la doctrina se ha referido a esta institución como una suerte de juego de envite a azar, porque la víctima del daño pocas veces puede tener seguridad de que su reclamación se vaya a estimar en sede administrativa o judicial³². Como también sigue sin resolverse si la responsabilidad patrimonial es objetiva o subjetiva, o el problema de la dualidad de jurisdicciones, que también ha atravesado cambios y vaivenes³³.

La inseguridad jurídica en consecuencia planea sobre la responsabilidad patrimonial, que se halla huérfana de una teoría general, de suerte que no pocos autores vienen sugiriendo una reconsideración total del sistema³⁴. Si esto es así en la responsabilidad patrimonial con carácter general, en el caso de la actividad pre contractual de la Administración -mucho menos desarrollada en la práctica- esta indefinición e inseguridad serán todavía más patentes. Por este motivo es por lo que nos proponemos abordar esta temática, al objeto no solo de analizar los supuestos generadores de responsabilidad, sino también -en la medida de lo posible- proponer recomendaciones de *lege ferenda*.

En cualquier caso, y como consecuencia de esta falta de una teoría general, es por ello que resulta obligado acudir a los principios de la responsabilidad³⁵. El legislador español, consciente de que la casuística impera en materia de responsabilidad hasta el punto de dificultar o hacer imposible una teoría general, se limita a enumerar

³¹ A modo de ejemplo, las caídas en la vía pública han experimentado esta variación. Durante años cualquier caída en la vía pública era indemnizable por aplicación de un criterio objetivo. Más tarde los Tribunales vinieron exigiendo un deber de diligencia a la víctima del daño, considerando que sólo eran indemnizables aquellos daños clamorosos, que hubieran causado otras caídas, o que el Ayuntamiento hubiera reparado, reconociendo su responsabilidad. Por el contrario recientemente se vuelve a observar de nuevo la tendencia a indemnizar las caídas en la vía pública, cual ley del péndulo.

³² NIETO, A. <<La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado>> *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 4. 1975. Págs. 90 a 95.

³³ PANTALEÓN PRIETO, F. *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*. Tecnos. Madrid, 1985.

³⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. Prólogo al libro de DE AHUMADA RAMOS, F.J. *La responsabilidad patrimonial de la Administración*. 2ª edición. Thomson Reuters -Aranzadi. 2ª edición. Cizur Menor, 2004. Págs. 25 a 35.

³⁵ DOMÉNECH PASCUAL, G. *El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. En SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.) *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Wolters Kluwer. Madrid, 2010. Págs. 663 a 701.

los principios de la responsabilidad y a hacer descansar el resultado de esta materia sobre las resoluciones administrativas, las sentencias judiciales y los dictámenes consultivos que se emitan. Todo ello y a pesar de que los principios de la responsabilidad sean los mismos, genera la disparidad de criterios que denunciarnos. En definitiva la conclusión que se alcanza es que la responsabilidad patrimonial es una institución de construcción netamente jurisprudencial, que es la que ha ido confeccionando los principios de la responsabilidad, y sus límites³⁶, que a su vez se han trasladado al derecho positivo.

El legislador español contempla los principios de la responsabilidad patrimonial en su artículo 32, con las siguientes premisas:

1.- Con carácter general, la responsabilidad se articula en torno a la misma premisa del artículo 121 LEP y del artículo 106.2 CE: a los particulares se les reconoce el derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

2.- Se contempla la posibilidad de que un acto administrativo anulado haya causado un daño a su destinatario o a terceros, en el sentido de si este daño ha sido antijurídico o no. El artículo 32 considera que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización, de manera que habrá que demostrar en fase de prueba que la víctima del daño no tenía la obligación legal de soportarlo.

³⁶ BIANCA, M. <<El principio de la responsabilidad patrimonial y sus limitaciones>> Derecho PUCP, *Revista de la Facultad de Derecho* núm. 58. 2005. Págs. 187 a 201.

3.- Como requisitos ineludibles, se exige que el daño alegado deba ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

4.- Se admite la responsabilidad del Estado legislador, de suerte que los particulares tiene derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen. La responsabilidad del Estado legislador puede surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurran los requisitos a los que nos hemos referido:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurran los requisitos del artículo 32.4.

b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32.5.

5.- Otro principio que enumera la Ley 40/2015 es el de la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley. En este sentido, si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procede –de acuerdo con el artículo 32.4– su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

6.- Asimismo se contempla el daño que provoca una norma española contraria al Derecho de la Unión Europea (artículo 32.5 LRJSP), de suerte que resulta exigible su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el

daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deben cumplirse todos los requisitos siguientes:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

7.- La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

8.- Otra asignatura pendiente en derecho español ha sido la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, que tradicionalmente las leyes de procedimientos administrativo han remitido a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. No podemos dejar de notar que el artículo 294.1 LOPJ ha venido reconociendo hasta fechas recientes derecho a indemnización a quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, fueran absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa hubiera sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hubieran irrogado perjuicios.

Esta redacción hacía inviable la exigencia de responsabilidad a quien, después de haber ingresado en prisión preventiva, resultaba absuelto. Este precepto fue objeto de cuestión de constitucionalidad y el Tribunal Constitucional en Sentencia 85/2019, de 19 de junio de 2019 (rec. 4314/2018), declara la inconstitucionalidad y nulidad de los

incisos “por inexistencia del hecho imputado “y “por esta misma causa” del artículo 294.1³⁷.

9.- De manera específica para el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el artículo 32.8 LRJSP obliga al Consejo de Ministros a fijar el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad. El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado.

10.- Por último y en materia de contratación, el legislador obliga a seguir el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014³⁸. A su vez, formando España parte de la Unión Europea y de acuerdo con el sesgo integrador de esta organización internacional en materia de procedimiento administrativo³⁹, los principios de la legislación española deben cohonestarse con los principios europeos sobre responsabilidad patrimonial.

³⁷ COBREROS MENDAZONA, E. <<El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada>> *Revista de Administración Pública* núm. 209. Mayo-agosto 2019. Págs. 13 a 44.

³⁸ El art. 32.9 de la Ley 39/2015 se refiere al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Estado, que hay que entender derogado en virtud de la disposición derogatoria de la Ley 9/2017. No se olvide en cualquier caso

³⁹ SORIANO GARCÍA, J.E. (Dir.) *Procedimiento administrativo europeo*. Civitas. Madrid, 2012. MIR, O. (et alteri) (Dir.) *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2015.

En este sentido el *European Group on Tort Law* (que tiene sus orígenes en el *Tilburg Group*)⁴⁰, desde 1992 reúne juristas europeos y no europeos (algunos de ellos, miembros del *American Law Institute*, que aportan su experiencia del *Restatement (Third) of Torts*) con la intención de estudiar la responsabilidad en los ordenamientos europeos y armonizar un sistema europeo sobre esta materia⁴¹. En coherencia con su objetivo de armonizar el derecho de daños en los estados miembros de la Unión Europea, en 2005 este Grupo hizo públicos los *Principles of European Tort Law* (PETL), que persiguen ofrecer unas bases a los Estados miembros para la integración de sus sistemas de responsabilidad civil. Al decir de la doctrina, el valor normativo de estos Principios es relativo, si bien no pueden excluirse del catálogo de fuentes del Derecho, toda vez que contribuyen a integrar los sistemas nacionales de fuentes⁴².

Los principios constan de treinta y seis artículos, organizados por títulos, capítulos y secciones. Se enumeran siguiendo una notación decimal en la que el primer dígito –separado de los demás por dos puntos– indica el capítulo, el segundo la sección, y los dos últimos el orden del artículo dentro de cada sección. Por lo que se refiere a su estructura, el Título Primero contiene, a modo de introducción, la norma fundamental de la responsabilidad (Capítulo Primero). El Título Segundo se dedica a los presupuestos generales de la responsabilidad: el daño (Capítulo Segundo) y la relación de causalidad (Capítulo Tercero). El Título Tercero, bajo el epígrafe de “Fundamento de la responsabilidad”, trata la responsabilidad por culpa (Capítulo Cuarto), la responsabilidad objetiva (Capítulo Quinto) y la llamada “responsabilidad por otros” (Capítulo Sexto). El Título Cuarto se refiere a las causas de exoneración en general (Capítulo Séptimo) y a la llamada “conducta o actividad concurrente” (Capítulo Octavo). El Título Quinto trata los supuestos de pluralidad de causantes del daño (Capítulo Noveno) y el Título Sexto y último la indemnización (Capítulo Décimo),

⁴⁰ Este Grupo colabora con el *European Centre of Tort and Insurance Law* y con el *Institute of European Tort Law*, ambos con sede en Viena. Vid., www.egtl.org.

⁴¹ En términos semejantes al a la *European Contract Law Commission (Lando Commission)* en materia de contratación europea.

⁴² BAUZÁ MARTORELL, F.J. *La presunción de culpa*. Op. Cit. Pág. 75.

dividida en cuatro secciones: la indemnización en general, daño patrimonial, daño no patrimonial y reducción de la indemnización⁴³.

1.2.3. La responsabilidad en la contratación

1.2.3.1. La responsabilidad contractual en la LRJSP y en la LCSP

En una primera aproximación, ya se ha adelantado cómo, tanto la LRJSP como la LCSP, se refieren a la responsabilidad patrimonial de la Administración en su actividad contractual. Así, la Ley 40/2015, en su artículo 32.9, contempla los daños que un contratista pudiera ocasionar a un tercero, advirtiendo que serán responsabilidad de la Administración –a seguir según el procedimiento previsto en la LPAC– en los casos en que aquellos sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración, o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, sin perjuicio de las especialidades que en su caso establezca la legislación de contratos. Ninguna otra referencia contiene la LRJSP en materia de responsabilidad derivada de la contratación del sector público.

Por su parte la LCSP se refiere a la necesidad de indemnizar en varios supuestos concretos:

a.- Anulación de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación (artículo 42 LCSP). Con ocasión de la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, se produce automáticamente la nulidad del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y, si esto no fuese posible, se devolverá su valor. En cualquier caso la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

⁴³ MARTÍN CASALS, M. <<Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”>>. *InDret. Revista para el análisis del Derecho* núm. 284. Barcelona, mayo 2005. Pág. 6.

b.- Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato (artículo 152 LCSP). En este caso el legislador exige que se compense a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.

c.- Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso (artículo 194 LCSP). La Administración puede exigir que el contratista le indemnice los daños y perjuicios que le ocasione este último como consecuencia de un incumplimiento parcial, un cumplimiento defectuoso o una demora en la ejecución de la prestación.

d.- Daños y perjuicios causados a terceros (artículo 196 LCSP). El contratista asume *ex lege* cualquier responsabilidad por daños causados a terceros, con la salvedad de aquello que traigan causa de órdenes expresas de la Administración o de vicios del proyecto en el contrato de obras o en el contrato de suministro de fabricación.

e.- Suspensión de contratos (artículo 208 LCSP). El contrato puede verse suspendido, ya sea porque la Administración contratante así lo acuerde, o porque la Administración demore el pago del precio cuatro meses (artículo 198.5 LCSP). En cualquier caso la Administración debe indemnizar al contratista por los siguientes conceptos:

1.- Gastos por mantenimiento de la garantía definitiva.

2.- Indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión.

3.- Gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión.

4.- Alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido.

5.- Un 3 por 100 del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión, conforme a lo previsto en el programa de trabajo o en el propio contrato.

6.- Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro suscritas por el contratista previstos en el pliego de cláusulas administrativas vinculados al objeto del contrato.

f.- Efectos de la resolución de un contrato (artículo 213 LCSP). El incumplimiento culpable por cualquiera de las partes del contrato, genera el deber de indemnizar a la contraria. En este sentido, el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determina para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista. En cambio, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

Asimismo y en los casos en que la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 211 (la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido), el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista o éste rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 205, que hace referencia a las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas

particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales.

1.2.3.2. Actividad precontractual y actividad contractual

La LCSP dedica su Libro II a los contratos de las Administraciones Públicas, organizándose en torno a un Título I, relativo a las disposiciones generales, y un Título II, dedicado a las peculiaridades propias de cada uno de los contratos nominados. Las disposiciones generales (Título I del Libro II) comprenden a su vez dos capítulos, el Capítulo I, sobre las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas, y el Capítulo II, que lleva por epígrafe la racionalización técnica de la contratación.

Sin perjuicio de que los sistemas para la racionalización de la contratación en las Administraciones Públicas se integren en el procedimiento de contratación y que su vez comprendan fases del contrato, lo cierto y verdad es que un contrato del sector público se estructura en torno a cuatro fases:

1.- Preparación del contrato, que comprende las actuaciones previas: consultas preliminares del mercado, inicio del expediente tramitación contable, elaboración de estudios de viabilidad económica en los contratos de concesión de obra pública y de servicios, y la confección de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas.

2.- Adjudicación. Previsto en los artículos 131 y ss. de la LCSP, el procedimiento de adjudicación concentra fundamentalmente los eventuales motivos de impugnación que puedan existir. Se ve informado por los principios de igualdad, transparencia y libre competencia (artículo 132) y comprende diferentes formas de adjudicación:

a.- Procedimiento abierto (artículos 156 a 159 LCSP), en el que todo empresario interesado puede presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los

términos del contrato con los licitadores. Esta forma de adjudicación admite asimismo un procedimiento simplificado en los supuestos del artículo 159⁴⁴.

b.- Procedimiento restringido (artículos 160 a 165 LCSP), en el que cualquier empresa interesada podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación, y en el que solo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación.

c.- Procedimiento con negociación (artículos 166 a 171 LCSP), en el que la adjudicación recae en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos.

d.- Diálogo competitivo (artículos 172 a 176 LCSP), en el que la mesa especial de diálogo competitivo dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que sirven de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta. En esta forma de adjudicación cualquier empresa interesada puede presentar una solicitud de participación en respuesta a un anuncio de licitación, proporcionando la información y documentación para la selección cualitativa que haya solicitado el órgano de contratación.

e.- Procedimiento de asociación para la innovación (artículos 177 a 182 LCSP), consistente en un procedimiento que tiene como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los órganos de contratación y los participantes. A tal efecto,

⁴⁴ “Que su valor estimado sea igual o inferior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras, y en el caso de contratos de suministro y de servicios, que su valor estimado sea igual o inferior a 100.000 euros.

b) Que entre los criterios de adjudicación previstos en el pliego no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor o, de haberlos, su ponderación no supere el veinticinco por ciento del total, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, en que su ponderación no podrá superar el cuarenta y cinco por ciento del total”.

en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, el órgano de contratación determina cuál es la necesidad de un producto, servicio u obra innovadores que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado. Indica asimismo qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todos los licitadores, y definirá las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial. La información facilitada será lo suficientemente precisa como para que los empresarios puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la solución requerida y decidir si solicitan participar en el procedimiento.

f.- Concursos de proyectos (artículos 183 a 187 LCSP), que son aquellos procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos, a través de una selección que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado, todo ello de conformidad con las bases del concurso.

3.- Ejecución del contrato. En los artículos 188 y ss. la LCSP regula en una misma sección del Capítulo I los efectos, el cumplimiento y la extinción de los contratos; si bien, dada la particularidad de la terminación del contrato y sus diferentes variables, vamos a entender como dos fases distintas la ejecución y la terminación. Esta fase se refiere fundamentalmente al proceso de cumplimiento del contrato, partiendo de la premisa de vinculación al contenido contractual, del que forman parte no solamente el contrato, sino también los pliegos y la oferta del licitador adjudicatario (artículo 189 LCSP).

En la ejecución del contrato se tienen en cuenta las prerrogativas de la Administración para defender el interés general (artículos 190 y 191 LCSP)⁴⁵, así como las diferentes incidencias que pueden surgir: incumplimiento parcial, demora en el pago del precio por parte de la Administración, principio de riesgo y ventura, obligaciones en

⁴⁵ MEILÁN GIL, J.L. <<Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión>> *Revista de Administración Pública* núm. 191. Mayo-agosto 2013. Págs. 11 a 41.

materia medioambiental, social o laboral, o el régimen de modificación de los contratos (artículos 203 a 207 LCSP).

4.- Terminación y liquidación del contrato. Los contratos del sector público finalizan por cumplimiento o por resolución (artículo 209 LCSP). La forma ordinaria de extinguirse el contrato es el cumplimiento (artículo 210 LCSP), que supone que el contratista ha realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación. En cambio, el artículo 211 LCSP enumera las causas de resolución:

a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 98 relativo a la sucesión del contratista.

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.

d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista⁴⁶.

e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior a seis meses (artículo 198.6 LCSP) o el inferior que se hubiese fijado al amparo del apartado 8 de este mismo precepto.

f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato⁴⁷.

⁴⁶ “En todo caso el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas”.

⁴⁷ “Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

h) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en la propia LCSP.

i) El impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato.

1.2.3.3. **Actividad contractual de derecho público y de derecho privado**

No se olvide que no todos los contratos que tramiten y suscriban las entidades del sector público se rigen por el derecho público, sino que, como reconoce expresamente en el artículo 24 LCSP, los contratos del sector público podrán estar sometidos a un régimen jurídico de derecho administrativo o de derecho privado, planteando esta cuestión con frecuencia problemas de delimitación⁴⁸. En efecto, tradicionalmente existe una tendencia a interpretar que toda actividad contractual de la Administración se somete a la legislación de contratos del sector público, cuando en este punto resulta obligado traer a colación la doctrina de los actos separables⁴⁹. En este

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general”.

⁴⁸ FUERTES LÓPEZ, M. <<Los problemas de delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas>> *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* núm. 8. Mayo 2000.

⁴⁹ GAMERO CASADO, E. <<Régimen de los actos separables de los contratos privados del sector público; especial referencia a las entidades instrumentales con personalidad de derecho privado>> *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas* núm. 163. 2019. Págs. 77 a 94. GARCÍA RUBIO, F. <<Actos separables en la

sentido, el artículo 25 LCSP atribuye carácter administrativo, siempre que se celebren por una Administración Pública, a los siguientes contratos:

a) Los contratos típicos o nominados, que son el de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios⁵⁰.

b) Los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

Por lo que respecta a su régimen jurídico, los contratos administrativos se rigen, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplican las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales les resultan de aplicación, en primer término, sus normas específicas, como no puede ser de otra manera de acuerdo con el principio de especialidad.

En cambio, el legislador califica como contratos privados (artículo 26 LCSP):

a) Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los contratos nominados y de los contratos administrativos especiales.

contratación administrativa>> *Contratación administrativa práctica. Revista de la contratación y de los contratistas* núm. 37. Wolters Kluwer. 2004. Pág. 31 y ss.

⁵⁰ “No obstante, tendrán carácter privado los siguientes contratos:

1.º Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.

2.º Aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos”.

b) Los celebrados por entidades del sector público que, siendo poder adjudicador, no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

c) Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.

En lo tocante a su régimen jurídico, los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se rigen, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, estos contratos se rigen por el derecho privado. Como excepción a lo anterior, a los contratos nominados y administrativos especiales, les resultan de aplicación, además del Libro Primero de la LCSP, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les son aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.

A mayor abundamiento, los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de aplicación de la LCSP, se rigen por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les son aplicables las normas de derecho privado, y aquellas normas a las que se refiere el párrafo primero del artículo 319 en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205.

Por último, los contratos que celebren las Entidades del Sector Público que no posean la condición de poder adjudicador, se regirán por lo dispuesto en los artículos 321 y 322. En lo que se refiere a sus efectos, modificación y extinción se regularán por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación.

De todo lo anterior y en lo que a este análisis importa, se debe concluir que la responsabilidad patrimonial por la actividad precontractual de la Administración contratante será predicable por igual tanto a los contratos administrativos como a los contratos privados.

1.2.3.4. La línea divisoria entre la actividad precontractual y la actividad contractual de la Administración contratante

Se debe situar en la perfección del contrato la línea divisoria entre la actividad precontractual y la actividad contractual; dicho de otra forma, hasta la perfección del contrato cualquier daño que genere la Administración contratante lo será por actuación precontractual, mientras que, a partir de la perfección, ya nos hallamos en sede de ejecución del contrato.

En este punto hay que traer a colación la doctrina de los actos separables⁵¹, e incluir entre la actividad precontractual de la Administración la preparación del contrato, la selección del contratista y la adjudicación de aquél⁵². El derecho positivo vigente sitúa la perfección del contrato con carácter general en su formalización, aunque no siempre ha sido así y de hecho este elemento ha ido variando y matizándose en las sucesivas reformas de la legislación de contratos.

⁵¹ Con orígenes en la doctrina francesa, la teoría de los actos separables fue comentada originariamente en España por BOQUERA OLIVER, J.M. *La selección de contratistas*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963. Págs. 177 y ss.

⁵² QUINTANA LÓPEZ, T. Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de su actividad precontractual y ex contractu. En QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir) *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Tirant lo blanch. Valencia, 2009. Tomo II. Pág. 1148.

En efecto, el artículo 53 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, hacía descansar la formalización del contrato en la adjudicación, indistintamente de cuál fuera el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados. En cambio, el artículo 27 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, modifica radicalmente la tradición histórica en derecho español y sitúa la perfección de los contratos en la formalización. Esta nueva consideración no fue bien acogida por la doctrina, que sostenía que la obligación contractual nace *per se* en la adjudicación y que la formalización obedecía a un valor meramente *ad probationem*⁵³. Por lo demás este precepto únicamente contemplaba una especialidad, que era la relativa a los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada, que se perfeccionaban con arreglo a su legislación especial.

En este contexto, aparece la Ley 9/2017, que por un lado da continuidad al nuevo criterio de la perfección con la formalización, si bien al mismo tiempo introduce una serie de especialidades en este ámbito. Ciertamente, el artículo 36 LCSP establece que los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada se perfeccionan con arreglo a su legislación especial. Y añade la especialidad de los contratos basados en un acuerdo marco, así como los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, que se perfeccionan en el momento de su adjudicación.

Por último, este precepto establece una última salvedad, relativa a los contratos menores, si bien –a diferencia de los contratos basados en un acuerdo marco o los específicos en el marco de un sistema dinámico de contratación– no establece el momento de su perfección, como tampoco lo hace el artículo 118 del mismo texto legal. Habrá que entender que, al consistir el contrato menor en una adjudicación directa, que la perfección se verifica en el momento en que se adjudica⁵⁴.

⁵³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. <<El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la directiva comunitaria de “recursos”>> *Revista de Administración Pública* núm. 185. Mayo-agosto 2011. Págs. 323 a 343.

⁵⁴ CARBONERO GALLARDO, J.M. <<El contrato menor>> *Contratación administrativa práctica* núm. 159. Wolters Kluwer. 2019. Págs. 23 y ss. Vid., asimismo, PALOMAR OLMEDA, A. (Dir) *Contratos menores en la Ley de Contratos del Sector Público*. Aranzadi. Cizur Menor, 2019.

Todo lo anterior conduce invariablemente a tener que apreciar ante qué clase de contrato nos encontramos, a fin de calificar si la acción u omisión de la Administración generadora de daños es precontractual o contractual, porque con carácter general será la formalización de la adjudicación, aunque en los casos que se han enumerado habrá que atender a la adjudicación. En cualquier caso, debe advertirse que, hasta la entrada en vigor del TRLCSP de 2011, la falta de formalización del contrato –que ya se había perfeccionado con la adjudicación–, era causa de resolución del contrato⁵⁵. En cambio, a partir del TRLCSP de 2011 y nuevamente bajo la vigencia de la LCSP de 2017, la falta de formalización del contrato se encuentra en un estadio de responsabilidad precontractual, porque el contrato todavía no ha nacido en el ordenamiento jurídico.

1.2.3.5. Elementos de la responsabilidad por actividad precontractual: el daño *in contrahendo*

Entrando ya en la responsabilidad patrimonial precontractual, en una primera aproximación se puede definir como aquella que tiene lugar cuando *los proponentes sufren un daño antijurídico como consecuencia de una acción u omisión atribuible a la otra parte, durante la etapa de la formación de la voluntad, que determina la imposibilidad de seleccionar al proponente, o la adjudicación irregular de la licitación, o la falta de perfeccionamiento del contrato*⁵⁶. A partir de aquí, el dato a tener en cuenta para la responsabilidad precontractual será el momento temporal en que se lleva a cabo la acción u omisión generadora del daño, que tiene que ser anterior a la perfección del contrato, que es –como se ha explicado en el epígrafe precedente– su formalización, con las tres excepciones en que el contrato se perfecciona con la adjudicación.

Por lo demás, los elementos de la responsabilidad precontractual serán comunes a los propios de la responsabilidad contractual: la acción u omisión de un órgano administrativo, o de alguno de sus elementos personales (un empleado público); el daño –que, tiene que ser efectivo, individualizado o individualizable, y en todo caso

⁵⁵ Vid. el Dictamen del Consejo de Estado 59/2007, de 1 de febrero, que confirma que es causa de resolución la no formalización del contrato en plazo con arreglo al art. 111.d del Real Decreto Legislativo 2/2000.

⁵⁶ ESCOBAR GIL, R. *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*. Legis Editores S.A. Bogotá, D.C., 1999. Pág. 228.

evaluables económicamente— y una relación de causalidad entre éste y aquél, que no puede sufrir ruptura o modulación como consecuencia de fuerza mayor, caso fortuito o culpa del perjudicado. La particularidad que se encuentra en la responsabilidad precontractual radica en el título jurídico de imputación, que difiere de la actividad contractual y de la responsabilidad patrimonial en general.

En efecto en materia de culpabilidad la responsabilidad patrimonial, como la civil en derecho privado, requiere de un elemento de culpa, ya sea dolo, negligencia o incluso el riesgo creado. En cambio, el daño creado por la actividad precontractual solo puede generarse por una infracción del ordenamiento jurídico. Esto nos lleva a residenciar la culpa en el principio de legalidad y en su caso en los principios de buena y confianza legítima⁵⁷. Se verá en el epígrafe siguiente que la responsabilidad patrimonial por actuación precontractual en España se verifica en el suministro erróneo de información a los licitadores, la adjudicación irregular, o el desistimiento o decisión de no adjudicar.

Todos estos supuestos son incardinables en la culpa *in contrahendo* propia del derecho civil. El Diccionario Panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española define la culpa *in contrahendo* como la responsabilidad civil por conducta contraria a la diligencia exigible en el momento de la formación del contrato⁵⁸.

Con orígenes en derecho alemán (Rudolf Von Jhering, segundo tercio del siglo XIX), la culpa *in contrahendo* significa en derecho civil la omisión de la diligencia en el momento de la celebración del contrato, que tiene como efecto directo que falte alguno de sus elementos esenciales o concurra algún defecto invalidante⁵⁹. En sede del derecho administrativo español, esta institución de la culpa *in contrahendo* se concentra, en el

⁵⁷ Para un análisis más detallado, se remite al análisis correspondiente a la responsabilidad precontractual en el derecho colombiano. Vid. *infra*, cap. 8.

⁵⁸ Añade el Diccionario que es una locución latina que significa literalmente “culpa en la negociación”. “Los tratos negociales preparatorios a la formación de los contratos han de estar salvaguardados por la buena fe (Sentencia de 26-II-1994), que cabe proyectar al caso del daño ocasionado por incumplimiento del contrato debidamente perfeccionado (STS, 1ª, 31-X-2001, rec. 2198/1996). Vid, <https://dpej.rae.es/lema/culpa-in-contrahendo>.

⁵⁹ GARCÍA RUBIO, M.P. *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Tecnos. Madrid, 1991. Vid. *infra*, cap. 8.

principio de legalidad en mayor medida, y en algún caso, en la confianza creada por la Administración en el licitador adjudicatario, por incumplimiento de las normas de adjudicación y la denominada responsabilidad por necesidad⁶⁰; pero se insiste que en mayor medida se debe a que la Administración contratante ha vulnerado el ordenamiento jurídico durante el proceso de preparación y adjudicación del contrato.

1.3. Actividad precontractual generadora de daños

Son varios los supuestos de actuaciones de la Administración contratante que puede ocasionar daños antijurídicos de los que nazca la obligación de indemnizar:

1.3.1. Retraso en la tramitación de expedientes de concesión

Dentro de la delgada línea que separa la concesión (contrato) de la autorización reglamentada, que es una licencia cuyos efectos prácticos acaban siendo coincidentes en la práctica con el régimen contractual⁶¹ y de acuerdo con la previsión de la iniciativa privada en la aportación de estudios de viabilidad y solicitudes de concesión (artículo 247.5 LCSP), lo cierto es que el retraso en la tramitación de expedientes de concesión puede provocar daños al concesionario que éste no venga obligado a soportar. Con carácter general la resolución tardía de un procedimiento de licitación no da lugar a indemnización. En este sentido el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 507/2016 considera que

no se excluye la posibilidad de considerar que la actuación dilatada en el tiempo del órgano de contratación pudiera no haber sido todo lo diligente que debiera y que ello haya podido quizá provocar otros perjuicios al licitador propuesto como adjudicatario, si bien esta hipotética responsabilidad patrimonial queda en todo caso fuera del ámbito competencial de este Tribunal (...) En el presente caso, sin embargo, procede remitirse a lo ya expuesto en nuestra resolución no 479/2013: "Por último, y en lo que concierne a las pretensiones resarcitorias ejercidas por la mercantil recurrente, este Tribunal considera que no son aplicables los preceptos reseñados sobre las consecuencias jurídicas indemnizatorias ante la resolución anticipada de los contratos, dado que no ha nacido la relación contractual.(...)"

⁶⁰ DÍEZ SASTRE, S. *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Marcial Pons. Madrid, 2012. Págs. 277 y ss.

⁶¹ BAUZÁ MARTORELL, F.J. *Naturaleza jurídica de la concesión de hecho consentida por la Administración*. Comares. Granada, 2012.

Ante la falta de previsión en el anuncio y en el pliego, se ha de estar a lo previsto en los principios generales rectores de la responsabilidad patrimonial, lo cual requerirá instar la incoación ante el órgano de contratación y la tramitación por éste del procedimiento que para tal fin regula el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, previa acreditación de los gastos efectivamente provocados a la licitadora recurrente.

Sin embargo, y dada la variedad de la casuística, sí podemos encontrar algún supuesto de una clamorosa tardanza en la tramitación de una concesión, que finalmente se acaba adjudicando. Tal es el caso que analiza la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, 793/2016, de 6 de abril de 2016 (rec. 2611/2014). Los hechos no pueden ser más hilarantes: una sociedad mercantil dedicada al transporte terrestre de viajeros solicita al Ministerio de Fomento en fecha 30 de noviembre de 1978 la concesión del trayecto Pamplona-Madrid. Durante años la Administración deniega esta solicitud, aduciendo que no era necesaria. El reclamante fundaba su petición en la necesidad de ese trayecto y se amparaba en el testimonio de corporaciones empresariales y plataformas ciudadanas que reivindicaban el servicio. En paralelo el Ministerio otorgaba concesiones de transportes a terceros para otras líneas que en algunos tramos coincidían con el propuesto. Finalmente los Tribunales ordenaron al Ministerio la concesión del servicio, y a partir de entonces el concesionario formula reclamación de responsabilidad patrimonial. En síntesis y de manera sucinta los hechos sucedieron de la siguiente manera:

a) La primera petición de otorgamiento de concesión se dedujo el día 30 de noviembre de 1978 y no fue admitida a trámite, como consecuencia de la Orden de 29 de enero de 1979, que creó una Comisión para estudio y planificación de servicios públicos regulares de transporte de viajeros de largo recorrido, que cerró provisionalmente la admisión de instancias y suspendió la tramitación de las pendientes.

b) Formulada impugnación en sede jurisdiccional se obtiene sentencia estimatoria de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 1986 (confirmada por la del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1988). En consecuencia, se presenta un proyecto de explotación de la línea en enero de 1987, con sometimiento e información pública.

c) Al entrar en vigor la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, se archiva el expediente administrativo por imperativo de la Disposición Transitoria 4 de la Ley y no haber declaración de necesidad de establecimiento del servicio.

d) La Audiencia Nacional ordena se tramite la solicitud conforme al Reglamento de Ordenación de los Transportes Mecánicos de 1949. Las resultas son una nueva decisión denegatoria de 15 de julio de 1997, basada en la no necesidad de la concesión, por existir dos concesiones, Madrid-Soria y Soria-Pamplona con extensión a la frontera francesa.

e) Ese acto administrativo es anulado en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de diciembre de 2003.

f) Se produce una adjudicación provisional el 22 de febrero de 2008 y una definitiva de 22 de diciembre del mismo año, y el servicio se inicia el 21 de enero de 2009.

g) La impugnación paralela de las concesiones solapadas a que se hace alusión en el apartado d) fue desestimada en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de enero de 2006, respecto de la que el Tribunal Supremo inadmitió recurso de casación en fecha 25 de noviembre de 2008.

h) La sociedad formula reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ministerio de Fomento en fecha 23 de diciembre de 2009 por el lucro cesante dejado de percibir desde 1978.

i) El Ministerio deniega la reclamación por resolución de fecha 21 de diciembre de 2011, que es recurrida en reposición, sin que la Administración resuelva expresamente.

j) El recurrente formula recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta anterior, ante la Audiencia Nacional, cuya Sala de lo Contencioso-Administrativo dicta Sentencia en fecha 6 de mayo de 2014 (rec. 473/2012), por la que desestima el recurso.

k) En cambio el Tribunal Supremo en la Sentencia que comentamos casa y anula la Sentencia de la Audiencia Nacional y condena a la Administración General del Estado a indemnizar al reclamante con más de ocho millones de euros.

Dos son las cuestiones que en esencia se discuten en esta Sentencia: si el reclamante ha sufrido un daño real o una simple conjetura en primer lugar; y en segundo término si el carácter discrecional de la concesión de una línea de transporte es compatible con la causación de un daño. Por lo que respecta al primero, en contra del criterio de la Abogacía del Estado, el Tribunal Supremo entiende que la sociedad reclamante ha sufrido un daño efectivo y no una mera conjetura o expectativa:

La reclamación indemnizatoria por la demora en la tramitación de la solicitud no se basa en una mera expectativa no resarcible, en una simple hipótesis de cuál habría sido el beneficio de la recurrente por la explotación de la línea desde el año 1978, y sí en un perjuicio real y efectivo derivado de la imposibilidad de la explotación, en razón del retraso de la Administración en el reconocimiento de la concesión, solo imputable a la actitud por ella mantenida, reiteradamente desautorizada por sucesivas sentencias que ponen de manifiesto la procedencia de la tramitación del procedimiento con la primera solicitud y en concurrencia con las circunstancias que ya en dicho momento debieron propiciar el otorgamiento de la concesión, de manera que se justifica un perjuicio real y efectivo que, por tratarse de un lucro cesante, va acompañado para su evaluación de un estudio económico.

En segundo lugar, la Administración demandada sostiene que el ejercicio de una potestad discrecional no puede dar lugar a responsabilidad patrimonial. En cambio, la Sentencia entiende que, cuando se trata del ejercicio de potestades discrecionales la doctrina de los Tribunales de Justicia puntualiza que "[...] bastaría en principio con un ejercicio razonable y razonado de la potestad, dentro del campo de posibilidades abierto a la libre apreciación de la Administración, para no estimar concurrente el requisito de la antijuridicidad del daño" (sentencias de 26 de septiembre de 2014 -recurso de casación 5859/2011-, 14 de octubre de 2010 -recurso de casación 405/2011- y 20 de febrero de 2012 -recurso de casación 462/2011-). Y que en el supuesto planteado es de

advertir que ese ejercicio razonable y razonado de la potestad administrativa no se infiere de las actuaciones. Lo que realmente resulta es un actuar injustificable e infundado que solo aparentemente se encuentra amparado en el ejercicio de unas facultades expresamente reconocidas para la planificación de un sector como el del transporte, en el que, como no podía ser de otra forma, rige el principio de interés general.

La conclusión de todo lo anterior es que el retraso clamoroso en la tramitación de un expediente de concesión es generadora de responsabilidad patrimonial como consecuencia de un tiempo desproporcionado y carente de justificación.

1.3.2. Suministro de información

Un supuesto habitual de responsabilidad por la actividad precontractual de la Administración es el de suministro equivocado de información previa al contrato, que induce a error al contratista en la formulación de su oferta, vinculándose en consecuencia con unas obligaciones y prestaciones de hacer que le resultarán deficitarias. En derecho privado el suministro de información forma parte de los tratos, negociaciones o conversaciones preliminares que dan lugar al contrato⁶². En cambio, en derecho público existe una relación más intensa entre el suministro de información y el contrato, hasta el punto de que aquélla –pese a ser anterior al contrato en sí– guarda una vinculación innegable, de manera que determina la formación de la voluntad para contratar⁶³. No es tanto un trato preliminar, sino un elemento del contrato: previo al contrato, pero elemento del mismo.

Otra cosa es que en derecho privado se otorgue protección al consumidor, que adopta una decisión con base en la información previa que le han suministrado para

⁶² ALONSO PÉREZ, M. <<La responsabilidad precontractual>> *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 485. Julio-agosto 1971. Pág. 860.

⁶³ MANRIQUE DE LARA MORALES, J. <<El deber de información y la responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. A propósito de la Sentencia de 11 de mayo de 2001>> *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001. Ref. D-231. Tomo 6. Editorial La Ley.

contratar. Tal es el caso que contempla la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario⁶⁴.

El Consejo de Estado en su Dictamen 62/2001, de 8 de julio, informa sobre una reclamación de responsabilidad contra el INEM, que había permitido a empresas de seguridad contratar personal en la modalidad de prácticas; estas empresas fueron sancionadas por la Inspección de Trabajo precisamente por hacer uso de esa modalidad y el Alto Órgano consultivo advirtió que

La actividad informativa, como servicio de la Administración, no es ajena al principio de responsabilidad cuando concurren los requisitos exigibles para esta última. En aplicación de este planteamiento general que, naturalmente, ha de considerar la índole y el alcance de la información, ha llegado a decir este Consejo que la Administración al facilitar una información errónea, formalmente suministrada, crea una apariencia jurídica a ella imputable y si, amparado en la misma o inducido por ella, el informado se decide a actuar en conformidad con lo indicado por la Administración, el perjuicio económico que sufra genera, en su caso, imputabilidad y responsabilidad administrativas.

Las consultas a la Administración son otra fuente de responsabilidad patrimonial en los casos de error. Piénsese por ejemplo en la solicitud de la ficha técnica de un solar; si el Ayuntamiento responde que se permite edificar, el particular adquiere la referida parcela, encarga un proyecto y, al solicitar licencia, el Ayuntamiento la deniega, en ese caso el Ayuntamiento debe responder⁶⁵. Tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (núm. 4878/1991 de 12 de junio) que

⁶⁴ Vid. el Dictamen 709/2017, del Consejo de Estado, de fecha 14 de septiembre de 2017, relativo al anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que se refiere expresamente al suministro de información previa: “En la fase precontractual, se establecen diversas obligaciones de información para el prestamista, quien deberá entregar al potencial prestatario, con una antelación mínima de siete días, la documentación enumerada en el artículo 5 del anteproyecto, entre la que se incluye, por ejemplo, una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), en la que se informará al prestatario o potencial prestatario de la existencia de cláusulas o elementos especialmente sensibles. Además, cuando el préstamo se formalice en escritura pública, se incluirá la advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario designado para la elevación a público del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega”. Este mismo Órgano de consulta ya se refirió al suministro de información en esta materia en su Dictamen 2104/2007, de 19 de diciembre de 2007, sobre el anteproyecto de ley por el que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

⁶⁵ AROZAMENA LASO, Á. (1989). <<La consulta urbanística: un estudio de artículo 55 de la Ley del Suelo>> *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 113. Págs. 71 a 99.

afirma que la contestación errónea a una consulta integra un funcionamiento anormal de la Administración de suerte que el ciudadano que confiando en aquella contestación desarrolla una determinada actuación que venga a resultar frustrada sufriendo con ello una lesión tendrá derecho a ser indemnizado.

Los distintos tipos de contratos, en efecto, pueden albergar actuaciones preparatorias en las que se consigne información errónea determinante para hacer incurrir en pérdidas al contratista. Así, en el caso del contrato de obras, los vicios del proyecto son generadores de un daño antijurídico. No en vano el artículo 233.4 LCSP entiende que, cuando la elaboración del proyecto haya sido contratada íntegramente por la Administración, el autor o autores del mismo incurrirán en responsabilidad, mientras que en el supuesto de que la prestación se llevara a cabo en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las responsabilidades se limitarán al ámbito de la colaboración⁶⁶.

Así mismo y cuando el proyecto incluyera un estudio geotécnico y el mismo no hubiera previsto determinadas circunstancias que supongan un incremento en más del 10 por ciento del precio inicial del contrato en ejecución, al autor o autores del mismo les será exigible la indemnización que establece el artículo 315, si bien el porcentaje del 20 por ciento que este indica en su apartado 1 deberá sustituirse, a estos efectos, por el 10 por ciento. Por otro lado, los estudios de viabilidad en el contrato de concesión de obras (artículo 247 LCSP) o en el de concesión de servicios (artículo 285.2 LCSP) también pueden contener información sesgada que induzca a un licitador a presentar una oferta económicamente inviable una vez adjudicado el contrato.

Igualmente puede generar error o confusión la consignación de datos relativos a las condiciones de trabajo reconocidas a trabajadores en los que exista obligación de subrogación por parte del adjudicatario. Esta información errónea constituye un auténtico título de imputación, definido como cualquier circunstancia en virtud de la cual es posible establecer una relación entre el daño y el sujeto imputado que justifique

⁶⁶ Por su parte, el artículo 315.2 LCSP regula la responsabilidad del contratista por vicios en el proyecto que le sean imputables exclusivamente a él.

atribuir a éste el deber de reparación que la antijuridicidad del daño impone⁶⁷. A mayor abundamiento este título de imputación se encuentra a caballo entre la legalidad y la confianza legítima⁶⁸. Y el Consejo de Estado en su Dictamen 1381/1996, de 30 de mayo de 1996 atribuye a la quiebra de la confianza legítima la condición de título de imputación de responsabilidad patrimonial:

Cuando el proceder de la Administración genera una apariencia y, confiando en ella y actuando de buena fe, un ciudadano se ajusta con su conducta a esa apariencia, pesa sobre la Administración la obligación de no defraudar esa confianza y estar a las consecuencias de la apariencia por ella creada.

Por lo que aquí importa, la vulneración del principio de confianza legítima del contratista no es una cuestión meramente abstracta, sino que se traduce en un daño efectivo y evaluable económicamente⁶⁹. El objeto de este análisis no es una falta de transparencia de un órgano administrativo o un error en la información suministrada, sino que nos hallamos en el seno de una relación previa –aunque determinante– a la formación de la voluntad para celebrar un contrato. De manera que el carácter erróneo de esa información precontractual como poco vicia el consentimiento, generando en su caso la resolución del contrato por causa imputable a la Administración, y de cualquier forma, la indemnización de los daños sufridos por los licitadores (tanto el adjudicatario como los que no han resultado adjudicatarios) como consecuencia de la información equivocada: para el adjudicatario, porque se ha comprometido con su oferta (que forma parte del contrato) a unas obligaciones que no puede cumplir en los mismos términos; y los licitadores no adjudicatarios, porque sin duda hubieran formulado otra oferta de haber conocido la información veraz.

1.3.3. Elección del procedimiento de adjudicación

El legislador contempla diferentes procedimientos de adjudicación: el procedimiento abierto (artículos 156 y ss. LCSP), el restringido (artículos 160 y ss.) y el

⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios...* Op. Cit. Pág. 203.

⁶⁸ ACOSTA-PENCO, T. <<La responsabilidad patrimonial de la Administración por información errónea en la doctrina del Consejo de Estado>> *Revista Digital de Derecho Administrativo* núm. 15. Primer semestre 2016. Pág. 240.

⁶⁹ MEDINA ALCOZ, L. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*. Aranzadi. Cizur Menor, 2005. Pág. 368.

procedimiento con negociación (artículos 166 y ss. LCSP); todo ello sin perjuicio de las fórmulas para la racionalización técnica de la contratación, entre las cuales se encuentran los acuerdos marco (artículos 219 y ss. LCSP).

Estos diferentes medios tienen que ponerse en relación con el principio general de la contratación de no discriminación y de libre competencia, que recoge el artículo 132 LCSP: *Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.*

En este sentido, habrá que valorar en cada caso si la elección de un procedimiento restringido o negociado, o la suscripción de un acuerdo marco, son contrarios a la libre competencia. Por razones obvias, el órgano de contratación tendrá que motivar y fundamentar la elección de este medio distinto al procedimiento abierto, porque de lo contrario el acto sería constitutivo de una infracción y podría generar responsabilidad patrimonial. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, así como la Autoridad Vasca de la Competencia tienen publicadas sendas Guías sobre Contratación Pública y Competencia, en las que advierten del peligro de que la contratación del sector público favorezca la colusión⁷⁰.

⁷⁰ La Guía de la CNMC llega a proponer que se incluya en los pliegos el siguiente texto: “En España la colusión entre empresas se encuentra prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. De acuerdo a su artículo 62 podría ser considerada infracción muy grave, en cuyo caso, el artículo 63 contempla la posibilidad de imponer una multa que podría alcanzar el 10% de la cifra total de negocios de la empresa, o, cuando no fuera posible delimitarla, una multa de más de 10 millones de euros. Asimismo, de acuerdo con el artículo 61.2 de la LDC, dicha conducta no sería únicamente imputable a la empresa que directamente la ejecute sino también a las empresas o personas que la controlan.

El falseamiento de la competencia en licitaciones públicas no sólo constituye una infracción administrativa, sino que puede constituir un ilícito penal. El artículo 262 del Código Penal establece que quienes alteren los precios en concursos y subastas públicas pueden ser sancionados con penas de prisión de uno a tres años, inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales y multa de doce a veinticuatro meses, así como la posible pena de inhabilitación especial para contratar con las Administraciones Públicas por un periodo de tres a cinco años.

Asimismo, la Disposición Adicional 27ª de la LCSP recoge la obligación de los órganos de contratación y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de notificar a la

Por su importancia sobre esta cuestión, debemos traer a colación la Resolución 256/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 14 de noviembre de 2012 (rec. 246/2012), que analiza la legalidad de unos pliegos de cláusulas administrativas y técnicas del acuerdo marco para los servicios de limpieza en las instalaciones del Ministerio de Defensa en todo el territorio nacional. La recurrente – la entidad Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales– fundamenta su recurso especial en que el acuerdo marco se divide en ocho lotes: siete de ellos en función de zonas geográficas y uno correspondiente a los hospitales militares de toda España; que es previsible que se adjudique a una sola empresa por cada lote, cuando en España -de acuerdo con los datos obrantes en el Instituto Nacional de Estadística- existe un total de 12.416 empresas en el sector; y que a mayor abundamiento se ha elegido un procedimiento de urgencia. Todo ello, a juicio de la recurrente, obstaculiza y restringe la competencia. Entiende el Tribunal que no se ha limitado la competencia por la elección del procedimiento de adjudicación, que responde a una motivación suficiente en materia de eficiencia del gasto público:

En este caso, el principio de eficiencia se plasma en objetivos de racionalización de la contratación y de reducción del gasto, no compatibles con una dispersión de la contratación. Tal dispersión podría propiciar el acceso a las licitaciones de las pequeñas y medianas empresas del sector, pero sería contraria a los objetivos indicados y podría ser menos respetuosa con principios como los de publicidad y transparencia en los procedimientos que son también salvaguarda de la libre competencia. La articulación de la licitación, tal como está diseñada en el acuerdo marco recurrido, tiene todas las garantías de publicidad y transparencia y, entre otras novedades que desarrollan la competencia, prevé la adjudicación mediante el procedimiento de subasta electrónica basada en mejoras sobre el precio total ofertado.

En los pliegos no se establece ninguna “barrera”, distinta de la clasificación y de ésta no se deriva en modo alguno que, como se argumenta en el recurso, solo puedan concurrir las 87 empresas con 500 o más trabajadores. Aparte del hecho de que las empresas de menor dimensión pueden asociarse en UTE.

La armonización entre los principios de eficiencia y de libre competencia se ha tenido en cuenta por parte del órgano de contratación, que ya ha realizado en una primera fase, a modo de prueba piloto, un contrato similar para el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid. Además, ha establecido un número de lotes suficiente para permitir el acceso de las empresas grandes y medianas en un mercado muy fragmentado.

Por tanto, corresponde al juicio del órgano de contratación la decisión motivada de la contratación en varios lotes, habiendo quedado justificado en el presente caso la conveniencia de licitación en los lotes que prevé el pliego y los inconvenientes para el cumplimiento de las

CNC los hechos observados que puedan constituir infracciones a la legislación de defensa de la competencia. Del incumplimiento de esta obligación podría derivarse responsabilidad administrativa”.

necesidades administrativas que se pretenden satisfacer con el contrato. Esas razones, entiende el Tribunal, han de prevalecer sobre el principio que pretende favorecer la máxima concurrencia, por lo que procede desestimar las alegaciones de la recurrente en este punto.

1.3.4. Anulación de las bases del concurso

Otro supuesto de responsabilidad patrimonial por actuación precontractual de la Administración es aquel en que se anulan las bases del concurso, por haber incurrido los pliegos en una infracción determinante de nulidad. En este caso es razonable que la Administración sufrague el daño emergente causado al licitador por haber sufrido el coste de preparar una oferta. Sin embargo, es importante traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, 3180/2004 de 11 de mayo (rec. 3554/1999), en el que curiosamente la Administración había omitido la exigencia de clasificación y por ello los pliegos resultan nulos; lo que sucede en este caso es que la Administración ya había recibido el proyecto del adjudicatario, de manera que no pueden anularse las bases del concurso sin admitir que el enriquecimiento injusto de la Administración genera el deber de indemnizar:

la consecuencia del enriquecimiento que resultó desprovisto de causa al declararse la nulidad de las bases del contrato y, por tanto, la actuación administrativa subsiguiente, comporta el que se reconozca la obligación de pago del Ayuntamiento y el correspondiente crédito de la entidad recurrente en relación con el importe o coste del proyecto que, según afirmación de dicha Administración, se incorporó «al archivo municipal». Ahora bien, lo que no puede entenderse definitivamente acreditada es la cifra en que la demandante fija dicho importe, esto es, los 231.574.108 pesetas; pues sólo obra al respecto un informe de economista que se acompaña a la demanda, realizado a instancia de parte, de la propia entidad recurrente, sin el suficiente contraste ni contradicción, por lo que dicha cuantificación ha de quedar deferida a la fase de ejecución de sentencia. Y, asimismo, será la notificación de la resolución judicial que haga líquida la deuda el momento o día inicial a partir del que, atendidas las circunstancias a que alude la propia solicitud de la recurrente, se devengarán los intereses legales.

1.3.5. Anulación de la adjudicación

La anulación en vía administrativa (tribunales administrativos de recursos contractuales) o jurisdiccional (Tribunales de Justicia) consiste en un supuesto netamente generador de responsabilidad patrimonial por actuación precontractual. En efecto la adjudicación, como se ha anticipado, en los supuestos generales es anterior a la formalización del contrato, que es el momento de su perfección. En consecuencia,

cualquier acto de trámite dentro de la etapa de la adjudicación que resulte viciado, si no impide continuar el procedimiento o produce indefensión (artículo 112.1 LPAC), será impugnabile cuando se impugne la resolución por la que se adjudica el contrato, que es el acto definitivo.

La anulación de la adjudicación puede ser llevada a cabo de oficio por la propia Administración contratante (artículo 41 LCSP), o bien por un tribunal de recursos contractuales o por la jurisdicción contenciosa. En el primer caso el legislador contempla los efectos de la revisión de oficio de la adjudicación en el artículo 42.1 LCSP, según el cual la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, lleva en todo caso consigo la del mismo contrato, que entra en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable debe indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

Se debe advertir con carácter preliminar que no siempre la anulación de la adjudicación es generadora de daños, por cuanto en ocasiones el vicio de legalidad que afecta a la adjudicación nada tiene en el procedimiento de valoración de las ofertas, sino que es previo. Es el ejemplo del caso en que una licitación se comete un vicio de legalidad en los pliegos. Aquí, pese a anular la adjudicación, el error de la Administración es previo, de manera que lo procedente es volver a licitar y no adjudicar a otro licitador que presentó oferta.

Tal es la situación fáctica de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 21 de mayo de 2001 (rec. 1903/1996), que analiza la adjudicación de un contrato de obras a una empresa que no cumple las condiciones exigidas en el pliego de condiciones. El Tribunal anula la adjudicación, si bien considera que no es procedente la indemnización de daños y perjuicios a favor de la recurrente por no haberle adjudicado el contrato, pese a ser la que presentó la oferta más baja. A juicio del Tribunal Supremo, al estar el procedimiento de adjudicación viciado por exigirse una clasificación improcedente, lo correcto hubiera sido convocar

nueva subasta en la que se suprimiese dicha clasificación, y no adjudicar a la reclamante el contrato:

Como acertadamente expresa la sentencia de instancia, y debemos ratificar, la Mesa de contratación designada por el Ayuntamiento de Alzira, al comprobar que el Pliego de Condiciones reclamaba una clasificación omitida por la empresa que había ofrecido la oferta de menor importe económico, y que esta clasificación no ostentaba trascendencia alguna para la ejecución de la obra estatuida en el contrato --y el Pleno al tomar conocimiento de la irregularidad-- debió volver a convocar la licitación, variando el tenor del Pliego de Condiciones en ese extremo, evitando la utilización ilícita de la facultad de interpretación de los contratos y posibilitando el acceso a la subasta de terceras empresas, que pudiesen no haber participado en ella al carecer del requisito de clasificación que precisamente se había entendido como intrascendente, lo que desde luego no es indiferente a los intereses públicos. El principio de libre concurrencia de ofertas que preside la contratación administrativa (artículo 13 de la L.C.E.) constituye fundamento de esta solución, que también se apunta en el escrito de demanda de Intagua, S.A., (página 4).

El Ayuntamiento de Alzira, al exigir a las empresas licitadoras una clasificación improcedente, impidió a las que no la tuvieran tomar parte en la subasta. El procedimiento de adjudicación estaba viciado por lo que lo pertinente era, una vez anulada la adjudicación provisional, convocar nueva subasta, en la que se suprimiese el requisito de clasificación en el Subgrupo 6 del Grupo E exigido indebidamente, pero no adjudicar el contrato a Intagua S.A., lo que hace decaer su pretensión de indemnización de daños y perjuicios por no haberse adjudicado el contrato y, con ello, el motivo tercero de casación.

Lo pertinente es, pues, desestimando la pretensión de la demanda en cuanto a este punto, declarar que el Ayuntamiento de Alzira debe proceder a convocar nueva subasta, en la que se exija a los licitadores que deban tomar parte en ella la clasificación oportuna, resolviendo dicha convocatoria conforme a derecho, con las consecuencias jurídicas previstas para el caso de imposibilidad de ejecución por haberse realizado ya las obras contratadas.

Respecto a la anulación judicial de la adjudicación, los Tribunales se han pronunciado sobre el deber de indemnizar de la Administración contratante, que es doble: por un lado hay que indemnizar al que resultó inicialmente adjudicatario con el daño emergente de la parte de obra ejecutó o los servicios que suministró; y por otro lado tiene que indemnizar al licitador que inicialmente no fue adjudicatario y ahora pasa a serlo por decisión administrativa o judicial, con el lucro cesante de la parte de contrato que no pudo ejecutar. Otra cosa es que, para que nazca la obligación de indemnizar, la anulación del contrato debe haber causado un daño real y efectivo; de lo contrario, entra en juego el artículo 32.1 LRJSP, según el cual la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

La doctrina de los Tribunales de Justicia españoles es muy clara al efecto (véase por todas, Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2005 (rec. 4875/2002), cuando afirma que

la responsabilidad patrimonial de la Administración, derivada de la anulación de resoluciones administrativas, ha sido objeto de interpretación, en cuanto a sus requisitos y alcance por numerosas sentencias de esta Sala.

Sin embargo, debemos destacar la línea que se inicia mediante la sentencia de 5 de febrero de 1996, seguida por las de 31 de mayo y 4 de noviembre de 1997 y otras muchas, sienta la doctrina que la obligación de indemnizar exigida en el artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado ---hoy artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre--- no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos del artículo 40 ---139--- a que nos referimos, a saber, daño efectivo individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el actuar de la administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo; por ello no cabe interpretar el precepto que nos ocupa con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco cabe afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad.

Como recoge la memoria del Consejo de Estado del año 1990, «el artículo 40 que examinamos sólo dice que "no presupone", es decir, que no se da por supuesto el derecho a la indemnización, lo que implica tanto como dejar abierta la posibilidad de que, no siendo presupuesto, sea o no supuesto del que se sigan efectos indemnizatorios si concurren los requisitos establecidos legalmente», requisitos a los que antes nos hemos referido.

En este sentido y en los momentos temporales en los que el legislador ha contemplado la adjudicación provisional y la definitiva, la anulación de la primera no tiene por qué conllevar por sí sola indemnización, porque en este caso el adjudicatario no ha sufrido otros gastos que los propios de la preparación de la oferta⁷¹.

Un supuesto que llama la atención es la distinción entre anulación y resolución de un contrato, instituciones a las que el legislador da un tratamiento diferente. En efecto, mientras que para la anulación únicamente será indemnizable el daño real y efectivo que haya sufrido el adjudicatario, por el contrario en la resolución sí se genera un deber de indemnizar, y ello porque en el primer caso (al anularse la adjudicación por razones de legalidad) la relación contractual no llegó a nacer, mientras que en el

⁷¹ MESTRE DELGADO, J.F. <<Los efectos de la adjudicación provisional de los contratos públicos. Comentario a la STS (Sala 3ª, Sección 3ª) de de 30 de octubre de 1989>> *Diario La Ley* 1990. Tomo 2. Pág. 217.

segundo sí nació y en consecuencia el adjudicatario tiene derecho al lucro cesante. Así fue analizado con detalle por el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 11 de enero de 2013 (rec. 5082/2010), que entiende que

La nulidad del contrato significa una situación patológica del acto administrativo, caracterizada porque faltan o están viciados algunos de sus elementos, y al estar afectado de un vicio especialmente grave, no debe producir efecto alguno, lo que se traduce en la inexistencia de las obligaciones contractuales antes citadas, mientras que la resolución del contrato supone el ejercicio de una potestad o prerrogativa que el Legislador otorga a la Administración para dejar sin efecto unas obligaciones perfectamente válidas.

La invalidez y la resolución del contrato son instituciones diferentes a las que no cabe duda que el legislador ha querido dar una regulación diferenciada. La invalidez del contrato supone que la obligación no ha llegado a nacer válidamente y la resolución del contrato supone privar de efectos a una obligación válidamente nacida al mundo del derecho.

[...]

De todo lo anterior se desprende que, sin negar que además del daño deban indemnizarse los perjuicios, y que estos sean diferenciables de aquellos, esa identificación y prueba no puede consistir en la de los perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación existente, que es precisamente lo que se hace al considerar como tales perjuicios el lucro cesante ligado al incumplimiento de obligación.

Con base en ese razonamiento el Tribunal deniega la indemnización del lucro cesante, pese a que existe un voto particular en la Sentencia que esgrime una posición contraria⁷². No obstante lo anterior y sin restar un ápice de credibilidad al razonamiento que efectúa, habrá que plantearse si esta solución es común a la nulidad y a la anulabilidad de la adjudicación. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

⁷²Sostiene el voto particular que “en definitiva, como la propia sentencia sostiene, tenemos que movernos en el marco de las normas que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el Funcionamiento de los servicios públicos, a tenor de lo dispuesto en los artículos 102.4 , 62.1 y 139 y siguientes de la ley 30/1992 , y es evidente que la jurisprudencia es unánime en considerar que dentro del término "perjuicios" se incardina el supuesto del lucro cesante.

Para negar éste, la sentencia de la que discrepamos va más allá de lo que dijo la sentencia recurrida, pues ésta admite que en la legislación administrativa está prevista la indemnización de los perjuicios, entre los que estaría el lucro cesante, lo que ocurre es que, pese a la prueba pericial aportada (que no hace sino trasladar las bases de cálculo de lucro cesante previstas en el propio pliego de condiciones) considera que no está probado, partiendo de la nulidad de dicho contrato. Sin embargo, una cosa es que el contenido del contrato en cuanto tal no sea exigible, y otra que el pliego de condiciones no de bases suficientes para calcular razonablemente el lucro cesante en este punto, por lo que realmente, la sentencia recurrida, partiendo de la premisa de la nulidad, no hizo una interpretación razonable de la prueba pericial, máxime cuando el cálculo del 6% tiene una base legal, que a mi juicio eximía de la necesidad de dicha prueba.

Por todo ello, entiendo que el recurso de casación debió estimarse, anularse la sentencia, y dictar otra en su lugar que reconociera a la recurrente el lucro cesante en su día reclamado”.

Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia 14278/2010 de 24 de mayo (rec. 607/2008) admite la indemnización ante un supuesto de anulabilidad de la adjudicación:

Solicita la demandante una indemnización que la demandada considera no procedente por no haber sido una cuestión planteada ante ella. Es decir, habría una desviación procesal.

No puede prosperar esta alegación. No existe desviación procesal. Ha de tenerse en cuenta que la primera decisión administrativa era favorable a la ahora recurrente. Solo en virtud del recurso especial previsto en la ley de contratos del sector público (art. 37), se hizo la adjudicación a favor de la otra oferente. Así pues, el actor, realmente no pudo pedir la indemnización en ningún momento anterior al de la demanda. Por otra parte, la pretensión del actor lleva, como algo muy propio, la solicitud de indemnización; no se entiende bien que una persona, física o jurídica, pida solo la declaración de que un acto es nulo o anulable, sin extraer de ello ninguna consecuencia jurídica y, sobre todo, económica. En fin, al encontrarnos en materia contractual, es obvio también que el perjuicio para el que indebidamente no resulta adjudicatario de un contrato que inicialmente le fue adjudicado es algo real y efectivo y se concreta además en el lucro cesante que deja de obtener.

De hecho, y para la doctrina, no se trata de un problema meramente conceptual y ontológico, sino de la contradicción que supone sostener que algo (en este caso un contrato) puede ser anulado porque existe, y al mismo tiempo afirmar que nunca ha llegado a existir una vez anulado⁷³. Precisamente la anulabilidad supone que el acto administrativo, pese a ser inválido, ha surtido efectos hasta su declaración expresa, de manera que la adjudicación ha nacido viciada, pero ha nacido, ha formado parte del ordenamiento jurídico hasta que se le ha expulsado mediante la declaración de su invalidez, y por ello ha podido generar un daño antijurídico.

Este último razonamiento puede ponerse en relación con la indemnización que contempla el artículo 106.3 LPAC para la revisión de oficio: la declaración de nulidad de un acto por la propia Administración lleva aparejada la indemnización al destinatario del acto (porque se le puede haber hecho incurrir en gastos), y ello se debe a un acto nulo, que, como tal, no habrá existido; pero sí ha ocasionado un daño⁷⁴. Este mismo razonamiento consideramos aplicable al acto de adjudicación de un contrato: no tiene por qué generar una indemnización por sí mismo, en cuanto acto como tal, pero sí que

⁷³ VILLAR EZCURRA, J.L. <<Reflexiones sobre la invalidez de los contratos administrativos y sus efectos: la reclamación del lucro cesante>> *Diario La Ley* núm. 8870, Sección Doctrina, 24 de Noviembre de 2016, Ref. D-412, Editorial Wolters Kluwer

⁷⁴ BAUZÁ MARTORELL, F.J. <<Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto>> *Revista española de derecho administrativo* núm. 181. 2016. Págs. 227 a 252.

ha ocasionado un daño. Directa o indirectamente y por ello consideramos que debe resarcirse.

Otro supuesto que se plantea es el de la responsabilidad patrimonial que genera la anulación judicial de una resolución de un tribunal de recursos contractuales. La pregunta es la siguiente: si un tribunal administrativo dicta una resolución que es posteriormente anulada en sede judicial, ¿se devenga responsabilidad patrimonial en favor del licitador afectado? En caso afirmativo, ¿quién responde? ¿el tribunal administrativo o la Administración contratante?

Este es el caso que analiza la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 986/2016 (rec. 64/2013), de 13 de julio de 2016. En ella el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Aragón anuló la resolución de la Comarca de Hoya Huesca, por la que adjudicaba un contrato de servicios. Tanto la Administración contratante como la entidad inicialmente adjudicataria recurrieron en sede contenciosa la resolución del Tribunal Administrativo, formulando la segunda en su demanda una petición de indemnización. En ese procedimiento se plantearon varias cuestiones jurídicamente interesantes.

La primera es si la Administración contratante tiene legitimación directa para impugnar la resolución del Tribunal Administrativo. La Sentencia considera que efectivamente la tiene:

A diferencia de otros órganos administrativos sectoriales de control, entre los más significados los Tribunales Económicos Administrativos, cuyas resoluciones sí pueden formar parte de la Administración tributaria a la que controlan pues sus resoluciones pueden ser revisadas en vía administrativa, pueden declararse lesivas y cabe interponer recurso de alzada contra ellas (arts. 213 , 218 y 241 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria) los Tribunales Administrativos de recursos contractuales, son órganos independientes funcionalmente creados por la Ley 30/2007 de 30 de octubre, Contratos del Sector Público, estando legitimados para recurrir sus decisiones toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso (art.312 de esta norma), de lo que debe concluirse que no están faltos de legitimación las Administraciones que actúen como órganos de contratación y adjudicación, si la resolución puede afectar a un interés o derecho suyo. A diferencia de otros órganos de control, frente a las decisiones de los Tribunales de contratos, sólo cabe recurso contencioso administrativo en atención a lo dispuesto en el artículo 10, letras

k) y l) del apartado 1y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En segundo lugar, se plantea si es motivo de inadmisión el hecho de que el licitador haya dirigido el recurso contra el Tribunal de Contratos, rechazando la Sentencia tal argumento:

Efectivamente el art. 21.3 de la LRJCA, en una decisión normativa muy poco explicable en términos procesales, pues deja las decisiones de este órgano, ayunas de prueba y defensa propia ante un Tribunal jurisdiccional y en el mejor de los casos encomendando la prueba y defensa a una parte en el procedimiento, dice: En los recursos contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público los citados órganos no tendrán la consideración de parte demandada, siéndolo las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49. Sin embargo ello no puede significar que dirigida la demanda contra el Tribunal de Contratos, este órgano judicial, no pueda rechazar -por ir en contra de la norma- esta pretensión y tener por demandada a la empresa que finalmente fue adjudicataria, pues entra dentro de los poderes de oficio del mismo.

A continuación se plantea si existe incongruencia procesal por el hecho de que el licitador recurrente formule en su demanda una solicitud de indemnización, que no había planteado en sede administrativa. La Sentencia entiende que no existe incongruencia, si bien en el presente proceso no puede sustanciarse esta petición, de manera que deberá ser en un procedimiento posterior donde se discuta esta cuestión:

No hay desviación procesal por no haber suscitado en vía administrativa la pretensión de responsabilidad patrimonial, que puede ser suscitada tal y como establecen los arts. 65.3 y 71.d) de la LRJCA. Cuestión distinta es como veremos si cabe condenar a la Administración demandada como se solicita.

Por último y en lo que aquí interesa, se discute la solicitud de indemnización que el licitador reclamante dirige contra el adjudicatario. La Sentencia entiende que este último no puede ser condenado por un acto que no dictó, y que en todo caso debe dirigirse la reclamación frente a la Administración. Asume el Tribunal Superior de Justicia de Aragón que la reclamación no se puede encauzar contra el tribunal administrativo de recursos contractuales, sino contra la Comunidad Autónoma, que es la Administración que creó al tribunal administrativo:

Primero. Que no cabe que la demandada en este proceso, por mor de lo dispuesto en el art. 21.3 de la LRJCA, la empresa adjudicataria, aún estimando la demanda sea la responsable de indemnización de los daños producidos por el acto recurrido y ello por la sencilla razón de que ella no ha dictado el acto que produce el daño y por lo tanto no puede ser responsable del perjuicio producido por éste.

Segundo: La Sala considera que la Administración responsable por el perjuicio ocasionado por una resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, sería la Administración de la Comunidad Autónoma que es la que creó el Tribunal y la que tutela y financia su funcionamiento, además de estar adscrito al Departamento correspondiente del Gobierno de Aragón. Y ello en atención a lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 3/2011 de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón.

Tercero: En base a ello, no cabe en este procedimiento judicial la responsabilidad patrimonial que se suscita, al no haber solicitado expresamente la condena a la Administración autonómica que, por lo reiterado, no tiene obligación de personarse en este proceso, ni haber solicitado la condena en el momento procesal pertinente, para que previo emplazamiento, pudiera haberse defendido de la pretensión indemnizatoria.

1.3.6. Desistimiento

Al amparo del artículo 152 LCSP, el órgano de contratación que inició un expediente de licitación, puede desistir del mismo. El desistimiento consiste en una forma de terminación de un procedimiento administrativo para los expedientes iniciados de oficio y con la sola limitación de la motivación (artículo 93 LCAP). En el caso de un contrato del sector público, y toda vez que la generación de expectativas y confianza legítima a los licitadores es por razones obvias mayor, los límites a la capacidad de desistir son también mayores. Así, el órgano de contratación solo puede desistir de un contrato (1) antes de la formalización, (2) debe notificarlo a los candidatos o licitadores, (3) debe informar a la Comisión Europea si el contrato fue anunciado en el Diario Oficial de la Unión Europea, y por último (4) el desistimiento del procedimiento debe estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa⁷⁵.

Desde el punto de vista subjetivo, además, debe tenerse en cuenta que, en el supuesto de acuerdos marco, el desistimiento corresponde al órgano de contratación que inició el procedimiento para su celebración. En el caso de contratos basados en un

⁷⁵ FERNÁNDEZ GOSÁLVEZ, S. << La compensación del interés negativo en los casos de renuncia o desistimiento del procedimiento de adjudicación>> *Contratación Administrativa Práctica* núm. 160, Marzo-Abril 2019, Editorial Wolters Kluwer.

acuerdo marco y en el de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, el desistimiento se realiza por el órgano de contratación de oficio, o a propuesta del organismo destinatario de la prestación.

Los efectos del desistimiento del procedimiento de contratación son dobles: el primero es la terminación o finalización del procedimiento, aunque nada impide que el órgano de contratación inicie acto seguido un nuevo procedimiento de licitación. Por otro lado, resulta obligado abrir la correspondiente pieza de responsabilidad patrimonial, de suerte que nace la obligación de compensar a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común. En consecuencia, todo lo anterior nos conduce a admitir el desistimiento como facultad o prerrogativa de la Administración contratante, siempre con los requisitos y límites que contempla la LCSP. Otra cosa es que algún licitador no comparta el desistimiento, que es susceptible de impugnación específica en sede contenciosa. Así lo afirma la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana en su Informe 6/2012, de 24 de julio de 2012⁷⁶.

El desistimiento tiene por tanto un alto grado de discrecionalidad de la Administración, sujeto únicamente a los requisitos del interés general y al deber de indemnizar. La consideración de qué motivos forman parte del referido interés general es amplia, como así lo indica el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en su Dictamen 267/2012, de 7 de noviembre de 2012, relativo a la extinción por desistimiento de un contrato de servicios de transporte escolar. La Administración contratante desiste del procedimiento por causas económicas, de ahorro presupuestario, enmarcadas entre las medidas de contención del gasto público debidas a la entonces crisis económica y al necesario reajuste del Presupuesto de la Junta de Comunidades.

⁷⁶ “El art. 139.1 de la LCSP (LEY 10868/2007) dispone expresamente que, en el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores. Entiende esta Junta que tal notificación deberá indicar los recursos que proceden”.

Las circunstancias invocadas entran, a juicio del Órgano consultivo, dentro del margen de apreciación del interés público que corresponde a la Administración, constituyendo base mínima y razonable para proceder a la resolución del contrato. Otra cosa es que la Administración debe indemnizar al contratista en concepto de beneficio dejado de obtener, la cantidad resultante de aplicar el porcentaje del 10 % al precio de los trabajos pendientes de realizar, considerando como tal el importe íntegro que por la ejecución del contrato hubiera de haber percibido el contratista, es decir, sin descontar la cantidad que correspondería al importe del IVA. Asimismo, el Dictamen entiende procedente la devolución de la garantía definitiva depositada por el contratista:

El desistimiento planteado viene motivado por razones de ahorro económico, enmarcadas entre las medidas de contención del gasto público debidas a la actual crisis económica y al necesario reajuste del presupuesto de la Junta de Comunidades, que ha de atender prioritariamente otros objetivos económicos y sociales derivados de la situación, al tiempo que se coadyuva por parte de las Administraciones Públicas a la consecución de los objetivos de déficit de la Unión Europea, recogidos en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

Este Consejo ha venido admitiendo las razones económicas como causa suficiente para la resolución contractual por desistimiento de la Administración en supuestos en que la actividad objeto del contrato no venía establecida como obligatoria para la Administración en norma alguna (por ejemplo en nuestro dictamen 206/2012, de 25 de septiembre, donde se informó favorablemente la resolución del contrato de edición de la revista de Castilla-La Mancha, o en los dictámenes 220 y 221/2012, de 2 de octubre, relativos a contratos de transporte escolar.).

Por último y de manera específica para el contrato de obras, el artículo 171 del Real Decreto 1098/2001, en su punto segundo atribuye los mismos efectos de la suspensión al desistimiento; y en aquél se prevé una indemnización equivalente al valor de las obras efectivamente realizadas y al 6 por 100 del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial. Se entiende por esta parte que, aunque el Reglamento General sigue vigente y no ha sido expresamente derogado por norma alguna, este precepto no puede ser aplicado con base en la disposición derogatoria única de la Ley 9/2017, por cuanto el desistimiento, previo a la adjudicación, no puede generar ni el derecho a percibir el importe de las obras ejecutadas (materialmente no se ha ejecutado obra alguna) ni mucho menos el lucro cesante. Por el contrario, desde este parecer, el desistimiento de un contrato de obras, bajo la vigencia de la LCSP, únicamente puede generar el resarcimiento del daño emergente ocasionado a los licitadores por la preparación de las correspondientes ofertas.

1.3.7. No adjudicación

La LCSP regula en el mismo precepto (artículo 152) el desistimiento y la decisión de no adjudicar un contrato del sector público, una vez iniciado el procedimiento de licitación. En este sentido los deberes de información y el momento temporal límite para resolver acerca de no adjudicar son comunes al desistimiento. En cambio el régimen jurídico difiere en la fundamentación de la resolución, que –si en el desistimiento era una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación– en cambio en la no adjudicación será una razón de interés público debidamente justificada. Se vuelve a encontrar en consecuencia con un concepto jurídico indeterminado, cuyo control será lógicamente difícil. Otra diferencia con el desistimiento es que, mientras subsista la razón de interés público que motivó la no adjudicación, el órgano de contratación no podrá promover una nueva licitación.

Es importante señalar que el artículo 152 LCSP es claro respecto de la formalización como límite para que operar la renuncia de la Administración contratante a la licitación. En este punto es de notar la importante corrección que ha efectuado el legislador en 2017 respecto del Real Decreto Legislativo 3/2011. En efecto, en el TRLCSP de 2011 existía la siguiente discordancia: el artículo 27 –superando la doctrina tradicional que se ha anticipado– hacía descansar la perfección del contrato en su formalización y no en la adjudicación. En cambio, su artículo 155 obligaba a que la renuncia al contrato fuera anterior a la adjudicación. Se planteaba el problema entonces de qué norma aplicar a una eventual decisión del órgano de contratación de no continuar con el contrato en el tiempo que mediaba entre la adjudicación y la formalización.

Sobre la imposibilidad de renunciar al contrato una vez adjudicado, bajo la vigencia del TRLCSP de 2011 se pronunció la Resolución número 027 de 26 de enero

de 2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales⁷⁷ (recurso N° 003/2012) en los siguientes términos:

Es oportuno recordar que el artículo 139.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (aún vigente el 16 de diciembre de 2011, fecha en la que se data el acuerdo de renuncia objeto de recurso) establecía que «la renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento solo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación». Esta dicción legal, cuyo sentido literal es manifiestamente evidente y, como tal, excluye toda controversia interpretativa (como reza el conocido brocardo, “in claris non fit interpretatio”), establece como límite temporal infranqueable para la eventual adopción de un acuerdo de renuncia o desistimiento el de la propia adjudicación del contrato.

A su vez, la misma Resolución reconoce los efectos jurídicos del acuerdo de adjudicación con independencia de que el contrato no se haya formalizado y por tanto no se haya perfeccionado conforme resulta del artículo 27.1:

Ahora bien, ni una ni otra circunstancia comportaba ni podía comportar que el acuerdo de adjudicación no hubiera nacido al mundo jurídico, dejara de existir o se viera privado de la validez jurídica que, con carácter general, presume el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Y, siendo esto así, su propia existencia determinaba que no resultase ya posible al órgano de contratación, de acuerdo con el precitado artículo 139.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, renunciar a la contratación, en tanto, como se ha dicho, es el hecho de la propia adjudicación, que no su eventual firmeza (por transcurso del plazo legalmente establecido para la interposición del correspondiente recurso o desestimación del, en su caso, interpuesto) ni el transcurso del plazo referido en el artículo 140.3 de la Ley de Contratos del Sector Público (que encuentra su equivalente, como se ha dicho, en el actual artículo 156.3 del Texto Refundido) el que viene legalmente establecido como límite a los tales efectos.

Para este juicio, el legislador varió el régimen de la perfección de los contratos en 2011, modificando el contenido del artículo 27, si bien no se percató de que la regulación de la renuncia hacía descansar en la adjudicación el límite temporal, cuando –de acuerdo con la reforma del perfeccionamiento– se producía un lapso de tiempo entre la adjudicación y la formalización en el que se generaban dudas acerca de la posible renuncia por parte de la Administración contratante. Se celebra por esta parte que el legislador haya efectuado esta corrección en la Ley de 2017.

⁷⁷ Para un análisis más exhaustivo de esta Resolución, vid. Redacción del Departamento de Administrativo. *Contratación Administrativa Práctica* núm. 123, Sección Usted Pregunta, del 1 Ene. al 28 de febrero de 2013. Editorial La Ley.

Respecto a la concreción de las razones de interés público que fundamentan la decisión de no adjudicar, el Dictamen 6/2010, de 20 de enero de 2010, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha considera que las dificultades de tesorería y de austeridad presupuestaria efectivamente justifican la renuncia, siempre y cuando se motive de manera suficiente en una memoria explicativa:

De lo expuesto se desprende que la razón última que motiva la modificación que se plantea viene dada por la necesidad de recortar el presupuesto destinado a este programa, debido a la actual crisis económica y al necesario reajuste del presupuesto de la Junta de Comunidades, que ha de atender otros objetivos económicos y sociales derivados de la situación, al tiempo que se coadyuva por parte de las Administraciones Públicas a la consecución de los objetivos de déficit de la Unión Europea, recogidos en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Por ello, el ajuste presupuestario se estima razón suficiente de interés público fundada en causas imprevista⁷⁸.

Más llamativo es el Informe 3/2014, de 28 de julio de 2014, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana, que analiza el siguiente supuesto: un Ayuntamiento adjudica un contrato de gestión de servicios de limpieza. Un licitador no adjudicatario impugna la adjudicación y un Juzgado de lo contencioso administrativo anula la adjudicación y obliga al Ayuntamiento a retrotraer las actuaciones y a valorar de nuevo las ofertas. En ese momento el Ayuntamiento se plantea la posibilidad de renunciar, alegando razones de índole presupuestaria. La Junta Consultiva entiende que las razones económicas fundamentan la renuncia, si bien no basta la mera indicación de las mismas, sino que se tienen que razonar y explicar detalladamente:

Visto cuanto antecede, el cumplimiento del artículo 135 de la Constitución Española, bien podría ser motivo suficiente para renunciar al contrato, siempre y cuando se motive, no solo por su mención, sino con clara referencia a los límites impuestos para la adjudicación del contrato, así como por los criterios que se derivan de lo dispuesto en la Ley 27/2013, de Medidas para la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Es evidente que la sentencia del tribunal debe cumplirse en sus propios términos y obliga al Ayuntamiento a retrotraerse al momento procedimental de la valoración de las ofertas, pero no es menos cierto ni menos relevante que, hecha dicha valoración, la posible adjudicación se produciría ahora, en la actualidad, y que de adjudicarse el contrato este tendría que ejecutarse cuando ya están en vigor las normas citadas y, muy posiblemente, en contra del interés general que las mismas protegen.

⁷⁸ Redacción del Departamento de Administrativo. *Contratación Administrativa Práctica* núm. 122, Sección Usted Pregunta, del 1 de noviembre al 31 de diciembre de 2012. Editorial La Ley.

No obstante, también debemos hacer mención a la posibilidad de los licitadores, además de recurrir tal decisión, de solicitar la indemnización por los gastos ocasionados para concurrir a la licitación. Indemnización que, si bien con la actual legislación, se halla expresamente regulada y procede en todo caso sin mediar solicitud de los licitadores o candidatos, no se establecía de este modo en la legislación aplicable a la contratación de referencia.

1.4. Indemnización

La indemnización por daños ocasionados por actuaciones precontractuales consiste en la suma del daño emergente, el lucro cesante y en caso los daños morales.

1.4.1 Daño emergente

El daño emergente, procedente como concepto del derecho civil, consiste en la suma de todos aquellos gastos en que la víctima del daño ha incurrido, como consecuencia de la actuación dolosa o culposa del autor de aquél⁷⁹. En este caso y en materia de actuaciones precontractuales, el daño emergente asciende a aquellos daños – fundamentalmente gastos económicos– en que el licitador ha incurrido en cualquiera de los escenarios que hemos analizado previamente: la información suministrada es errónea, se ha anulado la adjudicación, el órgano de contratación ha desistido del contrato, o por último decide no formalizar el contrato. En todos estos eventos, cualquier licitador habrá incurrido en gastos para preparar la oferta y en cambio la actuación dolosa o negligente de la Administración contratante convierte en estériles tales gastos.

En este punto habrá que distinguir cuáles de esos gastos eran necesarios para preparar la oferta a riesgo de no ser adjudicatario, de aquellos otros en que se incurre por la actuación dañosa del órgano de contratación. En el primer caso, los daños que sufre el licitador no son antijurídicos, sino que son la consecuencia inmediata de participar en la licitación. Como tampoco resultará indemnizable alguna de las actuaciones que dan lugar a indemnización, si la misma resulta anulada. Tal es la situación que analiza el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en

⁷⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Dykinson. Madrid, 2019.

su Resolución 73/2017, de 20 de enero de 2017 (rec. 1117/2016), que considera improcedente el daño emergente reclamado por un licitador en un caso de desistimiento, precisamente porque el desistimiento fue anulado:

El recurrente solicita también la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. Solicita dos tipos de daños, los derivados del retraso o mora en más de un año en adjudicar el contrato y los eventuales o que subsidiariamente pudieran ser consecuencia o compensación de confirmarse el acuerdo de desistimiento. Concreta los daños en los importes de mantenimiento de avales, gastos de personal adscrito al proyecto, maquinaria reservada, así como los derivados del perjuicio reputacional sufrido como consecuencia de las informaciones aireadas por el Ayuntamiento que pudieran hacer dudar sobre la inviabilidad económica de la sociedad. En relación con los daños solicitados eventual y subsidiariamente, no procede su estimación, por cuanto el acto de desistimiento queda anulado por la presente resolución, por lo que no concurre el presupuesto que daría lugar a la indemnización.

1.4.2. Lucro cesante y pérdida de oportunidad

Siendo un concepto histórico y consolidado que procede de antiguo⁸⁰, no es menos cierto que sobre el lucro cesante recae cierta confusión conceptual⁸¹, como también planean nuevos desafíos, de conformidad con la aparición de circunstancias concretas que obligan a replantear su concepto, por ejemplo, si debe incluir necesariamente daños pasados o si por el contrario puede comprender daños futuros⁸². Sin perjuicio de la variante casuística, con carácter general debe reconocerse que es difícil que se deba indemnizar el lucro cesante con ocasión de un daño generado por

⁸⁰ MORALES MORENO, A.M. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Thomson Reuters. Madrid, 2010. Pág. 22.

⁸¹ Por extraño que parezca, todavía la jurisprudencia confunde en ocasiones el lucro cesante con el daño emergente. Tal es el supuesto del conocido caso del Fresón, en el que un niño falleció atragantado por comer un fresón de una marca determinada. La cadena de televisión Antena 3 dio la noticia atribuyendo la marca del fresón a otra empresa, que vio reducida considerablemente su facturación. Esta empresa accionó contra la cadena televisiva y la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de fecha 23 de mayo del 2000 entendió que la reducción en el volumen de facturación de las mercancías era daño emergente y no podía proyectarse en el futuro. En cambio, en vía de casación, el Tribunal Supremo Sala de lo Civil en Sentencia de 31 de octubre (8201/2007), consideró que “facturación de las mercancías comercializadas. No estamos ante la pretensión de obtener unas ganancias futuras o meras expectativas sino ante un lucro cesante con verosimilitud suficiente a la vista de la trayectoria de la empresa [...] Por todo ello debe estimarse el presente motivo de casación y determinar la obligación de indemnizar el lucro cesante considerando la proyección del beneficio empresarial”. Sobre este caso, vid. VICENTE DOMINGO, E. *El lucro cesante*. Reus. Madrid, 2014. Págs. 25 a 30.

⁸² GARCÍA HUAYAMA, J.C. <<Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante>> *Derecho y Cambio Social* núm. 58. Octubre-diciembre 2019. Pág. 190.

actividad precontractual de la Administración, toda vez que el contrato no ha llegado a perfeccionarse.

Otra cosa es que la actuación precontractual de la Administración, como por ejemplo la adjudicación, se haya anulado después de haber surtido efectos durante un tiempo en favor de un licitador que resultó adjudicatario, y que al anularse la adjudicación, se le reconoce el lucro cesante al licitador que finalmente resulta adjudicatario, por el beneficio industrial durante el tiempo que media entre que el contrato comenzó a ejecutarse y el momento en que pasa a ejecutarlo el nuevo licitador. Tal es el caso que analiza el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, en Sentencia 813/2017 de 10 de mayo de 2017 (rec. 2504/2015), que confirma la Sentencia de primera instancia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 28 de mayo de 2015 (rec. 10/2014), que anuló la adjudicación de un contrato del servicio integral de lavandería del Servicio Riojano de Salud, y le reconoció al nuevo adjudicatario el derecho a ser indemnizada por los daños derivados del tiempo durante el que no pudo disfrutar de la condición de contratista, indemnización que habrá de determinarse en ejecución de sentencia y que comprenderá el beneficio --lucro cesante-- dejado de percibir durante el período de tiempo que la recurrente no ha sido adjudicataria del contrato.

Otro caso parecido es el que analiza el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, en Sentencia 2646/2008 de 16 de junio de 2008 (rec. 98/2004)⁸³, si bien con la particularidad de que la actora es una sociedad mercantil que prestó el servicio como subcontratada en el contrato inmediatamente anterior. En efecto, se impugna la adjudicación de un contrato de servicios por procedimiento negociado sin publicidad, que constaba de tres lotes. El Tribunal reconoce como lucro cesante la diferencia que la actora cobró de la codemandada en calidad de subcontratista del contrato anterior, y el precio que debía haber cobrado en función de su oferta económica:

⁸³ Sentencia confirmada por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, en Sentencia de 7 de mayo de 2012 (rec. 3819/2008).

Partiendo, pues, de la consideración de que era la hoy demandante quien debía haber resultado adjudicataria del servicio controvertido, son de asumir casi todos los parámetros de indemnización postulados por la parte actora, a saber: en cuanto a los daños efectivamente generados, el hecho de no haberse adjudicado los lotes 1 y 2 implica la suma de 66.743,49 euros, por haber prestado los servicios en el ejercicio 2003 y parte de 2004, hasta que fue nombrado nuevo adjudicatario, y todo ello por la diferencia entre lo cobrado como subcontrata de la hoy codemandada y lo que tenía que haber recibido si hubiese sido adjudicataria. Igualmente queda probada la cantidad de 30.053 euros, por los servicios efectivamente prestados y no abonados. Además, es igualmente indemnizable la partida de lucro cesante, pero aquí, al no haberse aportado la documentación necesaria por la Administración demandada, lo cual hace prueba contra ella, y constar con claridad la suma ofertada en la proposición económica de la demandante, procede acordar ésta, por los servicios relativos a la provincia de Ciudad Real -exceptuando la Capital, que ya se incluyó en las partidas anteriores- que tendrían que haberse adjudicado.

En materia de responsabilidad por actividad precontractual en contratos del sector público reviste importancia un concepto próximo al lucro cesante, aunque no exactamente coincidente con él, como es la pérdida de oportunidad⁸⁴. Piénsese en el caso, muy habitual por otra parte, de que la anulación de la adjudicación se lleva a cabo cuando el plazo de ejecución del contrato ha finalizado. En ese evento se habla de lucro cesante del licitador que debió haber sido adjudicatario, pero también de la pérdida de la oportunidad de no haber podido ser el adjudicatario que ejecutara el contrato y que en consecuencia obtuviera el beneficio de haber llevado a cabo la prestación.

En España, la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad civil o patrimonial se residencia fundamentalmente en la negligencia médica, concretamente en los retrasos y errores de diagnóstico, que dan lugar a la pérdida de oportunidad terapéutica⁸⁵. En este sentido, el error que comete un facultativo en diagnosticar una enfermedad o el retraso en el diagnóstico correcto, genera en el paciente una mayor dificultad en la aplicación de los medios para la curación, o por el contrario, que la

⁸⁴ GIRALDO GÓMEZ, L.F. *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011. Pág. 90.

⁸⁵ BAUZÁ MARTORELL, F.J. *La presunción de culpa...* OP. Cit. Págs. 181 a 183. MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thomson Reuters –Aranzadi. Cizur Menor, 2007. ASUA GONZÁLEZ, C. *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*. Thomson Reuters –Aranzadi. Cizur Menor, 2008. Pág. 18. SEUBA TORREBLANCA, J.C., RAMOS GONZÁLEZ, S. y LUNA YERGA, A. <<Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades>>. *InDret* 3/2002. Julio-septiembre 2002. FONT I LLOVET, T. y RODRÍGUEZ PONTÓN, F. <<Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria>> de la sección Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa. *Revista de Administración Pública* núm. 197. Mayo-agosto 2015. Págs. 305 a 310.

patología se haya convertido en incurable y que el paciente se encuentre en situación terminal con resultado de muerte⁸⁶.

En cambio, en materia de actividad contractual o precontractual no se ha planteado como tal la pérdida de oportunidad ni en la jurisprudencia ni en la doctrina consultiva. De cualquier forma, se pueden citar dos Sentencias que se refieren a un concepto similar, que denominan coste de oportunidad, si bien enfocado exclusivamente a los intereses de los importes que el actor depositó con ocasión de la preparación del contrato. Son los casos de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía núm. 9282, de 27 julio de 2015 y a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 6523 de 18 julio de 2013, en las que se estiman las pretensiones indemnizatorias ejercidas en relación con el coste de oportunidad.

En ambos asuntos el criterio que siguen los Tribunales para determinar el importe de la indemnización por coste de oportunidad consiste en aplicar a la cantidad que ha sido objeto de disposición por el licitador en la actividad afectada por la actuación de la Administración el tipo de interés legal publicado por el Banco de España. Así, en el primero de los fallos referidos el TSJ de Andalucía señala que la parte actora *ha dejado de ganar un dinero, esto es, ha dejado de obtener una rentabilidad del capital invertido en la finca objeto del proceso durante el período en que se ha estado tramitando el procedimiento de expropiación forzosa 2005/2625-02, ya que toda su inversión con fondos propios en dicha finca ha permanecido inerte*

⁸⁶ Vid., por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2009 (rec. 7840/2004), que se pronuncia sobre la lesión sufrida por un paciente que acude hasta en cuatro ocasiones al hospital con fuertes dolores abdominales, limitándose el servicio de urgencias a recetarle analgésicos. El paciente finalmente sufrió una peritonitis con perforación de la vesícula biliar. El Tribunal Supremo considera en este caso que existe negligencia médica basada en el retraso en el diagnóstico y en la pérdida de oportunidad terapéutica: “Consideramos que, en estas circunstancias, la indebida asistencia sanitaria queda suficientemente acreditada, pues resulta evidente que ese desenlace no es el normal de un padecimiento como el que aquejaba al recurrente y que le obligó a acudir al servicio de urgencias del hospital administrado por la Generalitat Valenciana en repetidas ocasiones, produciéndose un retraso en el diagnóstico y la consiguiente tardanza en la intervención. La desproporción y la desmesura del resultado, unidas a esos retraso y tardanza, evidencian que hubo una indebida aplicación de la *lex artis*, por lo que, de acuerdo con la jurisprudencia que hemos sintetizado en el fundamento tercero, correspondía a dicha Comunidad Autónoma acreditar que, por las singularidades del caso, su intervención se ajustó a las prescripciones que esa máxima impone al ejercicio profesional” (FJ 5º).

durante ese período. Para el cálculo de dicho coste de oportunidad, hemos tomado como referencia el tipo de interés legal dictado por el Banco de España para cada año durante el período de expropiación.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia se refiere expresamente al coste de oportunidad financiero y de nuevo aplica el interés legal del dinero a los importes depositados por el actor. Sin embargo, y a pesar de que este coste de oportunidad se interprete como un lucro cesante a efectos de indemnización, no es esta acepción de la oportunidad a la que nos referimos en este punto, sino más bien a la imposibilidad –atribuible a la Administración– de haber podido ejecutar un contrato de no haberse cometido una adjudicación ilegal.

Sí existe en Derecho de la Unión Europea, y concretamente el Tribunal General y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea vienen reconociendo la pérdida de oportunidad con ocasión de la anulación de la adjudicación de un contrato del sector público. De hecho, este principio sí se contempla en el ordenamiento de otros Estados miembros, como Dinamarca, Alemania y Rumanía, de manera que en una vez más la jurisprudencia de las instituciones europeas está llevando a cabo un proceso armonizador de los ordenamientos de los Estados miembros, tal y como sucedió con el principio de confianza legítima⁸⁷. Los Tribunales comunitarios fundamentan la aplicación de la pérdida de oportunidad en materia (pre)contractual en el artículo 340 TFUE, según el cual, “en materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”.

En este sentido la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 27 de abril de 2016 (asunto *European Dynamics Luxembourg* y otros/EUIPO -T-556/11), estimó el recurso contra la adjudicación del contrato marco para la prestación de servicios informáticos para la Oficina de Propiedad Intelectual Europea (EUIPO), anuló

⁸⁷ SANZ RUBIALES, I. <<El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario>> *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año núm. 4, núm. 7, 2000. Págs. 91 a 122.

la adjudicación y reconoció indemnización a favor del recurrente por pérdida de oportunidad:

El Tribunal considera que, en el presente asunto, es necesario indemnizar a la primera demandante por la pérdida de una oportunidad, dado que la decisión de desestimación de la oferta, incluso si fuera anulada con efectos retroactivos, redujo definitivamente a nada, en la práctica, la posibilidad de que se le adjudicara el contrato de que se trata como contratante en el procedimiento en cascada y, por consiguiente, su oportunidad de ejecutar contratos específicos en aplicación de un contrato marco.

Bien es cierto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, en Sentencia de 3 de mayo de 2018 (C-376/2016) revocó parcialmente la Sentencia del Tribunal General, y en concreto la indemnización, como consecuencia de una falta de relación de causalidad entre la supuesta desestimación ilegal de la oferta presentada por el actor y el daño sufrido; pero en ningún momento discute que la pérdida de oportunidad en la contratación no sea indemnizable:

76. Mediante esta alegación, la EUIPO aduce en esencia que, en la sentencia recurrida, no se ha demostrado ni motivado la existencia de una relación de causalidad entre los errores manifiestos de apreciación observados por el Tribunal General en relación con el primer criterio de adjudicación, a saber, los criterios cualitativos, y el perjuicio sufrido por European Dynamics Luxembourg derivado de la pérdida de una oportunidad de que se le adjudicara el contrato de que se trata.

77. Esta alegación debe considerarse fundada en las circunstancias del presente asunto.

78. En efecto, por un lado, como se ha señalado en el apartado 34 de la presente sentencia, el apartado 77 de la sentencia recurrida adolece de un error de Derecho, de modo que el Tribunal General no pudo decidir válidamente, sobre la base de esas consideraciones, que la decisión de desestimación de la oferta era ilegal.

79. Por otro lado, el Tribunal General declaró, en el apartado 267 de la sentencia recurrida, que no había sido posible reconocer la existencia de una relación de causalidad entre los defectos de motivación apreciados y los perjuicios alegados por European Dynamics Luxembourg y otros.

80. Además, consideró que el nacimiento de la responsabilidad de la Unión suponía la existencia de una relación de causalidad entre la ilegalidad material de que adolecía la evaluación de la oferta de European Dynamics Luxembourg, observada en el marco del examen del segundo motivo formulado ante el Tribunal General, y la pérdida de la oportunidad alegada.

81. Pues bien, en la sentencia recurrida, el Tribunal General no demostró de modo suficiente con arreglo a Derecho la existencia de tal relación de causalidad. El Tribunal General no comprobó, en particular, si, y en qué medida, habida cuenta de los hechos del presente asunto y de no haberse producido las faltas cometidas por la EUIPO, European Dynamics Luxembourg habría resultado mejor clasificada en el procedimiento en cascada.

82. De ello se deduce que, puesto que no concurre uno de los requisitos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad extracontractual de la Unión, el Tribunal General no

debería haber estimado la pretensión indemnizatoria formulada por European Dynamics Luxembourg y otros.

En apoyo de esta tesis, debe señalarse que el TJUE ha admitido que la pérdida de una oportunidad constituye un perjuicio real y cierto en Sentencias de 9 de noviembre de 2006, Agraz y otros/Comisión, C-243/05 P, EU:C:2006:708, apartados 26 a 42, y de 20 de septiembre de 2011, Evropaiki Dynamiki/BEI, T-461/08, EU:T:2011:494, apartados 66 y 67; conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en el asunto Giordano/Comisión, C-611/12 P, EU:C:2014:195, punto 61).

1.4.3. Daños morales

Aceptando la dificultad de su conceptualización, puede definirse el daño moral como aquella pérdida de utilidad que no se puede compensar con dinero ni con otros bienes intercambiables⁸⁸. Los conceptos indemnizables más habituales en la responsabilidad patrimonial por actividad precontractual son el daño emergente y el lucro cesante, con su variante de la pérdida de oportunidad. Resulta altamente improbable que se acredite un daño moral, que en este caso sería el descrédito, menoscabo o mala fama que el licitador haya podido sufrir (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia 6366/2007 de 25 de mayo de 2007, rec. 1742/2002) como consecuencia de la anulación de la licitación, el desistimiento o la decisión de no adjudicar. Incluso en el seno de las distintas causas que pueden generar responsabilidad en la actuación precontractual, puede afirmarse que el daño moral es prácticamente imposible en caso de desistimiento y renuncia a la adjudicación.

A favor del daño moral debe citarse su inclusión en el concepto de reparación integral o *restitutio in integrum*. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sec. 6ª, de 21 de diciembre de 2012 (rec. 5521/2010) conoce de una reclamación en solicitud de la indemnización de daños y perjuicios que se estimaban ocasionados como consecuencia de determinadas actuaciones realizadas por la Agencia Tributaria en

⁸⁸ DOMÉNEC PASCUAL, G. *La cuantificación de los daños morales causados por las administraciones públicas*. En: GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I. *El daño moral y su cuantificación*. Bosch. Barcelona, 2015. Pág. 569.

concepto de daño emergente y de lucro cesante o beneficio dejado de obtener por no haber podido continuar la actividad empresarial:

Tiene razón el recurrente al señalar que la reparación del daño causado debe ser integral o restitutio in integrum -así lo viene señalando la jurisprudencia de esta Sala de forma constante-y que tal reparación ha de incluir, de haberse producido, el denominado daño moral entendido éste como el causado al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral.

No obstante lo anterior, no es menos cierto que el daño, para resultar indemnizable, debe ser real y efectivo, de manera que una expectativa de negocio sí puede generar lucro cesante, pero difícilmente un daño moral. La Sentencia que citamos continúa diciendo:

Sin embargo, la pérdida de expectativas de negocio, que es lo que el recurrente llama daño moral, no entra dentro del concepto expresado, sino que se trata de perjuicios de naturaleza económica, de carácter eventual y meramente hipotético, contrarios, en cuanto a su exigibilidad, al art. 139, apartado 2, de la Ley 30/1992, que impone la realidad y efectividad del daño para que éste pueda ser indemnizado. Así se ha expresado también por la Jurisprudencia, que ha señalado que la prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes, lo que excluye los meros "sueños de ganancias" como se denominaron en la Sentencia de 15 de octubre de 1986, ya que no cabe que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto (STS de 31 de enero de 2008). No otra cosa que la expuesta es lo que encubre la petición de la parte de obtener una indemnización por daño moral por pérdida de oportunidad, debiendo por tal motivo rechazarse.

Puede citarse, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia 4571 de 22 de septiembre de 2005 (rec. 1289/2003), que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la recurrente, que había sido adjudicataria de un concurso de ideas para el Museo de Colecciones Reales. Desde que se le adjudicó el contrato y hasta que se anuló, el adjudicatario se dedicó en exclusiva al contrato. Una vez anulada la adjudicación, se le abonaron los trabajos efectivamente realizados, si bien el adjudicatario reclamó una indemnización por daño moral, consistente a su juicio en el desprestigio que le había ocasionado la anulación de la adjudicación. La Audiencia Nacional desestima la reclamación sobre la base de que la dedicación exclusiva a este proyecto no venía impuesta por el concurso de ideas ni por la contratación administrativa subsiguiente, sino que fue una libre decisión empresarial cuyas

consecuencias tanto curriculares como de merma de ingresos deben ser imputadas exclusivamente a la interesada. La elaboración de los proyectos tras la adjudicación ya le ha sido debidamente retribuido dentro de las previsiones contractualmente asumidas, con el abono de dos certificaciones. En cuanto al desprestigio profesional, la entidad fue adjudicataria de un proyecto cuando no tenía ni que haber pasado la primera fase de selección, con lo que en todo caso hubo un inmediato e inmerecido efecto positivo para su crédito profesional derivado de la indebida adjudicación para un proyecto de tal relevancia nacional e internacional:

En cuanto a los 240.000 € reclamados por los daños morales y profesionales sufridos, se han venido argumentando sobre la base de que la anulación produjo un desprestigio profesional para la entidad reclamante (tanto por no poder computar este proyecto como mérito, como por razón de ponerse en duda en la anulación los méritos de la recurrente para participar en el concurso) y que el esfuerzo invertido tanto durante 1999 en la preparación del proyecto para el Concurso de Ideas acerca del Museo de Colecciones Reales como durante el año 2000 para la elaboración de los Proyectos Básico y de Ejecución tras la adjudicación, le supuso una dedicación exclusiva abandonando otras posibilidades profesionales con lo que ello implica de merma del curriculum profesional de cara a otros concursos y proyectos y de pérdida económica. A tal efecto la dedicación exclusiva a este proyecto no venía impuesta por el concurso de ideas ni por la contratación administrativa subsiguiente sino que fue una libre decisión empresarial cuyas consecuencias tanto curriculares como de merma de ingresos deben ser imputadas exclusivamente a la recurrente y sin olvidar que el tiempo dedicado a la preparación del proyecto de cara a la segunda fase del concurso de ideas es un bagaje común a todos los participantes que han superado la primera fase, y así este esfuerzo y dedicación, exclusivo o no, de ser cierta la tesis de la actora, habría de indemnizarse en todos los participantes del concurso, resultasen adjudicatarios o no, y en lo concerniente a la elaboración de los Proyectos tras la adjudicación, este concreto trabajo ya le ha sido debidamente retribuido dentro de las previsiones contractualmente asumidas, con el abono de dos certificaciones (151.194.4000 Ptas. y 123.957.6000 Ptas.). Por último en cuanto al "desprestigio profesional" solo puede abordarse desde la perspectiva de que la entidad recurrente fue adjudicataria de un proyecto cuando no tenía ni que haber pasado la primera fase de selección con lo que en todo caso hubo un inmediato e inmerecido efecto positivo para su crédito profesional derivado de la indebida adjudicación para un proyecto de tal relevancia nacional e internacional, y tal alegato de desprestigio es difícil de asumir cuando tras la adjudicación y tras la revocación de la misma, se han seguido recibiendo premios y menciones, aunque no respondan en calidad y cantidad a los que subjetivamente se pretendan merecer. Por otro lado el que durante los años 1999 y 2000 se produjera un vacío de méritos deriva como ya hemos dicho de la exclusividad en la dedicación que la recurrente se autoimpuso y la propia demanda refleja que la trayectoria curricular del ESTUDIO CANO LASSO SL se repuso a desde 2001 pese a que la sentencia firme anulando la adjudicación y reponiendo la contratación no se produjo hasta enero de 2002. Por otro lado y a mayor abundamiento no se aporta en ningún caso los criterios de cuantificación que avalaran el porcentaje de daños morales reclamados.

1.5. Medidas para evitar la responsabilidad por actividad precontractual

Un estudio que se fundamenta en el diagnóstico de una situación mejorable no resulta completo si no se aportan las sugerencias *de lege ferenda* para evitar los efectos perniciosos de lo que se denuncia. En lo que aquí respecta considero que bien podrían articularse una serie de medidas para evitar tener que incurrir en responsabilidad patrimonial por actividad precontractual de la Administración contratante, como son las medidas cautelares, la suspensión de la adjudicación, o bien la imposición de una obligación indemnizatoria por los daños y perjuicios que la infracción hubiera podido acarrear.

1.5.1. Medidas cautelares

Las medidas cautelares siguen siendo una asignatura pendiente en España, y bien podrían evitar situaciones indeseables en materia de urbanismo. En efecto, las medidas cautelares de suspensión del acto podrían impedir que sentencias firmes fueran inejecutables por imposibilidad material, porque la obra ya se encuentra totalmente finalizada⁸⁹; o que hubiera que acudir a la solución de la mediación intra judicial para poder ejecutarlas⁹⁰.

El legislador ha previsto la suspensión de la adjudicación como efecto de la interposición de un recurso especial⁹¹. Sin embargo, nada dice la LCSP respecto a la posibilidad de suspender un desistimiento o la decisión de no adjudicar. La suspensión de un acto es objeto de interpretación restrictiva y solo la acuerda un órgano jurisdiccional en caso de *fumus boni iuris* y de *periculum in mora*. Por ello una sugerencia *de lege ferenda* podría ser que estos actos precontractuales pudieran suspenderse al objeto de que pudiera valorarse la responsabilidad patrimonial en un momento cercano en el tiempo al dictado del acto.

⁸⁹ SORIANO GARCÍA, J.E. <<Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución>> *El Notario del Siglo XXI* núm. 29. Enero-febrero 2010.

⁹⁰ SORIANO GARCÍA, J.E. <<Ejecución de sentencias contenciosas y mediación. Apuntes sobre una solución posible>> *Hay Derecho*, 16 de febrero de 2020.

⁹¹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2015.

Por la singularidad del asunto que analiza, considero que debe traerse a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 24 de enero de 2012 (rec. 2247/2011), que precisamente reprocha que no exista una medida cautelar de suspensión. Los hechos son los siguientes: el Instituto Nacional de la Salud adjudica a un despacho de arquitectos la elaboración del proyecto de obras para la construcción de un hospital público en Majadahonda. Una vez se transfiere la competencia a la Comunidad de Madrid y estando en ejecución el contrato referido, esta última licita un contrato de concesión de obra pública para la elaboración del proyecto y construcción del mismo hospital. El adjudicatario del primer contrato reclama a la Comunidad de Madrid indemnización por la resolución anticipada del contrato, y la Sentencia reprocha a la Administración demandada que no se accediera a suspender y anular de oficio el procedimiento de adjudicación del segundo contrato:

El hecho de que el cumplimiento de las prestaciones aún subsistentes condicionadas a la actuación de la Administración demandada, quedase frustrado como consecuencia del anuncio de 22 de septiembre de 2004 publicado por ésta en el BOCM, y que era incompatible con el anterior contrato en el sentido del art. 1.119 del Código civil, supone un desistimiento unilateral y tácito de la Administración, atribuible únicamente a ella, según lo prevenido en el art. 214 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio, como causa de resolución unilateral del contrato que impone como consecuencia la obligación de indemnizar en la cantidad señalada dentro del epígrafe 3 del art. 215 del mismo texto legal, con el abono al contratista del 10 por ciento del precio de los proyectos o trabajos pendientes de realizar en el momento en el cual se desistió.

1.5.2. Obligación indemnizatoria

Desde la vertiente de la seguridad jurídica, resulta recomendable que la legislación en materia de contratos establezca con total claridad que existe una obligación indemnizatoria en caso de que la Administración contratante suministre una información incorrecta, desista o decida no formalizar el contrato. A día de hoy la redacción de los distintos textos normativos que se vienen sucediendo en las últimas décadas constituye un ejercicio de indeterminación: por un lado se parte de que con carácter general la anulación de un acto no implica por sí mismo la indemnización al destinatario del acto (artículo 32.1 LRJSP), aunque al mismo tiempo la LCSP contempla la necesidad de indemnizar el daño antijurídico, si bien a su vez habrá que

regresar a una LRJSP que se limita a enumerar los principios de la responsabilidad patrimonial.

La conclusión de todo lo anterior es que por un lado el gestor público no percibe la necesidad de indemnizar, mientras que el licitador se construye unas expectativas cercanas que difícilmente se van a materializar. A mayor abundamiento y en un escenario que aboca a la conflictividad judicial, el gestor público es conocedor de que la eventual sentencia condenatoria a la Administración se dictará a muy largo plazo, en un momento en el que ya no ocupe su puesto de alto cargo, y que la acción de regreso es un desiderátum en el ordenamiento jurídico. Todo ello en consecuencia propicia inseguridad jurídica, que bien podría evitarse si la legislación de contratos regulara con mayor concreción la obligación indemnizatoria, y además fijara un porcentaje exacto del importe de la licitación, así como los gastos a indemnizar (el coste financiero de la fianza, la elaboración de la oferta...).

Con una redacción más clara de los supuestos de responsabilidad precontractual y con una compensación más determinable, se evitaría el recurso obligado a la decisión de los Tribunales de Justicia, se reduciría la inevitable casuística, y no habría que construir por analogía soluciones a supuestos para los que el legislador se limita a remitir a los principios generales de la responsabilidad patrimonial⁹².

⁹² No son pocas las ocasiones en que a la falta de formalización de un contrato por causas imputables a la Administración se le tienen que aplicar las reglas de la resolución del contrato, en las que sí se prevén porcentajes del importe de la licitación a modo de compensación. Vid. Redacción del Departamento de Administrativo. <<Efectos de la no formalización del contrato por causas imputables a la Administración>> *Contratación Administrativa Práctica* núm. 123. Del 1 de enero al 28 de febrero de 2013. Editorial La Ley. Este artículo resuelve la consulta sobre la indemnización a satisfacer, bajo la vigencia del Real Decreto Legislativo 3/2011, en un caso de decisión de la Administración contratante de no formalizar el contrato. La respuesta es clara: “En todo caso, los efectos jurídicos de la decisión de la Administración de no formalizar el contrato una vez adjudicado vienen recogidos en el artículo 156 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que establece en su apartado tercero el plazo máximo para proceder a la formalización del contrato. Y en el apartado cuarto se señala que «cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido. Si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar».

Aun cuando no estemos en un supuesto de resolución y no concretando el legislador los criterios para calcular tales daños y perjuicios, consideramos aplicable la doctrina jurisprudencial dictada

1.6. Responsabilidad de autoridades y personal de la actividad precontractual de la Administración

Una vez se ha generado un daño antijurídico a un tercero por parte de la Administración, resulta obligado analizar si de la responsabilidad patrimonial que asume esta última deriva algún género de responsabilidad para el concreto autor de la acción dañosa, ya sea en términos de vía de regreso, de responsabilidad disciplinaria o incluso penal.

1.6.1. Responsabilidad patrimonial: la acción de regreso

Aunque en la práctica es difícil que se ejerza la acción de regreso⁹³, la LRJSP contempla en su artículo 40 la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas que hayan sido los autores de la acción u omisión generadora de daño. Con carácter previo debe reconocerse que la víctima del daño no puede dirigirse a los empleados públicos que han provocado el daño, sino que deben exigir directamente la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio⁹⁴.

con la legislación anterior que concreta la indemnización que corresponde al contratista por los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar la falta de formalización de un contrato adjudicado en un importe equivalente al 2% del precio de adjudicación del contrato, más los gastos del mantenimiento de la fianza desde la resolución del contrato hasta su devolución. Como exponente, puede citarse la Sentencia de 2 de enero de 2004 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón”.

⁹³ DOMÉNECH PASCUAL, G. <<Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio>> *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* núm. 2. 2008.

⁹⁴ La LPA dejaba a la elección de la víctima del daño la reclamación a la Administración o al funcionario autor; sin embargo la LRJ-PAC ya pasó a obligar a la víctima a reclamar el daño a la Administración, pudiendo esta última repercutir el importe de la indemnización en casos de culpa, dolo o negligencia graves del empleado público. A partir de la Ley 4/1999 esta posibilidad de ejercitar la acción de regreso se convirtió en una obligación. Vid., BARCELONA LLOP, J. <<La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común>> *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 105. 2000. Págs. 37 a 57. DÍEZ SÁNCHEZ, J.J. Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos. En MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.) *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Dykinson. Madrid, 2007. Págs. 205 a 234.

A partir de esta premisa procedimental se impone la obligación de la Administración correspondiente, y solo después de haber indemnizado a los lesionados, exigir de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento. Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, el legislador obliga a ponderar, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

La depuración de responsabilidades a los empleados públicos y autoridades no solo se da frente a los daños ocasionados a terceros, sino que igualmente la Administración debe instruir igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves. En ambos casos el procedimiento para la exigencia de la responsabilidad se rige por la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y se iniciará por acuerdo del órgano competente que se notificará a los interesados y que constará, al menos, de los siguientes trámites:

- a) Alegaciones durante un plazo de quince días.
- b) Práctica de las pruebas admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas durante un plazo de quince días.
- c) Audiencia durante un plazo de diez días.
- d) Formulación de la propuesta de resolución en un plazo de cinco días a contar desde la finalización del trámite de audiencia.
- e) Resolución por el órgano competente en el plazo de cinco días.

La resolución declaratoria de responsabilidad pone fin a la vía administrativa. Y la acción de regreso no impide que la Administración pueda pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes.

1.6.2. Responsabilidad disciplinaria

El Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y su normativa complementaria (el Reglamento de Régimen Disciplinario, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, y las leyes autonómicas de función pública) contemplan la responsabilidad disciplinaria del personal funcionario y, en lo que proceda, del personal laboral de las Administraciones Públicas que enumeran en sus respectivos ámbitos de aplicación.

De los diferentes tipos disciplinarios se desprende la posibilidad de que el daño antijurídico generador de responsabilidad patrimonial, a su vez integre un tipo disciplinario. Tal es el caso de la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos (artículo 95.2.d EBEP), el notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas (artículo 95.2.g EBEP), la desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico (apartado i), o la prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro (apartado g), entre otros. En estos supuestos resulta evidente que, sin perjuicio de la repetición del importe satisfecho por la Administración al empleado público a través de la acción de regreso, adicionalmente se le tendrá que instruir un procedimiento disciplinario y dictar la resolución que resulte pertinente⁹⁵.

1.6.3. Responsabilidad contable

⁹⁵ ESCRICHE MONZÓN, M.C. y SALVADOR ÁLVAREZ, N. <<Responsabilidad disciplinaria y procedimiento sancionador del empleado público>> *Diario La Ley* núm. 9472. 2019.

No distinto es el caso de la responsabilidad contable, regulada en los artículos 38 y ss. de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas. En este sentido, y en términos parejos a la arquitectura de la responsabilidad patrimonial, el que por acción u omisión contraria a la Ley origine el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados. La responsabilidad podrá ser directa –en cuyo caso será solidaria y comprenderá todos los perjuicios causados– o subsidiaria, siendo así que la cuantía de su responsabilidad se limitará a los perjuicios que sean consecuencia de sus actos y podrá moderarse en forma prudencial y equitativa.

Esta responsabilidad contable por alcance constituye una proyección de la responsabilidad de los empleados públicos y autoridades por los daños causados a la Administración, si bien de manera específica para la materia contable y regulada en una norma especial⁹⁶.

1.6.4. Responsabilidad penal

Por último y no menos importante, no hay que descartar que la causación de un daño antijurídico a un tercero en la actuación precontractual sea al mismo tiempo constitutiva de un delito, de manera que el acto administrativo (al tiempo que se encuentra viciado de legalidad y constituye una infracción administrativa) también integra un tipo penal. No siempre las fronteras entre el derecho administrativo y el derecho penal se encuentran perfiladas de manera nítida⁹⁷. En este caso no juega el principio de *non bin in idem* por cuanto la infracción administrativa y el delito responden a una identidad de sujeto y de hecho, pero no de fundamento jurídico⁹⁸.

⁹⁶ VILLANUEVA RODRÍGUEZ, U.L. <<Notas sobre la responsabilidad contable>> *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo* núm. 55. 2011. Págs. 13-27.

⁹⁷ BAUZÁ MARTORELL, F.J. (Dir) *Derecho administrativo y derecho penal. Reconstrucción de los límites*. Bosch. Barcelona, 2016.

⁹⁸ NIETO, A. *Derecho administrativo sancionador*. Quinta edición. Tecnos. Madrid, 2012.

Especialmente difícil resulta la delimitación entre la arbitrariedad administrativa⁹⁹ –constitutiva de ilícito administrativo- y la prevaricación, que se fundamenta en una resolución “arbitraria”, al decir del artículo 404 CP. En este sentido la arbitrariedad en derecho administrativo consiste en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, mientras que la arbitrariedad a que se refiere el Código Penal consiste en aquella actuación que se encuentra fuera del ordenamiento jurídico y persigue fines no contemplados en él¹⁰⁰. Esta distinción queda aclarada con nitidez en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 927/2003 de 23 de junio de 2003 (rec. 91/2003), que a mayor abundamiento recuerda que el derecho penal constituye la *ultima ratio* y que cualquier infracción administrativa no puede convertirse en un delito sin más:

El delito de prevaricación administrativa del art. 404 del Código Penal vigente (correlativo del art. 358 del Código Penal de 1973), cuyo bien jurídico protegido no es otro que el buen funcionamiento de la Administración, conforme a las exigencias constitucionales --que imponen a los órganos administrativos el pleno sometimiento al principio de legalidad y vedan toda posible arbitrariedad en el ejercicio de las funciones públicas (v. arts. 9.3, 103.1 y 106.1 CE)--, es un delito especial propio --en cuanto el sujeto activo del mismo ha de ser una autoridad o funcionario público--, que deberá apreciarse cuando éstos dicten, a sabiendas, una resolución arbitraria (injusta, decía el Código derogado) en asunto administrativo.

Por resolución ha de entenderse todo acto que comporte una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a la órbita de los derechos de los administrados (v. S de 23 Ene. 1998). La arbitrariedad, por lo demás, no es equivalente a ilegalidad --cuyo control, como hemos dicho, es propio, en principio, de la jurisdicción contencioso-administrativa--, y deberá apreciarse cuando aquélla implique un verdadero retorcimiento del Derecho, por constituir una contradicción insuperable y de grado notorio con la legalidad vigente (v. S de 15 Feb. 1998); pues la arbitrariedad de la resolución --injusticia, se decía en el Código derogado (art. 358)-- ha de ser interpretada de forma restrictiva, como consecuencia del principio de intervención mínima, inherente al Estado de Derecho (v. art. 1 CE), que sin duda ha sido una apuesta clara del legislador de 1995, así como del carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal. Por ello, los Tribunales han de actuar con la mayor cautela frente a lo que algún autor ha denominado «el fenómeno de la judicialización de la vida pública» que, según el mismo, implica graves consecuencias para el sistema jurídico. No en vano, el respeto del principio de legalidad, que debe regir toda la acción administrativa, se garantiza principalmente a través de otras ramas del ordenamiento jurídico distintas de la penal, especialmente la administrativa, por cuanto la penal debe reservarse únicamente para los ataques más graves contra la función pública.

⁹⁹ FERNÁNDEZ, T.R. *De la arbitrariedad de la Administración*. Quinta edición. Thomson Civitas. Cizur Menor, 2008.

¹⁰⁰ BAUZÁ MARTORELL, F.J. <<El acto administrativo: entre la validez y el delito. (La anulación de actos administrativos por el juez penal)>> *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 163. 2014. Pág. 191.

2.- SEMBLANZA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN COLOMBIA

Para hacer un estudio de la responsabilidad precontractual se debe tener presente que, en Colombia, todo lo concerniente a los actos preparatorios del contrato administrativo, al ser una de las partes de esta relación la Administración Pública, la vulneración o el incumplimiento por parte de esta de alguno de los preceptos que sustentan esta etapa, generándose como consecuencia de esto daños a terceros, se encuadra dentro del marco de la responsabilidad patrimonial del Estado, dispuesto como una cláusula general, en el artículo 90 de la CPC¹. Así lo ha establecido la Corte Constitucional al definir los alcances del postulado Superior² De igual manera el Consejo de Estado lo ha expuesto en reiterada jurisprudencia³. En este orden de ideas,

¹ Artículo 90. “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

² “Ahora bien, como se ve, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento de uno de los intervinientes, según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual”. C. Const., Sent. C-333, agosto 1/1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³ “En síntesis, lo anterior quiere significar que la responsabilidad derivada del daño antijurídico irrogado durante la etapa precontractual, esto es, antes del perfeccionamiento del contrato se acerca más a los fundamentos filosóficos y jurídicos de la de naturaleza extracontractual, sólo que los títulos jurídicos de imputación no se basan en la falla del servicio, el daño especial o el riesgo excepcional, sino que, por el contrario, en el desconocimiento de los principios de legalidad y de buena fe, con independencia de si el comportamiento de una de las partes fue o no culposo. Así las cosas, se deja de lado la teoría construida por Ihering, según la cual el basamento de este tipo de responsabilidad se encontraba en el pacto tácito de los participantes en los tratos preliminares de responder en caso de que se desprendieran daños imputables a una de las partes, bien en relación con la calidad del sujeto, la falta de idoneidad del objeto, y la ausencia de fiabilidad de la voluntad contractual”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 05001232500019942027 01 (21.324), junio 12/2014. M.P. Enrique Gil Botero.

es pertinente, dada la orientación de esta investigación, analizar algunas de las particularidades y los fundamentos del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

2.1. Los fundamentos generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y su evolución

No fue sino hasta la segunda mitad del siglo XIX que tímidamente se comenzó a entender el fenómeno de la responsabilidad de la Administración. Antes de eso, en plena Edad Media y con el período del Absolutismo, especialmente en este último, el no reconocimiento de responsabilidad era la regla. Respondía esto a la propia estructura de la sociedad, marcada por el dominio completo del monarca, resumido en el precepto que señala la infalibilidad del mismo: *El rey no puede cometer errores (the king can do no wrong)*, frase acuñada en Inglaterra, con su símil en Francia bajo el tópico de Luis XIV: *El Estado soy yo*, además de la idea de soberanía, título que le daba un carácter de indiscutible a toda actuación del Estado. A lo sumo y excepcionalmente, cualquier acto de arbitrariedad por parte de los funcionarios se entendía como propio, no como si hubiera actuado a nombre del Estado. El procedimiento de reclamación en estos casos, marcando una evolución en el devenir histórico, es descrito por el autor Ramiro Saavedra Becerra⁴, quien cita a Luciano Alfonso Parejo, tomando como referente el

⁴ SAAVEDRA BECERRA, R. *De la responsabilidad patrimonial del Estado*. 3 volúmenes. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, D.C., 2018. Pág. 73: “No será fácil superar esta situación. Pero entre los siglos XVI y XVIII va a producirse la formación y estructuración de la moderna Administración Pública. Ello ocurre en los países germánicos, donde se desarrollan las ciencias que se encuadran en la denominación de “cameralismo” entre ellas la ciencia de la policía, las cuales propician la conformación de la Administración Pública y constituyen un decisivo escalón “caracterizado porque el poder del príncipe ya no es solo el que deriva de su condición de señor de la tierra, sino el que resulta de la asunción de amplios cometidos funcionales. Esta circunstancia impulsa decididamente la paulatina formación de una Administración real central y territorial y, consecuentemente, de una burocracia al servicio de la misma”. Este fortalecimiento de la Administración en medio del Estado Absolutista no colocó sin embargo al súbdito en un estado de indefensión. “Por el contrario, al margen de la justicia ordinaria se desarrolló una protección jurídica bajo la forma de “Kammmeraljustiz”, mediante el reconocimiento de ciertas especies de indemnización debidas a los particulares como consecuencia del ejercicio del poder. La incongruencia que significaba afirmar, de una parte, la inmunidad del poder y, de la otra, el derecho a reclamar indemnizaciones por su ejercicio fue resuelta por los juristas de la época trayendo y reformulando la teoría del Fisco. A este artificio,

derecho germánico. Con el movimiento de la Ilustración y sus ideas trasladadas a la Revolución Francesa surgen nuevas formas de exigencias de reparación. Una de estas se refleja en el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que consagró la figura del derecho de propiedad. A partir de esta consigna nace el compromiso de reparar las formas de expropiación a los ciudadanos, marcadas en el tiempo descrito por la arbitrariedad y el despojo. Pese a este tímido repunte, la pauta era seguir considerando al Estado irresponsable patrimonialmente.

El siglo XIX aportó para la responsabilidad la influencia francesa, no solo por la ya mencionada promulgación de su Código Civil, sino también por la aparición y avance del derecho administrativo. Así, a través de este desarrollo, en aplicación de la teoría conocida como “actos de gestión” en contraposición a los “actos de autoridad” – que sirvieron de base para darle forma al derecho administrativo– el Estado pudo ser llevado a responder a los tribunales tras la ocurrencia de un daño, pero empleándose el derecho privado, es decir, el mismo al que se sujetaban los particulares. La aplicación del derecho administrativo en la justicia solamente era posible ante los actos de autoridad, donde actuaba con imperium. De esta manera, en Francia, se adoptó una variante del denominado concepto de culpa privatista, llevada al derecho administrativo a través de la falla del servicio (*faute du service*). Lo anterior va de la mano del crecimiento del aparato estatal y el empuje de la última etapa de la Revolución industrial, que trajeron consigo la demanda de más bienes y una influencia más notoria del Estado en la vida de las personas, lo que implicó una mayor interacción y el aumento de las posibilidades de ocurrencia de daños donde el Estado fuera el responsable.

Puede afirmarse que el momento decisivo del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado se da a partir del conocido como *fallo Blanco*⁵, proferido el 8 de febrero de 1873 por el Tribunal de Conflictos, resolviendo un choque de competencias entre el Consejo de Estado –en ese entonces con funciones

de raigambre romana y medieval se acudió con el fin de no dejar sin reparación los daños que la Administración prusiana produjera en su actividad, de clara intervención intervencionista”.

⁵ *Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés*. Editions Dalloz, segunda edición en español, 2019 (de la 21.ª ed. francesa, 2017). Págs. 27 a 35.

jurisdiccionales— y los tribunales ordinarios. Importante es poner de presente el debate suscitado en la época y que continuó por un tiempo considerable, sobre el criterio utilizado para darle sustento al *fallo Blanco* y los que le siguieron. La noción de servicio público, defendida por la Escuela de Burdeos, entiende que el sentido de darle la competencia a la justicia contencioso administrativa en el plurimencionado caso Blanco, tiene que ver con la actividad que presta el ente público, que termina siendo un servicio público, sin distingo sobre lo que verse esta actividad. Era un intento de terminar con la controversia presentada entre los actos de autoridad y de gestión, encerrándolos todos en un solo criterio.

Por lo demás, esta discusión forma parte de la misma evolución del derecho administrativo, como ya lo han establecido muchos autores⁶. De aquí en adelante inicia un proceso de construcción jurisprudencial con la sucesión de varios fallos que marcarían el derrotero del establecimiento definitivo de la institución de la responsabilidad del Estado. No obstante, estos años y hasta ya entrado el siglo XX, estuvieron marcados por amplios debates sobre la falta personal de los funcionarios y la falla del servicio de la Administración (sobre quién debería recaer la responsabilidad), así como también el advenimiento de la responsabilidad sin culpa. Esta última tiene como génesis dentro del desarrollo pretoriano descrito con origen en Francia el *fallo*

⁶ Así lo asumen, por ejemplo, García de Enterría y Fernández: “Para salvar estas dificultades se acudió al criterio material del servicio público, afirmándose al efecto que cuando la Administración Pública gestiona servicios públicos está sin más sometida al Derecho Administrativo con independencia de que en tal gestión actúe con autoridad o sin ella. Este nuevo criterio, sobre el que se desarrolló la llamada Escuela de Burdeos (DUGUIT, JÈZE, BONNARD), entró, a su vez, en crisis en el segundo tercio del pasado siglo como consecuencia, fundamentalmente, de la ola de nacionalizaciones (la primera en 1936 por obra del gobierno frentepopulista de León BLUM, y la segunda en 1945, una vez terminada la segunda Gran Guerra). Se comprobó entonces, por un lado, la existencia de servicios públicos gestionados no ya por la Administración Pública (incluso con medios privados), sino por empresas de derecho privado (la Telefónica, por ejemplo, y más claramente, los que se llamaron Bancos Oficiales), e inversamente, que había casos en los que actividades que no eran servicios públicos (fabricación de automóviles, de barcos o de aviones, por ejemplo) eran gestionadas por una entidad pública con aplicación de inequívocos elementos publicísticos. El resultado, complicado, según veremos, en la actualidad, es que parece imposible separar con claridad grandes bloques de actividades, unas sometidas al Derecho Administrativo y otras al Derecho Privado. Ambos Derechos se entrecruzan inextricablemente en muchos actos y actividades de la Administración Pública, por lo que, incluso, dentro de un mismo acto unos elementos pueden estar sometidos al Derecho Administrativo y otros al Derecho Privado”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo* I. 18ª ed. Civitas. Madrid, 2017. Págs. 79 y 80.

*Cames*⁷ (1895), proferido a raíz de un accidente sufrido en una mano por un obrero en un arsenal de propiedad estatal, que determinó la responsabilidad de la Administración basándose en la actividad riesgosa que desempeñaba. Más adelante, en la misma línea de la responsabilidad objetiva (o sin culpa), sustentado en la vulneración de la igualdad ante las cargas públicas, se encuentra el fallo *Couitéas*⁸ (1923), donde se trató la reclamación de un propietario que previamente había obtenido vía judicial, el reconocimiento de la propiedad de unos predios, pero que no se pudo materializar por la fuerza pública debido a la alteración del orden que esto provocaría. Ante tales circunstancias, y al presentarse la demanda, el Consejo de Estado francés admitió la responsabilidad del Estado en virtud de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Tras este recuento histórico general de la institución de la responsabilidad, que sirve como marco de referencia, dada la influencia del derecho francés, entraré a examinar las particularidades y características en el desarrollo de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia.

2.2. Algunas particularidades del desarrollo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en Colombia

Desde el siglo XIX pueden vislumbrarse algunos intentos de reconocer la responsabilidad del Estado. No eran propiamente eventos de esta naturaleza, sino situaciones derivadas de las continuas guerras civiles que llevaban a los ejércitos a utilizar la figura de la expropiación, lo que derivó en reconocimientos de indemnizaciones por parte de la justicia. Saavedra⁹ se refiere a esta situación recalando que estos fallos, amparados por algunas leyes de la época, tenían apoyo básicamente en

⁷ Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés. Op. Cit. Págs. 76 a 83.

⁸ Ibidem, págs. 324 a 335.

⁹ “Es desde esta perspectiva que deben examinarse los reconocimientos hechos por los tribunales a lo largo del siglo XIX. No como un antecedente del principio general de la responsabilidad patrimonial del Estado, sino como una expresión de los principios del individualismo liberal, para el que el derecho de propiedad tenía un carácter fundamental, tal como se expresó en la Declaración del Hombre y del Ciudadano, y quedó incorporado en el artículo 15 de la Constitución de Rionegro”. SAAVEDRA BECERRA, R. Op. Cit. Pág. 148.

el postulado de la Declaración de los Derechos del Hombre referente al respeto por el derecho de la propiedad con la excepción de la declaratoria de utilidad pública del bien que permite la expropiación, pero bajo la correspondiente indemnización. La formulación inicial de la responsabilidad del Estado en Colombia se estructuró al amparo de la institución de la responsabilidad extracontractual del derecho privado, precisada esta, en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, texto que a su vez proviene del legado decimonónico del Código de Napoleón y de los no menos importantes aportes que realizó la codificación de Andrés Bello. Los preceptos señalados están basados en el actuar con culpa como forma de generar responsabilidad, además de prever la responsabilidad indirecta y directa de las personas, entre otros aspectos.

Un aspecto significativo que se mantiene hasta hoy es que el desarrollo de la responsabilidad de las Administraciones Públicas ha sido básicamente aportado por la doctrina creada por la jurisprudencia, que suple además el vacío legislativo que ha caracterizado la materia. Un detalle no menor para entender el comportamiento sinuoso del curso de la responsabilidad y las tensiones que surgen a partir de este fenómeno. La primera sentencia que reconoce la responsabilidad estatal data del 22 de octubre de 1896, en la que la Corte Suprema de Justicia resolvió en favor de la familia de la víctima la demanda instaurada por la muerte de un ciudadano italiano quien, huyendo de la justicia, fue asesinado por la policía en el procedimiento de persecución. El órgano judicial consideró que se habían cometido excesos en la manera de llevar a cabo la actuación de la fuerza pública¹⁰. Como se ve en los apartes del fallo aquí citado la culpa de origen civilista a través de la responsabilidad indirecta es el sustento de la tesis para determinar la responsabilidad. La jurisprudencia posterior sobre el asunto elaboraría de manera más cuidadosa la teoría de la responsabilidad indirecta estableciendo que los agentes o funcionarios descargan en la persona jurídica de derecho público la culpa por sus actuaciones (culpa in eligendo o in vigilando).

¹⁰ “Todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que el Estado como persona jurídica no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resulten de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes”. CSJ, S. de Negocios Civiles Comunes, octubre 22/1896. Vid., ARENAS MENDOZA, H.A. *El régimen de responsabilidad subjetiva*. Legis Editores S.A. Bogotá, D.C., 2018. Pág. 9.

2.2.1. Período de competencia de la Corte Suprema de Justicia

En Colombia, el máximo tribunal de la justicia ordinaria es la Corte Suprema de Justicia. La Constitución de 1886 en su artículo 151.3¹¹ estableció durante un extenso período de su vigencia la competencia de este órgano para conocer de todos los procesos contenciosos donde fuera parte la Nación –esto incluía los eventos de su responsabilidad–. La jurisdicción contencioso administrativa, con el Consejo de Estado como máxima instancia, vino a asumir el tratamiento de los asuntos relacionados con la responsabilidad hasta bien entrado el siglo XX. La razón de esta atribución de competencias viene ligada al hecho de que el estudio de la responsabilidad del Estado fuera abordado –al menos en sus inicios– desde una perspectiva civilista afianzada en la culpa. Así vemos que la Corte Suprema de Justicia soportó sus argumentos en instancias iniciales en la responsabilidad indirecta, extendiendo la previsión de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil (los que determinan la responsabilidad por personas a cargo o por hechos ajenos), en los actos del agente que, obrando en nombre de la entidad, comprometían su responsabilidad –culpa in eligendo o in vigilando–.

Valga además precisar que en ese momento fue esta la fórmula que permitió darle cabida a la responsabilidad de las personas jurídicas (públicas o privadas), pues la responsabilidad aquiliana del Código Civil, según las interpretaciones iniciales, se concebía solamente para las personas físicas. Durante gran parte del siglo XX, para determinar la responsabilidad del Estado, la tesis de la responsabilidad indirecta fue alternada con la de la responsabilidad directa e incluso con el concepto de la falla del servicio y los eventos de responsabilidad sin culpa¹².

¹¹ Artículo 151. “Son atribuciones de la Corte Suprema:”

(...)

“3. Conocer de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más Departamentos”.

¹² “No obstante, es importante aclarar que las diversas soluciones jurisprudenciales acogidas no se sucedieron en forma secuencial: por el contrario, coexistieron por largos períodos, ya que la Corte Suprema regresaba constantemente a unas y otras sin abandonar ninguna hasta el año de 1964 en que la competencia en la materia pasó definitivamente al Consejo de Estado”. SAAVEDRA BECERRA, R. Op. Cit. Pág. 153.

Aunque algunos autores señalan la muy comentada sentencia de 21 de agosto de 1939¹³ como el punto de inflexión de la tesis de la responsabilidad indirecta, la Corte Suprema volvería, en no pocas ocasiones, a adoptar esta postura en los años posteriores hasta que finalmente, en fallo de 30 de junio de 1962, abandona su posición sobre la responsabilidad indirecta, haciendo una exposición completa de la imposibilidad de encuadrar este tipo de responsabilidad en las personas jurídicas. En sus argumentos, el Alto Tribunal hace un recuento de lo que los artículos 2347 y 2349 del Código Civil plantean para ciertas personas, que, por encontrarse en una situación de cuidado, les transfieren la responsabilidad de sus actos a los llamados a responder por ellos (hijos a sus padres; pupilos a su tutor o curador; estudiantes a los directores de colegios o escuelas; aprendices o dependientes a los empresarios; empleados domésticos a sus empleadores). Dicho esto, la Corte Suprema establece que no son extrapolables las presunciones de culpa antes descritas a las personas jurídicas, ya sea públicas o privadas, en razón a que los agentes de estas últimas no se encuentran bajo o el cuidado o dependencia de la entidad moral –estos deberes para ellas son inexistentes– como si se hallan los sujetos que aquí se describen. Luego entonces, si no son asimilables tales situaciones, tampoco es posible aplicar para las personas físicas la pauta aquella, que aparece como un eximente de responsabilidad, de no haber podido evitar el daño probando que su actuación ha estado revestida con la *autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe*¹⁴. Por otra parte, también hay que tener

¹³ "Se ha llegado a admitir generalmente la responsabilidad civil de esta especie de personas morales sobre la consideración de que hubo culpa de su parte en la escogencia o elección de la persona que en su representación o su nombre debe ejercitar determinados actos que ocasionan daños, o porque la persona jurídica no ejerció sobre esos representantes o agentes la vigilancia necesaria para evitar la ocurrencia de los actos culposos generadores de la obligación de indemnizar perjuicios. Esta teoría basada en la culpa in eligendo y en la in vigilando ha situado esta especie de responsabilidad indirecta del Estado por causa del funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad por otro que se presenta en los casos determinados por la ley, cuando una persona que está bajo la dependencia y cuidado de otra ocasiona un daño a un tercero, que no pudo impedir el responsable con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe (artículos 2347, 2348 y 2349 C. C), no es la que corresponde exactamente en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas Jurídicas de derecho público, porque en estos casos no existe realmente la debilidad de superioridad o la esencia o vigilancia y cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión". CSJ, S. de Casación Civil, Sent. de agosto 21/1939.

¹⁴ CSJ, S. de Casación Civil, Sent. de junio 30/1962. M.P. José J. Gómez.

presente como un argumento en contra de esta tesis, que las personas jurídicas no gozan siempre de la libertad de escoger a sus funcionarios (muchos llegan a través del concurso o por elección popular) motivo adicional por el cual la culpa in eligendo que se le podría endilgar a la Administración no tendría razón de ser.

La citada sentencia de 1939 donde la Corte Suprema de Justicia recoge momentáneamente su parecer en cuanto a la utilización de la responsabilidad indirecta, fue la que llevaría a un viraje hacia la responsabilidad directa. Esta se aplicó siguiendo el postulado del artículo 2341 del Código Civil, en el entendido de que la culpa personal del agente compromete a la persona jurídica a la cual presta sus servicios. Expresado de otra manera, la culpa de los agentes es la de la entidad. La exoneración de responsabilidad para ésta se daba a través del hecho extraño, hecho de un tercero o por la culpa de la víctima. Pocos años después, como un híbrido entre la responsabilidad directa y la indirecta, la jurisprudencia construyó una teoría denominada tesis organicista, que consistió en establecer la responsabilidad dividiendo los agentes de la persona moral en dos grupos, a saber: los representantes o directores, que serán los órganos de aquella, respondiendo la Administración de manera directa por los hechos de estos, dada la capacidad o el rango de estas personas que se suponía, encarnaban su voluntad; y los dependientes, que por su situación de subordinación no representan su voluntad. En este último caso se respondía de manera indirecta.

Si bien el factor culpa era determinante en ambas situaciones como ya se ha visto en los dos tipos de responsabilidades (directa e indirecta), las consecuencias se afrontaban de manera distinta pues en la responsabilidad por culpa de los órganos, tratada como del hecho propio, para exonerarse de responsabilidad se debía esgrimir el caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima, en la responsabilidad causada por los dependientes, vista desde la perspectiva del hecho ajeno, bastaba para eximirse la ausencia de culpa¹⁵.

¹⁵ CSJ, S. de Negocios Generales, Sent. de mayo 15/1944.

La doctrina de la responsabilidad indirecta saldría de escena tras la aparición de la falla del servicio como una apuesta a una institución próxima al derecho administrativo, no obstante que se le diera sostén en la concepción de culpa civilista del artículo 2341 del Código Civil. Entretanto, la teoría organicista perdió fuerza ante el cuestionamiento que se hiciera a la distinción que se elaboró entre los agentes de la Administración (representantes y dependientes) y el resultado generado por los actos de unos y otros cuando al final de cuentas todos sirven al mismo propósito, que es cumplir con los fines de la entidad, y todos, con sus actos, comprometen a la misma. Un trato por demás claramente discriminatorio que motivó que la Corte Suprema desistiera definitivamente de seguir acogiendo este punto de vista¹⁶.

Tal como aquí se comentaba, pese al afán de darle un matiz ajustado al derecho público, la Corte Suprema estructuró una doctrina sobre la falla del servicio en la que el elemento culpa extraído del artículo 2341 del Código Civil estaba siempre presente. Así, mezclaba en su razonamiento la falla del servicio por una prestación inadecuada de los servicios públicos (noción procedente del derecho administrativo), ya no de un agente específico, al que no tendría que singularizarse, sino de manera general de toda la Administración, acorde a los deberes dispuestos en el artículo 16 de la Constitución vigente en esos momentos¹⁷, pero al mismo tiempo, lo afianzaba en el derecho común con lo consignado en el artículo 2341 del Código Civil¹⁸. En suma, hasta 1964, momento en que perdió definitivamente su competencia para fallar sobre procesos de responsabilidad patrimonial de la Administración, la Corte Suprema de Justicia alternó las teorías aquí referidas, todas estas apuntaladas en el criterio de culpa, con una clara ascendencia de la responsabilidad aquiliana del Código Civil¹⁹.

2.2.2. Período de competencia del Consejo de Estado

¹⁶ CSJ, S. de Casación Civil, Sent. de junio 30/1962.

¹⁷ Artículo 16. “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

¹⁸ CSJ, S. de Negocios Generales, Sent. junio 30/1941.

¹⁹ RODRÍGUEZ R., L. *Derecho administrativo general y colombiano*. Tomo II. 20ª ed. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2017. Págs. 320 y 321.

2.2.2.1. Inicios

Si bien en sus orígenes (se remontan a 1817) la institución del Consejo de Estado tuvo el carácter de un cuerpo consultivo del Gobierno, con el paso del tiempo, tras suprimirse en 1905²⁰, y con su reaparición en el Acto Legislativo 1 de 1914²¹, fue consolidándose como un órgano judicial y máxima instancia de lo contencioso administrativo, aunque este proceso se haría de forma gradual. Puede ser esta una de las razones de la tardanza en desarrollar una teoría propia, independiente del derecho privado, sobre la responsabilidad del Estado. Con la Ley 167 de 1941 (sobre organización de la jurisdicción contencioso administrativa) hubo un primer paso para atribuirle competencias al Consejo de Estado en los asuntos relacionados con la responsabilidad. En efecto, los artículos 67 y 68 de esa ley plantearon la posibilidad de adelantar ante la jurisdicción especializada episodios de responsabilidad, pero de manera muy restringida. Solo situaciones de lesiones ocasionadas por efectos de actos administrativos o por hechos u operaciones administrativas –en este último supuesto entraban específicamente los trabajos públicos– eran susceptibles de ser llevadas ante los tribunales administrativos. La razón, como ya se ha advertido, es que la Corte Suprema de Justicia mantenía en ese momento el conocimiento de los procesos contenciosos en que tuviera parte la nación²².

El Acto Legislativo 1 de 1945 trataría de imponer un orden a esta tesitura, al retirarle las mencionadas competencias a la Corte Suprema y reestructurando los artículos constitucionales que se referían a las funciones del Consejo de Estado. A partir de este momento, a este último órgano, en su carácter de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, le confirió las competencias que la ley estableciera (al igual que se las asignaba a la Corte Suprema en cuanto a lo suyo). Con todo, el hecho de que existieran normas –regulatorias de temas de derecho civil y administrativo– que discrepaban entre sí en cuanto a las competencias sobre responsabilidad, llevó a

²⁰ Acto legislativo 10/1905, artículo 1º. “Suprímase el Consejo de Estado. La ley determinará los empleados que deban cumplir los deberes y funciones señalados a esta Corporación”.

²¹ Acto legislativo 1/1914, “Por el cual se restablece el Consejo de Estado”.

²² Vid. supra, pág. 92, n. 11.

exacerbar las tensiones entre ambas jurisdicciones, que no fueron resueltas hasta 1964²³. En este interregno (entre 1941 y 1964) el Consejo de Estado profirió algunas sentencias de importancia como la de 29 de julio de 1947, donde se reclamó por parte de los propietarios del periódico *El Siglo* los perjuicios que se ocasionaron por la suspensión de las actividades del medio, en el contexto de la declaratoria del estado de conmoción interior tras un levantamiento militar donde se puso preso al presidente, ocurrido en el mes de julio de 1944. Esto llevó a que el Gobierno de entonces tomara una serie de medidas, entre ellas, ocupar con las fuerzas de policía algunos medios de comunicación, para protegerlos de la amenaza de destrucción de una multitud. No obstante, esta ocupación tardó casi un mes, lo que terminó afectando al demandante pues no pudo cumplir con su habitual cobertura, lo que le ocasionó perjuicios de diversa índole. Es este un caso emblemático dentro de la responsabilidad de la Administración en tanto en cuanto fue el primer pronunciamiento relacionado con la teoría de la responsabilidad sin culpa basada en el daño especial²⁴.

Otro fallo que se destaca es el de 28 de octubre de 1976, que versa sobre la intervención y posterior liquidación de un banco, en una medida de operación administrativa que alegaban los afectados les generó perjuicios, en razón al tiempo que duró la intervención, configurándose, de acuerdo a su parecer, un daño especial. Pese a que las pretensiones fueron desestimadas, la relevancia de esta sentencia estriba en que el Consejo de Estado hace una exposición pormenorizada de la doctrina sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración esbozada hasta ese momento, abarcando las principales líneas teóricas trazadas desde sus inicios por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del propio Consejo de Estado²⁵.

²³ “Aun así, hasta 1964 la jurisprudencia ordinaria, en frecuente conflicto con la contencioso administrativa, entendió que tales normas legales seguían vigentes a pesar de la abrogación de la regla constitucional en que se fundaban; pues esta abrogación solo significaba la desconstitucionalización del problema, por lo cual, para poder afirmar la competencia del juez administrativo, era necesario reformar la ley”. SAAVEDRA BECERRA, R. Op. Cit. Pág. 172.

²⁴ Vid., ARENAS MENDOZA, H.A. *El régimen de responsabilidad objetiva*. Legis Editores S.A. Segunda edición. Bogotá, D.C., 2017. Págs. 22 y 23.

²⁵ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 1482, octubre 28/1976. M.P. Jorge Valencia Arango.

La consolidación de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en la materia aquí tratada se daría con la expedición del Decreto 528/1964 –en el cual se dictaron pautas de organización judicial–. Esta norma dimitiría definitivamente las desarmonías normativas existentes ya anotadas sobre cuál de las dos jurisdicciones (civil o administrativa) detentaba el conocimiento de los eventos de responsabilidad del Estado. Puntualmente, los artículos 20, 28, 30 y 32 fijarían la competencia en la justicia especializada²⁶, estableciendo la excepción (artículo 6) cuando fueran parte entidades públicas, en asuntos de mero derecho privado, que se ventilarían ante la jurisdicción civil. Los criterios para fallar en los años venideros si bien partían de una doctrina estructurada jurisprudencialmente, tenían fundamento en la vulneración del derecho positivo, especialmente en el ya mencionado artículo 16 de la Constitución vigente y en algunas normas de carácter procesal contenidas en la Ley 167/1941, en el Decreto 528/1964 y en el Decreto 01/1984 (Código Contencioso Administrativo). La tesis de la falla del servicio fue el argumento principal para endilgarle la responsabilidad a la Administración Pública; los regímenes de responsabilidad objetiva, representados en el riesgo excepcional y el daño especial se emplearon apenas de manera residual²⁷.

2.2.2.2. El escenario a partir de la Constitución de 1991

La institución de la responsabilidad del Estado tendría una transformación radical como consecuencia de la Constitución de 1991. Similar al proceso constituyente español²⁸, que con la cláusula de responsabilidad del artículo 106.2 profundizaría en lo recorrido hasta ese momento en la materia²⁹, el postulado del artículo 90 de la CPC, tal

²⁶ Artículo 20 Decreto-ley 528 de 1964. “La jurisdicción contencioso administrativa está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, sin excepción de los casos contemplados en los numerales 2o y 3o del artículo 73 de la Ley 167 de 1941”.

²⁷ SAAVEDRA BECERRA, R. Op. Cit. Págs. 183 a 189.

²⁸ Los procesos constituyentes de Colombia y España coinciden en que emanan como un intento de lograr consensos entre fuerzas políticas diversas, luego de transitar por complejas etapas de violencia propiciadas principalmente por la ausencia de una auténtica sociedad democrática.

²⁹ MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración – Hacia un nuevo sistema*. 2ª ed. EDISOFER S.L. Madrid, 2012. Págs. 17 y 18: “El hito más importante, sin lugar a dudas, de la posterior evolución de la institución de la responsabilidad administrativa en España, ha sido su reconocimiento por parte de la Constitución de 1978 (CE). La propia concepción constitucional de la Administración Pública española se vincula de forma esencial al

como lo describe Santofimio Gamboa, *significó la consolidación del modelo de Estado social de derecho, y la superación de la idea de la irresponsabilidad de la Administración Pública*³⁰. El paralelo entre uno y otro régimen (español y colombiano) es importante, por la alusión al sistema de responsabilidad español que se hizo en la Asamblea Nacional Constituyente colombiana –así lo consigna el acta del proyecto N° 72 de 8 de marzo de 1991 presentado ante la Comisión Primera de la Constituyente por Juan Carlos Esguerra Portocarrero³¹– y su influencia en la fórmula final establecida en la CPC. El artículo 90 se edifica en tres presupuestos que constituyen el régimen de la responsabilidad administrativa: la existencia de un daño antijurídico, que este sea imputable a la autoridad pública y su reparación. Además de los anteriores requisitos, el precepto contempla la posibilidad que, tras la condena al Estado por la actuación dolosa o gravemente culposa de sus agentes, se pueda actuar contra estos en un mecanismo denominado acción de repetición (similar a la acción de regreso en España), para el cual

sometimiento a responsabilidad extracontractual por los daños que su actuación pueda ocasionar: la Administración española, en su configuración constitucional, es una Administración responsable. La Constitución, en efecto, da el espaldarazo definitivo al principio de responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas, al preverlo en sus arts. 9.3, 149.1.18 y, sobre todo, 106. 2”.

³⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. *Tratado de derecho administrativo – derecho de víctimas y responsabilidad del Estado*. Tomo V. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017. Págs. 20 a 23: “La cláusula de responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, sustancialmente vinculada a las finalidades propias del Estado social y democrático de derecho, constituye una de las más grandes conquistas del Estado por el derecho, al incorporar el ordenamiento jurídico no solo el precepto imperativo de responsabilidad de los poderes públicos, sino también la preciada garantía patrimonial del Estado frente a los daños antijurídicos que le sean imputables por su acción u omisión (incluso por inactividad), que ocasionen perjuicios y, en consecuencia, en relación con los cuales surja el deber constitucional de reparar”.

³¹ “Si bien es verdad que el estiramiento de estas normas ha permitido la elaboración y el desarrollo más o menos satisfactorios, de toda la teoría de la responsabilidad pública que hoy rige entre nosotros, ha llegado la hora de acometer, como corresponde, la entronización constitucional de este postulado jurídico fundamental. Así ha venido haciéndose en los últimos tiempos en no pocos países con ocasión de sus reformas institucionales. Tal el caso de España, por ejemplo, que elevó a jerarquía constitucional (artículos 106 y 121) la norma que sobre el particular había adoptado la Ley de Expropiaciones Forzosas de 1954 (artículo 121). Y así también ha venido ocurriendo a nivel internacional, como lo demuestra lo estipulado en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (artículo 215)”. *Acta del proyecto N° 72 de 8 de marzo de 1991, Comisión Primera Asamblea Nacional Constituyente*. Disponible en: <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll28/id/372/rec/1>.

se ha establecido un trámite de índole procesal previsto en la Ley 678/2001 y en el artículo 142 de la Ley 1437/2011.

La disposición constitucional colombiana, a diferencia de la española, no le confiere expresamente a la ley el estatuir las condiciones que configuran la responsabilidad. Esto ha propiciado que, vía pretoriana, tal como se venía dando antes de la promulgación del nuevo texto Superior, pero tomando como cimiento la pauta general del artículo 90, se haya gestado una estructurada doctrina (no exenta de sobresaltos y dubitaciones) que abarca toda suerte de eventos de responsabilidad de los poderes públicos, lo que le da un talante de universalidad a la cláusula en mención³². Salvo algunas pocas situaciones plasmadas en la ley –la responsabilidad por las actuaciones de la administración de justicia que abarcan el error judicial, la privación injusta de la libertad y el defectuoso funcionamiento de la justicia, todas ellas incluidas en la Ley 270/1996–, los fundamentos determinantes de responsabilidad se desprenden de un engranaje constituido por la interpretación de varios artículos de la Constitución referidos a principios, derechos fundamentales, bloque de constitucionalidad y las convenciones suscritas por el Estado colombiano en materia de derechos humanos, de lo que puede concluirse que asistimos a una constitucionalización de la responsabilidad del Estado³³.

³² La jurisprudencia del Consejo de Estado desde 1991 ha avanzado una prolija doctrina sobre eventos de responsabilidad que comprende todos los poderes públicos y sus actividades, asuntos que en su mayoría, no cuentan con un despliegue legislativo: responsabilidad por trabajos públicos, responsabilidad por actividades urbanísticas, responsabilidad por daños ambientales, responsabilidad por actividad médica, responsabilidad por accidentes de tránsito y otras actividades riesgosas, responsabilidad por la actividad precontractual y contractual, responsabilidad por el hecho del legislador, entre otros.

³³ SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. *Compendio de derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017. Op. Cit. Págs. 42 a 44: “En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “víctima” y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos convencional y constitucionalmente reconocidos, en el universo del derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1º, 2º, 4º, 13 a 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política, y en el reconocimiento, incorporación y aplicación del control de convencionalidad sobre normas, actividades, actuaciones, comportamientos, procedimientos y ejercicio de todo tipo de funciones y deberes en cabeza de la Administración Pública, que exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los mandatos, obligaciones y deberes convencionales presentes en los instrumentos jurídicos internacionales, o de aquellos que consuetudinariamente son de ius

2.2.2.3. El concepto de daño antijurídico y los otros elementos de la responsabilidad

Sin duda, los aportes de García de Enterría sobre la noción de lesión en materia de responsabilidad de la Administración³⁴ han servido de fuerte influencia para el desarrollo de la institución en el derecho colombiano. El enunciado del artículo 90, al imponer como aspecto de relevancia el daño antijurídico, vuelca todas las miradas al estudio del concepto y su posible entendimiento, tal como en su día lo hiciera el gran jurista español. A diferencia del artículo 106.2 de la CE, que no menciona el rótulo de antijurídico, dejándose al posterior tratamiento legislativo, el artículo 90 sí lo hace, lo que prácticamente condicionó, en los años inmediatos a la entrada en vigencia de la CPC, el análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la recién creada Corte Constitucional a la acción de interpretar su significado, y a su vez dirimir un debate que se desprende del propio criterio, que en España todavía hoy pervive: si la responsabilidad de la Administración es de naturaleza objetiva o no³⁵.

Sobre esta última disyuntiva, en Colombia, las primeras posiciones doctrinales por parte del Consejo de Estado para esclarecer el sentido del querer del constituyente, fueron de acoger la idea de que se trataba de un régimen de responsabilidad objetiva³⁶.

cogens y de efectos omnes, especialmente cuando se trata de la protección de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter *ius cogens*”.

³⁴ Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Civitas. Civitas. Madrid, 2006. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de derecho administrativo II*. 15ª ed. Civitas. Madrid, 2017. Págs. 406 a 414.

³⁵ FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Sistema de derecho administrativo II*. 4ª ed. Civitas. Madrid, 2018. Págs. 447 a 521.

³⁶ “Estima la Sala que en eventos como el aquí estudiado es más fácil el manejo del litigio desde la nueva perspectiva que presenta la Carta Constitucional en su artículo 90. Norma esta que a la letra dice:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

Del texto que se deja transcrito se desprende, en términos generales:

a) Que la responsabilidad del Estado, directa y objetiva, surge de una acción u omisión.

Más adelante, la alta corporación aclararía su postura (mantenida hasta hoy con algunos matices que no modifican la conclusión aquí descrita) en la que precisa que es la falla del servicio el título de imputación más frecuente, en coexistencia con los títulos de imputación que corresponden a la responsabilidad objetiva:

La Sala estima conveniente, en aras de una mayor claridad de las proposiciones anteriores y para avanzar en el desarrollo interpretativo del artículo 90 de la Constitución Política, agregar estas breves reflexiones:

La jurisprudencia construida con tesón e inteligencia y de una manera prudente y progresista, por la Corte Suprema de Justicia –primero– y luego por el Consejo de Estado, determinó la existencia de regímenes de responsabilidad diversos según que su deducción estuviese o no condicionada por la presencia de la falla del servicio, y que su prueba fuese o no carga del actor.

Dentro de este marco, se detallaron los elementos cuya concurrencia resultaba indispensable para que la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado fuese procedente, según esos diversos regímenes, y las causales exonerantes para cada uno de ellos. Esa laboriosa construcción jurisprudencial permitió, al cabo de muchos años, la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extracontrato: es el artículo 90 de la Constitución Política vigente. De él, y concretamente de su inciso 1o., se deduce, como ya lo ha dicho la Sala en otras oportunidades, que son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo al Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas.

La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.

La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal.

Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones en el inciso 2o. del artículo 90 de la C. N. Y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C. N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95 No. 9 y 216 de la C. N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C. de P. C., 414 del C. de P.P. etc.) la inconstitucionalidad de la ley

b) Que esa acción u omisión debe ser imputable a una autoridad pública.

c) Que esa acción u omisión, imputable a una autoridad, cause un daño antijurídico a una persona natural o jurídica”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 6941, julio 30/1992. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Véase también, C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 6515, octubre 31/1991. M.P. Julio César Uribe Acosta.

*declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como éste del no enriquecimiento sin causa*³⁷.

En una sentencia que es considerada como referente, La Corte Constitucional, al hacer el examen de constitucionalidad del artículo 50 del EGCA, se refirió al alcance de la cláusula de responsabilidad del artículo 90 constitucional. En sus argumentos la Corte dedica un extenso análisis a los pormenores de las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente sobre la connotación del daño antijurídico como base de la responsabilidad. En este sentido, acorde con las tesis que había venido exponiendo el Consejo de Estado, apunta que *la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo*³⁸. Asimismo, el máximo tribunal de lo constitucional reitera que la noción de daño antijurídico es compatible con cualquiera de los regímenes de responsabilidad existentes³⁹. En sentencias recientes, la definición de daño antijurídico ha ido tomando una forma más amplia, enfocada siempre en la víctima e involucrando además situaciones y derechos protegidas por normas de carácter convencional⁴⁰.

³⁷ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 8118, mayo 8/1995. M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

³⁸ C. Const., Sent. C-333, agosto 1/1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁹ “Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así, en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva. Con todo, esos regímenes quisieron ser englobados por el Constituyente bajo la noción de daño antijurídico, por lo cual, como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado”. Ídem.

⁴⁰ “Asimismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “*Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos*”. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación

Por otra parte, huelga decir que la estructura tradicional de los elementos de la responsabilidad –daño antijurídico, la acción u omisión de la entidad estatal y el nexo de causalidad o la imputación del daño– hoy ha quedado a un lado a causa de varias razones que pasan por reconocer que el dogma de la causalidad (un criterio de orden natural) no puede explicar algunas situaciones como por ejemplo la omisión de actuar (que es susceptible de constituir un evento de responsabilidad), ante la imposibilidad de encontrar en la ausencia de actividad (donde no hay nada) una explicación fenomenológica. En este orden de ideas, en los últimos quince años, la jurisprudencia se ha inclinado por importar desde el derecho penal las tesis de la imputación objetiva, y de esta manera tratar de esclarecer el marco antes descrito, así como también sucesos que tienen que ver con los actos violentos causados por terceros, que tampoco, en el estudio del esquema de la responsabilidad, son dilucidables bajo la causalidad⁴¹.

Dadas las evidentes fallas de esa estructura convencional de los elementos de la responsabilidad, la doctrina del Consejo de Estado reelaboró su tesis con un nuevo criterio, que analiza la situación enfocándose en dos elementos: el daño antijurídico y la imputación. En esta remozada concepción, se parte por encarar como primera medida (el Consejo de Estado establece un orden para abordar la ponderación de los elementos que determinan la responsabilidad del Estado en el que el daño antijurídico es el primero⁴²) la existencia de un daño antijurídico, con la acreditación del mismo si se cumplen ciertos aspectos que la jurisprudencia define así: *El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, es imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o*

jurídicamente protegida”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección B, radicado N° 73001-23-31-000-1999-02489-01 (24779), agosto 29/2012. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴¹ Véanse, entre otras, C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 05001-23-26-000-1995-01203-01 (17145), febrero 11/2009. M.P. Mauricio Fajardo Gómez; C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección B, radicado N° 05001-23-31-000-1998-03751-01(26161), junio 26/2014. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

⁴² “El primer elemento que se debe observar en el análisis de la responsabilidad Estatal es la existencia del daño, el cual, además, debe ser antijurídico, dado que constituye un elemento necesario de la responsabilidad, toda vez que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala *“sin daño no hay responsabilidad”* y solo ante su acreditación hay lugar a explorar la posibilidad de imputación del mismo al Estado”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección A, radicado N° 68001-23-31-000-2008-00607-01(54864), febrero 20/2020. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

*detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura*⁴³. Verificado esto, y siguiendo el orden señalado por el Consejo de Estado, el examen se centrará en la imputación, donde se hace un análisis amplio que incluye dos cuestiones: la imputación fáctica y la jurídica. En la primera de estas, y con arreglo a lo ya expuesto, el juicio de causalidad ocupa un espacio importante, pero al ser insuficiente, se acude al criterio de la imputación objetiva. En el escenario de la imputación jurídica, se examina el fundamento de raigambre jurídico donde se precisa si la conducta es culposa o si se trata de una actuación lícita la que ocasionó el daño. Aquí entran en juego los títulos de imputación con la tradicional falla del servicio o los que se enmarcan dentro de la responsabilidad sin culpa como el riesgo excepcional o el daño especial⁴⁴.

En gracia de discusión, una reciente e interesante postura que merece ser estudiada es la expuesta por Zapata García en un reciente trabajo⁴⁵, quien sostiene que la determinación del carácter de antijurídico del daño no se descubre con el solo análisis de aquellos aspectos que lo determinan. Para el autor es necesario recabar coetáneamente en los otros elementos que estructuran la responsabilidad, puesto que de nada vale establecer que el daño se cataloga como antijurídico cuando, al pasar al estudio posterior de los otros requisitos (la imputación), se encuentra que no es posible

⁴³ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 25000-23-26-000-2003-00175-01(28741), marzo 26/2014. M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁴ “No obstante, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio adicional, denominado imputación jurídica. En este escenario el juez determina si, además de la atribución en el plano fáctico, existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico. Por esta razón, se trata de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios, bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte de la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección A, radicado N° 25000-23-26-000-2009-00600-01(44852), diciembre 12/2019. M.P. María Adriana Marín.

⁴⁵ ZAPATA GARCÍA, P.A. *Fundamentos y límites de la responsabilidad del Estado. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2019.

achacarle al Estado la responsabilidad, al no cumplirse los presupuestos para ello (por ejemplo, que no fuese posible dentro de la imputación fáctica demostrar que el daño le es imputable a la Administración). De tal manera, no habría responsabilidad y el daño no habría sido antijurídico, lo que, en últimas, según la tesis aquí presentada, lleva a un innecesario doble análisis de la antijuridicidad del daño. Esto se evitaría, conforme a lo señala Zapata, eliminando *el atrayente pero poco útil juego de palabras que viene atado a la definición de lesión que no se está en la obligación jurídica de soportar*⁴⁶. Aunque se encuentra mucho de razón en lo que plantea el autor, luce poco probable que esta fórmula (la que define el daño antijurídico como aquel que no se está en el deber de soportar) pueda someterse a revisión, dado todo el andamiaje doctrinal construido en torno de la misma. Básicamente, y nada menos, porque se le ha erigido, a partir de 1991, como uno de los pilares de la responsabilidad de la Administración.

2.3. Algunos aspectos que ameritan el análisis de la responsabilidad de la Administración en clave de futuro

A pesar de que ahondar en ciertas particularidades de la responsabilidad del Estado excede los propósitos de este estudio, vale la pena mencionar, en clave de futuro, algunas cuestiones que suscitan controversias cruciales como parte de la institución de la responsabilidad del Estado. En tal sentido, se detectan vacilaciones jurisprudenciales, muchas de ellas propiciadas por vacíos que podrían ser solucionados desde el derecho positivo. Entre los aspectos que merecen ser clarificados se encuentra el fenómeno de las acciones violentas. Lamentablemente, la historia política de Colombia ha estado marcada por la violencia. Una de las tantas repercusiones que ha generado esta dinámica son las condenas al Estado colombiano, pues la población civil, principalmente, lleva la peor parte en cuanto al capítulo de víctimas, y la causa de los daños ha provenido, en no pocas ocasiones, de la conducta de los agentes estatales. No obstante, en el universo de la casuística, un número considerable de estas acciones violentas se le atribuyen al Estado, pese a que emanan de terceros (estructuras guerrilleras y paramilitares, bandas de delincuencia organizada y narcotráfico).

⁴⁶ Ibidem, págs. 183 a 186.

Consagrado el enfoque de la responsabilidad en la protección de la víctima, cuyo amparo desde luego está enmarcado en disposiciones constitucionales y convencionales, las condenas proferidas en situaciones donde no se advierte una falla del servicio por parte del Estado –en las que no hay una acción u omisión que derive en una responsabilidad por culpa– ni tampoco una situación que configure el riesgo excepcional, tienen como apoyo el daño especial. Empero, como este título de imputación parte de una conducta lícita de la Administración, la jurisprudencia incluso ha ido más allá para encontrarle acomodo a la responsabilidad del Estado, creando un nuevo fundamento del daño especial basado en el principio constitucional de solidaridad⁴⁷. Esto ha despertado en un sector de la doctrina críticas importantes, mediante voces que señalan que esta determinación de responsabilidad convierte a la Administración en un asegurador universal, y de paso, se pervierte la estructura de los elementos que configuran la responsabilidad.

Una solución a este complejo entramado podría ser que el legislador, a la manera de lo desarrollado en Francia o España, adoptara un marco jurídico de reconocimiento de indemnizaciones a las víctimas de estos actos y para ciertas situaciones específicas, con el cumplimiento de unos parámetros. El sustento se hallaría, aquí sí, en el principio de solidaridad, pilar del Estado social de derecho. Esta propuesta tiene también, sin

⁴⁷ “Por lo que queda expuesto, instrumentalizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso, implica la realización de un análisis que acorde con el art. 90 Const., tome como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron los demandantes; que se asuma que el daño causado, desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruto de la actividad lícita del Estado; y, que, por consiguiente, concluya que es tarea de éste, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, equilibrar nuevamente las cargas que como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad. La teoría del daño especial es conveniente, no solo porque brinda una explicación mucho más clara y objetiva sobre el fundamento de la responsabilidad estatal, sino por su gran basamento iusprincipialista que nutre de contenido constitucional la solución que en estos casos profiere la justicia contencioso administrativa. Sin descartar desde luego, que en algunos eventos de actos terroristas, podrán aplicarse los otros regímenes de responsabilidad -falla del servicio y riesgo excepcional-, si las facticidades que se juzgan así lo reclaman, pues se itera, la teoría del daño especial es subsidiaria, en el entendimiento de que sólo se aplica, si los hechos materia de juzgamiento no encuentran tipicidad, en alguno de aquéllos otros sistemas de responsabilidad administrativa a los que ya se aludió”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 05001-23-24-000-1994-00332-01(20835), julio 7/2011. M.P. Enrique Gil Botero.

duda, un componente filosófico en el que se debe profundizar para materializarla. Sería asumir la institución de la responsabilidad desde otra perspectiva. En Colombia ha habido algunos intentos en esta dirección con la Ley 1448/2011 *–Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones–*, pero los resultados hasta ahora son insuficientes. La exigua eficacia de la acción de repetición y las dificultades que aún presenta la estructura de la imputación son otros de los aspectos revestidos de relevancia que ameritan modificaciones legislativas y nuevos pronunciamientos desde la doctrina.

3.- DEVENIR HISTÓRICO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

El proceso de evolución de la contratación administrativa en Colombia ha estado marcadamente influenciado, como lo constituye todo el universo que comprende el derecho administrativo en este país, por el derecho francés¹. Amén de lo anterior, el contrato administrativo ha bebido de las fuentes del derecho civil y su teoría de los contratos, dinámica que en la actualidad permanece². Del siglo XIX en la materia es poco lo que puede extraerse salvo algunos tímidos avances en cuanto a leyes, según lo relatado por Rodríguez Tamayo³, y también como lo describe Rodrigo Escobar Gil⁴, citando a Ardila Duarte, refiriéndose a algunas concesiones de servicios públicos entre los años 1859 y 1886, antes de la llegada de la Constitución de ese año que marcaría el cambio a un Estado centralista, todas éstas reguladas por el derecho privado. El comienzo del siglo pasado mostró algunos rasgos más cercanos a una orientación hacia el derecho público en cuanto a la configuración del contrato, con algunas leyes que contemplaron la cláusula de caducidad como sanción de la entidad contratante ante el incumplimiento del contratista (Ley 53/1909 y 110/1912) en los contratos de obra pública y de prestación de servicios⁵. Esta medida ya era considerada desde esa época (tal cual lo es hoy) como parte del poder exorbitante de la Administración.

Valga precisar que la Constitución de 1886 dispuso en su artículo 151.3 la competencia de la Corte Suprema de Justicia, máximo órgano de la justicia ordinaria,

¹ Vid. infra, cap. 4.

² Colombia tampoco fue ajena a la formación del concepto de contrato administrativo, similar en su desarrollo a las líneas de estudio suscitadas en el derecho francés, y permeado también por el derecho civil. Vid., SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. Compendio de...Op. Cit. Págs. 589 a 738.

³ RODRÍGUEZ TAMAYO, M. *Los contratos estatales en Colombia*. Cuarta edición. Librería Jurídica Sánchez R. Medellín, 2015. Págs. 16 y 17: “Colombia es un país de tradición francesa en lo que al desarrollo del derecho administrativo se refiere; por lo tanto, el país no fue ajeno a toda esa construcción jurisprudencial y doctrinaria de Francia. El primer antecedente legislativo colombiano sobre el tema se remonta al Código Fiscal de 1873 (se reguló la caducidad como forma atípica de poner fin a los contratos) y normas dictadas entre 1859 y 1886 relativas a las concesiones de servicios públicos, tales como salinas, petróleos o bitúmenes de la tierra que se limitaban al derecho privado”.

⁴ ESCOBAR GIL, R. Op. Cit. Pág. 50.

⁵ Ídem.

para tramitar los negocios de carácter contencioso donde la Nación fuera parte. Quería decir lo anterior que los asuntos relacionados con la responsabilidad del Estado (como ya se comentaba en acápite anterior) o litigios en materia de contratación donde la Administración fuera la parte contratante, tendrían su juzgamiento en una instancia diferente a la contencioso administrativa, lo que demostraba el sometimiento a las pautas privatistas del contrato administrativo.

El aludido Decreto 528/1964, que dictó normas sobre organización judicial y competencia para la época, desarrollando las pautas señaladas en la Ley 167/1941, estableció la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en materia de contratos administrativos⁶. A la par, y en razón a la cuantía, dispuso la distribución de competencias entre los Tribunales Administrativos (primera instancia) y el Consejo de Estado (órgano de cierre y máxima instancia de la justicia administrativa). No obstante, al no existir un criterio que definiera el contrato administrativo, la conocida discusión de los contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración se mantenía, con el consiguiente efecto de la competencia de las dos jurisdicciones (ordinaria y contenciosa administrativa) dependiendo cuál fuera el tipo de contrato. La cláusula de caducidad, según relata Escobar Gil⁷, siguió siendo el distintivo del contrato administrativo y lo que indicaba la competencia de la jurisdicción administrativa en caso de controversias.

En el uso de las ya mentadas facultades extraordinarias conferidas al presidente se expedirían en los años siguientes los Decretos-Ley 3130/1968 (que reguló en su artículo 36 la competencia de la justicia administrativa si las controversias versaban sobre contratos suscritos por Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado en los que se hubiese pactado la cláusula de caducidad; en los contratos distintos a estos y en los de las Sociedades de Economía Mixta sería competente la justicia ordinaria) y el Decreto 1670/1975. Este último, que intentó

⁶ Artículo 30 Decreto-ley 528 de 1964. “La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, además de las funciones que le señalan la Ley 167 de 1941 y las que la adicionan y reforman, conoce: 1º. En única instancia: a) De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos”.

⁷ ESCOBAR GIL, R. Op. Cit. Pág. 52.

implementar por primera vez una norma especial en materia de contratos administrativos, tuvo una corta vigencia. Se le cuestionaba puntualmente que su ámbito de aplicación estuviera dirigido únicamente para entidades del orden nacional. Teniendo en cuenta su poca eficacia fue derogado por el Decreto-Ley 150/1976, que vendría a constituirse, tras reemplazar al anterior, en el verdadero referente en cuanto a la figura aquí estudiada, dado su contenido más completo. Este consagró, entre otros aspectos, la capacidad para contratar, las modalidades de contratación, el registro de proponentes, la cláusula exorbitante de inclusión forzosa en los contratos de caducidad, así como también las de multas y la penal pecuniaria, un sistema de garantías del contrato, tipos contractuales, régimen de nulidades y liquidación de los contratos.

De nuevo, en medio de la proliferación y cambio constante de normas que caracteriza el ordenamiento jurídico colombiano, a través de las facultades extraordinarias, el ejecutivo expediría el Decreto 222/1983. Este estatuto, aunque logró cierta consolidación en el tiempo, fue objeto de muchos reparos, algunos de los cuales fueron su excesivo articulado (costumbre inveterada en Colombia) y el gran número de requisitos, definiciones y procedimientos que contenía, lo que hacía absolutamente farragoso el trámite de los procesos de selección. Ciertamente, todo este cúmulo de aristas que componían el decreto se le incluyeron en su mayor parte en interés de la lucha contra la corrupción, pero fue muy poco lo que en ese sentido resultó útil el mismo, trayendo en cambio los problemas aquí mencionados. Dávila Vinueza⁸ analiza

⁸ DÁVILA VINUEZA, L.G. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Tercera edición. Legis Editores S.A. Bogotá, D.C., 2016. Pág.14: “Pareciera que la promulgación del Decreto 222 de 1983 partió de la presunción de la mala fe en las actuaciones de los particulares y en las de la Administración, razón por la que se procuró garantizar el control total de las actividades de unos y otros, reglamentándolas en todos y cada uno de sus aspectos, para lo cual ordenaba surtir innumerables trámites, requisitos, instancias de revisión y aprobación. Tantos controles e instancias legales de revisión no fueron suficientes para cerrarle paso a la corrupción. De hecho, la mayoría de los contratos más cuestionados surtieron sin mácula toda la tramitomanía de revisiones y controles. Empero, éstos no fueron suficientes para prevenir el desangre pecuniario que los caracterizó. Por eso, habría que decir que antes que lograr el fin moralizador que inspiraba el régimen adoptado, en la práctica los efectos fueron contrarios al objeto buscado, y además se encareció la contratación por la cantidad de peajes que había que pagar. Entre las diversas secuelas nocivas ocasionadas por el exceso de normas y de trámites a seguir, se ha destacado, además del incremento en el nivel de corrupción de servidores públicos y de contratistas, la ineficiencia, los sobrecostos y desfases presupuestales, el retardo y, en no pocas ocasiones, la inejecución del objeto contratado, todo lo cual revierte en evidente detrimento del interés público”.

con mucha precisión las críticas que en su momento se le hicieron a la norma. Para terminar de completar el caótico escenario, el decreto persistió en la distinción entre contratos administrativos y de derecho privado de la Administración, señalando unas clasificaciones de unos y otros, con la consabida fórmula de la dualidad de jurisdicciones, que en nada ayudaba a impulsar los muchos intentos que desde la doctrina invitaban a reconocer solamente a la jurisdicción administrativa como la especializada para el tratamiento de las discusiones que se generaran de los contratos administrativos.

No obstante lo anterior, dentro de los aspectos positivos que consagraba el decreto se puede señalar la inclusión de algunas de las que hoy se clasifican como cláusulas excepcionales (terminación, modificación e interpretación unilaterales) que el precepto normativo estableció como principios, extrapolados en cuanto a su orientación, del derecho español⁹. Valga aclarar que de principios estos solo adoptaron el nombre, pues su aplicación se hacía de modo similar a las situaciones para las cuales rigen hoy las llamadas cláusulas excepcionales –previstos a manera de reglas en el texto del propio decreto con el fin de preservar el interés general y los fines de la contratación–, incluso, aunque estos no se pactaran en los contratos.

3.1. El estatuto general de contratación de la administración pública (EGCA - Ley 80/1993)

La Constitución de 1991 llevó a unos cambios sustanciales en el ordenamiento jurídico colombiano, transformaciones de las que no fue ajena la contratación administrativa. La configuración del Estado social de derecho en el texto constitucional como una cláusula que conmina a acatar los postulados que aparecen en el artículo 2, especialmente, el de la prevalencia del interés general, hizo posible que muchos de los principios que se desprenden de dicho mandato irradian el marco de las actuaciones administrativas y como no, de los mismos contratos públicos. Asimismo, y no menos importante, es que la CN le otorgó la competencia exclusiva al Congreso, y a manera de

⁹ Vid., CONRADO IMITOLA, R. *Los principios de la contratación estatal*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, D.C., 2012. Pág. 55.

mandato, para expedir un estatuto general de contratación de la Administración pública (artículo 150.25). Con esto se pretendió terminar con la pauta seguida hasta entonces donde el presidente, a través de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso, legislaba sobre contratación pública, tal y como puede verse en el estudio presente. Esta práctica además fue una constante en el orden constitucional anterior (y no solamente en este asunto), pues el diseño de la Constitución de 1886 acentuaba los poderes presidenciales en detrimento de las otras ramas del poder público, sobre todo de la legislativa.

En cumplimiento de la disposición antes señalada, el Congreso procedió a expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80/1993). La exposición de motivos resalta dos aspectos fundamentales de la nueva normatividad: el propósito de crear un marco general y los fines de la contratación pública¹⁰. Se intentó con esto adoptar por primera vez una norma que unificara los

¹⁰ Gaceta del Congreso N° 75, 25 de septiembre de 1992, proyecto de ley N° 149 de 1992 “Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”: “La nueva ley pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado. No se trata, pues, de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística lo cual entraba la actividad estatal como lo ha demostrado la experiencia. Sólo recoge las normas fundamentales en materia contractual cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad, principio que debe guiar la contratación estatal.

Precisamente el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como delegación que la ley confiere a las partes de regular las relaciones contractuales delimitada por el respeto de los imperativos de orden público, exige que esas normas encauzadas a reglamentar el interés público o las necesidades de la colectividad en materia contractual, se instituyan en las rectoras para todo el aparato estatal, evitando así la eventual consagración de normatividades u ordenamientos que pueden motivarse en variadas tendencias y principios y con lo cual la realización de los fines estatales puede verse afectada.

La unidad en sus fines se logra adecuadamente por la implantación de unos principios rectores que orienten y garanticen la gestión de todo ente estatal. Por ello, el estatuto proyectado está concebido como un conjunto normativo de aplicación general, es decir, de obligatoria observancia para todos los entes y organismos del Estado de las diferentes ramas del poder público, y en sus diferentes niveles. Incluso la órbita de regulación alcanza también a los particulares que por delegaciones especiales, adscripciones o convenios celebran contratos a nombre del Estado.

[...]

Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas.

La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras

procedimientos de contratación de las distintas entidades del Estado, construir un trámite basado en principios, unificar la jurisdicción en torno a la contencioso administrativa en caso de presentarse controversias. Sin embargo, y pese al gigantesco avance que significó el EGCA, muchas de sus consignas se quedaron en propósitos, tal como más adelante se verá. Los aspectos distintivos del EGCA, novedosos en cuanto a la estructura anterior, se analizan sucintamente a continuación:

3.1.1. Definición del contrato administrativo

El EGCA plantea una descripción del contrato administrativo (estatal) otorgándole una categoría única, utilizando el criterio orgánico como referente al señalar que son todos aquellos *actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto*¹¹, sin importar el régimen jurídico al que estén sometidas éstas (tal como se verá más adelante, algunas entidades estatales están exceptuadas en sus reglas contractuales del estatuto). El mismo EGCA en su artículo 2º procuró hacer un compendio bastante amplio de lo que puede considerarse entidades estatales. Así se pudo solventar la tediosa y eterna distinción entre contrato administrativo y contrato de derecho privado de la Administración –que en España permanece, por ejemplo¹²– para establecer un solo concepto, aunque con influencias del derecho privado. Así lo relata, en gran manera, Escobar Gil¹³. Lo descrito puede

ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados”.

¹¹ Artículo 32 EGCA.

¹² Una explicación detallada puede verse en la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de derecho administrativo* I. 18ª edición. Civitas. Madrid, 2017. Págs. 721 a 775.

¹³ “A la luz de los grandes principios jurídicos que dominan estructuralmente el Derecho Administrativo, trascendiendo los simples literalismos sin contenido científico de algunas disposiciones legales, existe en el ordenamiento de la Administración Pública una sola especie de contratos, que comprende íntegramente todos los contratos del Estado, que tiene una innegable base civil por su correspondencia con la categoría genérica del contrato, pero con profundas transformaciones ius administrativistas que le dan unas características especiales. Sólo en este sentido, se puede exponer con autoridad científica, una teoría ius administrativista del contrato, aplicable a todos los contratos del Derecho Administrativo, que pueden denominarse contratos de la Administración Pública, o contratos estatales como los califica la ley colombiana, o contratos administrativos como los designa el sector mayoritario de la doctrina”. ESCOBAR GIL, R. Op. Cit. Pág. 54.

constatarse a la luz de los artículos 13, 40 y el propio artículo 32 del EGCA, este último que remite a sujetarse a las normas civiles y comerciales cuando el contrato administrativo no encuentre soluciones en sus regulaciones propias. En desarrollo de los postulados anteriores se ha pronunciado el Consejo de Estado, posición que ha reiterado en varias ocasiones a lo largo de los últimos años¹⁴. La Corte Constitucional también ha fijado un criterio similar¹⁵.

Una lectura integral del texto del EGCA permite concluir que el principal postulado que distingue al contrato administrativo es su necesidad de proteger el interés general; de ahí las características especiales que lo configuran, con preponderancia de la Administración en la relación contractual (cláusulas excepcionales, aplicación de los principios, entre otras). Pero también existe un marcado ascendente de la doctrina civilista y sus instituciones para ayudar a cumplir los propósitos del contrato –la teoría de las obligaciones y las nulidades contractuales son una expresión de ello–. Este complemento fue la intención del legislador. Por otra parte, además de un régimen legal especial, se procuró darle competencia exclusiva al juez administrativo para conocer de todas las controversias que surgieron de los contratos considerados como administrativos. Puede colegirse que, aunque al contrato administrativo se le diera una clasificación, la importancia del derecho privado permanece latente, no solo por la necesidad de acogerse a algunas de sus instituciones sobre ciertas situaciones que el derecho público no desarrolla, sino también por el efecto decisivo que tiene la autonomía de la voluntad como parte del contenido del contrato administrativo.

¹⁴ “Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable. Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección A, radicado N° 68001231500019971253901, mayo 29/2013. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁵ “Particularmente, en cuanto atañe al postulado de la autonomía de la libertad entiende la Corte que su objetivo consiste en otorgarle un amplio margen de libertad a la administración para que, dentro de los límites que impone el interés público, regule sus relaciones contractuales con base en la consensualidad del acuerdo de voluntades, como regla general. La consecuencia obvia de este principio es la abolición de los tipos contractuales, para acoger en su lugar una sola categoría contractual: la del contrato estatal, a la cual son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas particularmente en dicha ley”. C. Const., Sent. C-949, septiembre 5/2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

3.1.2. Principios de la contratación administrativa

La principal crítica que recayó sobre el Decreto 222/1983 señalaba que este tenía su soporte en un sinnúmero de reglas desperdigadas a lo largo de su contenido, lo que convertía la contratación en un camino plagado de formalismos que dificultaban el procedimiento. Pues justo uno de los aspectos novedosos del EGCA es la inserción de una serie de principios (artículos 23 al 29) que tienen, al menos como pretensión, el propósito de darle una mayor celeridad al trámite previsto, aunado a las pautas que, en el mismo rango, desde la CN y el CPCA, están dirigidas a todas las actuaciones administrativas. Reflejo de esta conjunción es el artículo 28, que a la sazón reza: *DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.* Dávila Vinuesa¹⁶ apunta que la intención de construir la ley con base en principios tuvo también como fin una visión a largo plazo y bajo un espectro general, sin apearse a la casuística, evitando reglas que hacían imposible abarcar todas las situaciones que se generan en un trámite con múltiples aristas. Valga precisar que el panorama en torno a esto hoy en día es muy diferente a las expectativas que se generaron en su momento tras la promulgación de la norma, situación a la que me referiré más adelante.

3.1.3. Unificación de jurisdicción

Como ya se comentaba, el lograr darle una categoría propia al contrato administrativo transitó también por entregarle definitivamente la competencia al juez de

¹⁶ DÁVILA VINUEZA, L.G. Op. Cit. Pág. 27: “Cuando se afirma que la Ley 80 es una ley de principios, se está manifestando que se promulgó bajo la hipótesis de que ha de resultar aplicable tanto a las situaciones presentes como futuras y que, sin importar el caso concreto que se esté presentando, o las circunstancias que lo rodeen, la norma debe proveer de los mecanismos necesarios para afrontarlo, por cuanto indica los valores que deben prevalecer. Por consiguiente, no se trata de un estatuto caracterizado por prohibiciones o por formalismos. Es, más bien, un conjunto de reglas sobre la administración de un contrato”.

la especialidad para conocer de todos los litigios que se dieran, con ocasión de las controversias suscitadas en la actividad contractual de la Administración. Es decir, al haber una denominación única (la de contratos administrativos) con la conjugación de líneas teóricas del derecho público y privado, se prescinde de la consabida distinción y además se erige a la jurisdicción especializada para el tratamiento de los asuntos atinentes a la materia. El artículo 75 del EGCA así lo dispone, rompiendo con el esquema anterior de la dualidad de jurisdicciones del Decreto 222/1983. La nueva fórmula plantea: *Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.* Lo anterior tiene que verse en armonía con lo preceptuado en el ya citado artículo 2 del EGCA, donde se crea una categoría de lo que, para el estatuto, son entidades estatales.

En este orden de ideas, por tomar un ejemplo, si una entidad X de aquellas que se encuentran clasificadas en el artículo 2 del EGCA celebra un contrato, además de recibir este la denominación de contrato administrativo, la competencia para resolver una posible controversia será del juez administrativo. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPCA (norma procesal) corrobora esta regla, pero hay que hacer algunas precisiones en cuanto al contenido de dos artículos porque estos se terminan armonizando: el 104 señala en su primer inciso que *la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.* A renglón seguido enumera una serie de procesos, y para lo que aquí interesa dispone que tiene conocimiento de:

2. *Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.*

3. *Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.*

El artículo 105.1 apunta como excepciones al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa a *las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos*. En virtud de lo señalado puede advertirse que de acuerdo al artículo 104.2 es el criterio orgánico (entidad pública) el que prevalece para definir la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, es decir, para todos los contratos suscritos por entidades públicas o particulares en ejercicio de funciones del Estado, excepto en aquellas circunstancias (aquí se pasa al 105.1) en que las entidades públicas, teniendo el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores, celebren contratos que correspondan al giro ordinario de sus negocios. Ante esta eventualidad, la jurisdicción ordinaria será la competente.

Ahora bien, el artículo 104.3 establece que para los contratos que suscriban las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios el juez administrativo será el competente siempre y cuando en estos contratos se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes. En este supuesto, el criterio que concreta la jurisdicción no es el orgánico, sino que el contrato incorpore una cláusula exorbitante. Esta última pauta vale para el evento de que la entidad de servicios públicos domiciliarios sea de carácter privado –el régimen legal colombiano permite que los particulares presten este servicio–, pues si es pública, se sujeta sin más al criterio orgánico del 104.2. El Consejo de Estado, en una providencia que resulta sumamente ilustrativa, interpreta con mucha precisión los preceptos en comento:

Para los efectos del caso concreto, en relación con el numeral 2, queda claro que un asunto contractual donde sea parte una entidad estatal, bien que se rija por la Ley 80 de 1993 o que esté excluida de ella –y por tanto aplique una combinación de derecho privado con principios de la función administrativa y de la gestión fiscal (art. 13 de la Ley 1150 de 2007)– su juez será esta jurisdicción especializada –salvo lo previsto en el art. 105.1 para el giro ordinario de los negocios de las instituciones financieras, cuyo juez es el ordinario–. Esta conclusión evita la discusión acerca de si una entidad regida por el derecho privado y además por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal –art. 13 de Ley 1150 de

2007- se gobierna por el derecho administrativo o por el derecho privado, teniendo en cuenta que esa combinación de normas y principios, que finalmente se materializan en un estatuto, reglamento o manual de contratación interno de esas entidades, contiene derecho administrativo o derecho privado.

[...]

El problema interpretativo lo ofrece el numeral 3 de la misma norma, que consagra una regla especial de jurisdicción para los operadores de los servicios públicos domiciliarios -no para los prestadores de cualquier otro servicio público: salud, educación, transporte, etc.-, porque señala que la jurisdicción de lo contencioso administrativo también conoce de: “Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.” Una lectura muy rápida de la norma sugiere las siguientes dos interpretaciones posibles, por lo menos en términos lógicos de la redacción:

i) Que sin importar si el operador de los SPD es estatal o privado, su juez es el administrativo, siempre que el contrato tenga o haya debido incluir cláusulas exorbitantes. A contrario sensu, si el contrato no tiene ni debió tenerlas el juez es el ordinario.

ii) Que sólo si el operador de los SPD es privado, su juez es el administrativo siempre que el contrato tenga o haya debido incluir cláusulas exorbitantes. Contrario sensu, si el contrato no tiene ni debió tener las cláusulas su juez será el ordinario. Bajo este entendimiento, el numeral no aplica a los operadores de los SPD de naturaleza estatal –municipios, empresas oficiales y mixtas con participación igual o superior al 50%-, porque exclusivamente se dirige a las empresas privadas –por eso habla de “cualquier entidad prestadora de SPD- , porque las estatales ya están comprendidas en el numeral 2.

[...]

En conclusión, no es fácil –como se querría- definir con claridad la intención que tuvo la Comisión de Reforma en relación con el alcance del numeral 3 –armonizado con el numeral 2-, pero por lo rastreado se insinúa con alguna fuerza que en el numeral 2 quedaron incorporadas todas las entidades estatales, incluidas las que prestan SPD, y en el numeral 3 las empresas privadas que prestan los mismos servicios, con la condición de que incorporen, o hayan debido hacerlo, cláusulas exorbitantes.

Esto significa que para las entidades estatales prestadoras de SPD el criterio que define la jurisdicción es el orgánico del numeral 2 –salvo lo previsto en el art. 105.1 para las instituciones financieras, en el giro ordinario de sus negocios-, no el material –ni el régimen jurídico ni la función administrativa-; y para las empresas privadas prestadoras de SPD el criterio que define la jurisdicción es la inclusión de cláusulas exorbitantes -numeral 3-, no el orgánico ni el material –régimen jurídico o función administrativa-¹⁷.

Si bien lo planteado termina por resolver la controversia que se produce alrededor de la jurisdicción competente y abarca también la delicada construcción del concepto de contrato administrativo, otro frente de discusión se ha abierto que involucra la competencia de los jueces administrativos y es la enorme cantidad de regímenes de contratación donde no se aplica el estatuto. Aquí es necesario mencionar, antes de pasar a referirme a los regímenes exceptivos, que aun cuando estos últimos tienen como ámbito rector normas especiales que les permiten someterse al derecho privado y

¹⁷ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, auto radicado N° 76001-23-31-000-2012-00002-01 (46.027), noviembre 21/2013. M.P. Enrique Gil Botero.

expedir manuales de contratación propios, el juez de conocimiento de sus controversias sigue siendo el contencioso administrativo, en el entendido de que se les aplica el criterio subjetivo antes indicado, que establece la competencia de la justicia especializada para resolver los asuntos referentes a los contratos administrativos. Como ya se sabe, el principal pilar que ayuda a edificar esta definición es que una de las partes del contrato corresponda a una entidad estatal.

3.1.4. La existencia de varios regímenes de contratación exceptivos al EGCA

El EGCA regula, a la letra de su artículo 1, lo concerniente a las reglas y principios que rigen los contratos que celebran las entidades del Estado. A renglón seguido, tal como anteriormente se aludía, el artículo 2.1 establece en una amplia lista lo que es considerado como entidad estatal, dentro de las distintas categorías y denominaciones que se encuentran en el régimen jurídico colombiano. La intención de concebirlo de esta manera, al menos en un principio, fue crear un amplio campo de aplicación del estatuto y al mismo tiempo, limitar los escenarios exceptuados de sometimiento al mismo. Pese a este propósito, hay un considerable número de leyes que crearon para ciertas entidades estatales regímenes aparte, donde se precisa su independencia del EGCA en materia de contratación. Esto genera varias situaciones: una de ellas es que aunque, como se señalaba líneas atrás, existen marcos jurídicos exceptivos para algunas entidades, aplicándose en la mayoría de los casos el derecho privado, el sometimiento a los principios de la función administrativa y de gestión fiscal estipulados en los artículos 209 y 267 de la CPC, respectivamente, además de la sujeción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades del EGCA, es de obligatorio cumplimiento, en atención a lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 1150/2007¹⁸.

¹⁸ Artículo 13 Ley 1150/2007. “Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

Por otra parte, lo que despierta mayores inquietudes sobre la existencia de diversos regímenes exceptivos es que el estatuto, antes que lograr aglutinar la contratación administrativa en un solo texto, terminó pareciéndose a su antecesor por la dispersión existente en materia de contratación. En este sentido, al realizar el análisis de constitucionalidad de varios artículos del EGCA (entre ellos el mencionado 2.1), la Corte Constitucional se refirió especialmente a la atribución conferida al Congreso por la CN para expedir el estatuto general de la contratación de la Administración Pública, estableciendo que la autorización del constituyente fue dirigida a crear un estatuto general, no único, por lo que se concluye que el legislador cuenta con la libertad de concebir regímenes de contratación especiales para las entidades que no se incluyen dentro del EGCA¹⁹. Algunas de estas leyes se presentan a continuación:

3.1.4.1. Proferidas con posterioridad al estatuto

3.1.4.1.1. Ley 100/1993

Esta norma creó el sistema de seguridad social y el marco jurídico que regula la sanidad en Colombia. Para la prestación de los servicios relacionados con esta última área, la ley determinó la creación de un ente denominado Empresa Social del Estado (ESE) que, para cumplir con sus fines, puede adelantar procesos de contratación, rigiéndose por el derecho privado, es decir, estas entidades no se sujetan al EGCA. El artículo 195.6 asimismo rubrica que en los contratos que suscriban las mismas podrán utilizarse discrecionalmente las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación.

¹⁹ “Menos aún del precepto superior puede inferirse la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual, pues si ésta hubiera sido la voluntad del constituyente, en el artículo 150 Fundamental se habría autorizado al Congreso de la República para expedir un estatuto único de contratación para el Estado y no un estatuto general como finalmente quedó redactada la aludida competencia legislativa.

En especial, tratándose de los entes territoriales, la existencia de una legislación única en materia contractual habría sido realmente perniciosa en términos de la autonomía que les reconoce la Carta Política en los artículos 2° y 287, puesto que hubiera impedido que los departamentos y municipios pudieran desarrollar las normas y principios rectores contenidos en el estatuto de contratación adecuándolos a sus necesidades particulares mediante ordenanzas y acuerdos”. C. Const., Sent. C-949, septiembre 5/2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

3.1.4.1.2. Ley 142/1994 (LSPD)

La prestación de servicios públicos domiciliarios en Colombia es regulada por esta norma. En cuanto a los contratos que celebren las entidades que prestan estos servicios y cuyo objeto sea dirigido a los mismos, el artículo 31 de la ley, modificado por el artículo 3 de la Ley 689/2001, dispone que no se someterán al EGCA. El inciso siguiente abre la posibilidad de aplicar el estatuto, cuando las Comisiones de Regulación (ente que por mandato de la misma ley es el encargado de desarrollar la intervención del Estado a las empresas de servicios públicos domiciliarios) hagan obligatoria, para ciertas modalidades de contratos, cláusulas exorbitantes.

3.1.4.2. Antes de la promulgación del EGCA

3.1.4.2.1. Ley 30/1992

La regulación de la educación superior en Colombia, en cumplimiento del postulado del segundo inciso del artículo 69 de la CN, se dio a través de esta disposición normativa. El artículo 67 de la Ley 30/1992, modificado por el artículo 1 de la Ley 647/2001 preceptúa que los entes universitarios autónomos tendrán personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y manejo de sus presupuestos de acuerdo a las funciones asignadas. Dentro de las atribuciones con que cuentan estos entes, indica que en lo que respecta a la contratación se regirán por un régimen especial, de acuerdo a la misma ley.

3.1.4.2.2. Ley 31/1992

En esta ley se señalan las disposiciones que rigen al Banco de la República, entidad que se encarga de ejercer las funciones de banca central. El artículo 3 se refiere al régimen jurídico de la institución, estableciendo que se someterá al régimen legal propio. Sobre los contratos que suscriba dice la norma que *se regirá exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, en esta Ley y en los Estatutos. En los casos no previstos por aquellas y éstos, las operaciones mercantiles y civiles y, en*

general, los actos del Banco que no fueren administrativos, se regirán por las normas del derecho privado.

3.1.4.3. Las que se encuentran dentro del EGCA

El estatuto general plantea en su contenido varias modalidades de contratación, que, por su especialidad, se ven excluidas del procedimiento allí establecido. A continuación, entraré a analizar estas:

3.1.4.3.1. Contratos de exploración y explotación de los recursos naturales

El artículo 76 del estatuto indica que los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, y los relacionados con la comercialización y actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, les será aplicable su legislación especial. Así, para estas modalidades contractuales, que han tenido a través del tiempo regímenes propios de regulación, el legislador resolvió no sujetarlas a la normatividad general, aunque haciendo la observación de que deberán cumplir con el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad que el EGCA impone.

Los artículos 15, 16 y 20 de la Ley 1150/2007 (por la cual se modificaron algunas disposiciones del EGCA) lo determinan así para los siguientes contratos:

3.1.4.3.2. Los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguro y entidades financieras de carácter estatal

El artículo 15 de la Ley 1150/2007, que modificó el párrafo 1º del artículo 32 del EGCA, dispuso que los contratos que celebren las entidades en mención, pese a su carácter estatal, no estarán sujetos a la Ley 80/1993 sino a las disposiciones legales y reglamentarias relativas a estas actividades. Lo anterior quiere decir que el régimen al que se someterán será el del derecho privado, característico de las mismas. Empero, y

acorde a la regla ya conocida, en caso de presentarse una controversia en la que estas entidades se vieran involucradas, el juez de conocimiento será el administrativo.

3.1.4.3.3. Los contratos de las entidades del sector defensa

El sector defensa ha logrado desarrollar a través de la creación de empresas estatales diversas actividades que están enfocadas a lo puramente comercial o industrial. En el caso de los contratos que suscriban las empresas y/o entidades Satena, Indumil, el Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial –Cotecmar– y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana –CIAC–, según el artículo 16 de la Ley 1150/2007, no estarán sometidas al EGCA, ciñéndose a las disposiciones legales concernientes a su actividad. De acuerdo a las particularidades o el objeto que desarrollan estas entidades, es el derecho privado el que marcará el derrotero de todo lo concerniente a su régimen contractual.

3.1.4.3.4. Contratos que se celebren con fondos con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales

En estos eventos, cuando los contratos sean financiados con sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento con recursos de estos organismos, podrán someterse en su procedimiento al reglamento de estas entidades. Esta modalidad de contratación generó muchas críticas en su momento, en el sentido de que, para evitar los procedimientos de selección previstos en el EGCA, algunas entidades colombianas buscaban alianzas con estos organismos, girándoles los recursos que eran parte del presupuesto de ellas mismas. Así, una vez realizado esto, se contrataba directamente con un tercero, y sin pasar por el estatuto, una variedad de servicios que hacían parte del desarrollo habitual de los fines de las entidades, pero bajo la égida de esta figura. Se cuestionaban tales acciones porque se convirtieron en una forma de corrupción para

favorecer amiguismos con adjudicaciones a dedo, además de las absurdas comisiones pagadas a los organismos multilaterales por la administración de los dineros²⁰.

Para paliar esta situación (que era una práctica usual amparándose en el precepto original de la Ley 80/1993) el legislador formalizó en la reforma al EGCA (artículo 20 Ley 1150/2007) la fórmula de permitir contratar acogiéndose al reglamento de estos organismos, pero con la condición arriba señalada. Amén de lo expuesto, el último inciso del artículo estudiado impuso un refuerzo para evitar posibles abusos al prohibirles a las entidades estatales *celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional*. El DURSAPN en su artículo 2.2.1.2.4.4.1. reglamentó la medida legal acotando que *los contratos o convenios que se celebren en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con recursos de origen nacional se someterán al EGCA*.

3.1.4.3.5. Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los

²⁰ Sobre este particular se pronunció el Consejo de Estado: “En este contexto, la libertad o licencia fue objeto de grandes abusos, porque en ocasiones las entidades estatales celebraron convenios con organismos de derecho internacional sin que en su objeto hubiera ánimo de colaboración, ayuda o financiación en favor de las entidades estatales colombianas. Celebraron acuerdos para que las entidades estatales eludieran la Ley 80 –aplicando los estatutos de los organismos internacionales–, y con ese fin entregaban a los organismos internacionales su presupuesto anual para que lo administraran, aplicando las normas de contratación extranjeras, en muchos casos bastante flexibles, a cambio de una remuneración, denominada comisión de administración, es decir, las entidades estatales pagaban por este servicio”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 13001-23-31-000-1999-00275-01 (28.279), junio 12/2014. M.P. Enrique Gil Botero.

contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros; contratos suscritos con personas extranjeras de derecho público

Una de las pautas que establece el artículo 20 de la Ley 1150/2007 para los contratos cuyo objeto en este apartado se describe es la posibilidad que le otorga a las entidades del Estado de someterse al reglamento de estos organismos, si por acuerdo entre las partes se conviniera. Aquí la norma no hace ninguna distinción –como sí lo disponía el inciso 4 del artículo 13 de la Ley 80/1993, derogado por el artículo aquí comentado– sobre si esta sujeción al reglamento de los entes mencionados que contraten con entidades estatales versa únicamente para el proceso de selección o si esto abarca también la etapa de ejecución del contrato, situación que abría una serie de posibilidades. Se pretendía con esto no hacer una remisión en bloque al reglamento de los organismos, sino dejar que algunos aspectos se regulasen por el EGCA. No obstante, esto se convirtió en un auténtico galimatías jurídico, pues se llegaba en muchos casos a navegar en dos aguas (en las de los estatutos de los organismos internacionales y en las del régimen general de la contratación, suponiendo por ejemplo que para la adjudicación el contrato se sometiera a las reglas de los organismos y para la ejecución al EGCA) con las inmensas complejidades que entrañaba tal situación.

En síntesis: en el marco de la normatividad vigente, en el evento de que las entidades estatales celebren contratos mediando el objeto y con los organismos descritos en el artículo 20 de la Ley 1150/2007, se podrá pactar el sometimiento al reglamento de estos últimos, acción que una vez dada, comprenderá la selección hasta la ejecución del contrato. Dicho esto, se puntualiza que, aunque exista la posibilidad de acogerse a las pautas de los organismos internacionales en cuanto a lo aquí expresado, el juez del contrato será el contencioso administrativo, teniendo en cuenta el precepto del artículo 75 del EGCA que le otorga la competencia para el conocimiento de las controversias derivadas de los contratos estatales. Así lo corrobora el Consejo de Estado en providencia ya citada en este trabajo²¹.

²¹ “Esto significa que ni en una ley ni en otra fue variado el juez natural de las controversias, es decir, si bien el régimen sustantivo del negocio pueden escogerlo la entidad y el organismo

3.2. Las reformas al EGCA

El estatuto general de la contratación nunca ha sido objeto de una reforma integral. No obstante, diversas leyes han modificado o complementado el articulado del EGCA, muchas de estas referidas a una materia distinta, pero que al guardar relación en su contenido con la contratación pública –v. gr., leyes de infraestructura, o las que se refieren a medidas adoptadas contra la corrupción– impactan en la misma. Sobre este punto, la Corte Constitucional ya se ha pronunciado, en el sentido de determinar *que la contratación administrativa es materia de ley ordinaria. Es así como el estatuto de contratación vigente no tiene rango superior y puede ser modificado por otras leyes ordinarias que regulen aspectos relacionados con contratos estatales*²². Bajo esta consigna se ha justificado la práctica de reformar el EGCA con leyes sectoriales que no versan estrictamente sobre la materia. Así las cosas, se hará alusión a estas leyes en sección aparte, para concentrar el análisis en las normas que se promovieron íntegramente como reformas del EGCA.

3.2.1. Ley 1150/2007

Un avance importante en el panorama de la contratación pública se dio a partir de la promulgación de esta norma, que reformó la Ley 80/1993 ajustando algunas de las situaciones que venían siendo problemáticas en el contexto de la materia, y también al poner en marcha instrumentos novedosos y urgentes para hacer un poco más confiable y transparente el contenido del EGCA. Desde luego esta ley no se convirtió en la solución a las múltiples dificultades que día a día castigan la contratación, derivadas de fenómenos como la corrupción –que genera la consabida pérdida de recursos públicos–,

internacional, no sucede lo mismo con la jurisdicción natural, así que es la de lo contencioso administrativo, en los términos que expresa el art. 75 de la Ley 80 de 1993; salvo pacto expreso en contrario para utilizar un mecanismo alternativo de solución de conflictos -también autorizado por la Ley 80-, o ley especial que excluya expresamente esta competencia, pero la Ley 80 no es esa”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 13001-23-31-000-1999-00275-01 (28.279), junio 12/2014. M.P. Enrique Gil Botero.

²² C. Const., Sent. C-897, noviembre 10/1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

los farragosos trámites de selección de contratistas, o la dispersión normativa, por citar solo algunos (hoy, muchos años después de su entrada en vigencia éstos permanecen latentes), pero contribuyó a paliar sus nocivos efectos con ciertos resultados que se estiman en perspectiva como una mejoría. En la exposición de motivos se puede hallar lo pretendido por el legislador al presentar la norma para su discusión en el Congreso:

El proyecto de ley que hoy se presenta no tiene por objeto dictar un nuevo estatuto general de contratación, sino introducir medidas puntuales que permitan a las entidades hacer más eficiente y transparente su gestión, así como corregir algunas fallas que se han presentado en su aplicación y que han derivado en espacios que son aprovechados por la corrupción para desviar los recursos de las finalidades estatales a los que se encuentran destinados. De igual manera se propone la adopción de medidas legislativas que, aplicables a toda contratación efectuada con recursos públicos con independencia de su régimen legal, aseguren la vigencia uniforme de los principios constitucionales de la función pública y del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades. En puntos tan cardinales, no puede haber excepción alguna²³.

Visto lo anterior, los principales aportes que se introducen en la ley se abordarán a través del análisis de las temáticas que se exponen a continuación:

3.2.1.1. Medidas para fortalecer la transparencia

- I. Prohibición del cobro de importes por adquirir los pliegos de condiciones (parágrafo 4 del artículo 2), medida absurda y sin sentido que permaneció incólume por mucho tiempo, a todas luces una limitante de la participación de oferentes en los procesos de selección.
- II. Creación del SECOP (Sistema Electrónico para la Contratación Pública), que el artículo 3 estructura a partir de los lineamientos que la Ley 527/1999 (“Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación”) dispone para hacer la transición a la era digital en ciertos trámites relacionados con entidades del Estado. El citado artículo señala

²³ Gaceta del Congreso N° 458, 1 de agosto de 2005, proyecto de ley N° 20 de 2005 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”.

que la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Para poner en práctica estos objetivos se concibe el SECOP. Aquí hay que llamar la atención sobre lo perentorio que resultaba contar con un sistema de estas características, como una manera de combatir situaciones de corrupción que se generaron en su momento, cuando cada entidad adelantaba el trámite de sus procesos contractuales llevando la información y actuaciones en sus propias páginas webs, lo que se prestaba para manipulaciones orientadas a favorecer intereses protervos. Además de esto, desde el punto de vista de la planeación el beneficio de contar con un sistema electrónico único para todas las Administraciones es innegable.

- III. Se determina la exigencia, en cumplimiento del deber de selección objetiva, que en los procesos de selección la capacidad administrativa, operacional, financiera y experiencia serán solamente asumidas como requisitos habilitantes, verificando su cumplimiento, siendo los factores técnicos y económicos los que se tomarán en cuenta para escoger la oferta más favorable (artículo 5). Como punto importante a destacar aquí el Consejo de Estado, desde antes de la promulgación de la Ley 1150/2007, aplicaba este criterio en su doctrina ante el vacío existente en el EGCA, que no enunciaba de manera taxativa los factores que debían ser tenidos en consideración para efectuar la selección. Un ejemplo es esta sentencia que data de antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150/2007:

Para acabar de solucionar el problema jurídico que plantean la demanda y el recurso de apelación del demandado se debe ahondar también en el poder que la ley 80 de 1993 confirió al licitante público para señalar los requisitos de habilitación o habilitantes, que se dirigen a determinar la idoneidad del oferente, en contraste con los requisitos de selección propiamente dichos que presuponen el cumplimiento de los requisitos de habilitación y se dirigen a la favorabilidad o no de la adjudicación. Los requisitos HABILITANTES permiten al oferente pasar a la segunda etapa; constituyen el filtro para que sólo aquellos frente a quienes se verifiquen superen la etapa inicial, por ser considerados idóneos al cumplir con los requisitos básicos que la entidad licitante considera necesarios para entender

que ese individuo será su potencial contratista y que cumplirá su cometido; superada la etapa inicial pasan a ser calificados conforme a la ponderación establecida en los pliegos de condiciones o términos de referencia y estarán frente a los requisitos de selección propiamente dichos, a semejanza de lo que acontece en la generalidad de los concursos, entre los requisitos de admisión y los de selección.

[...] Y el Consejo de Estado considera, con base en la ley 80 de 1993, que el legislador determinó como deber de las entidades estatales la selección objetiva del contratista entendiendo por ésta la escogencia de aquél a partir del ofrecimiento más favorable tanto a la entidad como a los fines que busca (num. 1 art. 25), para excluir de la escogencia todos los factores subjetivos de quien selecciona y contrata. La selección objetiva está integrada por factores que la misma ley 80 de 1993 enuncia en forma no taxativa:

- el cumplimiento,*
- la experiencia,*
- la organización,*
- los equipos,*
- el plazo,*
- el precio (...)²⁴.*

- IV. Publicación de los estudios previos y del proyecto de pliego de condiciones (artículo 8), documentos que pasan a formar parte de la primera etapa de los procesos contractuales. El objetivo de esta imposición es dar a conocer desde antes de la apertura del proceso de selección lo que podría ser el pliego de condiciones, permitiendo a los interesados intervenir con observaciones que ayudan a las Administraciones a optimizar la actividad contractual, resolver inquietudes o corregir posibles fallas en la estructuración de los documentos. Esto refuerza la transparencia de los procesos, así como también su publicidad.
- V. La obligación de llevar en audiencia pública la adjudicación para los procesos de licitación pública (artículo 9), pauta que hasta ese momento solo tenía lugar, por mandato del artículo 273 de la CPC, cuando los órganos de control fiscal lo solicitaran.
- VI. Abrió la posibilidad de revocatoria del acto de adjudicación (artículo 9) con arreglo a la ocurrencia de una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales.

²⁴ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 73001-23-31-000-14707-02 (15.188), abril 26/2006. M.P. María Elena Giraldo Gómez.

VII. Fija la regla de la realización de una audiencia previa para todo lo referente a las sanciones que se derivan de actuaciones contractuales (artículo 17). Esto con el fin de efectuar actuaciones abiertas, preservando las garantías que conforman el debido proceso a los que puedan verse afectados.

3.2.1.2. Relacionadas con el principio de planeación

- Se reorganizan las modalidades de selección y se crean dos (selección abreviada y concurso de méritos), con la construcción de una estructura que ciñe el enfoque de cada una de las modalidades a las características del objeto a contratar (artículo 2).
- Modificación del esquema de liquidación de los contratos (artículo 11), que ya había sido reformado –en su esquema original del EGCA– por una norma de carácter procesal (Ley 446/1998). Se establecieron reglas precisas para la oportunidad de liquidación ante las dudas suscitadas en la normatividad vigente hasta entonces, y se dispuso el mutuo acuerdo como el primer aspecto a tener en cuenta para llevar a cabo esta actuación.
- Adoptó medidas de carácter general para promover la participación de medianas y pequeñas empresas en los procesos de selección. En este sentido, le confirió al Gobierno Nacional la potestad para desarrollar mediante reglamento la materia.

3.2.2. Ley 1882/2018

El proyecto de ley N° 84 de 2016 (que le da origen a la Ley 1882/2018) –*Por el cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia*– fue presentado por el Gobierno Nacional a consideración del Congreso (amparado en la iniciativa que constitucionalmente se le reconoce), como una propuesta que *surge de la necesidad de eliminar una serie de sesgos interpretativos que han hecho carrera en las entidades contratantes, cuya*

principal consecuencia ha sido el debilitamiento del sistema de compras públicas. Si bien desde diversos sectores se ha sustentado que con la debida aplicación de los principios que rigen la contratación administrativa se pueden superar estos yerros hermenéuticos, la realidad dicta que es necesario modificar normas puntuales que hoy, por el alcance arbitrario del que están siendo objeto, están generando efectos contrarios a los fines del Estado²⁵.

Asimismo, la exposición de motivos plantea con énfasis que el enfoque de la nueva norma estriba en la exigencia para el país de realizar grandes inversiones en materia de infraestructura, para lo cual se requiere realizar ajustes en el marco normativo vigente que propicien un entorno favorable para la competitividad; la contratación pública, por tanto, no es ajena a esto. Una señal de la pretensión del ejecutivo en este sentido proviene de que el proyecto de ley fue presentado desde el ministerio de transporte, cartera que dirige las políticas públicas relacionadas con todo lo concerniente a infraestructuras. Seguidamente, se presentan los aspectos más relevantes de la Ley 1882/2018:

3.2.2.1. Modificación del esquema en los procesos de selección de licitación pública para adjudicar contratos de obra

La reforma en estudio introdujo cambios en la estructura del proceso de selección de licitación pública, específicamente, cuando se adjudiquen contratos de obra. En tal sentido, incorporó dos párrafos (2 y 3) al artículo 30 del EGCA. El 2° establece que la propuesta estará compuesta por dos sobres, uno de ellos contendrá el cumplimiento de los requisitos habilitantes (capacidad administrativa, operacional, financiera y experiencia) y todo lo relacionado con aquellos factores que otorguen puntuación distintos a la oferta económica. El otro sobre corresponde a la propuesta económica. El párrafo 3° dispone que las Administraciones publicarán el informe de evaluación refiriéndose a los requisitos habilitantes y a aquellos que sean objeto de

²⁵ Gaceta del Congreso N° 605, 10 de agosto de 2016, proyecto de ley N° 84 de 2016 “Por el cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia”.

puntuación diferentes a la propuesta económica. El informe permanecerá en el SECOP durante cinco días, término en el cual los oferentes podrán hacer observaciones, allegar documentos o cualquier información que se les solicite. Finalizado el plazo, la entidad se pronunciará sobre los aspectos que sean motivo de observación, y emitirá el informe final de evaluación que versará solamente sobre los requisitos habilitantes y los que sean objeto de puntuación distintos a la oferta económica. Entretanto, el sobre que contiene la oferta económica estará cerrado hasta la audiencia de adjudicación, momento en el que se permitirá hacer observaciones al informe final de evaluación. En esta instancia se decidirá sobre las mismas. Aquí se procederá a abrir el sobre de la oferta económica y se evaluará a través del mecanismo (método aleatorio) definido en los pliegos de condiciones, dando traslado a los proponentes que previamente habían sido habilitados en la misma diligencia, permitiendo solamente la revisión del aspecto económico. Una vez hecho esto se decidirá la adjudicación.

El propósito de esta nueva dinámica es vigorizar la transparencia en un proceso de selección y modalidad de contrato donde ha hecho carrera que con anterioridad a la audiencia de adjudicación se filtrara el contenido de las propuestas económicas a ciertos proponentes, quienes una vez enterados, utilizaban la información para sacar ventajas, práctica deleznable y desafortunada, semblanza de la corrupción rampante anidada en la contratación pública. Cabe preguntarse por qué el legislador no optó también por extender la medida a otros tipos de contratos, como si estos vicios solo se vieran en los contratos de obra pública. Es claro que en un gran número de modalidades de contratación el aspecto económico decide finalmente la elegibilidad, luego entonces resulta extraño que esta nueva fórmula se estableciera exclusivamente para los de obra.

3.2.2.2. Cambios en la responsabilidad de los consultores, asesores e interventores

La nueva regla establecida en la Ley 1882/2018 en cuanto a la responsabilidad de consultores, asesores e interventores es parte de un constante cambio a la normatividad desde que se consignó en el EGCA este tipo de responsabilidad. El texto original del estatuto (artículo 53) señalaba que éstos responderían civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de los respectivos

contratos de consultoría, asesoría o interventoría, como también por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan sus funciones. Con posterioridad, la Ley 1474/2011 (artículo 82) extendió la responsabilidad de los aludidos a la fiscal y disciplinaria con arreglo a las mismas situaciones descritas antes.

Estas medidas están encaminadas a acentuar el rigor en la vigilancia de las funciones de los sujetos mencionados, en el sentido de que muchas situaciones que derivan en corrupción parten de comportamientos censurables o cómplices de los mismos. Sin embargo, el artículo 2 de la Ley 1882/2018 modificó el escenario normativo comentado limitando la responsabilidad de los interventores en cuanto a que los daños o perjuicios causados por sus acciones provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, de las obligaciones que le correspondan de conformidad con el contrato de interventoría. La variación con respecto a las normas anteriores radica en que ya los interventores no responderán por las actuaciones u omisiones que se desprendan de la ejecución del contrato por parte del contratista. Con esto se resuelve un tratamiento injusto que derivaba en una especie de responsabilidad solidaria del contratista de interventoría con el contrato que supervisa, cuando es evidente que lo hecho por el contratista no necesariamente implica complicidad de su interventor.

3.2.2.3. Implementación de los pliegos tipo

Una asignatura pendiente en la normatividad que rige la contratación pública en Colombia era poner en marcha los denominados pliegos tipo, materia que por fin se reguló en el artículo 4 de la Ley 1882/2018. La fórmula utilizada por el legislador fue adicionar un párrafo al artículo 2 de la Ley 1150/2007 (que estipula las modalidades de selección) estableciendo de manera obligatoria para todas las entidades sometidas al EGCA, la adopción de pliegos de condiciones tipo en los procesos de selección que adelanten para los contratos de obras, interventoría de obras, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras y consultoría en ingeniería para obras. La competencia para la elaboración de estos documentos –que contendrán las condiciones

habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los factores de escogencia, dependiendo la modalidad de selección y la naturaleza y cuantía de los contratos– la tiene el Gobierno Nacional, quien también la tendrá para expedir la reglamentación.

Recientemente, a través del Decreto 342/2019, el ejecutivo reglamentó exclusivamente lo atinente a los pliegos de condiciones de los procesos de selección de licitación, para los contratos de obras de infraestructura de transporte (queda por reglamentar el resto de contratos mencionados en la norma y las otras áreas de la infraestructura relacionadas), por lo que todavía es muy pronto para entrar a analizar los resultados y las consecuencias del amplio espectro de estas medidas. Es muy probable que incluso se derogue el actual decreto por otro con una visión mucho más general.

La importancia de implementar los pliegos tipo en los procesos de selección tiene que ver con la persistente búsqueda de la transparencia (es de sobra conocido el malhadado comportamiento de algunos funcionarios que en contubernio con contratistas sin escrúpulos “direccionan” procesos de selección con pliegos a la medida, fijando criterios subjetivos que solamente pueden ser cumplidos por ciertos proponentes), además de fortalecer el derecho de la competencia –al haber reglas más claras se promueve la participación de los interesados en ofertar– y la selección objetiva. Se destaca que la norma le otorga también al Gobierno Nacional la atribución de extender la adopción de documentos tipo para otros contratos o procesos de selección cuando lo considere necesario. En tal sentido, y para darle fuerza al anterior enunciado, recientemente el Congreso de Colombia expidió la Ley 2022/2020, donde se incluye un nuevo párrafo al artículo 4 de la Ley 1882/2018. El nuevo precepto faculta al ejecutivo a través de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- para adoptar pliegos tipo de manera general (sin hacer distinciones en tipos contractuales o modalidades de selección), que serán de obligatorio cumplimiento para todas las entidades sometidas al EGCA.

Un detalle no menor que se desprende al analizar el citado artículo 4 es la posible invasión de competencias que se configuraría con la potestad que se le confiere

al Gobierno Nacional para adoptar los pliegos tipo en las situaciones vistas, acción que obliga a todas las entidades sometidas al EGCA, incluso a las entidades territoriales. La controversia estaría servida teniendo en cuenta el postulado 287 Superior, que estipula la autonomía de las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, siempre dentro de los límites de la Constitución y la ley. Aunque el EGCA integra a las entidades departamentales, distritales y municipales dentro de su ámbito de aplicación, existen un par de normas con rango de ley (Decreto 1333/1986 - Código de Régimen Municipal y Decreto 1222/1986 - Código de Régimen Departamental), anteriores al estatuto y a la CPC, que mantienen vigente parte de su articulado, varios de ellos relacionados con la contratación pública. Así, vemos, que el artículo 273 del Decreto 1333/1986 establece que los municipios y los establecimientos públicos, en los contratos que celebren, se someterán en lo relativo a los requisitos para su formación, adjudicación y celebración, a las disposiciones fiscales que expidan los Concejos y demás autoridades locales competentes. Por su parte, el artículo 212 del Decreto 1222/1986 sostiene que, en desarrollo de la autonomía de los departamentos y municipios, las normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren conforme a sus intereses.

Este entramado podría sugerir la vulneración de la autonomía de las entidades territoriales, en caso de que se les obligue a seguir las pautas que establezca el Gobierno Nacional sobre la elaboración de los documentos tipo en los pliegos de condiciones. Precisamente este argumento dio motivo a una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la Ley 1882/2018. La Corte Constitucional, en su análisis, declaró la exequibilidad del artículo esgrimiendo como argumento principal que la estandarización de los criterios de escogencia y condiciones habilitantes (propios de los pliegos tipo), referidos al proceso de selección del contratista, son materia de reserva de ley, por lo que no existe una vulneración a la autonomía de las entidades territoriales²⁶.

²⁶ “Aunque la elaboración propia de los pliegos de condiciones, de manera concreta y específica, es una manifestación de la autonomía de las entidades territoriales para la gestión de sus asuntos propios, es necesario recordar que los pliegos de condiciones se componen de dos elementos: lo relativo a la selección del contratista y lo atinente al contrato que se celebrará. Es en la determinación de los elementos concretos y específicos de cada contrato, donde se manifiesta propiamente la autonomía de los entes territoriales para la gestión de los asuntos propios. Por el contrario, en los asuntos relativos a la selección del contratista, la autonomía es

3.2.2.4. Modificación de las Leyes 1508/2012 y 1682/2013

La Ley 1508/2012 (que establece el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas como instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, orientado a proyectos de infraestructura) y la Ley 1682/2013 (en la cual se dictan medidas para fortalecer proyectos de infraestructura de transporte) fueron modificadas en diversos de sus apartes por la Ley 1882/2018. En cuanto a la Ley 1508/2012 los cambios más significativos introducidos son los relacionados en los artículos 13 y 20. El primero modifica los párrafos 4, 5 y 6 del artículo 5º de la Ley 1508/2012. En ellos se consignan nuevas condiciones sobre las retribuciones en los proyectos de asociación público-privadas. Mientras, el artículo 20 varía los criterios para llevar a cabo la liquidación de los contratos que desarrollen proyectos de asociaciones público-privadas, en razón a la terminación anticipada e igualmente cuando se presenten situaciones de declaratoria de nulidad absoluta de los mismos.

3.2.3. Otras normas que inciden en la contratación pública

Además de las leyes ya estudiadas que fueron promovidas concretamente como reformas al EGCA, o dicho de otra forma, lo integran, existen otras normas que complementan el espectro de la contratación pública, ya sea como leyes o reglamentos. Enseguida se enuncian en orden cronológico:

relativa, teniendo en cuenta que, además de la obligación de selección objetiva, la regulación de dichos procedimientos tiene reserva de ley, con amplia facultad de configuración por parte del Legislador y, por lo tanto, de allí se deriva la facultad reglamentaria presidencial. Así, en tratándose de la reglamentación de los procedimientos de selección de contratistas (criterios habilitantes para ofertar y factores de selección), no existe, en abstracto, una vulneración de la autonomía local para la gestión de sus asuntos propios, asunto que fue discutido en el Congreso de la República durante el trámite legislativo y se llegó a esta misma conclusión. En esencia, en los procedimientos de selección de contratistas existen intereses nacionales que justifican la intervención del Legislador”. C. Const., Sent. C-119, abril 15/2020, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

- Decreto 111/1996: decreto compilatorio de normas que conforman el estatuto orgánico del presupuesto.
- Ley 816/2003: de apoyo a la industria nacional a través de la contratación pública.
- Ley 850/2003: regulación de las veedurías ciudadanas.
- Decreto 2680/2009: por medio del cual se definen los criterios para el registro de productores de bienes nacionales.
- Decreto-ley 4170/2011: por el que se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente”.
- Ley 1474/2011: en la que se dictan medidas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.
- Ley 1508/2012: que establece el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas como instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, orientado a proyectos de infraestructura.
- Decreto 019/2012: por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.
- Ley 1682/2013: donde se disponen medidas para fortalecer proyectos de infraestructura de transporte.
- Decreto 1082/2015 (DURSAPN): decreto compilatorio en el que se encuentra (libro 2, parte 2, título I) el reglamento del EGCA. En este decreto se incluye el

decreto 342/2019, sobre documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte.

- Decreto 092/2017: reglamento de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro. Esta norma tiene su origen en el mandato del artículo 355 de la CPC.

3.3 La problemática que genera la proliferación normativa y los múltiples regímenes contractuales

Probablemente la crítica principal que puede hacerse al sistema de contratación pública en Colombia –al margen de los graves aprietos a la que la somete la corrupción– es la proliferación de normas, que, como se ha visto, se produce no solo por los muchos regímenes contractuales exceptivos del EGCA, sino también porque se echa en falta una verdadera hoja de ruta que estructure la unificación de la gran cantidad de leyes existentes en un solo cuerpo. Si bien hay una exigencia de legislar sobre ciertos temas, sometidos como estamos a los avatares propios de los avances de la sociedad, de la misma manera el hábito ya comentado de asumir que con más normas se mejora lo actual, lo que hace es crear una profusión que degenera en caos, pues entender el universo normativo de la contratación se ha convertido en un auténtico galimatías. Se asume con claridad que luchar contra el flagelo de la corrupción amerita realizar ajustes, pero esta no puede ser la excusa para los constantes cambios, cuando hay otras maneras de enfrentar el fenómeno, como, por ejemplo, hacer cumplir verdaderamente las leyes vigentes.

Amén de esta inseguridad jurídica, en la misma línea de cuestionamientos está el extenso número de sectores de las Administraciones Públicas a los que no se les aplica el EGCA, por contar con leyes propias que les confieren marcos jurídicos laxos y menos controles cuando se trata de vigilar sus actuaciones. Una parte de estos regímenes, como se cuenta en este trabajo, existen antes del EGCA o tiene su origen en disposiciones constitucionales; otros, con la ola de liberalización de la economía y de ciertos servicios que se dio en Colombia en los años noventa, unos años después de la promulgación del

estatuto general. Precisamente por el cabildeo y el cúmulo de intereses que rodean muchos de estos sectores de la economía es que se han generado legislaciones que les otorgan un tratamiento preferencial. A guisa de ejemplo están los servicios públicos domiciliarios, telecomunicaciones o el sector eléctrico.

La mayoría de las situaciones que terminan en el envilecimiento de las conductas de funcionarios que se desempeñan en estos sectores se producen porque en materia de contratación, esas áreas del Estado se regulan por el derecho privado –donde se pueden saltar los mecanismos de selección y el control es menos riguroso– y con manuales propios de contratación que son copia del EGCA, pero solamente en los aspectos básicos. Con respecto a estas dificultades que afronta la contratación pública se puede encontrar en Dávila Vinueza una muy acertada crítica²⁷.

Una posible salida podría vislumbrarse si el Gobierno Nacional mostrara la voluntad de crear un verdadero estatuto general de la contratación donde tuvieran cabida la mayoría de los sectores de la Administración Pública que actualmente funcionan en la materia con reglas aparte. Aunque tal determinación no los cobijaría a todos (hay unos pocos que su régimen lo marca la misma CPC, lo que dificulta su inclusión en un estatuto general) es una manera de evitar muchas de las circunstancias que aquí se han relatado. Más que nuevas leyes, se precisa unificar las existentes bajo criterios uniformes de aplicación.

²⁷ DÁVILA VINUEZA, L.G. Op. Cit. Págs. 33 y 34: “En los términos ya esbozados, se debe reafirmar que en la práctica la Ley 80 de 1993 en su integridad se aplica de manera residual habida consideración que existen muchos regímenes especiales que fundamentalmente remiten al derecho privado, aunque y en buena hora con aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política (L.1150/2007, art. 13). En su mayoría esos regímenes especiales no tienen justificación, sino que han nacido del desorden legislativo, de la inexistencia de una verdadera autoridad gubernativa que esté pendiente de la creación del derecho positivo para asegurar la coherencia, la armonía y la seguridad jurídica y del lobby de diversos intereses, en la mayoría de veces en contravía de los colectivos.

En los casos que se podrían justificar reglas especiales, no parece lógico ni recomendable que la excepción al Estatuto cobije todas sus normas cuando lo que se requeriría es excluir solamente los procedimientos de selección de contratistas en razón de la competencia que pueden tener ciertas entidades estatales con los particulares y en donde se requiere agilidad en la contratación por lo que lo recomendable será diseñar procedimientos ágiles y expeditos”.

4.- EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

Como lo indica Richer¹, si bien Jèze identificó a los contratos administrativos como negocios jurídicos sometidos a una serie de disposiciones especiales que le otorgaban su carácter diferencial respecto del derecho común, su concepción se limitó a los contratos de concesión de servicios públicos y no se dedicó a desarrollar una teoría general y completa. Mas, en la actualidad existe en el sistema jurídico colombiano, de amplia influencia francesa, tal distinción pero su sustento se encuentra radicado en la clasificación que para tal fin emplee el legislador² y el criterio subjetivo –o también denominado orgánico–. De hecho, según la la Corte Constitucional³, el Congreso de la República cuenta con autonomía e independencia para regular y clasificar el contrato administrativo conforme a su voluntad.

Así las cosas, el actual EGCA, que superó la discusión respecto a la eventual diferenciación entre los contratos propiamente administrativos y aquellos de carácter privado que celebra la administración pública, busca establecer bajo una concepción monista del contrato estatal un régimen mixto conformado por elementos del derecho privado y cimientos propios del derecho público⁴. Por ejemplo, como lo reconoció el Alto Tribunal Constitucional⁵, una diferencia entre los contratos entre particulares y entre estos y el Estado:

*[...] reside que en que mientras las convenciones hechas en un contrato de derecho privado son inmutables y sus términos inflexibles, las que conforman el contrato administrativo no gozan de esa inmutabilidad e inflexibilidad rigurosa, sino que admiten cierto grado de mutabilidad cuando lo impone el interés público que constituye la finalidad del contrato, mutabilidad que queda restringida a límites reducidos ya que lo estipulado por las partes en el contrato administrativo debe respetarse en su esencia, de modo tal que no resulten alterados el objeto y el contenido de la convención [...]*⁶.

¹ RICHER, L. *Droit des Contrats Administratifs*. Décima edición. LGDJ. Paris, 2017. Pág. 33.

² Vid BRENET, F. <<La théorie du contrat administratif: Évolutions récentes>>, *L'Actualité juridique. Droit administratif*. Dalloz. 2003. Pág. 919.

³ C. Const., Sent. C-086, marzo 1/1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴ Vid NAVARRO, A. y RIVERA, A.M. <<Instituciones del derecho privado en la contratación estatal>>, *Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá*. 2001. Págs. 7-8.

⁵ Vid C. Const., Sent. C-1436, oct. 25/2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

⁶ ESCOLA, H.J. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Volumen I. Depalma. Buenos Aires, 1979. Pág. 397.

Desde luego, el interés general es considerado por la doctrina⁷ como la causa esencial de la suscripción del contrato estatal, al ser el imperativo legal que debe perseguir la administración. En efecto, *es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado*⁸.

De esta manera, en este apartado se desarrollarán los diferentes tipos contractuales señalados por la legislación vigente, luego de haber efectuado una pequeña definición del contrato administrativo en Colombia. A su turno, se caracterizarán las partes contractuales y demás partícipes en el negocio jurídico, así como se detallarán las cláusulas comunes y excepcionales que integran el contenido del contrato estatal. Por último, se expondrán los requisitos exigidos por la legislación para la plena vigencia del negocio jurídico administrativo.

4.1. Definición

El contrato administrativo en la legislación colombiana es todo acto jurídico generador de obligaciones donde participa, en calidad de parte⁹, alguna de las entidades estatales¹⁰, sin importar la regulación que le sea aplicable¹¹. En efecto, conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, la naturaleza del contrato estatal no depende de su régimen jurídico, sino de *un criterio eminentemente subjetivo u orgánico*¹². Luego, todo negocio jurídico de contenido económico, sujeto al EGCA o a

⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. *Compendio de...* Op. Cit. Págs. 639 a 642.

⁸ C. Const, Sent. C-949, sept. 5/2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C. Const., Sent. C-555, agosto 22/2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁹ Conforme al principio de relatividad de los contratos, que se encuentra en la esfera de la autonomía privada, la libertad contractual y la legitimación dispositiva de los intereses de cada persona, una parte contractual es el titular del derecho objeto del negocio jurídico o, en otras palabras, quien posee un verdadero interés jurídico en el acto constitutivo. Vid., LARROUMET, C. *Teoría General del Contrato*. Volumen II. Temis. Bogotá, 1999. Pág. 191; CSJ, S. de Casación Civil, radicado N° 22710811001310304020010080301, julio 1/2008. M.P. William Namén Vargas.

¹⁰ PALACIO HINCAPIÉ, J.A. *La contratación de las entidades estatales*. Octava edición. Librería Jurídica Sánchez R. Medellín, 2020. Pág. 37.

¹¹ Artículo 32 EGCA.

¹² Vid., C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección A, radicado N° 212311425000233600020170074101 (62305), oct. 29/2018. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Igualmente, vid. supra, cap. 3.

cualquier otro régimen especial¹³, es un contrato administrativo cuando es suscrito por una entidad estatal o un particular que ejerce funciones administrativas, en aras de garantizar el interés público o general¹⁴. Como lo manifiesta Betancur Jaramillo:

Contrato estatal cuya autonomía, pese a las manifestaciones en contrario, se refiere más a la de la entidad contratante que a la del particular (arts. 32 y 40); con derechos y obligaciones que deben armonizar más con los intereses generales de la colectividad o con los fines estatales que con los de los particulares, marcados con el ánimo de lucro, aunque copartícipes, por colaboración, de la gestión estatal; y con una igualdad sólo parcialmente posible, porque en él se da o juega un ingrediente de poder o potestad que no se encuentra ni es posible encontrar en las relaciones interparticulares¹⁵.

La figura del contrato administrativo, en concordancia con la remisión del artículo 13 del EGCA¹⁶ respecto de la legislación privada, recoge los diversos postulados que se consagran en los artículos 1495 del CC¹⁷ y 864 del CCo¹⁸. Toda vez que el contrato estatal se cimienta, ante todo, en el consentimiento de dos o más partes hasta arribar a un acuerdo¹⁹, lo cual descarta la postura antiquísima que estimaba la imposibilidad de existencia de negocios jurídicos entre el Estado o cualquiera de sus entidades y los particulares, en virtud de la diferencia de sus categorías como presuntas partes contractuales²⁰. De hecho, la jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha reconocido la diferencia sustancial que existe entre el contrato y el

¹³ Por ejemplo, aquellos que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios. Vid., C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 242887CESEC3EXP1998N14202, agosto 20/1998. M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

¹⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. *Compendio de...* Op. Cit. Págs. 623 a 624.

¹⁵ BETANCUR JARAMILLO, C. *Derecho procesal administrativo*. Octavo edición. Señal Editora. Medellín, 2013. Pág. 628.

¹⁶ Artículo 13 EGCA: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley [...]”.

¹⁷ Artículo 1495 CC: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.

¹⁸ Artículo 864 CCo: “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta [...]”.

¹⁹ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2181682500023260001995016700114579, oct. 20/2005. M.P. German Rodríguez Villamizar.

²⁰ Para esta teoría, la Administración siempre ostenta un poder de subordinación y fuerza vinculante unilateral frente a la actuación del contratista. Por lo cual, los contratos estatales realmente son manifestaciones o imposiciones unilaterales de voluntad. Vid., MAYER, O. <<Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage>> *Archiv des öffentlichen Rechts* núm. 1. 1888. Págs. 3 a 86. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/44299162>.

acto administrativo²¹. Sin embargo, esto no es óbice para reconocer la preponderancia de la participación del Estado en la actividad contractual administrativa, pues protege la realización de los fines constitucionales y el interés general²².

Para Expósito Vélez²³, existen dos criterios adicionales al elemento orgánico o subjetivo del negocio jurídico que permiten identificarlo como un contrato administrativo. Estos son la competencia jurisdiccional para resolver las controversias que se presentan entre las partes, así como la finalidad de interés público del contrato estatal. Desde luego, durante las actuaciones previas a la suscripción del contrato, así como durante la gestión y ejecución de sus obligaciones, las diferencias que se presenten entre las partes o entre la entidad y los interesados en el proceso contractual serán resueltas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, encabezada por el Consejo de Estado colombiano²⁴. A su turno, el interés general es considerado por la doctrina²⁵ como la causa esencial de la suscripción del contrato estatal, al ser el imperativo legal que debe perseguir la administración. De hecho, *es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado*²⁶.

²¹ Desde luego, el acto administrativo es una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración que busca producir ciertos efectos jurídicos, conforme al ejercicio de la función administrativa. Por su parte, “[...] el contrato estatal no es un acto administrativo fruto de una declaración unilateral sino un negocio jurídico producto de un acuerdo de voluntades, y por lo mismo su régimen jurídico sustantivo, las acciones judiciales y, por supuesto, el estudio a nivel teórico constituyen capítulos separados del derecho administrativo [...]”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2273992000123310001996029990115052, abril 8/2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Vid., MOJICA DOMÍNGUEZ, J.D. *El Acto Administrativo. Discurso Constitucional en el Estado Social de Derecho*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2015. Pág. 45; C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Quinta, radicado N° 208327841001233300020150090701, mayo 12/2016. M.P. Rocío Araujo Oñate.

²² MATA LLANA CAMACHO, E. *Manual de contratación de la administración pública: reforma de la Ley 80 de 1993*. Cuarta edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. Pág. 826.

²³ EXPÓSITO VÉLEZ, J.C. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español: análisis de la selección de contratista*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. Págs. 218 a 224.

²⁴ Artículo 75 EGCA.

²⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. *Compendio de...Op. Cit.* Págs. 639 a 642.

²⁶ C. Const., Sent. C-949, sept. 5/2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C. Const., Sent. C-555, agosto 22/2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Empero, el negocio jurídico administrativo no se agota en las características previamente manifestadas, pues incorpora otros elementos²⁷ como el carácter formal²⁸, bilateral²⁹, oneroso³⁰, nominal³¹, *intuitu personae*³², previsible –o no aleatorio–³³, conmutativo³⁴ y principal –excepcionalmente accesorio–³⁵. Algunas de estas características integran ciertos requisitos que impone el ordenamiento jurídico para la existencia y validez del negocio, por lo cual serán desarrolladas a profundidad en los próximos apartados de este capítulo.

De esta manera, el contrato administrativo puede adoptar la forma de diversos tipos contractuales estimados en la legislación privada o en disposiciones especiales del ordenamiento jurídico administrativo. Estos tipos son, entre otros: el contrato de obra, el contrato de consultoría, el contrato de prestación de servicios profesionales, el contrato de concesión para la exploración y explotación de los recursos naturales, los encargos fiduciarios y la fiducia pública, el contrato de crédito y de seguros de las entidades administrativas, el contrato de concesión de los servicios y actividades de las

²⁷ EXPÓSITO VÉLEZ, J.C. Op. Cit. Págs. 218 a 224.

²⁸ Artículo 41 EGCA: “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito [...]”.

²⁹ Artículo 1496 CC: “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.

³⁰ Artículo 1497 CC: “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.

³¹ Esto implica que su consagración es expresa en el ordenamiento jurídico colombiano.

³² Es decir, que se celebra en virtud de la calidad de las partes, especialmente la del contratista, por lo cual, por regla general, no puede ser cedido. Esto sin perjuicio de los casos autorizados por la ley. Vid., C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 20016941100103260002008001010036054B, abril 14/2010. M.P. Enrique Gil Botero.

³³ Esto surge con ocasión a los principios de planeación y transparencia en la contratación administrativa, pues la entidad debe, no solo planear financieramente la ejecución del contrato, sino prever la necesidad que pretende ser satisfecha con su ejecución, la cual se desarrollara conforme a las condiciones y obligaciones pactadas en el contrato administrativo. Vid., C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección C, radicado N° 20149206600123310001998006850126637, junio 13/2013. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁴ Artículo 1498 CC: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez [...]”.

³⁵ Artículo 1499 CC: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”.

telecomunicaciones, el contrato de concesión para la prestación de servicios públicos domiciliarios y el contrato que entablan las entidades administrativas con organismos internacionales.

4.1.1. Contrato de obra

Según lo establecido en el artículo 32.1 del EGCA, los contratos de obra son aquellos negocios jurídicos donde una entidad pública contrata las labores de un particular para *la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago*. El contratista seleccionado en el proceso licitatorio deberá contratar, a su vez, un tercero independiente que fungirá como interventor en el control y vigilancia de los aspectos técnicos y especializados de la obra³⁶. Así, la interventoría, como medio de control administrativo, funge como una actividad de colaboración a la entidad estatal para garantizar los fines perseguidos por el negocio jurídico. En consecuencia, es evidente la coligación o relación de ambos contratos³⁷, pues el interventor también responderá por los hechos y omisiones que le sean imputables y causen daños a la entidad contratante³⁸.

Para la celebración de los contratos de obra, así como las concesiones –que serán descritas a continuación–, el contratista deberá constituir una figura o patrimonio autónomo irrevocable para el manejo y aprovechamiento de los recursos públicos que reciba de la entidad administrativa a título de anticipo³⁹. Esto con el fin de garantizar la destinación exclusiva de estos dineros a la ejecución del contrato respectivo⁴⁰.

³⁶ Artículo 14.1 EGCA.

³⁷ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección A, radicado N° 208503585001233100020020036201 (35763), julio 14/2016. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

³⁸ Artículo 53 EGCA.

³⁹ Artículo 91 Ley 1474/2011.

⁴⁰ Esto no aplica para los contratos de menor o mínima cuantía. Estos son, conforme al artículo 2.2.b de la Ley 1150/2007, los contratos cuya cuantía es menor a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) cuando la entidad ostenta un presupuesto anual igual o superior a 1.200.000 SMLMV. En caso de que la entidad tenga un presupuesto anual entre 850.000 y 1.200.000 SMLMV, el límite del contrato es 850 SMLMV. Si la entidad posee un presupuesto entre 400.000 y 850.000 SMLMV, el límite será 650 SMLMV. Por su parte, si el presupuesto

4.1.2. Contrato de consultoría

Los contratos de consultoría son aquellos que tienen por objetivo la realización de interventoría, asesoría, gerencia de obra y estudios previos necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, como la prefactibilidad o factibilidad de programas y proyectos específicos. Luego, la consultoría fungirá también como el medio idóneo para la dirección, programación y ejecución de diseños, planos, proyectos y anteproyectos⁴¹.

4.1.3. Contrato de prestación de servicios profesionales

Los contratos de prestación de servicios profesionales son aquellos que buscan ejecutar actividades administrativas y de funcionamiento de la entidad. De hecho, las personas naturales calificadas que pretendan entablar un contrato de esta naturaleza con la Administración deberán hacerlo en áreas donde se desarrollan actividades específicas que no pueden ser cubiertas por el personal de planta de la respectiva entidad. En estos casos no existirá relación laboral⁴², sino una mera relación civil–administrativa para la gestión de las obligaciones contractuales estrictamente indispensables.

4.1.4. Contrato de concesión

De acuerdo al artículo 32.4 del EGCA, los contratos de concesión son aquellos que las entidades administrativas celebran con un contratista denominado concesionario con el objeto de otorgar *la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público*. Asimismo, este

anual se encuentra entre 120.000 y 400.000 SMLMV, el valor del contrato no podrá superar los 450 SMLMV. Por último, si la entidad posee un presupuesto inferior a 120.000 SMLMV, el límite será 280 SMLMV.

⁴¹ Artículo 32.2 EGCA.

⁴² Salvo cuando se acredite la existencia de subordinación, propia de la relación laboral. Evento en el cual se estimará la mutación del contrato de prestación de servicios a un vínculo laboral, conforme al principio realidad. Vid., C. Const., Sent. C–154, marzo 19/1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

tipo contractual podrá prever todas aquellas actividades necesarias para la gestión adecuada y ordenada de la prestación encomendada o permitida por cuenta del concesionario, quien estará, a su vez, sometido a la vigilancia y control de la entidad. En estos casos, se le reconoce al concesionario una remuneración periódica, única o porcentual⁴³.

De esta manera, este tipo contractual debe emplearse, conforme al ordenamiento jurídico, para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicación a través de terceros⁴⁴, como la concesión del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional⁴⁵ o la concesión de servicios de radiodifusión sonora⁴⁶, para la prestación de servicios públicos domiciliarios⁴⁷, como el servicio de alumbrado público⁴⁸, para la exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables⁴⁹, como la concesión minera⁵⁰, entre otros.

4.1.5. Encargos fiduciarios y fiducia pública

Si bien el EGCA no define expresamente los negocios jurídicos denominados encargos fiduciarios y fiducia pública⁵¹, señala que son aquellos permitidos por la legislación donde las entidades administrativas entregan los recursos públicos destinados para ciertos contratos a las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, con el objetivo de que estas los administren y manejen. Sin embargo, la fiducia nunca implicará transferencia de dominio sobre los bienes y recursos estatales, ni constituirá un patrimonio autónomo de la respectiva

⁴³ Esta podrá consistir en derechos, tarifas, tasas, valorizaciones o participación en la explotación del bien.

⁴⁴ Artículo 33 EGCA.

⁴⁵ Artículo 34 EGCA.

⁴⁶ Según el artículo 57 de la Ley 1341/2009, los derechos otorgados por el contrato de concesión al contratista incluye el permiso para el uso del espectro radioeléctrico.

⁴⁷ De acuerdo con el artículo 25 de la LSPD, los prestadores de servicios públicos domiciliarios requieren la celebración de un contrato de concesión con las autoridades competentes.

⁴⁸ Artículo 29 Ley 1150/2007.

⁴⁹ Artículo 76 EGCA.

⁵⁰ Conforme a lo dispuesto por el artículo 14 del CM, el título minero otorgado a un contratista para la exploración y explotación de las minas que son de propiedad del Estado se constituirá solamente mediante contrato de concesión debidamente inscrito en el Registro Minero Nacional.

⁵¹ C. Const., Sent. C-086, marzo 1/1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

entidad⁵². Incluso, en ningún caso las entidades fideicomitentes *podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados*⁵³.

4.1.6. Contrato con organismos internacionales

En atención al artículo 20 de la Ley 1150/2007, las entidades estatales colombianas podrán celebrar contratos y convenios con entidades internacionales, salvo aquellos que pretendan ser pactados con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, cuyo objeto sea la administración o gerencia de recursos públicos domésticos o aquellos que les sean asignados en sus presupuestos públicos.

Así, los contratos o convenios administrativos financiados por dichos organismos internacionales podrán regularse por los reglamentos de tales entidades o someterse al EGCA, dependiendo de la participación porcentual de los fondos por ellos entregados⁵⁴. Por su parte, los contratos o convenios celebrados con organismos de derecho internacional o personas extranjeras de derecho público, podrán someterse al reglamento de dichas entidades cuando su objeto sea:

*[...] el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros [...]*⁵⁵

⁵² Para la Corte Constitucional, las condiciones referidas del contrato señalado por el EGCA es un contrato autónomo e independiente del contrato de fiducia consagrado en la legislación mercantil, pues no permite el traslado de la propiedad sobre los bienes objeto del encargo. Ídem.

⁵³ Artículo 32.5 EGCA.

⁵⁴ Si la participación de los fondos de cooperación o asistencia es igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del objeto que pretende desarrollarse con el contrato o convenio administrativo, este podrá someterse a los reglamentos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales que actúan como parte contractual. Por el contrario, si dichos fondos no superan el cincuenta por ciento (50%), los convenios administrativos deberán someterse a las disposiciones del EGCA.

⁵⁵ Artículo 20, Ley 1150/2007.

4.2. Partes contractuales

Conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, una parte contractual es, *stricto sensu*, el titular del derecho objeto de la negociación o quien posee un verdadero interés jurídico en el acto constitutivo⁵⁶. Esto se cimienta en el principio de relatividad de los contratos que, a su vez, se enmarca en la esfera de la autonomía de la voluntad privada, la libertad contractual y la legitimación dispositiva de los intereses de cada persona en el ámbito privado⁵⁷. Por su parte, un tercero de la relación negocial es el sujeto extraño o ajeno al interés que surge del negocio jurídico⁵⁸, pues no ha concurrido su consentimiento en la generación del contrato⁵⁹. Sin embargo, es posible la existencia de terceros relativos quienes no son parte de la relación contractual, porque no intervinieron en su celebración, *pero con posterioridad entran en relación jurídica con alguna de las partes, de suerte que el acto en el que no participaron podría acarrearles alguna lesión a sus intereses*⁶⁰.

En el escenario de la contratación administrativa, por su parte, existen diversos partícipes e intervinientes en el negocio jurídico que, si bien no figuran como parte durante la suscripción y ejecución del contrato administrativo, la legislación les asigna una serie de responsabilidades y obligaciones para garantizar el buen fin del contrato y el cumplimiento de su objetivo. Es decir, la satisfacción del interés público o general. En efecto, el artículo 2.2.1.1.1.2.1 del DURSAPN establece que dichos intervinientes de la actividad contractual del Estado son: (i) las entidades administrativas que adelantan los procesos de contratación, (ii) los contratistas, (iii) Colombia Compra Eficiente, (iv) los oferentes –es decir, quienes participaron en el proceso de selección más no fueron elegidos para la gestión y ejecución del contrato–, (v) los supervisores, (vi) los interventores y (vii) las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos que ejercen

⁵⁶ CSJ, S. de Casación Civil, radicado N° 22742511001310303920000031001, julio 1/2009. M.P. William Namén Vargas.

⁵⁷ CSJ, S. de Casación Civil, radicado N° 22710811001310304020010080301, julio 1/2008. M.P. William Namén Vargas.

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ DIAZ DUARTE, R. *La simulación de contrato en el Código Civil Chileno*. Fallos del Mes. Santiago de Chile, 1982. Pág. 64.

⁶⁰ CSJ, S. de Casación Civil, radicado N° 54117111001310302120090024401, junio 28/2017. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

la correspondiente participación ciudadana. Desde luego, solamente los dos primeros tipos de partícipes referidos son considerados como las partes contractuales en estricto sentido.

4.2.1. Las entidades administrativas contratantes

La Administración se encuentra integrada por diversas entidades que se encargan de desarrollar cada una de las funciones públicas encomendadas al Estado. Por ello, en el ámbito de la contratación administrativa, el artículo 2.1 del EGCA enuncia las diversas entidades que fungirán como contratantes en los negocios jurídicos del Estado. Entre ellas se encuentran la nación, los departamentos⁶¹, los distritos especiales⁶², los municipios⁶³, los territorios indígenas⁶⁴, los establecimientos públicos⁶⁵, las empresas industriales y comerciales del Estado (EICE)⁶⁶, las sociedades de economía mixta en las que el Estado ostente una participación superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social⁶⁷ y demás entidades descentralizadas (como las Corporaciones Autónomas Regionales referidas en el artículo 24 de la Ley 1150/2007).

⁶¹ Artículos 286 y 287 CPC.

⁶² Ídem.

⁶³ Ídem.

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Artículo 70 Ley 489/1998.

⁶⁶ Entidades definidas por el artículo 85 del Ley 489/1998 como órganos creados o autorizados por la ley, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial, conforme con el derecho privado. Esto último implica que “[...] en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores [...]”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 224415250002326000199069040112342, sept. 19/2004. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁶⁷ “[...] Es evidente que la sujeción de las sociedades de economía mixta a un determinado régimen jurídico y administrativo en función de la participación estatal, circunscrito, por efectos de la disposición acusada, a la contratación de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte estatal en el capital social sea igual o inferior al 50% en ningún momento afecta ni el carácter institucional de la sociedad de economía mixta ‘como vinculada’ al Estado –en los términos de la ley, aunque no forme parte de la Rama Ejecutiva–, ni el origen y naturaleza de los participación del Estado en el capital de la sociedad. Estas características comportan que las sociedades de economía mixta, en los términos de las leyes respectivas, se encuentran sujetas a la dirección y control administrativos (Ley 489 de 1998, artículos 41, 68 y 106, entre otros) y al control fiscal por parte de la Contraloría General de la República (Ley 42 de 1993, artículo 21).

De esta manera, la participación de las entidades estatales en el proceso contractual administrativo surge en virtud de la competencia que les es atribuida para tal fin, también conocida como potestad objetiva. No obstante, dado que la entidad es una ficción jurídica similar a la persona jurídica o moral, es necesaria la manifestación de la voluntad pública por parte del agente o funcionario que la representa⁶⁸.

4.2.2. Los contratistas

Los contratistas en la actividad contractual del Estado serán aquellos sujetos de derecho o asociaciones de sujetos que la legislación habilita para participar en el correspondiente proceso de selección y, de ser el caso –como en la licitación pública–, quienes obtienen la mayor puntuación de acuerdo a los requisitos fijados en los actos precontractuales de la Administración –como lo son los pliegos de condiciones–. De esta manera, los contratista podrán ser personas naturales, personas jurídicas u otras asociaciones permitidas por el ordenamiento jurídico.

En efecto, las personas naturales podrán participar con plena libertad en el proceso contractual del Estado conforme a los requerimientos fijados por la entidad administrativa respectiva. Por regla general, las personas naturales son idóneas para la ejecución de contratos de prestación de servicios profesionales, donde la administración

Por ello, no resulta jurídicamente válida la afirmación del demandante y del apoderado de la Auditoría General de la República, en el sentido de que la disposición acusada al dejar por fuera del ámbito de las reglas de la contratación estatal los contratos de las sociedades de economía mixta en las cuales la participación estatal en el capital respectivo sea igual o inferior al 50% está permitiendo la evasión de los controles y del régimen de garantías propios del patrimonio estatal frente a la propia administración Estado y frente a los particulares. En efecto, la propia Constitución, como se ha visto, determina consecuencias directas de la circunstancia de que una sociedad comercial tenga el carácter de sociedad de economía mixta y hace imperativa la vigilancia seguimiento y control de los recursos estatales, cualquiera sea la forma de gestión de los mismos, en los términos que prevea la ley [...]”. C. Const., Sent. C-629, julio 29/2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Así, conforme al artículo 14 de la Ley 1150/2007 –modificado por el artículo 93 de Ley 1474/2011–, las sociedades de economía mixta, sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) de su capital social, estarán sometidas al EGCA, salvo aquellas que desarrollen actividades mercantiles en competencia o en mercados regulados. Aquellas sociedades que ostenten una participación minoritaria del Estado deberán regirse por el ordenamiento contractual privado. No obstante, esto no es óbice para que su gestión se encuentre bajo el control administrativo y fiscal.

⁶⁸ Vid., ESCOBAR GIL, R. Op. Cit. Págs. 96 a 97.

selecciona a un sujeto para la gestión de actividades específicas propias de la entidad que no pueden ser desarrolladas por su personal de planta⁶⁹.

En lo que respecta a las personas jurídicas o morales partícipes como oferentes y, posteriormente, como contratistas de la actividad contractual del Estado, el ordenamiento jurídico provee una serie de figuras jurídicas para su intervención. Entre ellas, se encuentran las sociedades comerciales reguladas por el CCo, la Ley 222/1995 y la Ley 1258/2008⁷⁰. Estas son la sociedad colectiva⁷¹, la sociedad comanditaria o en comandita simple⁷², la sociedad de responsabilidad limitada⁷³, la sociedad anónima⁷⁴, la sociedad en comandita por acciones⁷⁵ y la sociedad por acciones simplificada⁷⁶. Asimismo, podrán hacerse parte del proceso de selección las sociedades incorporadas bajo la legislación extranjera y domiciliadas fuera del territorio nacional⁷⁷, siempre que hayan constituido su respectiva sucursal colombiana⁷⁸, toda vez que estaría ejerciendo una actividad en el país de carácter permanente⁷⁹.

En este escenario, la gestión de los proyectos relativos a la contratación estatal en el territorio colombiano ha impulsado la ampliación de los alcances en la

⁶⁹ MURILLO, M.C. y CONSUEGRA, F. *Manual de contratación administrativa*. Segunda edición. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2015. Pág. 91.

⁷⁰ Dicha normativa incorporó en la legislación colombiana la figura de la sociedad por acciones simplificada, también conocida como S.A.S.

⁷¹ Tipo social de carácter personal que no restringe patrimonialmente la responsabilidad de los socios, quienes responden solidaria e ilimitadamente frente a las obligaciones de la persona jurídica. Artículos 294–322 CCo.

⁷² Persona jurídica o moral que se integra por dos tipos de socios, los gestores, cuya responsabilidad es ilimitada y solidaria, y los comanditarios, que se estiman como socios capitalistas que no participan en la administración de la sociedad, limitando su responsabilidad hasta el monto de sus aportes. Artículos 337–342 CCo.

⁷³ Persona jurídica o moral que se conforma por la asociación de dos o más personas, hasta un máximo de veinticinco, cuya responsabilidad no es ilimitada frente a las obligaciones fiscales y laborales. Artículos 353–372 CCo.

⁷⁴ Tipo social de carácter capitalista que limita la responsabilidad hasta el valor de los aportes. Artículos 373–418 CCo.

⁷⁵ Tipo social que consagra la división entre los socios comanditarios y los gestores, salvo que estos últimos responderán de manera limitada salvo en las obligaciones laborales y fiscales. Artículos 343–352 CCo.

⁷⁶ Ley 1258/2008.

⁷⁷ Artículos 6 EGCA y 469 CCo.

⁷⁸ Artículo 471 CCo. Vid., SSC, oficio N° 22053314, oct. 13/2004. Ref.: Sucursales de sociedad extranjera, actividad permanente.

⁷⁹ Artículo 474 CCo.

participación de las sociedades en el proceso de selección de los contratistas⁸⁰. Por ello, el párrafo 3 del artículo 7 del EGCA prevé la posibilidad de la conformación de una sociedad, en cualquiera de los tipos sociales mencionados, que tenga por objeto único la presentación de la oferta, así como la celebración y ejecución del contrato administrativo. Esta forma de integración de la parte contractual, que ha sido denominada como sociedad de empresas o sociedad de objeto único, podrá presentarse bajo la figura de la promesa de constitución de sociedad sujeta a la condición de adjudicación del contrato de concesión⁸¹.

Sin embargo, los vehículos jurídicos fijados por la legislación para la participación de los oferentes y la adjudicación del contrato administrativo a los contratistas no se agotan en los supuestos mencionados, pues, a su vez, existen otros tipos de asociaciones habilitadas por el ordenamiento jurídico, como los consorcios⁸², las uniones temporales⁸³, las asociaciones entre entidades públicas⁸⁴, las compañías asociativas sin ánimo de lucro⁸⁵ y las organizaciones no gubernamentales⁸⁶.

⁸⁰ MURILLO, M.C. y CONSUEGRA, F. Op. Cit. Pág. 96.

⁸¹ “[...] en el evento de conformarse una sociedad en cualquiera de las formas previstas en la ley con el único objeto de presentar la oferta, celebrar y ejecutar el contrato de concesión, o de presentar la oferta bajo la figura de promesa de contrato de sociedad sujeta a la condición de adjudicación, la responsabilidad de la misma y sus efectos serán los previstos en la ley 80 para los consorcios, esto es, responderán solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato; y las actuaciones, hechos u omisiones que se presenten en desarrollo de aquélla y de éste afectarán a todos los miembros que la integren”. C.E., S. de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 1283, sept. 4/2000. M.P. Augusto Trejos Jaramillo.

⁸² Artículo 7.1 EGCA: “Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman”. Asimismo, el párrafo 1 del artículo citado prevé lo siguiente que también es aplicable a las uniones temporales: “Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante. Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad”.

⁸³ Artículo 7.2 EGCA: “Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal”.

4.2.3. Colombia Compra Eficiente

Dicha entidad comprende una unidad administrativa especial, de carácter descentralizado del sector ejecutivo del orden nacional, que ostenta personería jurídica, patrimonio propio, autonomía financiera y administrativa. Según el artículo 2.2.1.1.1.2.1 del DURSAPN, Colombia Compra Eficiente se encuentra adscrita al Departamento Nacional de Planeación y su objetivo es fungir como una entidad rectora para la ejecución del Plan de Desarrollo y la unificación de políticas de compra de la Administración.

4.2.4. Los supervisores e interventores

Los interventores y supervisores son agentes, personas naturales o jurídicas, externas a la entidad pública que se requieren durante la ejecución del contrato administrativo, para desempeñar una función de vigilancia y seguimiento, sea técnica, administrativa, financiera, contable y/o jurídica, en aras de garantizar el cumplimiento del objeto contractual y los fines del Estado⁸⁷. La diferencia fundamental entre ambas personalidades radica en el carácter del seguimiento prestado y la forma de su vinculación. En este sentido, la interventoría surge con ocasión de un contrato de consultoría con la Administración o el contratista y la ejecución de sus labores implica una serie de conocimientos especializados. A su turno, la supervisión no implica un carácter especializado y, por tanto, pueden ser vinculadas a través de contratos de prestación de servicios⁸⁸.

⁸⁴ Son asociaciones entre entidades públicas cuyo fin es cooperar en el cumplimiento de sus funciones, a través de convenios interadministrativos o por medio de personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas conforme a las normas del CC (artículo 95 Ley 489/1998).

⁸⁵ Artículo 4 Ley 79/1988: “Es cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general [...]”.

⁸⁶ Son personas jurídicas de carácter civil que conforman los ciudadanos para realizar trabajo voluntario y recibir donaciones en pro de un interés común con fines altruistas y sin ánimo de lucro.

⁸⁷ MURILLO, M.C. y CONSUEGRA, F. Op. Cit. Págs. 98 a 99.

⁸⁸ Artículo 83 Ley 1474/2011.

4.2.5. Las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos

La sociedad civil en general se encuentra habilitada, conforme con los postulados constitucionales, a participar en la actividad contractual del Estado, a fin de ejercer un control sobre la gestión pública y la administración de los recursos que integran el erario⁸⁹. Para tal fin, los ciudadanos podrán presentar peticiones a la Administración para exigir aclaraciones, información o cumplimiento de la actividad administrativa.

4.3. Contenido

El contenido del documento donde se consagra el negocio jurídico administrativo debe consagrar todos los elementos que permitan darle claridad y precisión a la relación jurídica entre la entidad contratante y el contratista. Por ejemplo, *la competencia, la capacidad jurídica y representación legal de las partes; la determinación completa y específica de las obras, servicios y suministros a cargo del contratista; el precio y la forma de pago; las garantías; las potestades exorbitantes de la Administración Pública*⁹⁰, entre otros. Todos ellos deben ajustarse íntegramente a las disposiciones del pliego de condiciones, pues el texto del contrato administrativo se encuentra sujeto al procedimiento anterior, relativo a la definición de la necesidad que pretende satisfacerse con el objeto contractual, así como el fin estatal que respalda y el proceso de selección del contratista.

Luego, en cualquier discrepancia entre el contenido del contrato y las disposiciones del pliego de condiciones, habrá de prevalecer este último, al ser estimado por la jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo como la ley del contrato⁹¹. De hecho, el pliego de condiciones ostenta una naturaleza mixta, puesto

⁸⁹ MURILLO, M.C. y CONSUEGRA, F. Op. Cit. Pág. 99.

⁹⁰ ESCOBAR GIL, R. Op. Cit. Pág. 224.

⁹¹ “[...] la Sala ha considerado que el pliego es la ley del contrato y, que frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer aquél; el pliego, según la jurisprudencia, contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente sus disposiciones del pliego en el contrato que han de celebrar [...] Dicho

que su contenido es mutable, toda vez que *nace como un acto administrativo general – naturaleza que ostenta hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección–, pero a partir de la celebración del contrato cambia esa naturaleza y se convierte en ‘cláusula contractual’*⁹². Luego, es razonable que, por citar un ejemplo, una cláusula compromisoria incluida en el pliego de condiciones y en los actos preparatorios, pero no que fuere consagrada en el documento contractual, se estime en él contenida⁹³.

Además, el conjunto de derechos, obligaciones, potestades públicas y condiciones contractuales de la relación jurídica entre las partes no se encuentra consagrado en su totalidad en el contrato administrativo, sino también en el pliego de condiciones y en la legislación, tal como ocurre, en este último caso, en el derecho privado. Por ello, tal como lo manifiesta Jèze⁹⁴, la Administración no puede incorporar todas las cláusulas que estime conveniente, pues deberá ceñirse al orden público y a las condiciones fijadas en el proceso precontractual, so pena de ocasionar la nulidad o ineficacia de la estipulación o el contrato respectivo.

Ahora bien, conforme a la doctrina⁹⁵, existen ciertas características del contenido contractual que permiten caracterizar el clausulado del negocio jurídico como disposiciones comunes y excepcionales. Estas últimas son aquellas cuya presencia es imperativa así no se refieran de manera expresa en el contrato, puesto que pretenden

en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse [...]”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 224422250002326000199386960110779, feb. 29/2004. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Vid., C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 253304110010326000199637710112037, julio 19/2001. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁹² C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 20039322500023260002005013470133795, dic. 30/2006. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁹³ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 253304110010326000199637710112037, julio 19/2001. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁹⁴ JÈZE, G. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Volumen II. Depalma. Buenos Aires, 1948. Pág. 93.

⁹⁵ MURILLO, M.C. y CONSUEGRA, F. Op. Cit. Págs. 148 a 149.

garantizar el cumplimiento de todos los postulados involucrados en los principios de la actividad contractual del Estado⁹⁶ –estos serán desarrollados en el capítulo siguiente–.

4.3.1. Cláusulas comunes

4.3.1.1. Las partes contractuales

Como fue debidamente explicado en el epígrafe anterior, las partes contractuales son aquellas cuya voluntad participa en la generación del contrato administrativo⁹⁷. Luego, el documento debe contener expresamente el nombre e identificación de todas las personas, entidades y asociaciones que participan en el negocio contractual, sea como contratantes o contratistas.

4.3.1.2. El objeto contractual

Consiste en la descripción amplia y suficiente de cada uno de los bienes que desea adquirir la entidad, la obra que desea construir o el servicio que se requiere prestar a la comunidad, para lo cual deberá referirse detalladamente los criterios científico-técnicos y las cantidades respectivas⁹⁸.

4.3.1.3. Valor del contrato y forma de pago

Desde luego, el documento contractual deberá fijar el monto de la remuneración que será reconocida al contratista por la ejecución del proyecto encomendado. Luego, dicho valor deberá ser cancelado en las fechas y condiciones que sean pactadas en el acuerdo negocial. Por ejemplo, podrá acordarse la cancelación de anticipos así como el establecimiento de un pago mensual –tal como ocurre en la práctica con los contratos de prestación de servicios–.

⁹⁶ VEDEL, G. *Derecho Administrativo*. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, 1980. Pág. 205.

⁹⁷ CSJ, S. de Casación Civil, radicado N° 22742511001310303920000031001, julio 1/2009. M.P. William Namén Vargas.

⁹⁸ MURILLO, M.C. y CONSUEGRA, F. Op. Cit. Pág. 149.

4.3.1.4. Domicilio de ejecución del objeto contractual

El documento debe contener el domicilio contractual donde se adelantarán las gestiones encomendadas al contratista según el objeto del negocio jurídico, así como será el lugar que atribuirá competencia territorial al operador judicial que pretenda zanjar las diferencias surgidas entre las partes⁹⁹.

4.3.1.5. Plazo

Se limita al tiempo otorgado por la entidad contratante al contratista para la ejecución de las labores encomendadas en el objeto contractual¹⁰⁰.

4.3.1.6. Derechos y obligaciones de las partes

El documento contractual debe contar con los postulados que refieren los derechos que ostenta cada una de las partes involucradas, así como las obligaciones que debe desempeñar para el cumplimiento de las prestaciones en él contenidas.

De esta manera, respecto de la entidad administrativa, el artículo 4 del EGCA señala que podrán: (i) exigir al contratista la ejecución adecuada del objeto contractual; (ii) efectuar el cobro de las sanciones pecuniarias y la ejecución de las garantías contra el contratista, los servidores públicos o los terceros responsables, según sea el caso, para obtener la indemnización de los daños que se presenten durante el desarrollo del contrato; (iii) solicitar la actualización de los precios cuando se modifique la situación financiera o económica del contrato; (iv) desarrollar revisiones periódicas sobre el cumplimiento del objeto contractual con las calidades científico-técnicas exigidas; y (v) ejecutar todas las acciones que eviten una mayor onerosidad de las obligaciones a cargo del contratista.

⁹⁹ Artículo 156.4 CPACA.

¹⁰⁰ Artículo 1551 CC.

Por su parte, según el artículo 5 del EGCA, los contratistas contarán con: (i) el derecho a recibir las sumas pactadas y que su valor intrínseco no se altere o modifique durante la vigencia del contrato, (ii) el deber de colaborar con las entidades en lo que sea necesario para la ejecución y cumplimiento del objeto contractual, (iii) la posibilidad de acudir a la protección de la entidad contra terceros que afecten la debida ejecución del contrato, (iv) la obligación de garantizar la calidad de los bienes o servicios encomendados, y (v) el deber de no acceder a amenazas de quienes pretendan actuar por fuera del ordenamiento jurídico y obligarlos a realizar u omitir un acto.

4.3.1.7. Vigencia y liquidación del contrato

El documento debe contener un término o período que comprende el plazo para la ejecución del negocio jurídico así como el proceso de liquidación. Durante dicho período, la administración pública podrá hacer uso de sus poderes excepcionales¹⁰¹. Desde luego, la vigencia del contrato debería incorporar no solo *el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, sino también para las de la Administración*¹⁰². Por ello.

*[...] este plazo no constituye propiamente hablando el periodo de ejecución del contrato porque al finalizar el plazo que se ha destinado para el cumplimiento de la obligación principal por parte del contratista las partes no quedan liberadas de pleno derecho mientras no se extingan todas las obligaciones adquiridas, lo cual se cumple necesariamente en la etapa de liquidación del contrato en la cual es donde la administración puede valorar el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista y es la que pone término a la vinculación de las partes [...]*¹⁰³.

En este sentido, la liquidación del negocio jurídico se estima como una actuación administrativa posterior a la etapa de ejecución del contrato que ostenta por objeto definir si se realizaron de manera adecuada las prestaciones mutuas, efectuar un balance de cuentas para establecer si existen obligaciones por pagar, proceder a las

¹⁰¹ Salvo la cláusula de caducidad. Vid., C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 22535341001233100020040036901AP00369, junio 17/2007. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁰² MATA LLANA CAMACHO, E. Op. Cit. Pág. 850.

¹⁰³ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 248933427CESEC3EXP1999N10264, sept. 13/1999. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

reclamaciones y reconocimientos y declarar la satisfacción de las obligaciones¹⁰⁴. De esta manera, se finiquita el contrato administrativo. Sin embargo, no será obligatoria la liquidación para los contratos de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión de la entidad¹⁰⁵.

4.3.1.8. Solución de controversias

De conformidad con el EANI, podrá consagrarse un pacto arbitral, específicamente una cláusula compromisoria, en el contrato administrativo¹⁰⁶. Sin embargo, luego del devenir jurisprudencial¹⁰⁷, la competencia material del tribunal arbitral deberá limitarse a aquellas controversias que surjan *por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales*¹⁰⁸, pues, en lo que respecta al pronunciamiento sobre la validez en el ejercicio de las potestades excepcionales de la Administración, la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuenta con una competencia privativa¹⁰⁹.

4.3.2. Cláusulas excepcionales

Como previamente se expuso, en la contratación administrativa, la entidad estatal cuenta con un carácter preponderante para la protección del interés público o general y los fines constitucionales¹¹⁰. Por ello, en virtud del principio de legalidad, se

¹⁰⁴ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 20333165042223310001992013690117031, nov. 20/2008. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰⁵ Artículo 60 EGCA.

¹⁰⁶ Incluso, como fue referido anteriormente, podrá estimarse integrado en el contrato administrativo si solo fue consagrado en los actos preparatorios y en el pliego de condiciones. Vid., C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 253304110010326000199637710112037, julio 19/2001. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁰⁷ Vid., C. Const., Sent. C-1436, oct. 25/2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C. Const., Sent. C-347, julio 23/1997. M.P. Jorge Arango Mejía.

¹⁰⁸ Artículo 1 EANI.

¹⁰⁹ RAMOS ACEVEDO, J. y RAMOS ACEVEDO, A. *Contratación estatal, teoría general y especial*. Sexta edición. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2020. Pág. 180 y 181.

¹¹⁰ MATA LLANA CAMACHO, E. Op. Cit. Pág. 826.

desdibuja razonablemente la igualdad contractual entre las partes del negocio jurídico y se le otorga a la entidad contratante una serie de prerrogativas públicas que puede ejercer a lo largo del proceso de contratación (etapa precontractual, contractual y poscontractual)¹¹¹, con el objetivo de *verificar, corregir y sancionar*¹¹² a los contratistas que no cumplen con sus obligaciones¹¹³.

Así, en la contratación pública se le otorga a la Administración ciertas potestades a través de las denominadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho privado, cuyo nombre se otorga en consideración a que no son usuales en el ordenamiento jurídico común, aunque en determinadas ocasiones pueden presentarse eventos similares¹¹⁴. En este sentido, según la Corte Constitucional, las cláusulas exorbitantes son:

*[...] prerrogativas derivadas del poder público de la Administración pública y que no podrían aplicarse en un contrato de derecho privado. Estas cláusulas se derivan fundamentalmente de la presencia del interés público en los contratos estatales y de la especial naturaleza de los mismos, permitiendo a la entidad ejercer determinadas prerrogativas que no podrían aplicarse en una relación contractual de carácter privado*¹¹⁵.

En consecuencia, puede concluirse que las cláusulas exorbitantes o excepcionales consagran, en favor de la Administración, ciertas potestades de naturaleza

¹¹¹ BENAVIDES, J.L. *El contrato estatal*. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. Pág. 321.

¹¹² Para Riveró, las sanciones que puede imponer la Administración al contratista son de tres clases: (i) las sanciones pecuniarias, que se estiman en el contrato y se causan una vez se acreditan sus presupuestos en función de reparar los daños sufridos; (ii) las sanciones destinadas a garantizar el cumplimiento del contrato; y (iii) aquellas que implican la finalización del contrato sin indemnización alguna, como la caducidad. RIVERÓ, J. *Derecho Administrativo, novena edición*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984. Págs. 138 a 139.

¹¹³ CASTELLANOS DUARTE, E.M. y SANTOS PÁEZ, S.P. <<Análisis de la aplicación de las cláusulas exorbitantes en los regímenes especiales de contratación estatal, caso ley 142 de 1994>> *Revista Hipótesis Libre* núm. 8. Junio 2014. Pág. 1.

¹¹⁴ Por ejemplo, los contratos de mandato que le otorgan al mandante la facultad unilateral de terminar el contrato. Vid., GÜECHÁ MEDINA, C. N. <<Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal>> *Revista Opinión Jurídica* núm. 10. Diciembre 2006. Pág. 35. Sin embargo, a juicio de Dromi, dichas cláusulas no pueden ser incorporadas a los contratos privados, “porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil”. DROMI, R. *Derecho Administrativo*. 13ª edición. Tomo 1. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 2015. Pág. 601.

¹¹⁵ C. Const, Sent. C-620, agosto 9/2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

legal taxativa que no surgen de un acuerdo voluntario entre las partes¹¹⁶. Dichas facultades prevén la posibilidad para la entidad contratante de decretar la caducidad del negocio jurídico y su terminación, de modificar e interpretar unilateralmente sus disposiciones, así como declarar la reversión de los bienes o elementos implicados para el desarrollo del objeto contractual y exigir el sometimiento del contrato a la legislación nacional. En este orden de ideas, en los actos administrativos donde la entidad ejerza dichas potestades, deberá reconocer las correspondientes compensaciones e indemnizaciones a que haya lugar para mantener la ecuación o equilibrio contractual.

De esta manera, por disposición legal¹¹⁷, las entidades contratantes cuentan con la obligación de pactar las cláusulas excepcionales de interpretación y modificación unilateral, así como de terminación, caducidad y sometimiento a la legislación nacional, en los contratos cuyo objeto sea el ejercicio de una actividad monopólica del Estado, la prestación de un servicio público, la explotación y concesión de bienes estatales, o la ejecución de una obra. Asimismo, se incluye la cláusula de reversión en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, *de tal manera que si la entidad estatal por algún motivo no pacta estas cláusulas, en todos los caso se entienden incorporadas al contrato*¹¹⁸.

Por su parte, el artículo 14 del EGCA otorgó la facultad a la Administración de incluir, de manera voluntaria, dichas cláusulas en los contratos de suministro y en aquellos cuyo objeto sea la prestación de servicios. Luego, puede estimarse que las cláusulas excepcionales no son aplicables de manera imperativa a todos los tipos contractuales administrativos que celebran las entidades estatales en ejercicio de sus funciones administrativas. De hecho, la norma prohibió la aplicación y consagración de estas cláusulas en los contratos interadministrativos¹¹⁹, de empréstitos, donaciones, arrendamientos, seguros y aquellos que tengan por objeto actividades industriales o

¹¹⁶ VEDEL, G. Op. Cit. Pág. 191.

¹¹⁷ Artículo 14.2 EGCA.

¹¹⁸ MATAALLANA CAMACHO, E. Op. Cit. Pág. 876.

¹¹⁹ Artículo 18 Ley 617/2000: “Sin perjuicio de las reglas vigentes sobre asociación de municipios y distritos, estos podrán contratar entre sí, con los departamentos, la nación, o con las entidades descentralizadas de estas categorías, la prestación de los servicios a su cargo, la ejecución de obras o el cumplimiento de funciones administrativas, de forma tal que su atención resulte más eficiente e implique menor costo”.

comerciales, la prestación de servicios públicos domiciliarios¹²⁰, el desarrollo directo de proyectos científicos o tecnológicos, la cooperación, ayuda o asistencia técnica, así como aquellos cuya parte contractual sea una persona pública internacional.

Sin embargo, respecto a los demás contratos administrativos no mencionados hasta el momento, existe la discusión acerca de la posibilidad de incluirse las cláusulas excepcionales como un elemento accidental producto de la voluntad de las partes. Hasta la fecha, la doctrina¹²¹ y la jurisprudencia¹²² han concluido que el principio de autonomía de la voluntad no es un criterio suficiente para la consagración de tales cláusulas excepcionales al derecho común en aquellos contratos no referidos por el artículo 14 del EGCA, puesto que, conforme al principio de legalidad, es necesaria la habilitación normativa para el ejercicio de las funciones administrativas.

4.3.2.1. Interpretación unilateral

Conforme al artículo 15 del EGCA, la facultad de interpretación unilateral de las disposiciones contractuales surge, a favor de la entidad contratante, cuando existen discrepancias sobre los efectos o el sentido de alguna estipulación que pueda conducir a la paralización o afectación grave del servicio que integra el objeto contractual. Para ello, la Administración deberá expedir un acto administrativo debidamente motivado, manifestando la interpretación de las disposiciones objeto de controversia y sus razones.

¹²⁰ Artículo 31 LSPD.

¹²¹ MATA LLANA CAMACHO, E. Op. Cit. Pág. 880.

¹²² “[...] en el caso concreto no reviste importancia el hecho de que exista una cláusula contractual en la cual las partes, presuntamente, pactaron la caducidad; lo anterior, toda vez que el principio de autonomía de la voluntad no puede invadir la esfera reservada para el principio de legalidad, máxime si la discusión gira en torno a una potestad o cláusula de tipo excepcional al derecho común, que permite a la Administración contratante ejercer determinaciones que modifican el contrato, y puede llegar, inclusive, a imponer sanciones en cabeza del contratista”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2294832500023260002007005330135827, nov. 15/2008. M.P. Enrique Gil Botero. Vid., C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 20333165042223310001992013690117031, nov. 20/2008. M.P. Ruth Stella Correa Palacio; C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2303018500123310001997003740115797, feb. 25/2009. M.P. Myriam Guerrero de Escobar; C. Const., Sent. T-1071, dic. 12/2007. M.P. Nilson Pinilla.

De esta manera, el objeto de esta potestad pública es asegurar los fines constitucionales al evitar la interrupción de la prestación desarrollada por el contratista, por las diferencias que pueda ostentar con la Administración¹²³.

4.3.2.2. **Modificación unilateral**

En el mismo sentido que la cláusula anterior, la potestad consagrada en el artículo 16 del EGCA estima que, en aras de garantizar la continuidad del servicio contratado¹²⁴, la Administración cuenta con la facultad de introducir variaciones al contrato administrativo de manera unilateral, a través de actos administrativos motivados donde se suprimirá o adicionará las obras, trabajos o servicios requeridos, cuando las partes no pudieren llegar a un acuerdo sobre tal modificación. Sin embargo, tal potestad excepcional no desconoce los derechos adquiridos por el contratista, toda vez que si la variación afecta el valor contractual en un veinte por ciento (20%) o más de su valor inicial, este podrá renunciar a la continuación de la ejecución del negocio jurídico.

Según los pronunciamientos del Consejo de Estado¹²⁵, una modificación del objeto contractual, cuando se amplía o agrega algo nuevo, implica un contrato adicional, el cual se someterá a las normas aplicables al contrato principal que le da su origen. Entretanto, cuando se ajusta el valor estimado del contrato¹²⁶, se amplía su plazo inicial¹²⁷ o se efectúa alguna otra modificación del contrato sin alterar el objeto del negocio jurídico, se debe estimar como una adición al contrato. En ambos casos, en atención a lo establecido en el artículo 40 del EGCA, la adición no podrá afectar el contrato en un monto superior al cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial. No obstante, en lo relativo a la ampliación o prórroga del plazo contractual, si bien el

¹²³ C. Const., Sent. C-1514, nov. 8/2000. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

¹²⁴ C. Const., Sent. C-949, sept. 5/2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹²⁵ Vid., C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección A, radicado N° 212808376001233100020100148801 (44736), oct. 11/2018. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹²⁶ C.E., S. de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 1439, julio 18/2002. M.P. Susana Montes de Echeverri.

¹²⁷ C.E., S. de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 2278, julio 5/2016. M.P. Germán Bula Escobar.

ordenamiento jurídico no estableció un límite, debe ceñirse estrictamente a los requisitos establecidos *para el perfeccionamiento, ejecución y oponibilidad del contrato estatal: constar por escrito, prórroga de las garantías y publicación oficial*¹²⁸.

4.3.2.3. Terminación unilateral

Mediante acto administrativo debidamente motivado, la Administración podrá dar por terminada la relación contractual administrativa, siempre que se acredite alguno de los eventos relacionados taxativamente por el artículo 17 del EGCA. Estos eventos son: (i) cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo amerite; (ii) por fallecimiento o incapacidad física permanente¹²⁹ del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona moral o jurídica; (iii) por interdicción judicial o insolvencia del contratista; y (iv) por cesación de pagos o embargos judiciales contra el contratista que afecten gravemente el cumplimiento del negocio jurídico. En el segundo y tercer evento, la Administración podrá continuar la ejecución del contrato con el garante.

4.3.2.4. Caducidad

Existe una clara diferenciación entre la figura jurídica de la caducidad del negocio y la terminación del contrato administrativo: si bien *en ambas figuras se termina unilateralmente el contrato, [...] la caducidad es una sanción por hechos*

¹²⁸ Ídem.

¹²⁹ En este escenario, según la Corte Constitucional, “[...] la incapacidad física a que se refiere la parte acusada de artículo 17 de la ley 80 de 1993, debe interpretarse en el sentido de que aquella impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista. En caso de incapacidad física del contratista, la administración deberá evaluar la situación concreta, y determinar, según sea conveniente, la posibilidad de que éste continúe con la ejecución del contrato hasta tanto sea posible, pues pueden presentarse situaciones en las cuales la persona a pesar de su incapacidad física permanente puede dar ejecución total al contrato. Así, es claro que para la aplicación de la figura, es necesario que exista relación de causalidad entre la incapacidad física con la imposibilidad del cumplimiento del contrato, pues de otra manera no existiría fundamento jurídico que habilite para la mencionada terminación, so pena de abuso de la posición de preeminencia del Estado desconociendo derechos de los particulares, pues a pesar de la existencia de los mismos debe buscarse siempre un equilibrio de las partes”. C. Const, Sent. C-454, oct. 20/1994. M.P. Fabio Morón Díaz.

*imputables al contratista*¹³⁰. Por ello, la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹³¹ había fijado una obligación para las entidades administrativas de agotar una actuación previa sancionatoria para declarar la caducidad del contrato. En cambio, para la Corte Constitucional¹³² dicho criterio es incorrecto pues la caducidad es una potestad excepcional de la Administración y, por tanto, no es necesario agotar ningún procedimiento previo, toda vez que no debe confundirse con una facultad sancionatoria –como ocurre en el derecho disciplinario o tributario– que exige la observancia de un debido proceso donde se declare el incumplimiento del contrato y se proceda a imponer sanciones sobre el contratista.

En efecto, con atención en las disposiciones del artículo 18 del EGCA, la Administración Pública, a través de un acto administrativo motivado, podrá dar por terminado el contrato y ordenar su liquidación, independientemente del estado en que se encuentre, cuando se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que pueda llevar a la paralización de la ejecución del objeto contractual o que lo afecte grave y directamente¹³³. La declaratoria de caducidad no le dará derecho al contratista para exigir alguna indemnización y, por el contrario, este se hará acreedor de las demás sanciones que estime la ley, como la inhabilidad para contratar¹³⁴. Así, la entidad contratante también podrá adoptar las medidas que estime necesarias para garantizar la ejecución del objeto contractual, como

¹³⁰ Gaceta del Congreso N° 75, 25 de septiembre de 1992, proyecto de ley N° 149 de 1992 “Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Pág. 13.

¹³¹ Vid., C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 238426CESEC3EXP1991N61026102, abril 16/1991. M.P. Carlos BETANCUR JARAMILLO; C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 20242715000123310002001003940124101, mayo 15/2003. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹³² C. Const., Sent. T-569, oct. 8/1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹³³ En este sentido, para el Alto Tribunal Constitucional, esta cláusula excepcional “[...] en sí misma, debe responder a hechos objetivos que debe alegar y demostrar el ente estatal, en el acto administrativo que profiera para tal efecto [...]”. Ídem.

¹³⁴ “Debe señalarse que el legislador no le está otorgando amplias facultades a las entidades estatales para celebrar contratos en el evento de declaratoria de caducidad, pues éstas deben ceñirse al procedimiento establecido en la ley, garantizando el principio de selección objetiva, transparencia y los consagrados en el artículo 209 de la Carta Política, mediante la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad que será la que garantice la continuidad en la ejecución del objeto contratado inicialmente”. C. Const., Sent. C-949, sept. 5/2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

la toma de posesión de la obra o la continuación de la ejecución a través del garante o de otro contratista¹³⁵.

Ahora bien, es importante mencionar que, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado¹³⁶, la caducidad del negocio jurídico solo podrá decretarse durante el plazo de ejecución del objeto contractual, no así durante la etapa de liquidación del contrato. Desde luego, dado que el objetivo de la institución de la caducidad es la remoción del contratista incumplido y asegurar la continuidad de la correcta ejecución del objeto contractual por la misma entidad o un tercero reemplazante, no guarda sentido la aplicación de dicha facultad excepcional fuera del término convencional de ejecución de las obligaciones, pues, vencido este, la imposición de la caducidad tendría un fin meramente sancionatorio o indemnizatorio que limitaría su verdadero propósito otorgado por la legislación¹³⁷.

4.3.2.5. Reversión

Conforme con el artículo 19 del EGCA, en los contratos de explotación o concesión de bienes del Estado, los elementos y bienes que directamente fueron dispuestos para la ejecución del objeto contractual, una vez se finalice el término del negocio jurídico, pasarán a integrar el patrimonio de la entidad contratante sin retribución económica alguna en favor del contratista.

Desde luego, dada la naturaleza del contrato de concesión, donde el contratista actúa por cuenta y riesgo propio, este debería estimar razonablemente un trámite de redención del capital invertido en los elementos y bienes objeto de reversión, de forma tal que al finalizar el contrato estos se encuentren totalmente amortizados¹³⁸. Cabe precisar que en virtud del equilibrio que debe existir en el contrato administrativo entre el interés general y el derecho de propiedad del particular, la Administración estará

¹³⁵ Artículo 8.c y 8.i EGCA.

¹³⁶ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Sala Plena, radicado N° 20135238500123310001995001740115024, julio 12/2012. M.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹³⁷ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 20333165042223310001992013690117031, nov. 20/2008. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹³⁸ C. Const., Sent. C–250, junio 6/1996. M.P. Hernando Herrera Vergara.

obligada a indemnizar al contratista cuando, al finalizar el contrato, la amortización no ha sido satisfecha por eventos o hechos no imputables al contratista¹³⁹.

4.3.2.6. **Sometimiento a la legislación nacional**

Para cierto sector de la doctrina¹⁴⁰, el sometimiento a la legislación doméstica del contrato administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano ostenta unas características particulares que implican la integración de una cláusula tácita y excepcional del derecho privado en el negocio jurídico. De esta manera, según el artículo 13 del EGCA, en armonía con el artículo 4 Fundamental¹⁴¹, los contratos administrativos se someterán, por regla general, a la legislación doméstica (civil, mercantil y administrativa), salvo cuando se ejecuten en el exterior o cuando intervienen entes internacionales o extranjeros, tal como fue mencionado en los apartados anteriores.

4.3.2.7. **Multas y cláusula penal**

Por último, es importante referir los efectos de las multas y la cláusula penal en la actividad contractual del Estado. Pues, si bien no fue nombrada expresamente por el artículo 14 del EGCA, las legislaciones anteriores incorporaban este tipo de sanción pecuniaria como una potestad excepcional que ostentaba la Administración para instar al cumplimiento del contrato administrativo y reparar los posibles perjuicios causados¹⁴².

¹³⁹ MATA LLANA CAMACHO, E. Op. Cit. Pág. 892.

¹⁴⁰ Por ejemplo, Vid., MURILLO, M.C. y CONSUEGRA, F. Op. Cit. Pág. 151.

¹⁴¹ Artículo 4: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

¹⁴² Así, en la clasificación de las sanciones impuestas por el Estado en virtud de su poder (pecuniarias, coercitivas y resolutorias), las multas y la cláusula penal se encuentran incorporadas entre las sanciones pecuniarias por su objeto eminentemente preventivo. DIEZ, M. M. *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I. Tercera edición. Plus Ultra. Buenos Aires, 1983. Pág. 679.

En efecto, para Palacio Hincapié¹⁴³, la diferencia conceptual entre ambas instituciones jurídicas radica en su propósito. La aplicación de multas por parte de la entidad contratante al contratista no persigue otro fin que la de compulsar el cumplimiento de sus obligaciones contenidas en el contrato. Es decir, busca fungir como un medio intimidatorio y no sancionatorio¹⁴⁴, dado que su imposición debe ocurrir durante el plazo de ejecución del objeto contractual¹⁴⁵ por la mora o incumplimiento parcial del contratista, conducta que aún puede ser corregida oportunamente. Por su parte, si el incumplimiento del contratista además de afectar gravemente la ejecución del contrato, ocasiona perjuicios a la entidad contratante, esta debería declarar el incumplimiento contractual en aras de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria¹⁴⁶, la cual pretende no solo sancionar al contratista sino indemnizar a la Administración Pública.

De esta manera, las multas y la cláusula penal pecuniaria no son otra cosa que la manifestación de las dos modalidades de aplicación de la cláusula penal pactada en la contratación privada y consagrada en los artículos 1592¹⁴⁷ y siguientes del CC, así como

¹⁴³ PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Pág. 598.

¹⁴⁴ “[...] la multa es la previsión contractual según la cual, en el evento de incumplimiento parcial o de mora en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, acaecidas dentro del plazo previsto para la ejecución del contrato, este se hará acreedor a una sanción de tipo pecuniario por parte de la Administración, con miras a constreñirlo, hasta que cumpla [...]”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 20254372500023260001994099850114393, abril 28/2005. M.P. German Rodríguez Villamizar.

¹⁴⁵ “[...] Esta tesis, que la jurisprudencia de la Sala ha desprendido de la voluntad de la ley, se explica por la interpretación teológica de la institución de los poderes exorbitantes que favorecen al Estado en algunos de los contratos que celebra con los particulares; dado el denso contenido de interés público que asiste a dichos contratos, es menester que el Estado pueda, mediante el uso de la autoridad de que está investido, exigir coactivamente su cumplimiento; esa potestad sin embargo, amén de otras limitaciones se debe ejercer dentro del término de vigencia del contrato que constituye también límite temporal de competencia; hacerlo luego de la expiración de dicho plazo, pierde la finalidad propia de la institución e invade atribuciones exclusivas de la rama jurisdiccional”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 237767622CESEC3EXP1992N5465, sept. 17/1992. M.P. Juan De Dios Montes Hernández.

¹⁴⁶ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 234175CESEC3EXP1992N66316631, oct. 1/1992. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁴⁷ Artículo 1592 CC: “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

el artículo 867 del CCo¹⁴⁸. Según la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, la normativa privada referida consagra dos tipos de cláusula penal: la moratoria y la remuneratorio o compensatoria; donde la primera se caracteriza por *adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato*¹⁴⁹; y la segunda implica *una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad*¹⁵⁰.

Así, conforme con el principio de legalidad, la legislación anterior al EGCA ordenaba la inclusión de las multas y la cláusula penal como una disposición contractual imperativa en la contratación pública. En efecto, los artículos 47¹⁵¹, 60¹⁵² y 61¹⁵³ del Decreto 150/1976, así como los artículos 60¹⁵⁴, 71¹⁵⁵ y 72¹⁵⁶ del Decreto 222/1983,

¹⁴⁸ Artículo 867 CCo: “Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. [...]”.

¹⁴⁹ Vid., CSJ, S. de Casación Civil, radicado N° 175384607, junio 28/2017. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss; CSJ, S. de Casación Civil, radicado N° 62400811001310303920070029901, feb. 15/2018. M.P. Margarita Cabello Blanco.

¹⁵⁰ Ídem.

¹⁵¹ Artículo 47 Decreto 150/1976: “Salvo disposición en contrario, en todo contrato celebrado por la nación, se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria; y renuncia a reclamación diplomática. Siempre deberán precisarse el objeto, la cuantía y el plazo para la ejecución completa del contrato”.

¹⁵² Artículo 60 Decreto 150/1976: “En los contratos deberá incluirse la facultad de la nación para imponer en caso de incumplimiento parcial, las que deberán ser directamente proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra la entidad contratante. Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 51 de este decreto [...]”

¹⁵³ Artículo 61 Decreto 150/1976: “En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento. La cuantía de la cláusula penal debe ser directamente proporcional a la del contrato. El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se imputará al de los perjuicios que reciba la entidad contratante”.

¹⁵⁴ Artículo 60 Decreto 222/1983: “Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar. Así mismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto. Siempre deberán precisarse el objeto, la cuantía y el plazo para la ejecución completa del contrato”.

autorizaban a la entidad administrativa para imponer, a través de resolución motivada, multas o sanciones pecuniarias contra el contratista por mora o incumplimiento del negocio jurídico. Luego, resultaba razonable en dicho escenario asimilar el poder de sancionar pecuniariamente que ostentaba la Administración como una potestad excepcional que no requería estar contenida como una cláusula accesorias del contrato, al ser una facultad virtual o implícita¹⁵⁷.

Pese a lo anterior, una vez dichas normas fueron derogadas por el EGCA, la facultad sancionatoria de imposición de multas y cobro de la cláusula penal fue proscrita del ordenamiento jurídico expreso. Por ello, la Administración Pública, conforme al criterio de remisión a la normativa privada de los artículos 13 y 40 del EGCA, solamente podía acordar con el contratista el pacto de la sanción penal en el contrato administrativo como un elemento accidental del negocio jurídico y proceder ante la jurisdicción contenciosa administrativa para solicitar la ejecución de las sumas acordadas¹⁵⁸. Empero, para la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹⁵⁹, a pesar de que dichas cláusulas no constituían una materia enteramente ajena de la contratación privada –dado que su sustento legal se encontraba respaldado en el ordenamiento jurídico civil y comercial–, podían estimarse como una *cláusula de privilegio* porque, a través de ellas, la entidad contratante ejercía un poder de dirección, control y vigilancia de los negocios jurídicos administrativos.

¹⁵⁵ Artículo 71 Decreto 222/1983: “En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra. Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto [...]”.

¹⁵⁶ Artículo 72 Decreto 222/1983: “En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento. La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato. El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante”.

¹⁵⁷ ESCOLA, H.J. *Compendio de derecho administrativo*. Volumen II. Depalma. Buenos Aires, 1984. Pág. 679.

¹⁵⁸ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 244334263CESEC3EXP1994N9288, oct. 21/1994. M.P. Daniel Suarez Hernández.

¹⁵⁹ C.E., S. de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 1293, dic. 14/2000. M.P. Luis Camilo Osorio Isaza.

En este sentido, en el año 2005, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁶⁰, reconoció de manera definitiva la derogatoria, con el EGCA, de la facultad exorbitante del Estado para la imposición de multas y el cobro directo de las sanciones pecuniarias por el incumplimiento del contratista. Pero, el legislador colombiano, a través de la Ley 1150/2007¹⁶¹ y, posteriormente, el EAC¹⁶², reactivó tal facultad. Así, la entidad contratante puede proceder a la imposición de multas y cobro coactivo de la cláusula penal, siempre que el contrato sea de naturaleza administrativa, dado que en los negocios jurídicos donde la Administración actúa en pie

¹⁶⁰ “Según se observa, ni en ésta [artículo 14], ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado. No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2181682500023260001995016700114579, oct. 20/2005. M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁶¹ Artículo 17 Ley 1150/2007: “El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.” En su parágrafo, dicho artículo dispone que: “La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva”.

¹⁶² Artículo 86 Ley 1474/2011: “Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal [...]”.

de igualdad con los particulares (como las actividades industriales y comerciales) se encuentra vedada tal potestad¹⁶³.

4.4. Requisitos

Para que el contrato administrativo surja a la vida jurídica y produzca efectos requiere el cumplimiento adecuado de cada una de las previsiones establecidas por el ordenamiento jurídico. Estas ostentan su origen en las estipulaciones contenidas en el derecho privado, en virtud de la remisión normativa de los artículos 13 y 40 del EGCA, e incluyen los perentorios mandamientos que se incorporan en la legislación administrativa. Por ello, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1502¹⁶⁴ y siguientes del CC, así como los artículos 897 y siguientes del CCo, puede efectuarse una distinción fundamental entre las dos clases de causales que otorgan eficacia jurídica a la relación negocial: (i) aquellas que cimienta la existencia del contrato administrativo, con el acaecimiento de ciertos presupuestos fundamentales para trabar el surgimiento de la relación jurídica bilateral¹⁶⁵; y (ii) aquellas que garantizan su validez, es decir, que el negocio jurídico puede producir efectos plenos en el mundo regulado.

Dichos presupuestos de existencia son la presencia en el negocio jurídico de las formalidades sustanciales¹⁶⁶ y los elementos esenciales fijados por las disposiciones legales¹⁶⁷, estos últimos han sido definidos por la doctrina¹⁶⁸ como el consentimiento de las partes en la creación del acto negocial¹⁶⁹, la causa¹⁷⁰ y el objeto contractual¹⁷¹. Por

¹⁶³ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección B, radicado N° 20086702000123310001999007640121178, nov. 15/2011. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁶⁴ Artículo 1502 CC: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz. 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”.

¹⁶⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. *Compendio de...* Op. Cit. Pág. 652.

¹⁶⁶ Acerca de las formalidades del contrato, Vid., BAENA UPEGUI, M. *De las obligaciones en el Derecho Civil y Comercial*. Tercera edición. Legis. Bogotá, 2000. Págs. 46 a 51.

¹⁶⁷ Artículo 898 CCo.

¹⁶⁸ OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídico*. Sexta edición. Temis. Bogotá, 2000. Págs. 98 a 109.

¹⁶⁹ Sobre la formación del consentimiento y su incidencia en la creación del negocio jurídico, Vid., GONZÁLEZ GÓMEZ, E. *De las obligaciones en el derecho civil colombiano*. Colección

su parte, los requisitos de validez implican la ausencia de algún tipo de vicio en el contenido contractual o en la voluntad de las partes, así como la presencia de capacidad plena de estas. Es decir, que el negocio jurídico cuente con una causa y un objeto lícitos, que su contenido no afecte alguna norma imperativa y que las partes que intervienen puedan celebrar el contrato que con su voluntad, libre de vicios (como el error, la fuerza o el dolo), desean constituir.

Cuando quiera que alguno de estos requisitos o presupuestos se vea comprometido, surgirán ciertas consecuencias jurídicas¹⁷². La ausencia de alguno de los presupuestos mínimos necesarios para el nacimiento del acto o contrato a la vida jurídica ocasionará el reconocimiento de su inexistencia. Por el contrario, si se manifiesta algún tipo de vicio en los presupuestos de validez del negocio jurídico, deberá procederse ante la jurisdicción para su declaratoria de nulidad absoluta o relativa (anulabilidad o rescisión). En últimas, la ausencia de alguno de los requisitos referidos implicará la ineficacia negocial del contrato administrativo que, en sentido amplio, implica la perturbación de la finalidad pretendida, pues, a causa de su aplicación, la modificación del mundo jurídico que esperaba generarse se encuentra inhibida¹⁷³.

Empero, en el ámbito de la contratación administrativa, existen, a su vez, otros requisitos necesarios para proceder a la ejecución del contrato perfeccionado. Según

Pequeño Foro Universidad de Antioquia. Medellín, 1981. Págs. 24 a 28; BAENA UPEGUI, M. Op. Cit. Págs. 144 a 179.

¹⁷⁰ Respecto de la causa como requisito de existencia del contrato, Vid., GONZÁLEZ GÓMEZ, E. Ibidem, págs. 47 a 53.

¹⁷¹ Sobre el objeto contractual, Vid., PÉREZ VIVES, A. *Teoría general de las obligaciones*. Volumen I. Temis. Bogotá, 1953. Págs. 247 a 280.

¹⁷² “[...] la Sala considera procedente distinguir entre las causales de existencia del contrato, frente a las causales de validez del mismo, para decir, que cuando quiera que el pretendido contrato carece de los requisitos de existencia, la consecuencia obvia no es la nulidad sino la inexistencia del contrato, y cuando se incumple con los requisitos de validez, la consecuencia sí será la nulidad. En este sentido, serán requisitos de existencia, aquellos mínimos necesarios para que el acto o negocio del que se trate nazca a la vida jurídica y será requisito de validez, el que los requisitos de existencia y el procedimiento de formación, cumplan con los ritualismos y elementos de legalidad [...]”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2180790700123310001995002160112846, junio 23/2005. M.P. German Rodríguez Villamizar.

¹⁷³ Vid., HINESTROSA FORERO, F. *“Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico”* Volumen I, E. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. Pág. 268; CARRASCO, A. *Derecho de los contratos*. Aranzadi. Navarra, 2010. Pág. 649.

Palacio Hincapié¹⁷⁴, estos requisitos para la materialización de las prestaciones contenidas en el negocio y que impone la legislación administrativa son: (i) la aprobación de la garantía, (ii) la existencia de disponibilidad presupuestal y (iii) el cumplimiento de las obligaciones laborales y parafiscales del contratista.

4.4.1. Requisitos de existencia y perfeccionamiento del negocio jurídico

4.4.1.1. Consentimiento de las partes

El consentimiento en la creación del negocio jurídico surge con ocasión de la celebración de un acuerdo entre las partes contractuales. Es decir, el consentimiento de una parte es la manifestación de su voluntad en adquirir obligaciones respecto de la otra en el marco de un objeto común¹⁷⁵. Luego, la posibilidad de arribar a un acuerdo sin la voluntad de las partes en constituirlo supone una contradicción; *de allí que se sostenga que el consentimiento constituye, más que un requisito de validez del contrato, un presupuesto lógico para su existencia*¹⁷⁶. En el contrato administrativo, el ejercicio de la autonomía de la voluntad que supone la constitución del negocio jurídico debe sujetarse a los parámetros del bien común y el interés general¹⁷⁷.

4.4.1.2. Objeto contractual

Según los artículos 1517 y 1518 del CC, todo negocio tiene por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer, las cuales deben existir o se espera que existan. Es decir, que son determinables. Luego, el objeto contractual es *todo aquello sobre lo cual recae el consentimiento expresado por las partes*¹⁷⁸, que constituye su *punto más neurálgico y determinante*¹⁷⁹. En el contrato administrativo, el objeto

¹⁷⁴ PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Págs. 46 a 49.

¹⁷⁵ “[...] cuando esas dos voluntades, después de discutir, hallan la forma adecuada del contrato, se llega a la identificación de ellas para formar la voluntad contractual [...]”. SALAMANCA, H. *Derecho civil, curso IV, contratos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1977. Pág. 11.

¹⁷⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. *Compendio de...* Op. Cit. Pág. 653.

¹⁷⁷ Artículo 40 EGCA.

¹⁷⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. *Compendio de...* Op. Cit. Pág. 655.

¹⁷⁹ Ídem.

contractual implica, necesariamente, la realización de los fines estatales¹⁸⁰. No debe confundirse el objeto del contrato con el objeto de las obligaciones¹⁸¹, toda vez que el primero supone *el derecho o interés que es materia de la regulación mediante el respectivo negocio jurídico*¹⁸² y el segundo, a su turno, implica las conductas comisivas u omisivas que debe ejecutar la parte obligada, en otras palabras, es la prestación que se adeuda.

4.4.1.3. Causa

Más allá de las diversas posturas doctrinales respecto a la naturaleza de la causa como elemento esencial del negocio jurídico, que postulan una perspectiva eficiente, material, formal o finalística, podemos emplear un criterio eminentemente objetivo para identificar la causa como las razones que condujeron a las partes a manifestar su voluntad¹⁸³. Para Escobar Sanín¹⁸⁴, el artículo 1524 del CC expone la causa contractual como la idea que impulsó a negociar o creó la intención de hacerlo.

4.4.1.4. Formalidad del contrato administrativo

¹⁸⁰ “La Constitución Política dispone que el Estado tiene dentro de su fines esenciales, entre otros, ‘servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados’ en ella, que ‘la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones,’ que ‘los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado’, y que los servicios públicos ‘podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.’ De este conjunto normativo se desprende que la actividad del Estado debe, de un lado, estar al servicio de los asociados y, de otro lado, estar encaminada a la prestación de los servicios públicos [...] Ahora, si la Administración considera que para prestar los servicios públicos debe valerse del concurso de otras personas, en especial de los particulares, cuenta con otro instrumento idóneo para ese efecto: El contrato estatal”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección C, radicado N° 2092886730012331000200000030121578, marzo 14/2012. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁸¹ CEDIEL ÁNGEL, E. *Ineficacia de los actos jurídicos*. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá, 2014. Pág. 44.

¹⁸² C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección C, radicado N° 20735206600123310001999004350124809A, oct. 20/2014. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁸³ SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. *Compendio de...Op. Cit.* Pág. 656.

¹⁸⁴ ESCOBAR SANÍN, G. *Negocios civiles y comerciales, tomo II, contratos*. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 1994. Pág. 192.

Según el artículo 39 del EGCA, los contratos administrativos suscritos por las entidades estatales deberán constar por escrito, documento que deberá contener el objeto y la contraprestación acordada por las partes¹⁸⁵, así como los elementos contenidos en el pliego de condiciones. Dicha formalidad no implica elevar a escritura pública el documento contractual, salvo que, como ocurre en la legislación privada, la relación jurídica particular implique tal requisito, como la transferencia del derecho de dominio o la constitución de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles. Así, la formalización escrita del contrato administrativo implica un presupuesto esencial para su existencia. Es decir, el documento contractual cuenta con un valor *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus*, toda vez que su celebración se sujeta a la regla del derecho romano *forma dar esse rei* (la forma da existencia al acto jurídico)¹⁸⁶.

De esta manera, si bien el acto de *adjudicación ya notificado es irrevocable y hace responsable a las partes de su retractación*¹⁸⁷, pues solo por razones puntuales la Administración puede justificar su revocación¹⁸⁸, para el perfeccionamiento del negocio jurídico administrativo se hace necesario cumplir con el cauce extremo y absoluto de manifestación de voluntad escrita que consagra la legislación administrativa para que surja a la vida jurídica y produzca efectos¹⁸⁹. Sin embargo, conforme a los artículos 41 y 42 del EGCA, cuando se declara la urgencia manifiesta¹⁹⁰ mediante acto administrativo motivado, no será necesaria la suscripción del contrato administrativo, solo se requerirá la constancia escrita de la autorización impartida por la entidad contratante para dar paso a su ejecución y reconocimiento posterior al contratista de la remuneración.

¹⁸⁵ Artículo 41 EGCA: “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito [...]”.

¹⁸⁶ ESCOBAR GIL, R. Op. Cit. Pág. 221.

¹⁸⁷ MATA LLANA CAMACHO, E. Op. Cit. Pág. 834.

¹⁸⁸ Vid. infra, caps. 7 y 8.

¹⁸⁹ ESCOBAR GIL, R. Op. Cit. Pág. 221.

¹⁹⁰ Artículo 42 EGCA: “Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección públicos [...]”.

En este sentido, según la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁹¹, cuando un particular comienza la ejecución de labores de un presunto contrato estatal adjudicado, pero el mismo no se acredita por escrito, podrá reclamar al Estado lo adeudado a través del medio de control de reparación directa, en virtud del principio de que nadie, ni la Administración, podrá enriquecerse sin una causa jurídica válida. Con excepción de los casos donde el desmérito económico del ejecutor de labores sea producto de su hecho exclusivo¹⁹². Por ello, bajo el criterio unificado del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁹³, la *actio in rem verso* podrá operar cuando: (i) se acredite fehacientemente que la entidad pública, sin participación o culpa del particular implicado, en virtud de su superioridad, impuso al particular la ejecución de prestaciones o servicios, así como el suministro de bienes, por fuera del escenario propio del contrato administrativo; (ii) en los escenarios en que es urgente y necesaria la celebración de contratos de suministro de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras para evitar la lesión inminente e irreversible del derecho a la salud; y, (iii) en los casos cuando, siendo imperativa la declaratoria de situación de urgencia, la Administración omite tal obligación pero le solicita al contratista, sin la suscripción del contrato, la ejecución de obras, la prestación de servicios o el suministro de bienes.

4.4.2. Requisitos de validez del contrato administrativo

4.4.2.1. Vicios del consentimiento

De acuerdo con el artículo 1502.2 del CC, la validez del negocio jurídico depende indiscutiblemente de la naturaleza del consentimiento involucrado de las partes, pues no debe adolecer de ningún tipo de vicio. Según el artículo 1508, dichos vicios que pueden afectar el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo. En este sentido, el error se conceptualiza como una disconformidad entre el fuero interno de

¹⁹¹ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 233216CESEC3EXP1992N6822, sept. 10/1992. M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

¹⁹² C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2274795200123310001995070180114669, julio 7/2007. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁹³ Vid., C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Sala Plena, radicado N° 20118707300123310002000030750124897, nov. 19/2012. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección C, radicado N° 2013540070012331000999001610119045, enero 30/2013. M.P. Enrique Gil Botero.

alguna de las partes de la relación negocial y la representación del mundo exterior respecto de los elementos o criterios que fundamentaron su decisión. Para Gaudemet, el error es *un desacuerdo entre la declaración de la voluntad y la voluntad real*¹⁹⁴. Más, no debe confundirse el error con la ignorancia¹⁹⁵. Mientras el primero implica una idea falsa de la realidad que impulsa a la formación del consentimiento, la segunda supone una carencia absoluta de conocimiento de una área determinada de la realidad.

Por ello, resulta fundamental el reconocimiento de la *condición de esenciabilidad* del error para poder predicarse la rescisión del negocio jurídico¹⁹⁶. Por ejemplo, de acuerdo con el artículo 1509 del CC, el error acerca de un punto de derecho no afecta el consentimiento otorgado para la creación del negocio jurídico. Por el contrario, el error sobre la persona vicia el contrato administrativo, puesto que todos los negocios que celebra el Estado ostentan la característica de ser –como se había reseñado anteriormente– *intuitu personae*¹⁹⁷. Asimismo, el error sobre la naturaleza del negocio¹⁹⁸, el objeto contractual¹⁹⁹, sus móviles²⁰⁰ o en la sustancia²⁰¹ afecta la validez del contrato administrativo.

¹⁹⁴ GAUDEMET, E. *Teoría general de las obligaciones*. Porrúa. Ciudad de México, 1984. Pág. 72.

¹⁹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. *Compendio de...Op. Cit.* Pág. 660.

¹⁹⁶ Ídem.

¹⁹⁷ Artículo 41 EGCA: “[...] Los contratos estatales son intuitu personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante [...]”.

¹⁹⁸ Si bien el error sobre la naturaleza del contrato acredita la condición de esenciabilidad para la afectación del negocio jurídico, para la doctrina dicho vicio implica realmente una divergencia fundamental entre la voluntad y su declaración que, incluso, la voluntad no existe. Luego, no debería predicarse la nulidad del contrato sino su inexistencia. Vid., GAUDEMET, Op. Cit. Pág. 73. Para Betti, en la contratación administrativa puede presentarse este tipo de error por la distracción, descuido o ignorancia del funcionario público que le corresponde manifestar la voluntad de la Administración y adelantar la actuación. BETTI, E. *Teoría general del negocio jurídico. Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1959. Pág. 155.

¹⁹⁹ El error sobre el objeto contractual implica la identificación defectuosa o nula de la cosa que se trata de dar, hacer o no hacer, o bien la creencia errada de su eventual existencia cuando esta es imposible.

²⁰⁰ El error sobre los motivos del negocio afecta aquellos móviles que motivaron, por ejemplo, a la Administración para la celebración del contrato administrativo.

²⁰¹ El error sobre la sustancia consiste “[...] en una falsa representación que determina al sujeto a querer en un determinado modo; la voluntad existe y corresponde a la declaración [...] está viciada en su formación”. PUGLIATTI, S. *Introducción al estudio del derecho civil*. Porrúa. Ciudad de México, 1943. Pág. 266.

A su turno, la fuerza, como vicio del consentimiento, implica todo acto de violencia o intimidación que se ejerce sobre uno de los sujetos de la relación negocial en aras de obtener su anuencia para la celebración del contrato administrativo. En efecto, la fuerza *no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición*²⁰². Ergo, resulta razonable concluir que la fuerza en sí misma no ocasiona el vicio de la voluntad contractual sino el temor experimentado por la víctima que lo insta a celebrar el negocio jurídico²⁰³. Conforme con la doctrina²⁰⁴, es necesaria la presencia de tres elementos integradores de la fuerza para su acaecimiento como vicio del consentimiento: *metus atrox*²⁰⁵, *contra bona mores*²⁰⁶ y *metus praesens*²⁰⁷.

Por último, el dolo, concebido en sentido amplio como la intención consciente de querer infligir daño a alguien²⁰⁸, *en el negocio jurídico consiste en la maniobra, artificio, engaño, maquinación consciente y deliberada de una parte o sujeto contractual con suficiente aptitud para inducir o provocar un error de la otra parte y obtener su consenso o voluntad en la celebración del acto*²⁰⁹. Pero, al igual que la fuerza, el dolo no constituye en sí mismo un vicio del consentimiento de la parte que lo

²⁰² Artículo 1513 CC.

²⁰³ CSJ, S. de Casación Civil, radicado N° 420255, oct. 5/1939. M.P. Juan Francisco Mújica.

²⁰⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. *Compendio de...* Op. Cit. Págs. 662 a 663.

²⁰⁵ El *metus atrox* implica la intensidad necesaria de la fuerza o violencia impresa sobre la parte, como el funcionario público, con el fin de infundirle el temor necesario para obtener su anuencia. Por ello, la legislación excluye el temor reverencial como causa suficiente de afectación de la validez jurídica del contrato. En efecto, la consideración del *metus atrox* surge del derecho romano donde se exigía que la violencia fuera lo suficientemente “[...] capaz por su naturaleza de quebrantar el hombre más esforzado *hominen constatissimum* [...]”. FLORIS MARGADANT, G. *El derecho privado romano*. Esfinge. Ciudad de México, 1985. Pág. 337.

²⁰⁶ La *contra bona mores* consiste en la naturaleza injusta, ilegítima y contraria al derecho de la violencia impresa sobre la parte. Ergo, el ejercicio legítimo de autoridad no implica el vicio del consentimiento referido.

²⁰⁷ El *metus praesens* implica la virtualidad futura del daño pues, “[...] lo que debe ser presente es el temor inspirado [...] pero el mal temido es necesariamente futuro [...]”. RIPERT, G. y BOULANGER, J. *Tratado de derecho civil*. Tomo IV. La Ley. Buenos Aires, 1965. Pág. 135.

²⁰⁸ Artículo 63 CC.

²⁰⁹ CSJ, S. de Casación Civil, radicado N° 23858811001310301020010002601, marzo 6/2011. M.P. William Namén Vargas.

padece, sino que es, por el contrario, la causa del error que opera en la mente de la víctima que es fundamento de la acción rescisoria²¹⁰.

4.4.2.2. Competencia de la entidad contratante

La capacidad es un atributo legal de los sujetos que implica su idoneidad para ser titulares de derechos, ejercerlos y contraer obligaciones. Sin embargo, en el ámbito del derecho administrativo, la doctrina²¹¹ ha reconocido a la capacidad como la competencia atribuida al ente público por el derecho positivo para el ejercicio de las funciones que pretende realizar, como lo es celebrar un negocio jurídico. Para Escola, la competencia *es la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos*²¹². Por ello, en sentido estricto, difieren los conceptos de competencia y capacidad, dado *que la competencia se determina en forma positiva, y la capacidad en forma negativa. En la primera se establece lo que se puede hacer; en la segunda, lo que no se puede hacer*²¹³. Desde luego, la competencia no solo se limita a una descripción de acciones positivas que la Administración puede desempeñar, puesto que *entraña, para la autoridad que la tiene, un deber de obrar, que hace que ningún órgano administrativo pueda rehuir actuar respecto de una cuestión que es propia de su competencia*²¹⁴, como la celebración de los actos jurídicos necesarios para la ejecución de sus labores.

En la legislación colombiana, la competencia no es producto únicamente de la capacidad de una entidad pública como consecuencia de su personalidad o personería jurídica²¹⁵. El EGCA y demás leyes del ordenamiento jurídico administrativo le habían

²¹⁰ CSJ, S. de Casación Civil, radicado N° 23342336, dic. 15/1970. M.P. Guillermo Ospina Fernández.

²¹¹ Vid., ESCOBAR GIL, R. Op. Cit. Pág. 96; PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Pág. 98; RAMOS ACEVEDO, J y RAMOS ACEVEDO, A. Op. Cit. Pág. 54.

²¹² ESCOLA, H.J. *Compendio de...* Op. Cit. Págs. 624 a 625.

²¹³ BERCAITZ, M.A. *Teoría general de los contratos administrativos*. Segunda edición. Depalma. Buenos Aires, 1980. Pág. 264.

²¹⁴ ESCOLA, H.J. *Compendio de...* Op. Cit. Págs. 624 a 625.

²¹⁵ “La capacidad es una consecuencia de la personalidad jurídica. [...] Es la competencia, en cuanto atribución legal de una determinada actividad a un ente público, la que legitima su obrar. Si la capacidad es abstracta, en cambio la competencia es concreta y susceptible de medida: el Estado actual se diferencia del decimonónico precisamente en virtud del cúmulo de competencias y cometidos que tiene en sus manos”. GARRIDO FALLA, F., PALOMAR

otorgado capacidad para la celebración de contratos a diversos organismos del Estado que no ostentaban personería jurídica²¹⁶. De hecho, en la exposición de motivos del EGCA se expresó que la competencia atribuida por su artículo 2 *no se refiere a las personas y por tanto no parte del supuesto de que los entes públicos contratantes son exclusivamente la nación colombiana y las entidades descentralizadas, dotadas todas ellas por definición de personería jurídica*²¹⁷.

En consecuencia, resulta evidente que el proceso contractual administrativo solamente puede ser impulsado y llevado a su fin por la entidad competente. En otras palabras, aquella entidad que, de forma expresa o en virtud de sus funciones particulares, ostenta la capacidad legal para comprometer recursos públicos en la realización de cierta obra o la adquisición de determinados bienes y servicios²¹⁸. Voluntad que será manifestada por el jefe o representante de la entidad²¹⁹, como el presidente de la república frente a la nación²²⁰, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del EGCA.

OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H. *Tratado de derecho administrativo*. Volumen II. Parte general: conclusión. Tecnos. 13ª edición. Madrid, 2012. Pág. 162.

²¹⁶ Por ejemplo, a nivel histórico, tal como lo señala Palacio Hincapié, las Superintendencias, salvo la de Notariado y Registro, no contaban con personería jurídica propia. Aun así, la legislación les atribuía la facultad de contratar. PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Pág. 96.

²¹⁷ Gaceta del Congreso N° 75, 25 de septiembre de 1992, proyecto de ley N° 149 de 1992 “Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

²¹⁸ Pues, si el órgano estatal actúa por fuera de su competencia, por ejemplo, con la expedición de un acto administrativo, este sería ilegítimo y estaría viciado de nulidad. Vid., DIEZ, M.M. Op. Cit. Pág. 132 y 133; C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección B, radicado N° 20086171700123310001997080340120688, feb. 8/2012. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²¹⁹ A nivel nacional, según el artículo 38 de la Ley 498/1998, dicho cargo será desempeñado por los Ministros del Despacho, los Directores de los Departamentos Administrativos, los Superintendentes, los Jefes de las Unidades Administrativas Especiales, el Presidente del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación y el Registrador Nacional del Estado Civil. Por su parte, a nivel descentralizado territorialmente, serán los Gobernadores, los Alcaldes Municipales y Distritales, los Contralores y los Representantes Legales de las demás entidades territoriales, como los Territorios Indígenas. Por último, en las entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios, será el Representante Legal de la respectiva entidad.

²²⁰ Conforme a la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, la capacidad del presidente de la república de comprometer a la nación en relaciones contractuales solamente se presenta en aquellos negocios que sean relativos a la órbita de sus funciones, sin perjuicio de la posibilidad de delegar tal atribución a otros funcionarios. Vid., C. Const., Sent. C-374, agosto 25/1994. M.P. Jorge Araujo Mejía.

4.4.2.3. Capacidad del contratista

Por su parte, los contratistas deben contar con la capacidad para ejercer sus derechos y contraer obligaciones con la entidad contratante, en el marco de la autonomía de la voluntad privada y la defensa de la moral pública y la tutela de los intereses generales²²¹. En efecto, de acuerdo con el artículo 1502 del CC, en armonía con el artículo 14 de la CPC, la capacidad puede revestir dos formas: (i) la capacidad jurídica o de goce, que se cimienta en el atributo propio de las personas en ser titulares de derechos, y (ii) la capacidad de ejercicio o legal que le permite al sujeto ejercer sus derechos por sí mismo sin la autorización de otra persona. Luego, como lo ha referido la jurisprudencia del Consejo de Estado²²², la capacidad legal o de ejercicio es aquella que interesa a la actividad contractual del Estado, pues le permitirá al contratista obligarse válidamente para con la entidad contratante.

En el ámbito de la contratación administrativa, el artículo 6 del EGCA dispone que podrán celebrar negocios jurídicos con el Estado las personas consideradas legalmente capaces por la legislación vigente, así como los consorcios y uniones temporales. De esta manera, según el derecho civil, por regla general se presume que todas las personas son capaces²²³, salvo aquellas que a quienes se determinen incapaces²²⁴ *por adolecer del discernimiento y de la experiencia suficiente para comprender o valorar sus actos*²²⁵. Por su parte, las personas jurídicas se estiman capaces para desarrollar todas las actividades relativas a su objeto social²²⁶. Dado que la persona jurídica o moral es una ficción, la representación²²⁷ se constituye como la figura jurídica adecuada para el ejercicio de sus actividades, la cual podrá ser legal, convencional y judicial. En este sentido, si bien pueden existir limitantes o restricciones para la actividad del representante legal consagradas en los estatutos sociales, en el

²²¹ ESCOBAR GIL, R. Op. Cit. Pág. 99.

²²² C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección B, radicado N° 20086171700123310001997080340120688, feb. 8/2012. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²²³ Artículo 1503 CC.

²²⁴ ESCOBAR GIL, R. Op. Cit. Pág. 100.

²²⁵ Por ejemplo, los impúberes y menores de edad. Artículo 1504 CC.

²²⁶ Artículo 99 CCo.

²²⁷ Artículo 833 CCo: “Los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste [...]”.

proceso contractual del Estado se estimarán válidas las propuestas u ofertas suscritas por el representante legal que no contaba con la facultad o que ostentaba una limitación para hacerlo, siempre que se presente la ratificación o autorización posterior del órgano competente (junta de socios, junta directiva o asamblea general de accionistas)²²⁸.

Ahora bien, la capacidad de obrar no es un criterio suficiente para que una persona pueda contratar con el Estado, dado que requiere no encontrarse incurso en algún tipo de prohibición legal, como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Desde luego, dicho régimen no se orienta en la protección de la autonomía de la voluntad privada, como la teoría de la capacidad legal, sino que pretende preservar la moralidad pública y minimizar los riesgos en la ejecución de los contratos administrativos²²⁹. Así, la Administración verifica la credibilidad o confianza que deposita en el contratista, pues corrobora la ausencia de conductas reprochables, negligentes o de mala fe²³⁰.

²²⁸ “[...] la falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma; mientras que [...] en el evento en que el representante legal tenga alguna limitación para contratar, la autorización del órgano competente (junta de socios, junta directiva, asamblea general) para comprometer a la sociedad en la presentación de propuestas y en la firma del contrato posible que se derive de la correspondiente convocatoria pública, es subsanable y no implica el rechazo de la propuesta. En otros términos, la no acreditación al comienzo del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y comprometer válidamente a la persona jurídica, según consta en el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con las mismas antes de la presentación de la oferta o le hubiese sido ratificado el respectivo acto (art. 884 C. Co.), para lo cual la entidad bien puede exigir su acreditación a la suscripción del contrato (posibilidad legal anterior), dado que se trata de un supuesto que se enmarca dentro lo prescrito por el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 –original– de la Ley 80 de 1993, según el cual ‘[l]a ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos’; o bien puede requerirlo con el fin de que lo aporte (posibilidad legal actual), sin que ello comporte una mejora, modificación o adición de la propuesta [...]”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección B, radicado N° 20086171700123310001997080340120688, feb. 8/2012. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²²⁹ ESCOBAR GIL, R. Op. Cit. Págs. 100 a 101.

²³⁰ MORELL OCAÑA, L. <<Requisitos de los contratos, Capacidad y solvencia económica de las empresas (arts. 10 a 23 de la Ley)>>, en libro colectivo *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, segunda edición*. Civitas. Madrid, 2004. Pág. 144.

Si bien la normativa les otorga el mismo efecto jurídico²³¹, las inhabilidades y las incompatibilidades son instituciones de naturaleza diferenciada²³². La inhabilidad supone la sanción que se le impone a determinados sujetos de derecho, en virtud de contar con antecedentes personales que no los hace dignos de confianza²³³. Se intenta con esta medida proteger la ética administrativa, que puede verse afectada por incumplimientos de contratos anteriores, violaciones del régimen legal, entre otros supuestos²³⁴. Por su parte, la incompatibilidad limita la simultaneidad de actividades en un funcionario o gestor en aras de evitar la confluencia de intereses contrapuestos²³⁵, con el fin de preservar la transparencia y moralidad administrativa.

Por ejemplo, el artículo 8 del EGCA, modificado y adicionado por la Ley 1150/2007 y el EAC, establece que se entenderán inhábiles para contratar aquellas personas que: (i) dieron lugar a la declaratoria de caducidad por la entidad contratante en otro contrato administrativo –esta inhabilidad se extenderá a los socios de las sociedades de personas, cuando a esta última le fue declarada la caducidad–; (ii) se abstengan, sin justa causa, de suscribir el contrato estatal debidamente adjudicado; (iii) fungen como servidores públicos; (iv) hayan sido condenadas a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, o hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución; (v) ostenten un parentesco con algún otro proponente anterior de la misma licitación en segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o sea su cónyuge o compañero permanente; (vi) fueren declaradas judicialmente responsable por la comisión de alguno de los delitos contra la administración pública o las conductas delictivas consagradas en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia cuyo objeto es la lucha contra la

²³¹ De conformidad con el artículo 44 del EGCA, los contratos administrativos serán absolutamente nulos cuando se celebren con una persona incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad prevista por el ordenamiento jurídico, toda vez que el contratista no se encontraba habilitado para suscribir el negocio jurídico. Incluso, cuando la causal de inhabilidad e incompatibilidad sea sobreviniente, el contratista deberá ceder el contrato con autorización de la entidad contratante o deberá renunciar al proceso de selección respectivo o a la ejecución del contrato.

²³² PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Pág. 122.

²³³ ESCOBAR GIL, R. Op. Cit. Pág. 103.

²³⁴ VIDAL PERDOMO, J. y MOLINA BETANCUR, C. *Derecho administrativo*. Décimoquinta edición. Legis Editores S.A. Bogotá, 2019. Pág. 417 a 423.

²³⁵ ATEHORTÚA, C. A. *Inhabilidades, control y responsabilidad en la contratación estatal*. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 1995. Págs. 69 a 71.

corrupción, como el soborno internacional; (vii) hayan financiado campañas políticas a la presidencia de la república, a las gobernaciones o alcaldías, cuyo aporte hubiere sido superior al 2 punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas invertidas por los candidatos; y (viii) incumplan el deber de entregar información sobre la ejecución del objeto contractual a la entidad contratante siendo interventores, cuando el contratista haya incumplido el contrato, lo ponga en riesgo o haya cometido actos de corrupción tipificados como conductas punibles.

4.4.2.4. Objeto y causa lícita

Por definición, el objeto y la causa contractual deben responder de manera directa a los mandamientos legales, es decir, ser lícitos. Ello responde a la regla definida en el artículo 16 del CC que ordena que no *podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres*. Por ejemplo, existe objeto ilícito cuando se enajenan derechos, privilegios o bienes que se encuentran excluidos de la actividad comercial. Puesto que una transgresión del orden público, al desconocerse o desatenderse lo que ordena, implica la nulidad absoluta del negocio jurídico²³⁶.

4.4.2.5. Finalidad del contrato estatal

Como fue manifestado anteriormente, el interés general es la causa esencial de la suscripción del contrato administrativo, así como integra el imperativo legal que debe perseguir la administración pública²³⁷. Por ello, el negocio jurídico administrativo debe irremediablemente vincular el propósito teleológico de satisfacer las necesidades de la comunidad y proteger lo que es de cada uno²³⁸. Es decir, la finalidad del contrato debe

²³⁶ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección C, radicado N° 20735206600123310001999004350124809A, oct. 20/2014. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²³⁷ Para Monedero Gil, el interés general se consolida como el sustento más importante y fundamental de la generación del contrato estatal. MONEDERO GIL, J. I. *Doctrina del contrato del Estado*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1977. Pág. 90. Vid., SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. Op. *Compendio de...*Cit. Págs. 639 a 642.

²³⁸ C. Const., Sent. C–128, feb. 18/2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

ser institucional, nunca personal o subjetiva del servidor público que participa en el proceso de selección y en la suscripción del contrato²³⁹.

4.4.3. Requisitos de ejecución del objeto contractual

Además de estar perfeccionado el contrato estatal, debe acreditarse, en virtud de lo dispuesto por el artículo 41 del EGCA, que se efectuó la constitución y aprobación de la garantía única de cumplimiento de la prestación contenida en el contrato, que existan las disponibilidades presupuestales correspondientes para la vigencia y ejecución del contenido contractual o, de ser el caso, el certificado de la oficina de presupuesto del compromiso de recursos públicos de vigencias futuras, y que el contratista se encuentra al día en el cumplimiento de las obligaciones laborales y parafiscales a su cargo. De esta manera, si no se presentan tales supuestos, la entidad contratante no podrá entregar el anticipo ni el contratista se encuentra obligado a cumplir su prestación²⁴⁰.

De acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1.1 del DURSAPN, las garantías que se incorporan al proceso contractual del Estado deberán cubrir los riesgos propios del cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de la entidad contratante relativas a la presentación de las ofertas, la ejecución del contrato y su liquidación, así como los riesgos derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las conductas comisivas y omisivas del contratistas y sus subcontratistas. Por ende, la póliza relativa a la ejecución del contrato deberá cubrir los perjuicios sufridos por la Administración como consecuencia de un mal manejo o incorrecta inversión del anticipo entregado al contratista, la ausencia de devolución del pago anticipado, el incumplimiento total o parcial del contrato, el incumplimiento de las obligaciones laborales y la falta de estabilidad o calidad de la obra, el servicio o los bienes contratados²⁴¹.

²³⁹ C.C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección C, radicado N° 20928867300123310002000000030121578, marzo 14/2012. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁴⁰ PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Pág. 43.

²⁴¹ Artículo 2.2.1.2.3.1.7 DURSAPN.

Por su parte, tal como lo señala Palacio Hincapié, parece *un contrasentido que la ley exija la existencia de disponibilidad presupuestal para poder iniciar el proceso de contratación*²⁴² *y que además, una vez perfeccionado el contrato, cuando ya han surgido las obligaciones a cargo de una de las partes, prohíba la ejecución de éste*²⁴³, hasta tanto no se acredite la concurrencia de un requisito que se supone cumplido. Sin embargo, debe clarificarse que tal exigencia responde al deber de inscripción en el registro presupuestal del contrato que se encuentra dispuesto para la ejecución en aras de garantizarle al adjudicatario el pago de su remuneración²⁴⁴.

Por último, el artículo 23 de la Ley 1150/2007, que modificó el artículo 41 del EGCA, incorporó el requisito de ejecución del cumplimiento del contratista a sus obligaciones laborales y aportes parafiscales al Sistema de Seguridad Social Integral, así como del Sena, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de las Cajas de Compensación Familiar, cuando hubiere lugar. De hecho, el funcionario que no deje constancia de la verificación de este requisito en el proceso contractual, se verá incurso en una causal de mala conducta²⁴⁵. Incluso, la Administración deberá verificar, en la etapa de liquidación, que el contratista haya cumplido durante la vigencia del contrato con sus obligaciones laborales y parafiscales, puesto que, en caso de que no las hubiere realizado oportunamente, la entidad contratante deberá retener las sumas adeudadas al sistema y proceder al giro directo de los recursos²⁴⁶.

²⁴² Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el certificado de disponibilidad presupuestal durante las etapas precontractuales del proceso de selección “[...] no es un requisito de perfeccionamiento ni de validez del contrato y, en consecuencia, su omisión no genera ni la inexistencia ni la nulidad del mismo, sino una irregularidad administrativa que deriva en responsabilidad personal y patrimonial del servidor público a cuyo cargo se encuentra el contrato”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2180790700123310001995002160112846, junio 23/2005. M.P. German Rodríguez Villamizar.

²⁴³ PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. 47.

²⁴⁴ Artículo 71 EOP: “Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos. Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar [...] En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados [...]”.

²⁴⁵ Artículo 50 Ley 789/2002.

²⁴⁶ Ídem.

5.- PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Según Alexy¹, los *principios* son mandatos de optimización que implican el ordenamiento de la realidad dentro de los horizontes fácticos y jurídicos viables, en aras de ser cumplidos en la mayor medida de lo posible. Ergo, su contenido se limita a una órbita *prima facie*, que no contienen prescripciones definitivas, sino relativamente generales. Por su parte, las *reglas* son mandatos imperativos sobre aquello que se encuentra permitido, ordenado y prohibido. Son razones definitivas que representan una decisión para un juicio concreto de deber ser. De esta manera, para la doctrina², los principios son criterios que determinan la adopción de una postura específica en una situación determinada, toda vez que son fruto del consenso y los valores de una comunidad.

Así, en la exposición de motivos del EGCA³, el legislador colombiano señaló que su expedición responde indiscutiblemente al desarrollo del artículo 209 Fundamental. Dicha norma establece que la función administrativa *está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*⁴. De hecho, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha calificado al EGCA como un estatuto de principios, pues:

*Los principios constituyen la esencia del estatuto de contratación estatal; ‘si estos llegaren a desaparecer, por sustracción de materia, desaparecería el nuevo molde denominado contrato estatal...’ Lo anterior explica por qué no todas las circunstancias relacionadas con la contratación estatal encuentran regulación expresa en dicho estatuto, y por qué la ausencia de norma explícita sobre un asunto determinado obliga al estudio del mismo a la luz de los principios de la contratación estatal y de los principios de la función administrativa [...]*⁵.

¹ ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Segunda edición en español. Madrid, 2012. Págs. 63 y ss.

² Vid., MATA LLANA CAMACHO, E. Op. Cit. Pág. 275.

³ Gaceta del Congreso N° 75, 25 de septiembre de 1992, proyecto de ley N° 149 de 1992 “Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

⁴ Artículo 209 CPC.

⁵ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 21655725000231500020020273901AP02739, mayo 1/2005. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

En efecto, el artículo 23 del EGCA establece que todas las actuaciones y gestiones enmarcadas en la contratación estatal *se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa*. Luego, dichos principios, poseen *una importancia trascendental para el manejo moral, imparcial, ágil y responsable de la contratación*⁶.

Sin embargo, conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional⁷, el régimen jurídico de la contratación estatal no solo se enmarca en los principios dispuestos en el EGCA. De hecho, existen cinco categorías de este tipo de mandatos jurídicos que gobiernan la actividad de la Administración Pública en la creación, gestión y ejecución de los contratos administrativos. Dichas categorías son:

[...] (i) *los principios de la contratación estatal referidos en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 (transparencia⁸, economía⁹, responsabilidad¹⁰, equilibrio económico del contrato¹¹, interpretación del contrato estatal¹² y selección objetiva¹³); (ii) los principios de la función administrativa, comprendidos en el artículo 209 de la Constitución y 3° de la Ley 489 de 1998 (buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, eficacia, economía, imparcialidad, publicidad, responsabilidad y transparencia); (iii) las normas que regulan la conducta de los servidores públicos¹⁴; (iv) los principios generales del derecho¹⁵; y (v) los principios generales del derecho administrativo que se encuentran consagrados en el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad)¹⁶.*

Dado que los mandatos generales contenidos en los principios aplicables a determinada órbita del ordenamiento jurídico son complementarios e interrelacionados,

⁶ PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Pág. 70.

⁷ C. Const., Sent. C-438, julio 13/2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁸ Artículo 24 EGCA.

⁹ Artículo 25 EGCA.

¹⁰ Artículo 26 EGCA.

¹¹ Artículo 27 EGCA.

¹² Artículo 28 EGCA.

¹³ Artículo 5 Ley 1150/2007, adicionado y modificado por artículo 5 Ley 1882/2018.

¹⁴ Al respecto, Vid., Ley 1474/2011, Ley 87/1993, Decreto 1083/2015, Resolución 110/2016, Resolución 74/2011, Circular Conjunta 100-004/2018, Circular 017/2017, Circular Externa 003/2016, Circular Externa 100-02/2011.

¹⁵ Artículo 230 CPC.

¹⁶ C. Const., Sent. C-438, julio 13/2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

el presente apartado desarrollará algunos principios aplicables a la contratación administrativa que surgen por disposición del EGCA, la Constitución Política de Colombia y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

5.1. Los consagrados en el Estatuto General de la Contratación

5.1.1. Transparencia

Como lo afirma Matallana Camacho¹⁷, a pesar de la enunciación expresa del principio de transparencia en el artículo 23 del EGCA y su presunto desarrollo en el artículo subsiguiente, dicha normativa –así como la Ley 1150/2007, que derogó el artículo 24.1 del EGCA–, no define qué es la transparencia y cuál es su alcance en la actuación administrativa.

Sin embargo, conforme al devenir jurisprudencial¹⁸, la transparencia tiene por objetivo fungir como una garantía en la formación del contrato administrativo, a través de la publicidad plena de cada una de las etapas del proceso de selección y el reconocimiento del derecho de igualdad de oportunidades de cada uno de los proponentes o partes interesadas que en él participen. En consecuencia, le compete al Estado colombiano escoger la oferta más favorable para el interés general, de suerte que el proceso de selección sea imparcial, alejado de todo favoritismo, con parámetros claros, nítidos y transparentes¹⁹. Luego, este principio aplicado a la contratación pública ataca la corrupción²⁰ y la colusión administrativa²¹ al pretender proteger la moralidad de

¹⁷ MATALLANA CAMACHO, E. Op, Cit., Pág. 279.

¹⁸ Vid., C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2273621100103260002003000140124715, dic. 3/2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio; C. Const., Sent. C-508, julio 3/2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 253304110010326000199637710112037, julio 19/2001. M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez; CSJ, S. de Casación Penal, radicado N° 38849417088, dic. 13/2000. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

¹⁹ Vid., C. Const., Sent. C-508, julio 3/2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C. Const., Sent. C-949, sept. 5/2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁰ PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. 70.

²¹ MATALLANA CAMACHO, E. Op, Cit., Pág. 280.

las partes en la actividad contractual, sea en su etapa precontractual, contractual o postcontractual. De hecho, la transparencia:

[...] excluye una actividad oculta, secreta, oscura y arbitraria en la actividad contractual y, al contrario, propende por una selección objetiva de la propuesta y del contratista del Estado para el logro de los fines de la contratación y la satisfacción de los intereses colectivos, en los términos del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en forma clara, limpia, pulcra, sana, ajena a consideraciones subjetivas, libre de presiones indebidas y en especial de cualquier sospecha de corrupción por parte de los administradores y de los particulares que participan en los procesos de selección contractual del Estado²².

En efecto, un proceso de selección que garantice la libre concurrencia²³ de los interesados en el proceso de selección –especialmente en la licitación pública– es un objetivo deseado para el Estado. Pues, a mayor número de oferentes, la Administración Pública cuenta con mejores posibilidades para obtener una oferta que le sea realmente conveniente²⁴.

De esta manera, las reglas establecidas en el artículo 24 del EGCA disponen diversas acciones administrativas²⁵ que deben ejecutarse por parte del Estado para garantizar la vigencia del principio de transparencia en la contratación administrativa. Por ejemplo, el artículo 24.3 mencionado prevé que *las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público*. Desde

²² C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2273621100103260002003000140124715, dic. 3/2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²³ Respecto a la relación entre el principio de transparencia y la libertad de concurrencia, Vid., MARIENHOFF, M. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo III-A. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992. Págs. 202 y 203. En palabras del autor, la obligación de la Administración de poner en conocimiento el contenido de la licitación a los futuros oferentes, de manera clara, precisa y libre de ambigüedades, garantiza su asistencia al proceso licitatorio (libre concurrencia).

²⁴ C.E., S. de Consulta y Servicio Civil, mayo 16/1967. M.P. Alberto Hernández Mora.

²⁵ Para Rodríguez Tamayo, en virtud del principio de transparencia, la administración pública se encuentra obligada en sus actuaciones: “[...] i) permitir el acceso de todas las personas a la contratación pública; ii) contratar con apego a los procedimientos determinador por el Legislador o por el Gobierno para seleccionar el contratista; iii) publicar todos los actos derivados de la actividad contractual en todas sus etapas precontractual, contractual y poscontractual; iv) respetar las condiciones del respectivo proceso de selección; v) alejar cualquier discriminación o limitación para contratar; vi) siendo leal con los proponentes absteniéndose de desviar el curso de la actividad contractual para fines inmorales o subjetivos; vii) determinar concretamente cuáles son los procedimientos para seleccionar a los contratistas; viii) respetar las condiciones iniciales de contratación salvo en casos excepcionales que permiten su variación; y ix) la facultad de los interesados de conocer y controvertir todos los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten (núm. 2, art. 24, L.80/93)”. Op. Cit. Pág. 44.

luego, la publicidad de las actuaciones contractuales garantiza la transparencia de la actividad contractual, pues la comunidad en su conjunto puede ejercer control sobre las contravenciones o faltas de la Administración. Así, se presenta: (i) la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones²⁶; (ii) la publicación de hasta tres avisos en la página Web de la entidad contratante y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), antes de la apertura de la licitación²⁷; (iii) la publicación de los pliegos definitivos²⁸; (iv) la realización de la audiencia de distribución de riesgos y discusión de aclaraciones²⁹; (v) la adjudicación del contrato en audiencia pública obligatoria³⁰; entre otras actividades³¹.

Por su parte, el artículo 24.2 citado prescribe que, en los procesos contractuales, *los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten*. Por ello, el Consejo de Estado³², en el año 2009, decretó la suspensión provisional del artículo 44 del Decreto 2474/2008, donde se desarrolló el procedimiento de contratación de menor cuantía –este será descrito a profundidad en el próximo capítulo–, toda vez que los interesados en el proceso no contaba con una oportunidad para controvertir los informes de evaluación.

En definitiva, tal como lo prescribe el párrafo 2 del artículo 2.2 de la Ley 1150/2007, todo procedimiento aplicable al proceso de selección de los contratistas –incluso la elección y ejecución, por parte de la entidad estatal, de la modalidad respectiva de selección por presentarse alguna de sus causales de aplicación– deberá observar los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

5.1.2. Economía

²⁶ Artículo 8 Ley 1150/2007 y artículo 2.2.1.1.2.1.4 DURSAPN.

²⁷ Artículo 30.3 EGCA, modificado por artículo 224 Decreto 19/2012.

²⁸ Artículo 2.2.1.1.1.7.1 DURSAPN.

²⁹ Artículo 30.4 EGCA, modificado por artículo 220 Decreto 19/2012.

³⁰ Artículo 9 Ley 1150/2007. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha referido que la adopción por parte del Legislativo de una norma que garantiza la celebración de audiencia pública para la adjudicación del contrato fortalece el principio de transparencia consagrado en el artículo 273 CPC. Vid., C. Const., Sent. C–380, abril 23/2008. M.P. Nilson Pinilla.

³¹ Vid., por ejemplo, lo consagrado en los artículos 9, 10 y 11 de la Ley 1712/2014.

³² C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2302281100103260002009000240036476, abril 1/2009. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

De acuerdo con Dávila Vinueza, el principio de economía en la contratación pública prescribe que *la gestión estatal debe realizarse con la mínima dispersión de recursos de tiempo y dinero*³³. Ergo, si bien difiere de los principios de eficiencia y eficacia, se encuentra muy ligado a estos³⁴. Desde luego, la economía en el proceso de contratación *pretende la eficiencia y celeridad en todas las actuaciones de la entidad y del contratista*³⁵, a través de la agilización de los procedimientos y trámites hasta lo estrictamente necesario para seleccionar la oferta que resulte más adecuada acorde con los fines estatales. Luego, la Administración Pública debe ceñirse estrictamente a las etapas y requisitos contemplados expresamente por la legislación y deberá ejecutar sus actuaciones con austeridad de medios, tiempo y gastos *a fin de no retardar la ejecución de las obras o servicios y no perjudicar los intereses del Estado o del mismo contratista*³⁶. En efecto, todo acto de negligencia, desidia o falta de organización de las decisiones públicas, resulta cuestionable del principio de economía³⁷.

Entonces es razonable, como lo ha estimado la jurisprudencia del Consejo de Estado³⁸, reconocer la relación inherente entre el principio de economía en la actividad contractual del Estado y el cumplimiento del deber de planeación. Pues, en tanto la Administración conozca suficientemente el precio real de las obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá hacer un aprovechamiento eficiente de los recursos públicos en la consecución de dicho fin con la elección de la propuesta más favorable. De hecho, el desconocimiento del deber de planeación del contrato estatal podría acarrear una violación de la normativa que se impone a la actividad contractual en virtud del principio de economía. Como lo señala Rodríguez Tamayo, la contratación administrativa persigue, en virtud del principio de economía, dos objetivos

³³ DÁVILA VINUEZA, L.G. Op. Cit. Pág. 7.

³⁴ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2273621100103260002003000140124715, dic. 3/2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁵ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección C, radicado N° 21334211100103260002011000650042282, mayo 31/2019. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

³⁶ MATA LLANA CAMACHO, E. Op. Cit., Pág. 354.

³⁷ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2273621100103260002003000140124715, dic. 3/2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁸ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección C, radicado N° 20955957300123310002012000120151489, dic. 10/2015. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

identificables: *el primero se refiere a la utilidad de los procedimientos inmersos en la actividad contractual y al respeto de los plazos y términos preclusivos, el segundo, se relaciona con los aspectos económicos y de planeación de los contratos estatales*³⁹.

En efecto, la función administrativa contractual debe velar por la consecución de las finalidades públicas⁴⁰. Luego, no puede convertirse en un mecanismo para dilatar la selección del contratista, inducir a error a los participantes o interesados en el proceso de selección, crear exigencias que obstruyan la libertad de concurrencia, ampliar de manera injustificada los tiempos y plazos del proceso de selección, implementar requisitos o trámites no dispuestos en la EGCA⁴¹, entre otros. De esta manera, el artículo 25.16 del EGCA creó la figura del silencio administrativo positivo que supone una garantía para el contratista y, por supuesto, del principio de economía, dado que busca sancionar la inactividad de la Administración, a través de la creación de un verdadero acto administrativo positivo de contenido contractual que puede sustentar un título ejecutivo⁴².

Además, como fue mencionado anteriormente, dicho principio ostenta un marcado componente de planeación económica, financiera y presupuestal para la ejecución eficiente del contrato estatal. Por ende, el Consejo de Estado⁴³, la Corte Constitucional⁴⁴ e, incluso, la Corte Suprema de Justicia⁴⁵, han estudiado el alcance del deber de planeación en la actividad contractual del Estado⁴⁶. En resumen, dado que las

³⁹ RODRÍGUEZ TAMAYO, M. Op. Cit. Págs. 55 a 64.

⁴⁰ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2303018500123310001997003740115797, feb. 25/2009. M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

⁴¹ Artículo 25.15 EGCA.

⁴² C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección C, radicado N° 20915600800123310001997029670117555, feb. 21/2011. M.P. Enrique Gil Botero.

⁴³ C.E., S. de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 2150, oct. 30/2013. M.P. William Zambrano Cetina; C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 22071425000232600019910766401 (14287), agosto 31/2006. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁴ C. Const., Sent. T–442, julio 4/2014. M.P. Gabriel Mendoza Martelo.

⁴⁵ CSJ, S. de Casación Penal, radicado N° 39261126076, oct. 10/2007. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁴⁶ Para Rodríguez Tamayo, el principio de economía en compañía del deber de planeación de la actividad contractual aboga, entre otras, de diversas acciones a cargo de la Administración: “[...] i) Elaborar los estudios, diseños, investigaciones y análisis del caso para identificar el por qué, cómo y con quién se requiere contratar una obra, bien o servicio para satisfacer necesidades públicas; ii) Contar con los recursos económicos suficientes para cubrir el pago de las

normas consagradas en el EGCA son de orden público, la violación del deber de planeación compromete la validez del contrato estatal⁴⁷.

5.1.3. Responsabilidad

El principio de responsabilidad no es otra cosa que la imposición de sanciones o consecuencias jurídicas negativas por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los intervinientes en la actividad contractual del Estado. De esta manera, la sanción correspondiente será de carácter disciplinaria, penal o patrimonial, recayendo, en primer lugar, sobre el funcionario y/u órgano que tomó la decisión, sea porque es titular de la facultad o por haberla recibido en delegación⁴⁸. Luego, el artículo 26 del EGCA no es la única normativa que establece previsiones para la aplicación de este principio, a pesar de su nombramiento expreso, pues los artículos 4, 5, 7, 11, 14, 50, 51, 52, 53, 56 y 58 del EGCA propenden por asignar responsabilidades en la contratación administrativa.

Existe entonces dos aspectos generales de aplicación del principio de responsabilidad en la actividad contractual de la Administración: aquella que le asiste a un interviniente en virtud de los efectos producidos por su acción u omisión, y aquella que se atribuye al servidor público por su relación funcional en la entidad del Estado, es decir, por la obligación de dirigir y manejar la actividad contractual, que es propia de

obligaciones contractuales, es decir, asegurar las disponibilidades presupuestales pertinentes; iii) Obtener las autorizaciones que se requieran para contratar; iv) Realizar un buen análisis de conveniencia para contratar; v) Efectuar un cálculo razonable y ajustado de las obligaciones que deberá asumir el contratista de la administración; vi) Contar con las apropiaciones necesarias para cubrir posibles desequilibrios económicos del contrato; vii) Sancionar la omisión de la administración en atender las reclamaciones y peticiones de sus contratistas; viii) Repartir adecuadamente las tareas internas en el ejercicio de la función administrativa contractual; ix) Efectuar un buen análisis de riesgos previsibles sobre cada contrato estatal; x) Legalizar los contratos estatales celebrados con la aprobación de garantías y el correspondiente registro presupuestal o la obtención de vigencias futuras – ordinarias o excepcionales –; xi) Obtener previamente las licencias, permisos o autorizaciones que se requieran para la ejecución del contrato; y xii) Delegar y desconcentrar el ejercicio de la función administrativa contractual con la coordinación del caso”. Op. Cit. Pág. 59.

⁴⁷ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección C, radicado N° 20139836800123150001998017430227315, abril 24/2013. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección C, radicado N° 20149206600123310001998006850126637, junio 13/2013. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴⁸ PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Pág. 80.

los representantes de los organismos estatales. En efecto, la aplicación del principio de responsabilidad implica la sanción patrimonial a la administración pública, los servidores públicos, proponentes y contratistas, así como la sanción penal, disciplinaria y fiscal que les puede ser impuesta.

De hecho, respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el artículo 90 Fundamental establece dicha obligación por los daños antijurídicos que ocasione sobre los particulares. Así, en el proceso de contratación administrativa, como mecanismo propio de las funciones del Estado para atender a las necesidades públicas, pueden generarse daños a los intervinientes del contrato o a terceros que activarán, a su vez, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Conforme con la jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo colombiano, existen una serie de casos no taxativos donde pueden generarse la responsabilidad pecuniaria: la adjudicación ilegal de un contrato administrativo en un proceso de selección⁴⁹, la privación injustificada para con el contratista de ejecutar el contrato estatal válidamente celebrado⁵⁰, la declaratoria de desierta del proceso cuando hay propuesta elegible⁵¹, la mora o ausencia de celebración del contrato administrativo una vez este se encuentra adjudicado⁵², la terminación ilegal del contrato estatal⁵³, entre otras.

Por su parte, respecto a la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, el artículo 26 del EGCA dispone que si un servidor público adjudica un

⁴⁹ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección A, radicado N° 209234068001231500019971309101 (24938), sept. 12/2012. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁰ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2275358500123310001997003390115599, junio 2/2007. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵¹ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección A, radicado N° 207338776001233100019980109301 (31297), nov. 26/2014. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁵² Ídem.

⁵³ Dicha situación puede presentarse cuando la administración pública ejercer la facultad de terminación anticipada del negocio jurídico (artículo 17, 18 y 45 EGCA) y en sede judicial se desvirtúan los motivos que se cimentaban en afectación al orden público (C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2274222500023260001996024820117253, junio 6/2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio) o en el ordenamiento jurídico (C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección B, radicado N° 20920535200123310001999001320118837, sept. 29/2011. M.P. Danilo Rojas Betancourth), o cuando se declara la caducidad en forma ilegal (C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Sala Plena, radicado N° 20135238500123310001995001740115024, julio 12/2012. M.P. Danilo Rojas Betancourth).

contrato estatal de manera ilegítima y, como consecuencia de su actuación, la entidad es llamada a responder patrimonialmente por los daños causados, este deberá, a su turno, indemnizar el patrimonio público, siempre que se acredite el dolo o la culpa grave del agente⁵⁴. En este sentido, la legislación establece la acción de repetición contra el funcionario que con sus actuaciones u omisiones antijurídicas causaron daño al contratista. Incluso, la delegación, según el parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 678/2001, no exime de responsabilidad al delegante quien responderá solidariamente con el delegado⁵⁵.

Asimismo, la figura de la acción de repetición se hace extensible a los contratistas que ejecutan una obra pública y ocasionan daños a terceros, una vez es declarada la responsabilidad de la entidad propietaria⁵⁶. Pero, este no es el único escenario de responsabilidad, pues *los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato*⁵⁷.

Ahora bien, en lo referente a la responsabilidad penal de los servidores públicos y los contratistas, es menester manifestar que el código penal colombiano establece diversos tipos que atribuyen una sanción privativa de la libertad a los servidores públicos que intervienen de manera ilícita en la actividad contractual. Estos son, la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades⁵⁸, el interés indebido en la celebración de contratos⁵⁹ y el contrato estatal que no cumple con los requisitos legales⁶⁰. Según la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando el contratista adquiere *el carácter de concesionario*,

⁵⁴ RODRÍGUEZ TAMAYO, M. Op. Cit. Pág. 72.

⁵⁵ La Corte Constitucional se pronunció en examen abstracto de constitucionalidad sobre dicha norma y fue reconocida condicionalmente exequible en tanto que la delegación surja como un ejercicio indebido o irregular de esta facultad administrativa, pues, si se estimará lo contrario, se afectaría los principios de unidad administrativa y titularidad del empleo público. C. Const., Sent. C-372, mayo 15/2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵⁶ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 242709CESEC3EXP1998N1062410624, mayo 28/1998. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁵⁷ Artículo 26.6 EGCA.

⁵⁸ Artículo 408 Código Penal.

⁵⁹ Artículo 409 Código Penal.

⁶⁰ Artículo 410 Código Penal.

*administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoria o permanentemente, según el caso, la calidad de servidor público*⁶¹, será penalmente responsable por los delitos citados en calidad de autor. Empero, cuando el interviniente particular no ostenta la calidad de servidor público podrá ser responsable penalmente en calidad de tercero interviniente⁶².

Por último, en lo que respecta a la responsabilidad disciplinaria y fiscal, los daños causados por los funcionarios públicos siempre estarán llamados a responder disciplinariamente⁶³ y, en tanto efectúen una gestión fiscal⁶⁴, fiscalmente. Por el contrario, los contratistas no responden disciplinariamente por regla general, salvo los casos específicos fijados por la Ley 734/2002 (Código Disciplinario Único)⁶⁵. En lo que respecta a la gestión fiscal, la actividad del contratista durante la ejecución del contrato

⁶¹ CSJ, S. de Casación Penal, radicado N° 39162624833, marzo 13/2006. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

⁶² CSJ, S. de Casación Penal, radicado N° 38583432686, oct. 20/2010. M.P. María del Rosario González de Lemos.

⁶³ Artículo 25 Ley 734/2002.

⁶⁴ Artículo 3 Ley 610/2000: “Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”.

⁶⁵ Artículo 53 Ley 734/2002 (modificado por el 44 de la Ley 1474/2011): “El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias”.

administrativo implica la utilización del patrimonio público. Luego, las contralorías podrán *investigar y condenar fiscalmente a los contratistas por la ocurrencia de detrimentos patrimoniales en contra de la administración*⁶⁶.

En resumen, el principio de responsabilidad contractual obedece, como lo ha manifestado la Corte Constitucional, a la:

*[...] articulación y armonía que debe existir para garantizar la efectividad y vigencia de los principios de transparencia, economía, de mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato y de selección objetiva que igualmente se establecen en el estatuto contractual, así como a la necesidad de asegurar un equilibrio o balance entre la mayor autonomía y libertad de gestión contractual que se otorga a las entidades estatales, las potestades o privilegios que se les reconocen, y la finalidad de interés público o social a que debe apuntar la actividad contractual de dichas entidades, cual es la de procurarse la satisfacción de los objetos contractuales, (obras, bienes, servicios etc.), bajo una gestión signada por la eficiencia, la economía, la celeridad y la moralidad, en los términos del art. 209 de la C.P., que garantice no sólo los intereses de la administración sino de los contratistas que intervienen en la actividad contractual.*⁶⁷

5.1.4. Selección objetiva

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1150/2007 –adicionado y modificado por el artículo 5 de la Ley 1882/2018–, la selección objetiva implica la escogencia, por parte de la Administración, del ofrecimiento más favorable a los fines que busca satisfacer, sin estimar de manera relevante factores de afecto o interés subjetivo de cualquier clase. De esta manera, la norma citada establece los criterios de calificación y escogencia que deben establecerse en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Dichos elementos decisorios son la capacidad legal, financiera y técnica, la experiencia y la organización, así como los equipos, el plazo⁶⁸, los precios frente a las condiciones de mercado, entre otros.

Sin embargo, es importante establecer que el legislador definió dos tipos de criterios de evaluación del contratista: aquellos que permiten su participación en el

⁶⁶ RODRÍGUEZ TAMAYO, M. Op. Cit. Pág. 84.

⁶⁷ C. Const., Sent. C-004, enero 18/1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁶⁸ Salvo en los contrato de obra pública. Artículo 5.2 Ley 1150/2007.

proceso de selección, también conocidos como *criterios habilitantes*⁶⁹ (experiencia, capacidad financiera, capacidad legal y organización del proponente), y aquellos que denotan factores de evaluación y elección del contratista⁷⁰. En este sentido, el Consejo de Estado, se pronunció conceptualmente sobre la diferencia entre ambos factores en los siguientes términos:

*[...] Los requisitos HABILITANTES permiten al oferente pasar a la segunda etapa; constituyen el filtro para que sólo aquellos frente a quienes se verifiquen superen la etapa inicial, por ser considerados idóneos al cumplir con los requisitos básicos que la entidad licitante considera necesarios para entender que ese individuo será su potencial contratista y que cumplirá su cometido; superada la etapa inicial pasan a ser calificados conforme a la ponderación establecida en los pliegos de condiciones o términos de referencia y estarán frente a los requisitos de selección propiamente dichos, a semejanza de lo que acontece en la generalidad de los concursos, entre los requisitos de admisión y los de selección [...]*⁷¹.

De esta manera, los procedimientos de selección del contratista, como actuación administrativa, deben pretender salvaguardar los intereses económicos y el principio de igualdad de los administrados ante los beneficios y cargas públicas, más siempre debe escogerse el sujeto más apto para contratar. Por ello, el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del DURSAPN establece el reglamento de aplicación del principio de selección objetiva, donde se determina el ofrecimiento más favorable.

5.2. Principios constitucionales presentes en las actuaciones contractuales y los incluidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) que versan sobre todas las actuaciones administrativas

5.2.1. Legalidad

⁶⁹ “[...] condiciones mínimas que deben cumplir los interesados en un proceso de selección para poder participar dentro del mismo, sin que tales exigencias le otorguen, por regla general, puntaje a su propuesta [...]”. RODRÍGUEZ TAMAYO, M. Op. Cit. Pág. 48.

⁷⁰ “[...] en algunos casos (licitación pública y proceso de selección abreviada de menor cuantía) se ponderarían factores técnicos (calidad) y factores económicos (costo o costo-beneficio), en otros (concurso de méritos) los aspectos técnicos de las propuestas excluyendo el precio (hojas de vida y experiencia específica del proponente), y, finalmente, en otros (proceso de selección de bienes y servicios con características técnicas uniformes y de uso común entre las entidades estatales y el proceso de selección de mínima cuantía) no habría ponderación de ofertas y se seleccionaría la mejor oferta con el menor precio [...]”. MATA LLANA CAMACHO, E. Op. Cit., Pág. 450.

⁷¹ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2208487300123310001997047070215188, abril. 26/2006. M.P. María Elena Giraldo Gómez.

De conformidad con los artículos 6, 121 y 122 Fundamentales, todas las actuaciones que adelanten las autoridades del Estado, como aquellas que estas ejecutan a través de sus facultades administrativas, deberán estar previstas en la Constitución Política o la legislación. En consecuencia, el principio de legalidad se encuentra inmerso en la actividad contractual del Estado, puesto que, *solo en la medida en que las actuaciones que adelanten las entidades públicas, durante las etapas de selección de los contratistas o durante la ejecución de los contratos se ajusten rigurosamente al ordenamiento jurídico, se podrán tener por válidos los actos y contratos correspondientes*⁷². Así, sin duda, el principio de legalidad fundamental se constituye como una herramienta clave de la protección de los administrados –en especial los contratistas– contra los abusos de la administración pública⁷³.

En efecto, en el escenario colombiano dicha protección se ha registrado a través de múltiples pronunciamientos jurisdiccionales sobre las acciones desarrolladas por las entidades contratantes. Por ejemplo, en el año 2005, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁷⁴ concluyó que la Administración no contaba con la facultad legal de imponer multas en forma unilateral sobre los contratistas, bajo decisiones presuntamente justificadas. Desde luego, para la Corporación, ninguna disposición del EGCA, así como de ninguna otra norma vigente, atribuía tal prerrogativa a la entidad pues, en virtud de la derogatoria del Decreto 222, las cláusulas excepcionales de las multas y la pena pecuniaria fueron extraídas del ordenamiento jurídico. Ergo, la ejecución directa de la Administración de dichas figuras atentaba contra el principio de legalidad en la contratación administrativa⁷⁵.

⁷² C. Const., Sent. C-479, agosto 13/1992. Ms.Ps. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

⁷³ RODRÍGUEZ TAMAYO, M. Op. Cit. Pág. 25.

⁷⁴ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2181682500023260001995016700114579, oct. 20/2005. M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

⁷⁵ Es importante referir que, en atención a la jurisprudencia de lo contencioso administrativo y al principio de legalidad, el Legislador colombiano decidió, a través del artículo 17 de la Ley 1150/2007, corregir tal ausencia de regla expresa en la legislación para atribuir a la Administración, en virtud de principio de autonomía legislativa o libertad de configuración del Legislador, la facultad de imponer multas al contratista.

Incluso, según la jurisprudencia⁷⁶, cuando pueda presentarse un conflicto o confrontación de principios entre la legalidad y la autonomía de la voluntad privada, que se manifiesta en la estructuración del negocio jurídico, siempre deberá preferirse las disposiciones expresas contenidas en la legislación, salvo que esta permita, a su turno, el pacto en contrario.

5.2.2. Igualdad

Conforme al artículo 13 de la CPC, todas las personas son libres e iguales ante la ley, por lo cual recibirán un trato equitativo por las entidades estatales y el Estado ostenta la obligación de promover *las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados*. Incluso, según dicha norma, el Estado deberá proteger especialmente *a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan*.

De esta manera, el principio y derecho a la igualdad presenta una estructura relativamente compleja que comprende, tal como lo señala la jurisprudencia constitucional⁷⁷, la prohibición de discriminación y la exclusión de la arbitrariedad en las decisiones públicas de cualquier naturaleza, así como las medidas positivas estatales que deben ejecutarse para modificar las desigualdades que se manifiestan en la realidad y que están llamadas a ser superadas. De hecho, en la actividad contractual del Estado,

⁷⁶ En este sentido, el Consejo de Estado rectificó que, conforme a la ley vigente, los contratos estatales de consultoría no pueden contar con cláusulas excepcionales –antes denominadas exorbitantes–, aún si se pactan conforme con el principio de autonomía de la voluntad (C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2294832500023260002007005330135827, nov. 15/2008. M.P. Enrique Gil Botero). Asimismo, para los contratos administrativos a nivel general, la legislación no contiene la posibilidad de la Administración de terminar unilateralmente el negocio jurídico solo por razones discrecionales. Luego, su inclusión atenta contra el principio de legalidad (C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección C, radicado N° 20148395000123310001998000270124510, mayo 8/2013. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁷⁷ Vid., C. Const., Sent. T–207, abril 12/1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C. Const., Sent. T–1258, dic. 15/2008. M.P. Mauricio González Cuervo; C. Const., Sent. T–340, mayo 11/2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C. Const., Sent. T–010, enero 14/2011. M.P. María Victoria Calle Correa; C. Const., Sent. T–109, feb. 20/2012. M.P. María Victoria Calle Correa; C. Const., Sent. SU–696, abril 12/1997. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

el derecho a la igualdad ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional⁷⁸ como un límite legítimo a la libertad de configuración legislativa.

Por ello, la Corte Constitucional ha señalado desde sus primeras sentencias que la igualdad es un concepto relacional⁷⁹ y no implica un mecanismo aritmético⁸⁰. Pues, dado que la igualdad siempre se analiza frente a dos o más situaciones, grupos o personas en la realidad, donde no necesariamente se materializan caracteres idénticos ni supuestos absolutamente diferentes⁸¹, pero cuyo criterio de aplicación al estudio es de relevancia jurídica para la adopción de decisiones públicas a través de todos los órganos del Estado en un período histórico determinado; el principio y derecho a la igualdad, así como su interpretación, involucra indiscutiblemente la visión y fin de la comunidad en concreto. Entonces, desde el punto de vista constitucional, todo trato diferente por razones legítimas debe estimarse totalmente legítimo o, incluso, necesario para los fines del Estado⁸². Por su parte, todo trato diferente por razones ilegítimas debe estimarse discriminatorio y, por tanto, prohibido⁸³. De hecho, para la Corporación, existen ciertos criterios generales del mandato impuesto al Estado por el principio y derecho a la igualdad que deben evaluarse para determinar la legitimidad de sus medidas:

*[...] (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes [...]*⁸⁴.

⁷⁸ Vid., C. Const., Sent. C-949, sept. 5/2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C. Const., Sent. C-068, feb. 10/2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁷⁹ Desde luego, las autoridades pueden emitir regulaciones que impliquen cierta diferencia en el trato de los individuos o grupos, siempre que tal determinación sea razonable, pues la paridad producto de la igualdad no es mecánica o aritmética. C. Const., Sent. C-040, feb. 11/1993. M.P. Ciro Angarita Barón.

⁸⁰ C. Const., Sent. C-221, mayo 29/1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸¹ Vid., las sentencias referidas en las dos anteriores notas al pie.

⁸² Ídem.

⁸³ Ídem.

⁸⁴ Vid., C. Const., Sent. C-624, junio 25/2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C. Const., Sent. C-1125, nov. 12/2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C. Const., Sent. C-218, abril 22/2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

De esta manera, en el ámbito de la actividad contractual del Estado, como modalidad de gestión pública, el principio y derecho de igualdad es una garantía constitucional manifiesta que posibilita la concurrencia de todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puesto que podrán presentar sus ofertas y que estas sean evaluadas conforme con estándares objetivos⁸⁵. Empero, la igualdad también surte un papel negativo cuando el legislador, en presencia de un fin legítimo, limita la libre concurrencia, la selección objetiva y otras manifestaciones del principio de igualdad en aras de introducir tratamientos diferenciales que responden a las características propias del contrato o a las condiciones de las partes involucradas⁸⁶.

En consecuencia, la altísima importancia del principio de igualdad constitucional en la órbita de la contratación administrativa establece conductas concretas de hacer o no hacer en protección de los participantes interesados en el proceso de selección. Así, la Administración no podrá establecer requisitos discriminatorios en un pliego de condiciones⁸⁷, rechazar una oferta por requisitos no sustanciales para la respectiva evaluación⁸⁸, modificar sustancialmente los pliegos de condiciones⁸⁹ o el objeto

⁸⁵ Otras manifestaciones del principio de igualdad en el ámbito de la contratación estatal son: “[...] i) todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, ii) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, iii) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, iv) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, v) los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados”. C. Const., Sent. C–862, sept. 3/2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸⁶ “Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal”. C. Const., Sent. C–713, oct. 7/2009. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁸⁷ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2295236600123310001995032540215963, junio 21/2008. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁸⁸ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección A, radicado N° 20923406800123150001997130910124938, sept. 12/2012. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁸⁹ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 20032747600123310001997050640117783, junio 4/2008. M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

contractual⁹⁰ –sin perjuicio de las situaciones extraordinarias originadas por desequilibrios económicos o determinados casos especiales⁹¹–, afectar el principio de libertad de concurrencia a través de prórrogas indefinidas del contrato estatal⁹², entre otras acciones reprochables.

5.2.3. Debido proceso

El artículo 29 de la CPC enaltece, a nivel constitucional, el derecho al debido proceso en *toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*. Por ello, el debido proceso garantiza que los trámites y gestiones entablados por o ante la Administración Pública se ajustan a lo dispuesto en cada una de las etapas fijadas por el ordenamiento jurídico. Así, *se pretende garantizar la legalidad, objetividad y transparencia de las actuaciones de aquella, así como la prevalencia del principio de igualdad de las personas ante la ley*⁹³.

En efecto, conforme con la jurisprudencia constitucional⁹⁴, el derecho al debido proceso es uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho. Pues, cuenta con diversos elementos protectores: [...] *(i) la garantía de acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, con el fin de lograr una pronta resolución judicial; (ii) la garantía de juez natural; (iii) las garantías inherentes a la legítima defensa; (iv) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; (v) la garantía de imparcialidad; entre otras garantías*⁹⁵.

Desde la órbita administrativa, el debido proceso se manifiesta como un contrapeso al poder del Estado en todas sus actuaciones frente a los particulares⁹⁶, de

⁹⁰ C.E., S. de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 1849, oct. 22/2007. M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

⁹¹ C. Const., Sent. C–300, abril 25/2012. M.P. Jorge Pretelt Chaljub.

⁹² C. Const., Sent. C–949, sept. 5/2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹³ DÁVILA VINUEZA, L.G. Op. Cit. Pág. 8.

⁹⁴ Vid., C. Const., Sent. SU–250, mayo 26/1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C. Const., Sent. C–653, junio 20/2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C. Const., Sent. C–506, julio 3/2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹⁵ C. Const., Sent. C–983, dic. 1/2010. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

⁹⁶ Vid., C. Const., Sent. T–391, agosto 19/1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C. Const., Sent. T–196, marzo 6/2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

manera tal que garantiza el ejercicio adecuado de la función pública administrativa. De hecho, este derecho ha sido definido como el conjunto íntegro de condiciones impuestas por la legislación a la Administración para una secuencia estricta en la ejecución de sus actos, los cuales guardan una relación directa o indirecta entre sí, y cuyo objetivo está previamente determinado⁹⁷. Dicho objetivo no es otro que los fines esenciales del Estado. Así entonces, la vigencia de este derecho no se agota en un conjunto de responsabilidades atribuidas al Estado. Por el contrario, dichas responsabilidades se materializan como garantías de los asociados. Por ejemplo, los administrados cuentan con el derecho a: (i) *conocer las actuaciones de la administración*; (ii) *pedir y controvertir las pruebas*; (iii) *ejercer con plenitud su derecho de defensa*; (iv) *impugnar los actos administrativos*, y (v) *gozar de las demás garantías establecidas en su beneficio*⁹⁸.

Desde la perspectiva relativa a su aplicación, el derecho al debido proceso en el ámbito administrativo presenta dos escenarios⁹⁹: las garantías previas y posteriores. Las primeras son aquellas que cobijan obligatoriamente la expedición y ejecución de cualquier actividad de la Administración, como podría ser el reconocimiento de condiciones de igualdad, la competencia funcional, la razonabilidad de los plazos, la imparcialidad, autonomía e independencia en la toma de decisiones, entre otras. Las segundas son, a su turno, aquellas que le permiten a los administrados cuestionar la validez jurídica de las decisiones, sea simplemente ante la Administración Pública o ante la jurisdicción contenciosa.

Así, por citar un ejemplo, en el año 1998, con la vigencia de la nueva Carta Política de 1991, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁰⁰ evaluó si la terminación unilateral de un contrato administrativo de prestación de servicios profesionales médicos por presunto incumplimiento grave, donde se probó que el contratista no había tenido conocimiento de las causales para el ejercicio de tal facultad ni tampoco se había llevado a cabo un procedimiento

⁹⁷ C. Const., Sent. T-796, sept. 21/2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁸ C. Const., Sent. C-983, dic. 1/2010. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

⁹⁹ C. Const., Sent. C-1189, mayo 26/2005. M.P. Humberto Sierra Porto.

¹⁰⁰ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 242888CESEC3EXP1998N1482114821, sept. 24/1998. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

administrativo alguno que reprochara su conducta, era un acto violatorio del debido proceso. En efecto, para el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo tal conducta no se ajustaba al derecho fundamental de defensa consagrado en el artículo 29 de la CPC, pues, conforme con el derecho al debido proceso, la Administración debe informar (a través de requerimientos, apremios por retardo, avisos por faltantes, órdenes previas, entre otros) al contratista de los presuntos factores que integran un incumplimiento contractual, así como sus eventuales consecuencias.

Resulta constitucionalmente razonable, por estos motivos, que el legislador colombiano haya decidido incorporar expresamente el derecho fundamental al debido proceso como un principio rector de la actividad contractual del Estado. Por ello, el artículo 17 de la Ley 1150/2007 señala que *el debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales*. Así, en armonía con el principio de legalidad, la potestad sancionatoria de la Administración, ejercida por los servidores públicos, deberá observar estrictamente las disposiciones vigentes del ordenamiento jurídico y deberá garantizar el derecho a la defensa del contratista, a ser escuchado y demás postulados del debido proceso¹⁰¹. En efecto, *el ejercicio de la función administrativa contractual, no autoriza el desconocimiento grosero de las garantías constitucionales*¹⁰².

5.2.4. Buena fe

El principio de la buena fe se encuentra consagrado a nivel constitucional en el artículo 83 Fundamental, el cual dispone que las actuaciones públicas y privadas, es decir, de los particulares y de las autoridades estatales, deben estar gobernadas por la buena fe. Por ello, se presume la lealtad, rectitud y honestidad en la conducta que los administrados manifiestan ante la Administración en cada uno de los trámites y procedimientos. En otras palabras, dicho principio irradia a todo el ordenamiento jurídico, especialmente en las relaciones jurídico–administrativas¹⁰³. A tal punto que la

¹⁰¹ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2295366800123310001996020810117009, dic. 13/2008. M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁰² RODRÍGUEZ TAMAYO, M. Op. Cit. Pág. 35.

¹⁰³ C. Const., Sent. C–1194, dic. 3/2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

buena fe posee *una función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado*¹⁰⁴.

Para el Alto Tribunal Constitucional colombiano¹⁰⁵, la buena fe como principio incorpora el valor ético y social de la confianza en las relaciones contractuales con el Estado. En efecto, *que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público*¹⁰⁶, toda vez que garantiza su aplicación directa en las actuaciones administrativas y constituye un límite al poder estatal, el cual insta a la humanización de las relaciones entre la Administración y los particulares, así como impide el ejercicio arbitrario de las funciones públicas. El artículo 5.2 del EGCA establece también un deber para los contratistas de obrar con *lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse*.

Conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰⁷, el principio de la buena fe se presenta en dos ámbitos de la actividad negocial administrativa: la buena fe precontractual y contractual. En efecto, la primera ostenta su cimiento en el artículo 26.7 del EGCA, el cual dispone que los contratistas *responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa*. Desde luego, la buena fe precontractual implica un deber de proceder con lealtad, cuidado y honestidad durante la presentación de ofertas y la suscripción del contrato administrativo¹⁰⁸. De lo contrario, los contratistas se harán responsables por los daños y perjuicios que se hayan ocasionado con su conducta. Por su parte, la buena fe contractual¹⁰⁹ comporta, al igual que la reciprocidad, uno de los criterios de imputación

¹⁰⁴ C. Const., Sent. C-207, mayo 16/2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁰⁵ C. Const., Sent. T-209, marzo 17/2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰⁶ Ídem.

¹⁰⁷ Vid., C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección B, radicado N° 21367812500023260002009002640145118, agosto 5/2019. M.P. Alberto Montaña Plata; C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección A, radicado N° 21448252500023260002009008580160558, dic. 12/2019. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁰⁸ Artículo 863 CCo: “[...] las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual”.

¹⁰⁹ Artículo 871 CCo: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

de la teoría de la equivalencia de los contratos¹¹⁰. Por tanto, la Administración Pública debe reconocerle al contratista los mayores costos y pérdidas ocasionados como consecuencia del surgimiento de contingencias imprevisibles, anormales o extraordinarias que alteran el equilibrio negocial del acuerdo a nivel financiero. Luego, en sentido amplio, el principio de buena fe implica la protección de los intereses patrimoniales de las partes en el contrato y la obligación de indemnizar los daños causados por un comportamiento ilícito de la Administración¹¹¹.

Incluso, el principio de buena fe implica, durante toda la gestión contractual – antes y después de la suscripción del contrato administrativo–, la prohibición para las partes de proceder contra sus propios actos¹¹². Es decir, las partes, especialmente la Administración, deberá proceder de manera justa y leal en todas las etapas contractuales, como la selección y escogencia del oferente¹¹³. Por consiguiente, es pertinente afirmar que en la actividad contractual nadie puede válidamente venir contra sus propios actos –*adversus factum suum quis venire non potest*– o contradecir una conducta anterior –*venire contra factum proprium non valet*–.

5.2.5. Principios del CPACA

Por último, en aras de finiquitar el desarrollo de los mandatos generales que deben materializarse en el contrato administrativo, se enunciarán brevemente algunos principios que rigen específicamente el desarrollo de la función administrativa general y

¹¹⁰ La teoría de la equivalencia en los contratos con el Estado supone la semejanza entre los negocios jurídicos de la órbita privada con aquellos típicamente administrativos. Pues, si bien la Administración cuenta con facultades particulares, como las cláusulas exorbitantes, que la sitúan en un nivel superior a los administrados –y ello se encuentra justificado en la consecución de los fines estatales–, en el contrato administrativo debe equilibrar las cargas que le imponen al contratista hasta supuestos razonables. Es decir, debe intentar generar una equivalencia entre las prestaciones de cada uno de los extremos negociales. Vid., C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección C, radicado N° 20832802500023260001998024220132428, julio 6/2015. M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz; C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección C, radicado N° 20832802500023260002000019500129543, junio 4/2015. M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

¹¹¹ C. Const., Sent. C–892, agosto 22/2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹² C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección B, radicado N° 20118661300123310001992085220121429, oct. 29/2012. M.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹¹³ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2208296600123310001997036370116041, mayo 26/2006. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

el proceso jurisdiccional contencioso. Desde luego, tal como lo señaló la Corte Constitucional¹¹⁴, los principios generales del derecho administrativo que se encuentran consagrados en el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) gobiernan la actividad de la administración pública en la creación, gestión y ejecución de los contratos administrativos.

En efecto, dicho artículo dispone expresamente que las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a *los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad*. En lo que respecta al derecho al debido proceso, la igualdad, la buena fe, la responsabilidad, la transparencia y la economía, a lo largo de este apartado se han desarrollado sus componentes y ámbito de aplicación en la actividad contractual del Estado.

Por su parte, el principio de imparcialidad implica necesariamente, entre otras cosas, la materialización del derecho a la igualdad¹¹⁵. Pues, tal como fue mencionado con anterioridad, la Administración Pública debe velar por la suscripción del contrato estatal con el oferente que presente la propuesta más beneficiosa para el cumplimiento de los fines estatales. Luego, no puede sesgar el procedimiento precontractual a posturas subjetivas y antojadizas¹¹⁶. Por el contrario, de ser el caso, la Administración estaría actuando de manera discriminatoria en contra de los administrados, evento que necesariamente la hace responsable por la violación de las normas contenidas en la legislación –como el artículo 3.3 del CPACA–, así como por los posibles daños ocasionados a los interesados en el trámite contractual.

Asimismo, el principio de moralidad prevé que los servidores públicos y demás personas que intervienen en la función administrativa en general deben actuar con rectitud, honestidad y lealtad¹¹⁷. De esta manera, en la actividad contractual, el representante de la entidad estatal y los demás servidores públicos que intervienen en

¹¹⁴ C. Const., Sent. C-438, julio 13/2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹⁵ C. Const., Sent. C-508, julio 3/2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

¹¹⁶ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2273621100103260002003000140124715, dic. 3/2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹¹⁷ Artículo 3.5 CPACA. Artículo 22 Ley 734/2002.

cada una de sus etapas deben ejecutar acciones o reservar sus omisiones a situaciones que cumplan el principio de la buena fe, legalidad y debido proceso. Hay que destacar que el nuevo Código General Disciplinario (Ley 1952/2019), próximo a entrar en vigencia, prevé una serie de faltas disciplinarias relacionadas con la moralidad pública¹¹⁸.

El principio de participación busca que las autoridades promuevan y atiendan las iniciativas de los administrados que buscan intervenir en cada uno de los procedimientos de *deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública*¹¹⁹. Desde esta perspectiva, es razonable y legítimo que los interesados en el proceso contractual participen en sus etapas preparatorias. Por ejemplo, la

¹¹⁸ Artículo 62: “Faltas relacionadas con la moralidad pública: 1. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales. 2. Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga. 3. Fomentar o ejecutar actos tendientes a la formación o subsistencia de grupos armados al margen de la ley; o promoverlos, auspiciarlos, financiarlos, organizarlos, instruirlos, dirigirlos o colaborar con ellos. 4. Atentar, con cualquier propósito, contra la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación, u obtener información o recaudar prueba con desconocimiento de los derechos y garantías constitucionales y legales. 5. Causar daño a los equipos estatales de informática, alterar, falsificar, introducir, borrar, ocultar o desaparecer información' en cualquiera de los sistemas de información oficial contenida en ellos o en los que se almacene o guarde la misma, o permitir el acceso a ella a personas no autorizadas. 6. Amenazar o agredir gravemente a las autoridades legítimamente constituidas en ejercicio o con relación a las funciones. 7. Ofrecer el servidor público, directa o indirectamente, la vinculación de recomendados a la administración o la adjudicación de contratos a favor de determinadas personas, con ocasión o por razón del trámite de un proyecto legislativo de interés para el Estado o solicitar a los congresistas, diputados o concejales tales prebendas aprovechando su intervención en dicho trámite. 8. Influir en otro servidor público o particular que ejerza función pública, prevaliéndose de su cargo o de cualquier otra situación o relación derivada ' de su función o jerarquía para conseguir una actuación, concepto o decisión que le pueda generar directa o indirectamente beneficio de cualquier orden para sí o para un tercero. Igualmente, ofrecerse o acceder a realizar la conducta anteriormente descrita. 9. Favorecer en forma deliberada el ingreso o salida de bienes del territorio nacional sin el lleno de los requisitos exigidos por la legislación aduanera. 10. Sin perjuicio de la adopción de las medidas previstas en la Ley 1010 de 2006, cometer, directa o indirectamente, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, acto arbitrario e injustificado contra otro servidor: público que haya denunciado hechos de corrupción.”

¹¹⁹ Artículo 3.6 CPACA.

participación en la elaboración del pliego de condiciones antes de su publicación definitiva¹²⁰, la participación del interventor en la ejecución de la obra¹²¹, entre otras.

A su turno, el principio de publicidad, que acompaña a la transparencia –tal como fue descrito anteriormente–, implica que el público (interesados en el proceso contractual como terceros) debe conocer los actos, contratos y resoluciones de la administración pública, sin que medie para ello petición alguna conforme a lo dispuesto en la Ley 1755/2015¹²². En efecto, los funcionarios deberán emplear la tecnología para las comunicaciones y notificaciones que señale la legislación. Incluso, se protege a los administrados de restricciones innecesarias por parte de la Administración, pues, de ser el caso, esta no podrá cobrar por la publicación un monto superior al valor intrínseco de dicho acto¹²³.

En definitiva, los principios de coordinación, eficacia y celeridad de las actuaciones administrativas obligan a la Administración a efectuar una concertación adecuada de sus funciones y competencias, entre sus diferentes entidades¹²⁴, con el fin de que todos sus procedimientos alcancen su finalidad y efecto¹²⁵ sin dilaciones injustificadas¹²⁶. De hecho, las entidades administrativas podrán impulsar oficiosamente toda actuación no prohibida por el ordenamiento jurídico y evitará toda decisión inhibitoria o cuyo objetivo sea retardar sus acciones de manera irregular¹²⁷.

¹²⁰ Artículo 8 Ley 1150/2007.

¹²¹ Artículos 8.1.k y 32.1 EGCA.

¹²² Artículo 3.9 CPACA.

¹²³ Ídem.

¹²⁴ Artículo 3.10 CPACA.

¹²⁵ Artículo 3.11 CPACA.

¹²⁶ Artículo 3.13 CPACA.

¹²⁷ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera–Subsección C, radicado N° 21334211100103260002011000650042282, mayo 31/2019. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

6.– LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

A diferencia del derecho común, la contratación administrativa cuenta con una serie de limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico para la escogencia del contratista. Ciertamente, la selección del contratista es una agencia que se emprende a través de diversos procedimientos que incluyen la etapa de planeación, donde se adelantan los estudios y documentos previos, y que finalizan con el acto de escogencia, el cual es la *etapa previa e inmediata a la suscripción del contrato*¹. Como lo refiere la doctrina², el EGCA y demás normas vigentes, en armonía con el principio de legalidad, buscan reglamentar las diversas etapas y formas que deben seguir las entidades contratantes para seleccionar al colaborador de la administración cuya obligación será ayudar a satisfacer las necesidades generales objeto del negocio jurídico. A criterio de Dromi³, la manifestación de la voluntad pública en la función administrativa contractual se exterioriza necesariamente a través del procedimiento administrativo especial que caracteriza la etapa de formación del contrato.

Dicho sistema de elección del contratista público en Colombia es de carácter restrictivo, pero morigerado en algunos eventos especiales –como la contratación

¹ DÁVILA VINUEZA, L.G. Op. Cit. Pág. 239.

² RODRÍGUEZ TAMAYO, M. Op. Cit. Pág. 125.

³ “En el Estado de derecho, la Administración sólo puede proceder conforme a la ley, sustentada en ella y teniendo en vista el fiel cumplimiento de las finalidades señaladas en la ordenación normativa, por ello la necesidad del procedimiento administrativo, como instrumento jurídico para la canalización de la voluntad pública.

Las normas de trámite administrativo prevén el procedimiento administrativo como conjunto de reglas para la preparación, formación, control e impugnación de la voluntad administrativa.

Específicamente el procedimiento administrativo indica las formalidades y trámites que deben cumplir la Administración (en el ejercicio de la función administrativa) y los administrados (en su gestión de tutela individual con participación colaborativa en el ejercicio de la función administrativa).

El procedimiento administrativo traduce en la práctica una relación jurídica sustantiva entre Administración y Administrado. Desempeña un papel formal para el cumplimiento de objeto esencial. Es el cauce formal por el que se exterioriza la actuación administrativa del Estado que, por su significación jurídica, afecta derechos subjetivos públicos.

En síntesis, el procedimiento no es un fin en sí mismo, sino un medio para otros fines, que le dan razón sustancial de ser.

En tal sentido, el procedimiento administrativo es la actividad de la Administración que dirigida hacia el exterior constata los presupuestos, la preparación y la emanación de un acto administrativo o la formalización de un contrato administrativo”. DROMI, R. *Licitación pública*. Segunda edición. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1995. Págs. 75 y 76.

directa que a continuación será explicada—⁴. Puesto que, a diferencia de los sistemas de libre elección, donde la Administración Pública cuenta con cierta libertad para la escogencia del contratista, en los sistemas restringidos, como el colombiano, *el ordenamiento jurídico positivo regula totalmente el procedimiento de selección, es decir, que los entes estatales no tienen ningún margen para establecer reglas al respecto, ya que están prefijadas*⁵. Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la primacía de la autonomía de la voluntad y la libertad de forma, propias del régimen común, no son extensibles de manera directa a la formación del contrato administrativo, dado que la preparación, adjudicación y perfeccionamiento del negocio jurídico es una actividad reglada, cuya finalidad doble es: *1. asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato; y 2. evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación*⁶.

De hecho, en contraposición al escenario regulatorio del negocio jurídico y su contenido contractual, los procesos de selección del contratista se enmarcan en un ámbito eminentemente público, donde la participación del derecho privado no es predominante sino solo tangencial⁷. El EGCA, la Ley 1150/2007, el artículo 274 Ley 1450/2011 –subrogado por el artículo 94 del EAC–, el DURSAPN y otras normas adicionales⁸, integran el marco normativo que regulan los procesos de la contratación administrativa. Si llegaran a existir vicisitudes en un procedimiento de selección que no pueden ser resueltas por el marco enunciado, será aplicable la primera parte del título III del CPACA, relativo al procedimiento administrativo general, y, en su defecto, las reglas del CGP, propio del procedimiento jurisdiccional ordinario⁹.

De esta manera, conforme a lo señalado por el artículo 2 de la Ley 1150/2007, este apartado desarrollará las diferencias y contenido propio de los procesos de selección incorporados por la legislación vigente: la licitación pública, como proceso

⁴ RODRÍGUEZ TAMAYO, M. Op. Cit. Pág. 125.

⁵ FANDIÑO GALLO, J. *Modalidades de selección en el contrato estatal*. Leyer. Bogotá, 2012. Págs. 9 a 10.

⁶ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2273621100103260002003000140124715, dic. 3/2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁷ DÁVILA VINUEZA, L.G. Op. Cit. Pág. 239.

⁸ Como la Ley 1882/2018, que modificó y adicionó ciertos artículos del EGCA, la Ley 1150/2007 y demás normativas; así como el artículo 209 Fundamental que refiere los principios de la función pública.

⁹ Esto en virtud de lo dispuesto en los artículos 306 del CPACA y 77 del EGCA.

general o genérico en la escogencia de los contratistas; la selección abreviada¹⁰; la contratación de menor cuantía; el concurso de méritos¹¹; la contratación directa; y, la contratación de mínima cuantía¹².

6.1. Licitación pública

La licitación pública es un procedimiento administrativo cuyo fin es preparar la voluntad contractual del ente público que, a través del ejercicio de la función administrativa, *invita*¹³ a los interesados para que, *sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente*¹⁴. Así, la licitación pública se constituye por una serie de etapas que deberá seguir la Administración y donde el contratista se encuentra obligado a acreditar los requisitos impuestos que lo habilitarán¹⁵ para formular su propuesta, así como le permitirán acceder al beneficio de la elección final para la ejecución del contrato¹⁶. Beneficio que se otorgará, en virtud de la evaluación previa, a la oferta más beneficiosa o ventajosa para la satisfacción del interés general¹⁷.

¹⁰ En dicho aparte se referirá el proceso de selección abreviada con subasta inversa (electrónica y presencial) y para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes en bolsas de productos.

¹¹ Se incluirá el concurso de méritos abierto y con precalificación.

¹² Aunque para cierto sector de la doctrina la contratación de mínima cuantía no es en estricto sentido una modalidad independiente, se procederá a efectuar algunas apreciaciones acerca de su aplicación y contenido. Vid., BAHAMÓN JARA, M.L. *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Universidad Católica de Colombia. Colección Jus Público núm. 26. Bogotá, 2018. Pág. 62.

¹³ “[...] la licitación pública es una invitación general, sin limitación alguna, que se hace a persona indeterminada, para obtener su conformidad con un pliego de condiciones confeccionado por la Administración y una oferta concreta respondiendo al llamado que se formula [...]”. BERCAITZ, M.A. Op. Cit. Pág. 314. Vid., también, C. Const., Sent. T-442, julio 4/2014. M.P. Gabriel Mendoza Martelo.

¹⁴ DROMI, R. *Licitación...* Op. Cit. Pág. 76. Vid., asimismo, SAYAGUÉS LASO, E. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Depalma. Buenos Aires, 1974. Pág. 552.

¹⁵ Como fue referido en el capítulo anterior, los criterios habilitantes “[...] constituyen el filtro para que sólo aquellos frente a quienes se verifiquen superen la etapa inicial, por ser considerados idóneos al cumplir con los requisitos básicos que la entidad licitante considera necesarios para entender que ese individuo será su potencial contratista y que cumplirá su cometido [...]”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2208487300123310001997047070215188, abril. 26/2006. M.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹⁶ MURILLO, M. C. y CONSUEGRA, F. Op. Cit. Pág. 175.

¹⁷ Parágrafo del artículo 30 EGCA: “Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una

Según Marienhoff¹⁸, la esencia de la licitación pública como modalidad de selección del contratista público surge desde dos perspectivas: una relativa al Estado y sus entidades administrativas, y otra respecto de los administrados que se encuentran interesados en participar en el proceso de contratación administrativa. La primera se fundamenta en la *ratio iuris* de conseguir con la mayor probabilidad que el contrato administrativo sea debidamente cumplido con las mejores condiciones económicas posibles, es decir, que la Administración deberá velar por el acierto de la operación contenida en el negocio jurídico y que la calidad de la prestación así como el período de ejecución sean acorde con los mejores estándares y las necesidades públicas. Por su parte, con relación a los administrados, la licitación pública se erige como una garantía de protección del principio de igualdad entre los interesados en el proceso de contratación, al evitar la aparición de favoritismos o tratos preferenciales en favor de algunos y en perjuicio de muchos.

6.1.1. Características

A nivel normativo, la licitación pública se encuentra regulada en el artículo 30 del EGCA, la Ley 1150/2007, el EAC y el Decreto 1510/2013 –incorporado en el DURSAPN–. De conformidad con el artículo 2.1 de la Ley 1150/2007, la escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de la modalidad de licitación pública. Por ello, como procedimiento general, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido diversas características de este mecanismo de selección del contratista:

[...] 1. *Es un procedimiento previo a través del cual se regula la forma de celebración de los contratos administrativos o estatales, con la finalidad de seleccionar a quien ofrece las mejores condiciones.* 2. *Consiste en una invitación pública para que los interesados hagan propuestas, ciñéndose a las bases previstas, esto es al pliego de condiciones.* 3. *De las propuestas la administración selecciona la más favorable y a ella le adjudica el contrato.* 4. *El procedimiento se funda, para lograr la finalidad que busca la administración, entre otros, en los principios de igualdad, transparencia, economía y cumplimiento del pliego de condiciones [...]*¹⁹.

convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable”.

¹⁸ MARIENHOFF, M. Op. Cit. Págs. 183 a 185.

¹⁹ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2273621100103260002003000140124715, dic. 3/2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Para la doctrina²⁰, a su turno, el proceso licitatorio cuenta con cuatro características básicas: es un procedimiento reglado, público, abierto o de libre concurrencia, y garantía de igualdad de oportunidades entre los oferentes. De este modo, la licitación no es un acto administrativo sino un proceso donde concurren ciertos actos y hechos cíclicos y públicos²¹, preestablecidos por la legislación vigente, que permiten arribar en la adjudicación del negocio jurídico. La violación de alguna norma relativa al procedimiento acarreará la nulidad de la selección²². Por otro lado, la licitación pública *garantiza el acceso a todos aquellos que se encuentren interesados y habilitados para participar en dicho procedimiento*²³, con las limitaciones que le son propias en el marco de la naturaleza del objeto a contratar y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades²⁴. En efecto, dada la publicidad de las etapas del proceso licitatorio, la libertad de concurrencia se manifiesta como una característica tradicional de la contratación pública que busca proteger los intereses económicos de la Administración, a través de la máxima competencia posible, así como garantiza la igualdad de acceso a los interesados que desean participar²⁵.

Por ello, puede concluirse, como lo efectuó la Sección Tercera del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo colombiano²⁶, que el proceso licitatorio cuenta con tres elementos fundamentales: la libertad de concurrencia, la igualdad de los oferentes y

²⁰ Vid., DÁVILA VINUEZA, L.G. Op. Cit. Págs. 424 a 425; PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Págs. 229 a 231.

²¹ “Todas las fases o etapas del procedimiento de licitación son dados a conocer a los participantes, quienes con base en ello pueden solicitar las informaciones que deseen y que consideren pertinentes y pedir las aclaraciones que sean del caso, tanto respecto al alcance de las estipulaciones del pliego desde el punto de vista técnico, como respecto a las reglamentaciones jurídicas que consideren confusas [...] PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Ibidem, pág. 256.

²² Artículo 49 EGCA: “Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad [insubsanables] y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio”.

²³ MURILLO, M.C. y CONSUEGRA, F. Op. Cit. Pág. 176.

²⁴ PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Págs. 257 y 258.

²⁵ Vid., DIEZ, M.M. Op. Cit. Pág. 333; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de derecho administrativo I*. Op. Cit. Pág. 760.

²⁶ Vid, C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 253304110010326000199637710112037, julio 19/2001. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 20016941100103260002008001010036054B, abril 14/2010. M.P. Enrique Gil Botero.

la sujeción estricta a las disposiciones del pliego de condiciones en virtud del principio de transparencia²⁷.

6.1.2. Subasta inversa en el proceso licitatorio

Para Palacio Hincapié²⁸, la subasta inversa consiste en un método que busca seleccionar al adjudicatario del contrato administrativo a quién, entre los oferentes, presenta un valor de remuneración menor por ejecutar la obra o el servicio que integra la prestación del negocio. Es decir, aquella puja dinámica, efectuada electrónicamente, donde los oferentes, por un tiempo determinado, ajustan sus propuestas respecto de aquellas variables que les permita ofrecer la mejor relación costo-beneficio a la entidad contratante, con una sujeción estricta a las condiciones técnicas fijadas en el pliego de condiciones²⁹.

Esta metodología fue incorporada en la modalidad de la licitación pública a través del artículo 2.1 de la Ley 1150/2007³⁰, norma que fue acusada por inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional³¹. En el juicio realizado por esta fue reconocida su exequibilidad criterio que determinó que el legislador colombiano se encuentra habilitado para diseñar un modelo de proceso de selección que se ajuste a la limitada autonomía contractual del Estado y la finalidad de interés general de la contratación administrativa. Por tanto, siempre que el sistema de subasta inversa permita la libre concurrencia de los interesados y le transfiera al contratista el deber de cumplir con sus obligaciones contractuales y garantizar los fines estatales, será considerado constitucionalmente razonable.

²⁷ Para Dromi, además de los principios citados, debe agregarse el de publicidad, y conformarían lo que el autor considera como aquellos “que hacen a la esencia y existencia de la licitación”. DROMI, R. *Licitación...* Op. Cit. Pág. 98.

²⁸ PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Págs. 233 a 235.

²⁹ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 111001032600020090003500 (36601), marzo 24/2011. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁰ Artículo 2.1 Ley 1150/2007: “[...] Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento”.

³¹ C. Const., Sent. C-713, oct. 7/2009. M.P. María Victoria Calle Correa.

En este contexto, el artículo 38 del Decreto 1510/2013 –incorporado como el artículo 2.2.1.2.1.1.1 en el DURSAPN– reglamentó la presentación de la oferta mediante subasta inversa en los procesos licitatorios. En dicha normativa se consagra la obligación para la entidad contratante de referir expresamente en el pliego de condiciones aquellas variables técnicas y económicas que estarán sujetas a puja, las cuales deberán ser presentadas por los oferentes en la oferta inicial pero podrán ser mejoradas en los lances autorizados en la fecha y hora previstas en el pliego de condiciones.

6.1.3. Etapas

Por último, respecto a la estructura de la licitación pública como modalidad de selección genérica o general, debe acreditarse el trámite de tres fases: (i) la definición de la finalidad del contrato administrativo, su objeto y sus parámetros, también denominada fase de preparación³²; (ii) la fase de comparación o licitación en estricto sentido donde se formula la invitación a los interesados, la entrega de las propuestas y culmina con el paso inmediatamente anterior a la adjudicación; y (iii) la fase de adjudicación en sí misma, donde se manifiesta la voluntad pública para la aceptación de la oferta más favorable³³ y la suscripción del contrato. De esta manera, la fase de preparación comprende los estudios de factibilidad, de impacto socioambiental del proyecto y de conveniencia técnica en la relación costo–beneficio³⁴, así como los demás documentos necesarios, donde se verifica la necesidad pública insatisfecha. Por ello, en esta etapa, como lo afirma Escobar Gil³⁵, los interesados no tienen ninguna

³² Así es denominada por la doctrina. Vid., BAHAMÓN JARA, M.L. Op. Cit. Pág. 49; PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Págs. 224.

³³ Como fue referido anteriormente, los criterios de evaluación y, por tanto, la determinación de la oferta más ventajosa para la administración dependerá del objeto contractual y la necesidad que busca satisfacer el negocio jurídico. Asimismo, para la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, en algunos casos exceptivos la mejor propuesta no es la más calificada en primer lugar sino que aquella que objetivamente cuente con los elementos más favorables para la entidad pública. No obstante, en estos casos, el defecto del proceso se encuentra en la preparación del pliego de condiciones que no incluyó los criterios más adecuados para la puntuación de las ofertas. Vid., C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 231528CESEC3EXP1990N58605860, julio 6/1990. M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

³⁴ PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Pág. 224.

³⁵ ESCOBAR GIL, R. *Responsabilidad contractual de la Administración Pública*. Temis S.A. Bogotá, 1989. Pág. 95.

participación, no hay el intercambio que se produce en la relación de derecho privado, pues la Administración, en razón a la función administrativa, debe fijar las reglas claras, justas y precisas que servirán de fundamento a la actividad contractual y permitirán alcanzar un punto de equilibrio entre el interés público y el interés particular del contratista³⁶.

En forma detallada, la licitación pública debe acreditar las siguientes etapas: (i) la realización de los estudios y documentos previos, como las disponibilidades presupuestales, las autorizaciones y licencias ambientales o de construcción, cuando fueren necesarias; (ii) la convocatoria pública y elaboración del proyecto de pliego; (iii) la formulación y recepción de observaciones a los documentos y al proyecto de pliego; (iv) la publicación de avisos y condiciones del proceso de selección; (v) la expedición del acto administrativo de apertura de la licitación y la publicación del pliego definitivo de condiciones; (vi) la realización de la audiencia de aclaración de las condiciones, así como la discusión y asignación de riesgos y adendas, de ser necesario; (vii) la presentación de ofertas; (viii) la audiencia de cierre de la licitación; (ix) la evaluación de las propuestas; (x) el traslado de informe de evaluación; (xi) la presentación de observación al informe de evaluación; (xii) la audiencia pública de adjudicación; (xiii) la declaratoria de desierta la licitación, si es el caso; y, (xiv) la suscripción del contrato administrativo respectivo. Todas estas etapas serán desarrolladas a profundidad en los próximos capítulos.

6.2. Selección abreviada

La modalidad de selección abreviada es el proceso exceptivo del régimen de contratación administrativa por excelencia³⁷. Desde luego, la legislación permite la implementación de otros procedimientos más moderados a la licitación pública con el objetivo de eliminar una serie de pasos que no se requieren en ciertos casos³⁸. Por ello, la selección abreviada es una modalidad que pretende agilizar la actividad contractual administrativa en los eventos donde la naturaleza del objeto, la cuantía del bien o

³⁶ Vid. *infra*, cap. 8.

³⁷ DÁVILA VINUEZA, L.G. Op. Cit. Págs. 463 a 465.

³⁸ MURILLO, M.C. y CONSUEGRA, F. Op. Cit. Pág. 176.

servicio a contratar, o la destinación del bien, obra o servicio, lo ameritan, siempre que la ley lo permita y se garantice el principio de transparencia³⁹. La selección abreviada además asegura una concurrencia mayor en la participación de los proponentes, dado que la escogencia se efectúa *por comparación de ofertas en forma objetiva*⁴⁰. No puede asimilarse, por una lectura desprevenida y literal de la norma, que la denominación *abreviada* implica una reserva a la aplicación del principio de selección objetiva⁴¹ que rige para todo proceso en la generación del negocio jurídico administrativo⁴².

Conforme al artículo 2.2 de la Ley 1150/2007, las causales de selección abreviada son las siguientes: (i) la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización para las entidades administrativas; (ii) la contratación de menor cuantía⁴³; (iii) la suscripción de contratos para la prestación de servicios de salud⁴⁴; (iv) los procesos de contratación administrativa tramitados a través de licitación pública o concurso de méritos que hubieren sido declarados desiertos; (v) la enajenación de bienes del Estado; (vi) aquellos

³⁹ Artículo 2.2 Ley 1150/2007: “La selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual [...]”.

⁴⁰ PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Págs. 323 a 324.

⁴¹ Antes de la expedición de la Ley 1150/2007, la modalidad de selección del contratista que fungía para las mismas causales que rigen en la actualidad para la aplicación del proceso de selección abreviada era el sistema de contratación directa. En este contexto, el Consejo de Estado manifestó que: “[...] se advierte que no obstante esta relativa informalidad para la escogencia de los contratistas mediante el sistema de la contratación directa, éste, como ya se dijo, también se encuentra enmarcado por los principios generales que rigen la contratación estatal, y entre ellos, el de la selección objetiva de los contratistas; en consecuencia, las entidades contratantes deben garantizar su aplicación, mediante la escogencia de la propuesta más favorable a la Administración, dejando de lado criterios subjetivos inmersos en favoritismos que se alejen de tal finalidad; por ello, si al momento de calificar las ofertas presentadas dentro del proceso de selección de contratación directa la entidad advirtió la ausencia de los mecanismos de ponderación necesarios para una calificación certera y objetiva de las mismas, resultaba procedente su implementación”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 2182877300123310001995032430114519, abril 20/2005. M.P. Ramiro Becerra Saavedra.

⁴² DÁVILA VINUEZA, L.G. Op. Cit. Pág. 464.

⁴³ Este procedimiento, por sus condiciones especiales, será desarrollado en un aparte individual a continuación.

⁴⁴ Artículo 2.2.1.2.1.2.21 DURSAPN: “La Entidad Estatal que requiera la prestación de servicios de salud debe utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. Las personas naturales o jurídicas que presten estos servicios deben estar inscritas en el registro que para el efecto lleve el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces”.

contratos relativos a los productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas⁴⁵; (vii) los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado (EICE) y de las sociedades de economía mixta (SEM)⁴⁶; (viii) los contratos administrativos cuyo objeto sea la ejecución de programas de protección de personas amenazadas, de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley⁴⁷; y, (ix) la contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y la seguridad nacional⁴⁸.

En todos estos casos, el pliego de condiciones deberá indicar la ficha técnica del bien o servicio a contratar que contiene, a su vez, la clasificación del bien o servicio de acuerdo con el Clasificador de Bienes y Servicios, la unidad de medida, la calidad

⁴⁵ Artículo 2.2.1.2.1.2.23 DURSAPN: “La Entidad Estatal debe aplicar el proceso de adquisición en bolsa de productos de que tratan los artículos 2.2.1.2.1.2.11 a 2.2.1.2.1.2.19 del presente decreto para adquirir productos de origen o destinación agropecuaria ofrecidos en las bolsas de productos. La Entidad Estatal puede adquirir tales productos fuera de bolsa si lo hace en mejores condiciones. En este caso la Entidad Estatal debe expresar en los Documentos del Proceso esta situación”.

⁴⁶ Con excepción de los tipos contractuales enunciados en el artículo 32 del EGCA. Estos son, el contrato de obra, el contrato de consultoría, el contrato de prestación de servicios, el contrato de concesión, los encargos fiduciarios y la fiducia pública. Artículo 2.2.1.2.1.2.24 DURSAPN: “Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, sus filiales y las empresas en las cuales el Estado tenga más del cincuenta por ciento (50%) del capital social que no se encuentren en situación de competencia, deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía para los contratos que tengan como objeto su actividad comercial e industrial, salvo para los contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública para los cuales se aplicará la modalidad que corresponda”.

⁴⁷ Artículo 2.2.1.2.1.2.25 DURSAPN: “Las Entidades Estatales que tengan a su cargo la ejecución de los programas a los que se refiere el literal h) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 deben aplicar el procedimiento establecido para la selección abreviada de menor cuantía”.

⁴⁸ Artículo 2.2.1.2.1.2.26 DURSAPN: “Las Entidades Estatales que requieran contratar Bienes y Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional deben hacerlo a través del procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía señalado en el artículo 2.2.1.2.1.2.20 del presente decreto. Si los bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional son Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes en los términos del artículo 2.2.1.1.1.3.1 del presente decreto, la Entidad Estatal debe utilizar el procedimiento de subasta inversa, compra por Catálogo derivado de la celebración de Acuerdos Marco de Precios o a través de bolsa de productos. Las Entidades Estatales deben consignar en los Documentos del Proceso las razones por las cuales los bienes o servicios objeto del Proceso de Contratación son requeridos para la defensa y seguridad nacional”.

mínima exigida y los patrones de desempeño mínimos. Asimismo, la variables sujeta a evaluación, en caso de que el precio del bien o servicio este regulado, y el contenido de cada una de las partes o lotes, si la adquisición es por partes⁴⁹.

6.2.1. Adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización

Según Suárez Beltrán⁵⁰, la aplicación de la modalidad de selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios comunes proviene de la legislación brasilera. En este sentido, este tipo de bienes o servicios son aquellos que poseen especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad similares, por lo cual pueden ser agrupados en conjuntos homogéneos⁵¹. Pues, la homogeneidad se predica de las características mínimas esenciales del bien o el servicio y no de aspectos como el diseño o cualquier otro que no vincule o altere su funcionalidad⁵². Pero, adicional a los elementos intrínsecos similares, la selección abreviada opera sobre aquellos bienes o servicios que sean de *común utilización*, concepto que implica la regularidad de su oferta y compra en el mercado respectivo, lo cual garantiza que cualquiera, sea entidad pública o particular, puede acceder a él para satisfacer sus necesidades⁵³.

Bajo este contexto, puede indicarse de manera ilustrativa los siguientes bienes y servicios que pueden ser objeto de selección abreviada⁵⁴: insumos de oficina, limpieza o cocina, muebles, servicios de telecomunicaciones y tecnología, combustibles, servicios básicos y de mantenimiento. Todos estos podrán ser adquiridos por subasta inversa⁵⁵,

⁴⁹ Artículo 2.2.1.2.1.2.1 DURSAPN.

⁵⁰ SUÁREZ BELTRÁN, G. *Reforma al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública*. Legis Editores S.A. Bogotá, 2007. Pág. 21.

⁵¹ Artículo 2.2.1.1.1.3.1 DURSAPN.

⁵² SUÁREZ BELTRÁN, G. *Estudios de derecho contractual público*. Legis Editores S.A. Bogotá, 2014. Pág. 71.

⁵³ BENAVIDES, J. L. y SANTOFIMIO, J.O. *Contratación estatal, Estudios sobre la reforma del estatuto contractual, Ley 1150 de 2007*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009. Págs. 267 a 268.

⁵⁴ Vid., DÁVILA VINUEZA, L.G. Op. Cit. Págs. 466 a 467.

⁵⁵ Según el artículo 2.2.1.2.1.2.2 del DURSAPN, en estos procesos, el pliego de condiciones deberá indicar la fecha y hora de la subasta, la periodicidad de los lances y el margen mínimo de oferta. En dicho proceso la entidad contratante deberá evaluar la habilitación de los oferentes interesados, con la publicación de un informe anterior a la subasta. Esta se llevará a cabo

por adquisición en bolsa de productos⁵⁶ y por compra por catálogo derivados de la celebración de un acuerdo marco de precios⁵⁷. Las entidades administrativas de orden nacional siempre deberán emplear el Acuerdo Marco de Precios para la adquisición de los bienes y servicios en él contenidos⁵⁸.

6.2.2. Procesos licitatorios o concursos declarados desiertos

Según el artículo 2.2.1.2.1.2.22 del DURSAPN, en los procesos donde ha sido declarado desierto el proceso contractual, es decir, donde no se haya presentado alguna propuesta válida por siguiera un oferente habilitado, la entidad contratante contará con cuatro (4) meses, siguientes a la declaratoria, para proceder a la apertura del proceso de selección abreviada donde deberá prescindir de recibir manifestaciones de interés y realizar el sorteo de oferentes. En dicho trámite deberá exigir los mismos requisitos establecidos en el pliego de condiciones, *tanto en torno al objeto como a las especificaciones técnicas del mismo, pues de lo contrario, se estaría violando el principio de igualdad en los oferentes*⁵⁹. En efecto, la contratación a través de la modalidad de selección abreviada deberá hacerse sobre *la base de los mismos pliegos de condiciones y proyectos que se tuvieron en cuenta en la licitación*⁶⁰.

siempre que haya como mínimo dos oferentes habilitados. Así, la adjudicación se efectuará al oferente que haya ofrecido el menor valor y no se presenten lances adicionales por parte de otro proponente. Cuando no se presentaren lances, el oferente cuya propuesta fuere la más baja será el adjudicatario del contrato.

⁵⁶ De acuerdo con el artículo 2.2.1.2.1.2.12 del DURSAPN, la entidad contratante deberá efectuar un estudio para verificar que sea más ventajosa la adquisición de bienes a través de la bolsa de productos. De esta manera, la entidad seleccionará al comisionista de acuerdo con el procedimiento interno para tal fin, el cual deberá ser competitivo. El régimen aplicable para la adquisición de bienes y servicios en bolsa de productos será el Decreto 2555/2010 y demás normas aplicables.

⁵⁷ Colombia Compra Eficiente debe suscribir periódicamente Acuerdos Marco de Precios estimando los Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes contenidos en los Planes Anuales de Adquisiciones de la Administración y la información disponible del sistema de compras y contratación pública (Artículo 2.2.1.2.1.2.8 DURSAPN), los cuales publicará. De esta manera, las entidades contratantes celebraran el acuerdo y presentaran las respectivas ordenes de compras.

⁵⁸ Artículo 2.2.1.2.1.2.9 DURSAPN.

⁵⁹ “[...] pues a lo mejor aquellos que fueron rechazados o eliminados en la licitación habrían podido resultar favorecidos si las condiciones hubieran sido las que se llevan a la contratación directa”. PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Pág. 345.

⁶⁰ ESCOLA, H.J. *Compendio de...* Op. Cit. Pág. 773.

6.2.3. Enajenación de bienes del Estado

Esta causal se ocasiona cuando la entidad administrativa regida por el EGCA y la Ley 1150/2007 desea enajenar bienes de su propiedad que adquieren la naturaleza de bienes fiscales⁶¹, es decir *que no están al servicio libre de los asociados, sino destinados al uso privado del Estado, para la realización de sus fines*⁶². Dicha categoría se perdería cuando los bienes de propiedad del Estado sean *destinados al uso general de los habitantes de un territorio, [...] pero él no los utiliza en beneficio propio sino que se encuentran a disposición de la comunidad*⁶³.

De esta manera, para la venta de los bienes de las entidades administrativas deberá efectuarse a partir del valor del avalúo comercial, el cual se ajustará de acuerdo con *los gastos asociados al tiempo de comercialización esperada, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el precio mínimo al que se debe enajenar el bien*⁶⁴. Para ello, la Administración podrá hacer uso de instrumentos como la subasta o todo aquel autorizado por el derecho común⁶⁵.

6.3. Contratación de menor cuantía

La menor cuantía integra una causal de selección abreviada que, salvo las excepciones legales –es decir, los demás eventos de selección abreviada, como la venta de bienes estatales–, opera cuando los valores dispuestos para la remuneración del contrato son inferiores a ella y cuando su objeto, por sus características propias, debería ser tramitado por el proceso de licitación pública⁶⁶. De esta manera, el artículo

⁶¹ DÁVILA VINUEZA, L.G. Op. Cit. Pág. 475.

⁶² C. Const., Sent. T-314, abril 30/2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶³ Ídem.

⁶⁴ Artículo 2.2.e Ley 1150/2007.

⁶⁵ Como la compraventa directa (artículo 1849 CC), la permuta (artículo 1850 CC) y la donación (artículo 1443).

⁶⁶ Vid., DÁVILA VINUEZA, L.G. Op. Cit. Pág. 470; RODRÍGUEZ TAMAYO, M. Op. Cit. Pág. 133.

2.2.1.2.1.2.20 del DURSAPN⁶⁷ establece las reglas aplicables al proceso de selección de menor cuantía.

La menor cuantía se define en virtud del presupuesto anual de la entidad contratante. De acuerdo con el artículo 2.2.b de la Ley 1150/2007, en las entidades cuyo presupuesto anual es igual o superior a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV)⁶⁸, los contratos administrativos que estas celebren serán de menor cuantía cuando la remuneración pactada sea inferior a 1.000 SMLMV. En caso de que la entidad tenga un presupuesto anual entre 850.000 y 1.200.000 SMLMV, el límite del contrato es 850 SMLMV. Si la entidad posee un presupuesto entre 400.000 y 850.000 SMLMV, el límite será 650 SMLMV. Por su parte, si el presupuesto anual se encuentra entre 120.000 y 400.000 SMLMV, el límite será 450 SMLMV. Por último, si la entidad posee un presupuesto inferior a 120.000 SMLMV, el límite será 280 SMLMV.

6.4. Concurso de méritos

Acorde con el artículo 2.3 de la Ley 1150/2007, modificado por el artículo 219 del Decreto 19/2012, el concurso de méritos es una modalidad de selección especializada para los consultores, sea a través de un concurso abierto o de

⁶⁷ Artículo 2.2.1.2.1.2.20 DURSAPN: “Además de las normas generales establecidas en el presente título, las siguientes reglas son aplicables a la selección abreviada de menor cuantía: 1. En un término no mayor a tres (3) días hábiles contados a partir de la fecha de apertura del Proceso de Contratación los interesados deben manifestar su intención de participar, a través del mecanismo establecido para el efecto en los pliegos de condiciones. 2. Si la Entidad Estatal recibe más de diez (10) manifestaciones de interés puede continuar el proceso o hacer un sorteo para seleccionar máximo diez (10) interesados con quienes continuará el Proceso de Contratación. La Entidad Estatal debe establecer en los pliegos de condiciones si hay lugar a sorteo y la forma en la cual lo hará. 3. Si hay lugar a sorteo, el plazo para la presentación de las ofertas empezará a correr el día hábil siguiente a la fecha en la cual la Entidad Estatal informe a los interesados el resultado del sorteo. 4. La Entidad Estatal debe publicar el informe de evaluación de ofertas durante tres (3) días hábiles”.

⁶⁸ Para el año 2020, el Gobierno Nacional de Colombia definió que el salario mínimo es igual a \$877.803 mensuales. Así, si se tomará la tasa de cambio euro peso del 31 de enero de 2020, la cual es igual a \$3.764,52 pesos por euro, entonces el salario mínimo mensual en Colombia para el año en curso sería igual a €233,18. Luego, por tomar un ejemplo, un contrato administrativo sería de menor cuantía cuando su valor no supera los €233.177,94, cuando la entidad contratante posee un presupuesto anual igual o superior a €279.813.522,05.

precalificación⁶⁹. Por ello, con relación al artículo 32.2 del EGCA, donde se define el tipo contractual de consultoría, las actividades objeto del negocio jurídico administrativo que deberán ser tramitadas a través del concurso de méritos son, entre otras⁷⁰: (i) la realización de estudios necesarios para proyectos de inversión, estudios de diagnóstico y prefactibilidad para programas específicos; (ii) la prestación de asesorías técnicas relativas a la coordinación, control y supervisión de proyectos⁷¹; (iii) la práctica de interventorías; (iv) la práctica de asesorías en general; (v) la gerencia y administración de obra o proyectos, así como la dirección, programación y ejecución de diseños; (vi) la elaboración de planos, anteproyectos y proyectos; y (vii) la estructuración de proyectos de arquitectura con base en el Decreto 2326/1995. Con excepción de las labores de consultoría cuyo valor las vincule al trámite de contratación de mínima cuantía o cuyo objeto es la evaluación de proyectos relativos a las asociaciones públicas privadas que deberá regirse por la selección de menor o mínima cuantía, según sea el caso⁷². Asimismo, si se presentare una situación de urgencia manifiesta, la Administración podrá acudir a la celebración de contratos de consultoría a través de la modalidad de contratación directa, como será desarrollado en el próximo apartado.

⁶⁹ Artículo 2.3 Ley 1150/2007: “Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso [...]”.

⁷⁰ Vid., RODRÍGUEZ TAMAYO, M. Op. Cit. Pág. 140.

⁷¹ De acuerdo con el artículo 83 de la Ley 1474/2011, las labores de supervisión son propias de las entidades estatales y podrán contratar mediante prestación de servicios a terceros para apoyar tales actividades de consultoría.

⁷² Artículo 33 Ley 1508/2012, modificado por el artículo 7 Ley 1882/2018: “La elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías de los contratos, se podrán contratar mediante el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía según su valor. En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público–privada la interventoría deberá contratarse con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista. Dichos interventores responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le corresponden con el contrato de interventoría”.

De esta manera, el concurso de méritos es un mecanismo de escogencia de la persona más idónea y calificada como colaborador de la Administración para ejecutar una prestación pública determinada, *de allí que se tengan en cuenta preferentemente las condiciones de mayor capacidad del oferente; v.gr. [...] realizar la maqueta de un monumento, proyecto, esbozo o bosquejo de obra, etc.*⁷³. Según Palacio Hincapié, el concurso de méritos es el procedimiento idóneo para la escogencia del contratista que realizará una *actividad intelectual, ya sea de creación de idea, de inventos, de estudios de factibilidad*⁷⁴, entre otros. Ergo, en teoría, la reforma incorporada por la Ley 1150/2007 buscó premiar la competencia del oferente en razón a su calidad y sin consideración alguna sobre el precio⁷⁵.

Ahora bien, en lo que respecta a la estructura del proceso de selección del concurso de méritos, conforme a todos los artículos que integran la subsección 3 de la sección 1 del capítulo 2 del título 1 relativo a la contratación estatal del libro 2 del DURSAPN, se requiere el cumplimiento de las siguientes etapas⁷⁶: (i) la realización de estudios previos; (ii) la expedición del acto administrativo de apertura, cuando opere a través de precalificación, se procederá una vez se encuentre integrada la lista de precalificación; (iii) la práctica de la audiencia de aclaración del pliego de condiciones, la cual deberá ser anterior a la recepción de las manifestaciones de interés en los procesos con precalificación; (iv) la invitación a presentar propuestas, en los concursos con precalificación; (v) la presentación de ofertas; (vi) la verificación de los requisitos habilitantes, en caso de concurso abierto, y la evaluación de las propuestas técnicas; (vii) la presentación del informe de evaluación, el cual tendrá un traslado de tres (3) días hábiles; (viii) la apertura de la etapa de presentación de la propuesta económica del primer elegible; (ix) la verificación de la propuesta económica; (x) la adjudicación del contrato o, de ser el caso, la declaratoria de desierta; y (xi) la suscripción del contrato administrativo.

⁷³ DROMI, R. *Licitación...* Op. Cit. Pág. 122.

⁷⁴ PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Pág. 431.

⁷⁵ Para Dávila Vinuesa, este criterio no debería ser compartido pues, como ha ocurrido en la práctica, la falta de definición del precio en el proceso de contratación llevaba a que los oferentes incluyeran un valor exorbitante en la propuesta; por ello, las entidades contratantes terminaban vinculando a los ingenieros y arquitectos con baja experiencia. Op. Cit. Pág. 485.

⁷⁶ Vid., *Ibidem*, págs. 485 a 492; RODRÍGUEZ TAMAYO, M. Op. Cit. Pág. 140; RAMOS ACEVEDO, J. y RAMOS ACEVEDO, A. Op. Cit. Págs. 343 a 346.

De esta manera, es menester clarificar que si la entidad decide utilizar el proceso de precalificación en el concurso de méritos⁷⁷, deberá convocar a los interesados a través del sistema virtual con la mención del proceso respectivo, los criterios que se tendrán en cuenta para integrar la lista de precalificación, el tipo de sorteo que se empleará para conformar la lista si el número de interesados supera el máximo preestablecido y el cronograma de precalificación⁷⁸. Una vez se evalúan los requisitos habilitantes, la entidad contratante deberá publicar un informe de precalificación⁷⁹ y proceder a la celebración de una audiencia donde efectuará el sorteo, recibirá los comentarios de los interesados y notificará la lista definitiva⁸⁰. En ningún caso la precalificación obligará a la entidad administrativa para dar apertura al proceso contractual⁸¹.

6.4.1. Diferencia entre la licitación pública y el concurso de méritos

El EGCA asimilaba el concurso de méritos al proceso licitatorio, al someter el primero a las reglas del segundo. Mensaje equivocado dado que conducía a suponer que el precio, factor importante en la licitación pública, era un criterio de selección en aquellos contratos donde debía premiarse la calidad y experiencia del proponente⁸². Desde luego, esta asimilación fue eliminada con la modificación legislativa efectuada con la Ley 1150/2007, donde se incorporaron las reglas y etapas propias de la modalidad de concurso.

Esto guarda sentido pues, si bien el concurso de méritos guarda similitudes con la licitación pública, al contener el sustrato común de todo procedimiento de contratación administrativa –esto es, la pretensión de vincular al mejor contratista posible–, se diferencia de aquella *en que la oposición emergente de la concurrencia tiene en vista las condiciones de orden técnico, científico, económico-financiero,*

⁷⁷ Vid., al detalle, RAMOS ACEVEDO, J. y RAMOS ACEVEDO, A. Ibidem, págs. 345 y 346.

⁷⁸ Artículo 2.2.1.2.1.3.4 DURSAPN.

⁷⁹ Artículo 2.2.1.2.1.3.5 DURSAPN.

⁸⁰ Artículo 2.2.1.2.1.3.6 DURSAPN.

⁸¹ Artículo 2.2.1.2.1.3.7 DURSAPN.

⁸² PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Pág. 231.

*cultural o artístico*⁸³. En otras palabras, es un método de selección de la persona más idónea para la prestación pública objeto del contrato, por lo cual priman sus condiciones personales y profesionales como candidato⁸⁴.

6.5. Contratación directa

La modalidad de contratación directa es una forma de selección del contratista cuya concurrencia de oferentes es limitada, dado que el tiempo es reducido para convocar a todos aquellos que podrían contar con interés en la ejecución del contrato o porque la calidad especializada de las partes no lo permiten⁸⁵. Por ello, en el derecho comparado este tipo de proceso contractual se conoce con la expresión *contrato negociado*, donde la entidad contratante y el colaborador de la Administración se ponen de acuerdo para la generación del contrato administrativo⁸⁶. Según la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la contratación directa *hace más flexible el procedimiento de elección y le da posibilidad a la Administración de que el trayecto de análisis de propuestas sea más ágil*⁸⁷. Por ello, esta modalidad se ha definido como:

[...] un procedimiento reglado excepcional y de aplicación e interpretación restrictiva, al cual pueden acudir las entidades públicas para celebrar contratos, en determinados eventos tipificados en la ley⁸⁸, en una forma más rápida, sencilla y expedita para la adquisición de bienes y servicios que por su cuantía, naturaleza o urgencia manifiesta, no precisa ni requiere de los formalismos y múltiples etapas y términos previstos para la licitación pública, aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública⁸⁹.

⁸³ DROMI, R. *Licitación...* Op. Cit. Pág. 123.

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Pág. 439.

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Secc. Tercera, radicado N° 253088CESEC3EXP2000N1296412964, agosto 10/2000. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁸⁸ “Como lo ha manifestado la Sala, debe tenerse en cuenta que es atribución exclusiva del legislador señalar los mecanismos de selección de los contratos que celebren las entidades del Estado, porque el constituyente confirió al legislador la competencia para regular el tema de la contratación estatal, campo en el cual la función del ejecutivo se limita a reglamentar las normas expedidas por aquél en orden a su correcta ejecución”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Secc. Tercera, radicado N° 2206631100103260002005000030029393, marzo 16/2006. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁸⁹ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Secc. Tercera, radicado N° 2273621100103260002003000140124715, dic. 3/2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Para la doctrina⁹⁰, la contratación directa es una modalidad de selección que no está sujeta de manera estricta a un proceso abierto donde pueda participar cualquier persona natural o jurídica, de hecho la invitación cuenta con un alcance restringido que se dirige a unos pocos escogidos. Empero, no puede entenderse que dicho proceso sea sinónimo de contratación subjetiva⁹¹, pues debe hacer aplicación de todos *los principios que orientan la actividad y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso*⁹². Por ejemplo, en aras de garantizar el principio de moralidad administrativa y evitar cualquier tipo de arbitrariedad, ventaja injustificada o uso irregular de los recursos estatales⁹³, por disposición del artículo 33 de la Ley 996/2005, *durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado*⁹⁴.

De esta manera, de acuerdo con el artículo 2.4 de la Ley 1150/2007 –modificado por el EAC y adicionado por el artículo 125 de la Ley 1753/2015–, procederá solamente en los siguientes casos: (i) urgencia manifiesta; (ii) contratación de empréstitos⁹⁵; (iii) celebración de contratos interadministrativos; (iv) contratación de bienes y servicios que necesiten reserva para su adquisición del sector de la Defensa⁹⁶ y del Departamento

⁹⁰ Vid., DROMI, R. *Derecho...* Op. Cit. Pág. 617; DROMI, R. *Licitación...* Op. Cit. Págs. 117 a 120; BERMÚDEZ MUÑOZ, M. <<Los procesos de selección>> en libro colectivo *Reforma al régimen de contratación estatal*. Universidad de los Andes. Bogotá, 2010. Pág. 105.

⁹¹ DÁVILA VINUEZA, L.G. Op. Cit. Pág. 492.

⁹² C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Secc. Tercera, radicado N° 20032747600123310001997050640117783, junio 4/2008. M.P. Myriam Guerrero de Escobar; C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Secc. Tercera, radicado N° 2275348500123310001996003090115324, sept. 29/2007. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹³ C.E., S. de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 2382, mayo 8/2018. M.P. Álvaro Namén Vargas.

⁹⁴ Para el caso del presidente o vicepresidente de la República que desea aplicar como candidato presidencial para una posible reelección, dicho impedimento comenzará seis (6) meses dado que es el término que tienen tales funcionarios para manifestar su intención (artículo 9 Ley 996/2005). Vid., C. Const, Sent. C-1153, nov. 11/2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹⁵ Desde luego, dada la naturaleza especializada de este tipo de contratos de crédito público, donde el contratista es una persona determinada y especializada para efectuar el préstamo, requieren la aplicación de la modalidad de contratación directa. De hecho, en la actualidad, este tipo de contratos cuenta con su régimen especial donde se integran principios y reglas propios.

⁹⁶ Artículo 2.2.1.2.1.4.6 DURSAPN: “Las Entidades Estatales no están obligadas a publicar los Documentos del Proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección

Administrativo Dirección Nacional de Inteligencia (DNI)⁹⁷; (v) celebración de contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; (vi) suscripción de contratos de encargo fiduciario donde una entidad territorial de inicio a un Acuerdo de Reestructuración de Pasivos; (vii) carencia de pluralidad de oferentes en el mercado⁹⁸; (viii) prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, así como de ejecución de trabajos artísticos con personas naturales⁹⁹; y (ix) arrendamiento o adquisición de inmuebles¹⁰⁰.

En todos estos casos, la Administración deberá expedir un acto administrativo de justificación para proceder a la modalidad de selección del contratista de contratación directa¹⁰¹. En dicho acto deberá incorporar la causa que invoca, el objeto a contratar, el presupuesto, las condiciones habilitantes adicionales del contratista y el lugar donde los interesados podrán conocer los estudios y documentos previos.

6.5.1. Urgencia manifiesta

Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva. En estos procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas”.

⁹⁷ Mediante el Decreto 4057/2011 fue suprimido el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) al cual se refería la Ley 1150/2007 en su texto original. A través del Decreto 4179/2011 se creó el Departamento Administrativo Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), como un organismo civil de seguridad, que desarrolla actividades de inteligencia estratégica y contrainteligencia, y, según el artículo 125 de dicha normativa, se empleará la contratación directa en la adquisición de bienes y servicios que necesiten reserva para su adquisición.

⁹⁸ De acuerdo con el artículo 80 del Decreto 1510/2013, incorporado en el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del DURSAPN, debe presentarse dos eventos: (i) que solo exista una persona que provea el bien o servicio, en razón al mercado, sus derechos de autor o propiedad industrial, o bien cuando sea proveedor exclusivo en razón a la ley; y (ii) que las anteriores circunstancias se registren en los estudios previos. Vid., RODRÍGUEZ TAMAYO, M. Op. Cit. Pág. 162.

⁹⁹ Según Dávila Vinuesa, este contrato es típicamente *intuitio personae*, donde el ámbito y finalidad de la contratación administrativa es la ejecución de un arte de característica excepcional. Sin embargo, por regla general, “[...] no se encuentra la necesidad que justifique la contratación de trabajos artísticos siendo que los escasos dineros públicos deben ser invertido con racionalidad, eficacia y eficiencia”. Op. Cit. Pág. 501.

¹⁰⁰ Si bien el contrato de arrendamiento y las operaciones relativas a la toma de bienes inmuebles ostentan su asidero en el derecho común, su definición restrictiva permite evitar que las entidades busquen celebrar estos contratos a través de otros mecanismo de selección poco técnicos. De hecho, según los artículos 2.2.1.2.1.4.10 y 2.2.1.2.1.4.11 del DURSAPN, la contratación directa se aplica cuando la entidad contratante funge en calidad de arrendadora como arrendataria. Vid., DÁVILA VINUEZA, L.G. Op. Cit. Pág. 505.

¹⁰¹ Artículo 2.2.1.2.1.4.1 DURSAPN.

El concepto de urgencia ostenta sus raíces en Francia, cuando, en el año de 1902, el Comisario del Gobierno Romieu lo concluyó como un *peligro inminente para la seguridad, salubridad y tranquilidad, que habilita a la administración a adoptar medidas contrarias a las reglas formales, procedimentales o competenciales existentes*¹⁰². Así, para la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹⁰³, la urgencia, anteriormente denominada evidente, es aquella que supone necesidades inmediatas de orden público, seguridad nacional o calamidad pública que ocasionan el surgimiento de ciertas necesidades que no pueden aguardar la inversión del tiempo necesario para tramitar el proceso licitatorio. Por ello, la urgencia manifiesta como causa excepcional para la procedencia de la modalidad de contratación directa debe ser concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva¹⁰⁴; dado que es procedente en aquellos eventos donde:

*[...] puede suscitarse la necesidad de remediar o evitar males presentes o futuros pero inminentes, provocados bien sea en virtud de los estados de excepción, o por la paralización de los servicios públicos, o provenientes de situaciones de calamidad o hechos constitutivos de fuerza mayor o desastres, o cualquier otra circunstancia similar que tampoco dé espera en su solución*¹⁰⁵, de tal manera que resulte inconveniente el trámite del proceso licitatorio de selección de contratistas reglado en el estatuto contractual, por cuanto implica el agotamiento de una serie de etapas que se toman su tiempo y hacen más o menos largo el lapso para adjudicar el respectivo contrato, circunstancia que, frente a una situación de urgencia obviamente resulta entorpecedora, porque la solución en estas condiciones, puede llegar tardíamente, cuando ya se haya producido o agravado el daño¹⁰⁶.

¹⁰² C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Secc. Tercera, radicado N° 20355852500023230001994052290114275, abril 27/2006. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁰³ C.E., S. de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 1412, agosto 4/1980. M.P. Jaime Paredes Tamayo.

¹⁰⁴ Vid., DROMI, R. *Derecho...* Op. Cit. Pág. 633 y 634; DROMI, R. *Licitación...* Op. Cit. Págs. 141 a 145.

¹⁰⁵ La situación de urgencia o emergencia es tan determinante en el comportamiento de la Administración que la ley autorizaba a la entidad contratante para proceder a efectuar ajustes presupuestales a los que hubiera lugar, conforme parágrafo del artículo 41 del EGCA. Sin embargo, tal previsión fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Vid., C. Const., Sent. C-772, dic. 10/1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

¹⁰⁶ Vid., C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Secc. Tercera-Subsección C, radicado N° 20056521100103260002007000550034425, feb. 2/2011. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Secc. Tercera, radicado N° 20355852500023230001994052290114275, abril 27/2006. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

En este sentido, conforme a los artículos 41 y 42 del EGCA, cuando se declara la urgencia manifiesta¹⁰⁷ mediante acto administrativo motivado, no será necesaria la suscripción del contrato administrativo, solo se requerirá la constancia escrita de la autorización impartida por la entidad contratante para dar paso a su ejecución y reconocimiento posterior al contratista de la remuneración¹⁰⁸. De hecho, el acto administrativo que declare la urgencia manifiesta será considerado el acto administrativo de justificación y, en tal caso, la entidad contratante no estará obligada a elaborar estudios y documentos previos¹⁰⁹.

6.5.2. Contratos interadministrativos

El artículo 24.1 del EGCA, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150/2007, incorporaba en la legislación administrativa el concepto de los convenios interadministrativos, el cual fue abandonado en el actual artículo 2.2 de esta última normativa. Si bien la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹¹⁰ reconoció que no existe mayor distinción entre los términos contrato y convenio administrativo, la doctrina¹¹¹ estima que existe una discusión de fondo relevante dado que, en la actualidad, las entidades administrativas se están transformando en contratistas de otras entidades estatales¹¹². Esto sin perjuicio de los casos donde los entes del Estado deciden establecer convenios con el fin de brindarse apoyo y

¹⁰⁷ Artículo 42 EGCA: “Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección públicos [...]”.

¹⁰⁸ PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Pág. 452.

¹⁰⁹ Artículo 2.2.1.2.1.4.2 DURSAPN.

¹¹⁰ C.E., S. de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 1881, abril 30/2008. M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

¹¹¹ Vid., RODRÍGUEZ TAMAYO, M. *La acción ejecutiva ante la jurisdicción administrativa*. Cuarta edición. Librería Jurídica Sánchez R. Medellín, 2013. Págs. 91 a 96; BERCAITZ, M.A. Op. Cit. Págs. 146 a 150; SUÁREZ BELTRÁN, G. *Estudios de...* Op. Cit. Pág. 138. Respecto de las diferencias entre los conceptos de contrato administrativo y convenio interadministrativo, Vid., CHAVES MARÍN, A.R. *Los convenios de la administración entre la gestión pública y la actividad contractual*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2008.

¹¹² RODRÍGUEZ TAMAYO, M. *Los contratos...* Op. Cit. Pág.152.

cooperación institucional¹¹³. Por ejemplo, los artículos 95 y 96 de la Ley 489/1998 reglamentan dos formas diversas de apoyo estatal entre las entidades: (i) la creación de un nuevo organismo administrativo, generalmente dotado de personalidad jurídica; y (ii) la celebración de convenios interadministrativos donde cada una de las entidades se comprometen a ejecutar determinada prestación sin que la actividad escape de su esfera funcional. Desde luego, no debe confundirse al contrato o convenio interadministrativo con un acto administrativo, pues el acta del acuerdo es producto de un consenso de voluntades generador de obligaciones entre las entidades que la suscriben¹¹⁴.

Según Rodríguez Tamayo¹¹⁵, el régimen de los contratos interadministrativos supone una serie de novedades: (i) se emplea la denominación entidad ejecutora a aquella que obre como contratista; (ii) la entidad ejecutora debe contar con la facultad de ejecutar contratos estatales, en los términos de sus estatutos o la ley; (iii) las instituciones de educación superior públicas¹¹⁶, las SEM con participación mayoritaria del Estado, las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por asociaciones de

¹¹³ “Tanto la colaboración como la coordinación implican el ejercicio conjunto de competencias por diferentes entes administrativos. En la colaboración, cada organismo administrativo de manera voluntaria aúna actividades con el objeto de optimizar resultados. Esta forma de relacionarse parte del principio de igualdad y el convenio interadministrativo resulta ser una herramienta adecuada para la consecución de los objetivos buscados. La coordinación en cambio remite a una materia común y la interrelación de entidades que sobre el mismo objeto tienen iguales competencias pero no de la misma amplitud, por tanto se requiere que se llegue a un acuerdo sobre el ejercicio de facultades de dirección de una de dichas entidades o de una "reunión" de representantes de las mismas, sin que esto nunca pueda implicar menoscabo en el ejercicio de la gestión que a cada ente administrativo corresponde [...]”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Secc. Tercera, radicado N° 20018752500023240002000007540135476, oct. 7/2009. M.P. Enrique Gil Botero.

¹¹⁴ Vid., C. Const, Sent. T-442, julio 4/2014. M.P. Gabriel Mendoza Martelo.

¹¹⁵ RODRÍGUEZ TAMAYO, M. *Los contratos...* Op. Cit. Págs. 155 a 156.

¹¹⁶ “En efecto, si bien el artículo 2.4.c de la ley 1.1.50 permite que las entidades estatales celebren ‘contratos interadministrativos’ –comúnmente denominados ‘convenios interadministrativos’–, sin importar –en principio– el objeto del negocio, bajo la modalidad de la contratación directa –de la misma manera que se hacía en vigencia de la ley 80 original–, también es cierto que otras normas establecieron algunas prohibiciones o excepciones a dicha regla general: Así, por ejemplo, tratándose de instituciones de educación superior, de cooperativas y asociaciones de entidades estatales, entre otras, lo cual demanda de la Sala un estudio profundo, general y matizado, que diferencie las entidades a las cuales les aplica esta prohibición de las que no, lo cual sólo se puede hacer en la sentencia”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Secc. Tercera, radicado N° 20032461100103260002008000180035177A, mayo 7/2008. M.P. Enrique Gil Botero.

entidades públicas¹¹⁷ y las federaciones de entidades territoriales¹¹⁸ no podrán celebrar contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación, encargos fiduciarios y fiducia pública, salvo que participen en condiciones de igualdad; (iv) la ejecución de los contratos interadministrativos está sujeta al EGCA, salvo norma especial; y (v) cuando la entidad ejecutora deba subcontratar para la ejecución de las prestaciones del contrato, no podrá, así como tampoco el subcontratista, vincular a personas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños o proyectos relativos al objeto contractual.

6.6. Contratación de mínima cuantía

La modalidad de contratación de mínima cuantía es un procedimiento de selección sencillo y ágil, incorporado en el régimen de contratación por el artículo 94 del EAC, cuya aplicación es extensible a todos los objetos contractuales, sin importar su naturaleza¹¹⁹, cuando su valor no supere el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la respectiva entidad contratante. En este procedimiento, no habrá lugar a evaluación de las ofertas en sus características, calidad o condiciones, para generar una puntuación, pues el precio es el factor determinante de la selección del proponente¹²⁰.

De esta manera, la estructura del proceso de mínima cuantía surge con la elaboración de los estudios previos, donde la entidad deberá describir de manera sucinta la necesidad a satisfacer y el objeto a contratar con sus respectivas condiciones

¹¹⁷ “Igualmente, se amplió la lista de contratos interadministrativos que, además de tener que estar relacionados con el objeto de la entidad ejecutora, deben sujetarse al sistema de licitación pública o selección abreviada; como se observa, a ella se adicionaron los contratos de ‘prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos’ y también los suscritos con Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas o federaciones de entidades territoriales [...]”. C.E., S. de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 2092, junio 28/2012. M.P. William Zambrano Cetina.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ Salvo en la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades (que se regirán por la selección abreviada a través de los Acuerdos Marco de Precios), así como en las causales de contratación directa (que se regirán por dicho trámite). Vid., C. Const., Sent.C-004, enero 18/2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹²⁰ Artículo 2.2.1.2.1.5.2.6 DURSAPN. Vid., DÁVILA VINUEZA, L.G. Op. Cit. Pág. 515.

técnicas¹²¹. Posteriormente, deberá efectuar la invitación a participar no menor a un (1) día con la indicación de los elementos descritos en los estudios previos y el valor estimado del contrato¹²². Luego, la entidad contratante deberá proferir el acta de cierre del proceso con la lista de oferentes –donde verificará el cumplimiento de los requisitos habilitantes y las condiciones impuestas en el pliego de condiciones–, proceder a la solicitud de subsanaciones –de ser necesario– y, por último, aceptar la oferta con el menor precio¹²³.

¹²¹ Artículo 2.2.1.2.1.5.1 DURSAPN.

¹²² Artículo 2.2.1.2.1.5.2 DURSAPN.

¹²³ Para esta modalidad de selección no es necesario que la Administración cumpla con la siguientes formalidades: que el oferente se encuentre escrito en el Registro Único de Proponentes, contar con un contenido mínimo en los estudios previos, el aviso de convocatoria y el pliego de condiciones, no deberá limitar la convocatoria a micros, pequeñas y medianas empresas, entre otras.

7.- LA ESTRUCTURA GENERAL DEL PROCESO DE SELECCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

Algunas de las situaciones que generan responsabilidad dentro de la fase precontractual proceden de una mala planeación del contrato. Más aún, y aunque se supere sin inconvenientes la etapa previa, la confección de los aspectos preliminares tiene incidencia, para bien o para mal, en la ejecución del contrato. En el enfoque negativo la situación puede llevar incluso a la nulidad absoluta del contrato por contrariar el principio de planeación¹. Así, la actividad de la Administración en esta instancia tiene el imperativo de darle cumplimiento a los principios de transparencia²,

¹ “En este sentido, la Sala reitera que en determinados y concretos eventos el desconocimiento del principio de planeación puede conllevar la configuración de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, cuando las falencias que producen esta mácula sean:

1. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que el objeto contractual no podrá ejecutarse.
2. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que la ejecución del contrato va a depender de circunstancias indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros.
3. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad.

En tales eventos el juez debe oficiosamente declarar la nulidad advertida, aunque se aclara que no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal conduce a la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51.489), diciembre 10/2015. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

² Artículo 24. “Del principio de transparencia. En virtud de este principio:
[...]

5o En los pliegos de condiciones:

- a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
- b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación
- c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.
- d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.
- e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.
- f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

economía³ y responsabilidad⁴ dispuestos en el EGCA (subsumidos en el principio de planeación⁵, que aunque no se enuncie formalmente en el estatuto, sí se reconoce

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”.

³ Artículo 25. “Del principio de economía. en virtud de este principio:

[...]

6o. Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

7o. 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 o al de la firma del contrato, según el caso.

12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño”.

⁴ Artículo 26. “Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio:

[...]

3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos”.

⁵ “Así las cosas, el principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y, aunque no fue definido por la ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, orientados todos a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado, como atrás se indicó.

En este orden de ideas, la elaboración de diseños, planos del proyecto y estudios completos siguen siendo indispensables para conocer el monto de la inversión y de esta manera determinar el procedimiento de selección que debe cumplirse, con lo cual se evita la pretermisión de las reglas y requisitos exigidos para la escogencia del contratista que resultan esenciales para adelantar la contratación en condiciones de validez y, además, para impedir que se pongan en riesgo los recursos públicos, puesto que de no contar con los documentos técnicos tampoco se conocerá el alcance del proyecto y fácilmente podría incurrirse en una contratación por un mayor valor del que realmente se requiere invertir en el respectivo proyecto.

Lo anterior evidencia, sin lugar a dudas, que la Administración está en el deber de satisfacer a plenitud los requisitos técnicos exigidos por la ley, previamente a adelantar el procedimiento de selección, con lo cual se garantiza la legalidad de los actos que expida a fin de seleccionar al contratista que colaborará con la administración en el cumplimiento de los cometidos de interés público, solo así el contrato podrá nacer en condiciones de validez y, si esto es así, los estudios, diseños y planos del proyecto se convierten en requisitos de validez del contrato”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección A, radicado N° 11001032600020090000901 (36.312), marzo 9/2016. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

jurisprudencialmente), que a la postre juegan un rol fundamental para la realización de los fines de la contratación estatal señalados en el artículo 3° del estatuto⁶, y que a su vez, propenden por darle sentido a las pautas de orden constitucional establecidas en los artículos 2°⁷ (fines esenciales del Estado), 209⁸ (cabal ejercicio de la función administrativa), 339⁹ (Plan nacional de desarrollo) y 341¹⁰ (ley del Plan nacional de desarrollo).

⁶ Artículo 3o. “De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

⁷ Artículo 2o. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

⁸ Artículo 209. “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

⁹ Artículo 339. “Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.

Las entidades territoriales elaborarán y adoptarán de manera concertada entre ellas y el gobierno nacional, planes de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley. Los planes de las entidades territoriales estarán conformados por una parte estratégica y un plan de inversiones de mediano y corto plazo”.

¹⁰ Artículo 341. “El gobierno elaborará el Plan Nacional de Desarrollo con participación activa de las autoridades de planeación, de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura y someterá el proyecto correspondiente al concepto del Consejo Nacional de Planeación; oída la opinión del Consejo procederá a efectuar las enmiendas que considere pertinentes y presentará el proyecto a consideración del Congreso, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo.

Con fundamento en el informe que elaboren las comisiones conjuntas de asuntos económicos, cada corporación discutirá y evaluará el plan en sesión plenaria. Los desacuerdos con el contenido de la parte general, si los hubiere, no serán obstáculo para que el gobierno ejecute las políticas propuestas en lo que sea de su competencia. No obstante, cuando el gobierno decida

Valga mencionar que dentro de la observancia del principio de planeación, la normatividad también impone a las entidades atender ciertos aspectos que versan sobre el manejo anual del presupuesto y los bienes, obras y servicios que se requieren. Para estos efectos se debe elaborar el *Plan anual de adquisiciones*, cuyas reglas de procedimiento y manejo están definidas en los artículos 2.2.1.1.1.4.1., 2.2.1.1.4.3. y 2.2.1.1.4.4. del DURSAPN¹¹. Ahora bien, las etapas que a continuación se analizarán guardan una íntima relación con los principios previamente mencionados. Las mismas están comprendidas de manera general dentro de la estructura de los procesos de selección del contratista.

modificar la parte general del plan deberá seguir el procedimiento indicado en el artículo siguiente.

El Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores, con todo, en las leyes anuales de presupuesto se podrán aumentar o disminuir las partidas y recursos aprobados en la ley del plan. Si el Congreso no aprueba el Plan Nacional de Inversiones Públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley.

El Congreso podrá modificar el Plan de Inversiones Públicas siempre y cuando se mantenga el equilibrio financiero. Cualquier incremento en las autorizaciones de endeudamiento solicitadas en el proyecto gubernamental o inclusión de proyectos de inversión no contemplados en él, requerirá el visto bueno del Gobierno Nacional”.

¹¹ Artículo 2.2.1.1.4.1. “Plan Anual de Adquisiciones. Las Entidades Estatales deben elaborar un Plan Anual de Adquisiciones, el cual debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir durante el año. En el Plan Anual de Adquisiciones, la Entidad Estatal debe señalar la necesidad y cuando conoce el bien, obra o servicio que satisface esa necesidad debe identificarlo utilizando el Clasificador de Bienes y Servicios, e indicar el valor estimado del contrato, el tipo de recursos con cargo a los cuales la Entidad Estatal pagará el bien, obra o servicio, la modalidad de selección del contratista, y la fecha aproximada en la cual la Entidad Estatal iniciará el Proceso de Contratación. Colombia Compra Eficiente establecerá los lineamientos y el formato que debe ser utilizado para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones”.

Artículo 2.2.1.1.4.3. “Publicación del Plan Anual de Adquisiciones. La Entidad Estatal debe publicar su Plan Anual de Adquisiciones y las actualizaciones del mismo en su página web y en el SECOP, en la forma que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente”.

Artículo 2.2.1.1.4.4. “Actualización del Plan Anual de Adquisiciones. La Entidad Estatal debe actualizar el Plan Anual de Adquisiciones por lo menos una vez durante su vigencia, en la forma y la oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente.

La Entidad Estatal debe actualizar el Plan Anual de Adquisiciones cuando: (i) haya ajustes en los cronogramas de adquisición, valores, modalidad de selección, origen de los recursos; (ii) para incluir nuevas obras, bienes y/o servicios; (iii) excluir obras, bienes y/o servicios; o (iv) modificar el presupuesto anual de adquisiciones”.

7.1. Los estudios previos

Según lo define el artículo 2.2.1.1.2.1.1. del DURSAPN, los estudios y documentos previos *son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato*. En este artículo también están fijados los elementos mínimos que estos deben contener¹². La importancia de los estudios previos consiste en que aquí están comprendidos todos los documentos que corresponden a la planeación del contrato y que sirven como base para la elaboración del pliego de condiciones. La Ley 1150/2007¹³ y el DURSAPN¹⁴ señalan la obligación para la entidad de publicar y poner a disposición pública (para tal fin se utilizará la página del Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP¹⁵), junto al proyecto de pliegos de condiciones, los estudios y documentos previos, con el propósito de que se le pueden hacer observaciones por parte de los posibles interesados en ofertar. Complementan las anteriores exigencias las que establece el artículo 25.12 del EGCA, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474/2011, en el sentido de hacer obligatorio, previa a la apertura

¹² Artículo 2.2.1.1.2.1.1. “Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.
2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.
3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.
4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.
5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.
6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.
7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.
8. La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.

El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía”.

¹³ Artículo 8 Ley 1150/2007.

¹⁴ Artículo 2.2.1.1.2.1.1. DURSAPN.

¹⁵ Artículo 2.2.1.1.1.7.1. DURSAPN.

de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso de que se trate de la modalidad de contratación directa, la elaboración de la elaboración de *los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda*. Si se tratase de un contrato de obra, se *deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño*. Esta serie de requisitos están encaminados a no dejar margen a la improvisación y poder construir con acierto unas reglas claras que después se verán plasmadas en el pliego de condiciones.

Los estudios previos son obligatorios en cualesquiera de las modalidades de selección y su nivel de complejidad por supuesto depende del objeto y tipo contractual. No obstante, para las situaciones donde se acoja la modalidad de contratación directa en su variante de urgencia manifiesta, dado el carácter de esta situación, no se hace necesaria la realización de estudios previos¹⁶. En los contratos de empréstitos, interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, para adquirir bienes y servicios en el sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección, procesos que por su naturaleza, están sujetos a reserva, no serán públicos los estudios y documentos previos¹⁷. Entretanto, para la contratación de mínima cuantía, los requisitos que deben contener los estudios previos se relajan en comparación a lo exigido como regla general¹⁸.

El Consejo de Estado ha explicado la importancia de esta etapa en múltiples pronunciamientos¹⁹. Un rasgo relevante que amerita ser corregido por el legislador es el

¹⁶ Artículo 2.2.1.2.1.4.2. DURSAPN.

¹⁷ Artículos 2.2.1.2.1.4.3. y 2.2.1.2.1.4.6. DURSAPN.

¹⁸ Artículo 2.2.1.2.1.5.1. DURSAPN.

¹⁹ “Así, pues, todo proyecto que vaya a ser emprendido por las entidades estatales debe estar precedido de un conjunto de estudios tendientes a establecer su viabilidad técnica y económica, así como el impacto que haya de tener en la satisfacción de las necesidades públicas.

La importancia de un estudio previo por parte de la administración antes de la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato permite:(i) identificar la real necesidad de la Administración; (ii) establecer todas las características que individualicen el bien o bienes requeridos; y (iii) asignarle una partida presupuestal dentro del presupuesto de la entidad.

precario contenido existente en el EGCA sobre los requisitos que conforman los documentos y estudios previos. De alguna manera se ha desplazado su desarrollo a las reglamentaciones, que siempre tienen la limitación de no poder ir más allá de lo que la propia atribución les permite. Paradójicamente, no puede dejarse pasar por alto mencionar que exceder la facultad reglamentaria ha sido un hábito muy frecuente en los decretos que han reglamentado el estatuto de contratación.

7.2. El proyecto de pliego de condiciones

Una de las valiosas novedades que introdujo la Ley 1150/2007²⁰ fue la obligatoriedad para la entidad de preparar un proyecto de pliego de condiciones que deberá ser publicado en el SECOP junto a los estudios y documentos previos. El propósito de esta manifestación es dar a conocer públicamente y con antelación a los interesados, las reglas y posibles condiciones que contendrá el pliego definitivo, con la posibilidad de que se presenten observaciones, comentarios y sugerencias que le servirán de base a la Administración para mejorar o aclarar los documentos e incluirlas si se consideran valiosas en el pliego de condiciones. Estas apreciaciones se podrán hacer a partir de la fecha de publicación del proyecto de pliego de condiciones durante

Es por ello que durante la fase de preparación del contrato se deben identificar de forma clara y completa los bienes y servicios requeridos por la Administración, por cuanto la identificación del objeto no puede cumplirse con la enunciación vaga o indeterminada de tales bienes y servicios, sino con toda la información necesaria que permita concretar su especie; por esta razón, los pliegos de condiciones deben contar con la suficiente información técnica, en la cual se describan de manera minuciosa las calidades, características y cantidades de los elementos requeridos por la Administración”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 85001233100019960030701 (16.106), julio 22/2009. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁰ Artículo 8o. “De la publicación de proyectos de pliegos de condiciones, y estudios previos. Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuánime, suficiente y oportuna.

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.

Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración.

Las entidades deberán publicar las razones por las cuales se acogen o rechazan las observaciones a los proyectos de pliegos.

Parágrafo. No es obligatorio contar con disponibilidad presupuestal para realizar la publicación del proyecto de pliego de condiciones”.

un término de diez días hábiles cuando se trate de la modalidad de selección de licitación pública, y de cinco días hábiles si es una selección abreviada o concurso de méritos.

Las observaciones que se realicen serán también publicadas, junto a las respuestas de la entidad –que bien podrán acoger o rechazar los comentarios–, para efectos de preservar la transparencia del procedimiento²¹. La publicación del proyecto de pliego de condiciones con los documentos previos no genera ningún tipo de obligación de dar apertura al proceso de selección que se menciona, por lo que tampoco su puesta en conocimiento produce evento alguno de responsabilidad precontractual. Recientemente, la Ley 1882/2018 dispuso que no es necesario contar con la disponibilidad presupuestal para publicar el proyecto de pliego de condiciones²².

7.3. Publicación del acto de apertura

El acto de apertura es un acto administrativo motivado, de carácter general, que anuncia la decisión oficial de la Administración de dar inicio al proceso de selección bien sea en la modalidad de licitación pública, selección abreviada o concurso de méritos. En la motivación se deben dar las razones de conveniencia, oportunidad y todas aquellas que sirvieron de soporte para los estudios y documentos previos. El acto administrativo deberá ser publicado en el SECOP, en las condiciones que se señalan en el artículo 30.1 del EGCA²³, y en el artículo 2.2.1.1.2.1.5. del DURSAPN²⁴.

²¹ Artículos 2.2.1.1.1.7.1. y 2.2.1.1.2.1.4. DURSAPN.

²² Artículo 6º Ley 1882/2018.

²³ Artículo 30. “De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

1o. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado.

De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad”.

²⁴ Artículo 2.2.1.1.2.1.5. “Acto administrativo de apertura del proceso de selección. La Entidad Estatal debe ordenar la apertura del proceso de selección, mediante acto administrativo de carácter general, sin perjuicio de lo dispuesto en las Disposiciones Especiales para las modalidades de selección, previstas en el capítulo 2 del presente título.

Es a partir del acto administrativo de apertura que se comienzan a producir eventos de responsabilidad para la Administración por los efectos y la serie de situaciones que se crean, pese a que por la misma naturaleza del acto (general) no sean de carácter particular y concreto. Empero, aunque se trate de un acto administrativo general, la expectativa que se suscita, la posterior presentación de las propuestas por parte de los oferentes, de acuerdo a las condiciones de la oferta (asunto que se analizará en el próximo capítulo), con la formación del negocio jurídico, comprenden circunstancias que podrían resultar en un posible daño *in contrahendo*.

Es preciso destacar en este punto un aspecto que vía reglamento se estableció en aras de acentuar el rigor en la planeación, que es el aviso de convocatoria (artículo 2.2.1.1.2.1.2. del DURSAPN²⁵). Ni el EGCA ni sus reformas mencionan este paso que

El acto administrativo de que trata el presente artículo debe señalar:

1. El objeto de la contratación a realizar.
2. La modalidad de selección que corresponda a la contratación.
3. El Cronograma.
4. El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condiciones y los estudios y documentos previos.
5. La convocatoria para las veedurías ciudadanas.
6. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.
7. Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección”.

²⁵ Artículo 2.2.1.1.2.1.2. “Aviso de convocatoria. El aviso de convocatoria para participar en un proceso de contratación debe contener la siguiente información, además de lo establecido para cada modalidad de selección:

1. El nombre y dirección de la Entidad Estatal.
2. La dirección, el correo electrónico y el teléfono en donde la Entidad Estatal atenderá a los interesados en el Proceso de Contratación, y la dirección y el correo electrónico en donde los proponentes deben presentar los documentos en desarrollo del Proceso de Contratación.
3. El objeto del contrato a celebrar, identificando las cantidades a adquirir.
4. La modalidad de selección del contratista.
5. El plazo estimado del contrato.
6. La fecha límite en la cual los interesados deben presentar su oferta y el lugar y forma de presentación de la misma.
7. El valor estimado del contrato y la manifestación expresa de que la Entidad Estatal cuenta con la disponibilidad presupuestal.
8. Mención de si la contratación está cobijada por un Acuerdo Comercial.
9. Mención de si la convocatoria es susceptible de ser limitada a Mipyme.
10. Enumeración y breve descripción de las condiciones para participar en el Proceso de Contratación.
11. Indicar si en el Proceso de Contratación hay lugar a precalificación.
12. El cronograma.
13. La forma como los interesados pueden consultar los documentos del proceso.

se ubica, de acuerdo al orden del reglamento, dentro de las etapas del proceso de selección. Sin embargo, y como el decreto reglamentario no especifica cuál es el lugar que en el interior de esa construcción ordenada de la fase precontractual se sitúa el aviso de convocatoria, la práctica ha hecho que las entidades publiquen este aviso al mismo tiempo que el proyecto de pliego de condiciones y los documentos y estudios previos. Pese a esto, autores como Dávila Vinueza sostienen de manera crítica que “en esta instancia no es necesario dictar aviso de convocatoria²⁶”, pues “todo ello solo es trascendente una vez se haya abierto formalmente el proceso²⁷”. Por esta razón, y compartiendo lo expuesto por el autor, considero que el aviso de convocatoria debe publicarse a la par del acto de apertura y del pliego de condiciones, que es el momento en que se da apertura al proceso de selección y tiene valor darle a conocer a los interesados el mismo, pretensión última del aviso de marras. A propósito, teniendo en cuenta lo comentado, dado que el aviso de convocatoria es un paso impuesto por el reglamento que no figura en la ley, su inclusión tiene todos los visos de ilegalidad, si bien, mientras no sea determinado así por la jurisdicción contenciosa, tendrá plena vigencia.

7.4. El pliego de condiciones

Unido al acto administrativo de apertura se debe publicar el pliego de condiciones, documento este que se considera el más importante dentro de todos los incluidos en la actividad contractual²⁸. En él están contenidas las reglas a las que, con

En los Procesos de Contratación adelantados bajo las modalidades de selección de mínima cuantía y contratación directa, no es necesaria la expedición y publicación del aviso de convocatoria en el SECOP”.

²⁶ DÁVILA VINUEZA, L.G. Op. Cit. Pág. 403.

²⁷ Ídem.

²⁸ Una definición muy completa del pliego de condiciones la da Escobar Gil: “Se entiende por pliego de condiciones o términos de referencia, el conjunto de reglas que elabora la Administración Pública para disciplinar el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el contenido y alcances del contrato. Es así, como los pliegos de condiciones regulan el contrato estatal en su integridad, estableciendo una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la Administración Pública y los particulares, que se aplica a la etapa de formación de la voluntad, al cumplimiento de los derechos y obligaciones que emanan del contrato y a la fase de liquidación final”. ESCOBAR GIL, R. *Teoría general de...* Op. Cit. Pág. 72.

carácter obligatorio, deben ceñirse la Administración y los proponentes en el proceso de selección.

Adicionalmente, las repercusiones de las pautas del pliego de condiciones se expanden hasta el contrato y su ejecución, no por nada considerado sin equívocos por la doctrina con el clásico rótulo de ser la ley del contrato. A este respecto, el Consejo de Estado, en sus pronunciamientos, se ha inclinado de manera reiterada, ante situaciones de antinomia entre el pliego y el contrato, por darle prevalencia al primero²⁹. Sobre la naturaleza y características del pliego de condiciones, la máxima corporación de lo contencioso administrativo señaló recientemente:

Como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia, el pliego de condiciones es un acto administrativo de carácter general, que contiene las normas que rigen el procedimiento de la licitación pública y el contrato a adjudicar. En virtud de su obligatoriedad, tanto para los proponentes como para la misma entidad licitante, ha sido denominado ley del procedimiento de selección y ley del futuro contrato, por cuanto sus disposiciones, se imponen a todos los

²⁹ “La Sala ha considerado que el pliego es la ley del contrato y, que frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer aquél; el pliego, según la jurisprudencia, contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente sus disposiciones del pliego en el contrato que han de celebrar. Ahora bien, para precisar el alcance de esta orientación jurisprudencial, conviene tener en cuenta que, en el pliego de condiciones, se distinguen dos grupos normativos: los que rigen el procedimiento de selección del contratista y los que fijan el contenido del contrato que habrá de suscribirse. Respecto del primero 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. En relación con el segundo grupo, es decir con las normas que establecen las disposiciones jurídico negociales del contrato a celebrarse, la intangibilidad del pliego garantiza la efectividad de los derechos y obligaciones previstos para los futuros cocontratantes. Por tanto, no es procedente modificar ilimitadamente el pliego, mediante la celebración de un contrato que contenga cláusulas ajenas a las previstas en aquél, porque ello comporta una vulneración de las facultades y derechos generados en favor de los sujetos que participan en el procedimiento de selección del contratista: oferentes y entidad. Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse. Sin embargo, es posible que, con posterioridad a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el pliego. En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados en favor de la entidad y el adjudicatario”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 25000-23-26-000-1993-08696-01 (10.779), enero 29/2004. M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

participantes en dicho procedimiento, tendiente a seleccionar la propuesta más favorable para la entidad, y despliegan sus efectos aún más allá de la decisión de adjudicación, irradiando al negocio jurídico que, como resultado de la misma, sea celebrado.

De su naturaleza obligatoria, se deriva así mismo, la intangibilidad del pliego de condiciones, que, en principio, lo torna inmodificable, con la sola excepción de aquellos eventos en los que, a petición de los interesados, y como fruto de la audiencia de aclaración de pliegos, antes del cierre de la licitación, se pueden aclarar puntos oscuros, ambiguos o dudosos, a través de adendas; pero que, después de cerrada la licitación –es decir, cuando ya no se pueden presentar más ofertas y lo que sigue es la etapa de evaluación y calificación de las presentadas-, resulta inadmisibles cualquier cambio en los términos de dicho pliego, que entonces se torna absolutamente intangible.

Las anteriores características del pliego, permiten predicar que obra una carga de claridad y precisión en su elaboración, que pesa sobre la entidad encargada de la misma, y que se traduce en que a ella le corresponde soportar las consecuencias que se deriven de los errores, vacíos, ambigüedades, etc., que se puedan presentar en el pliego de condiciones y que incidan en el procedimiento de selección del contratista.

Por ello, en la etapa de evaluación de las propuestas, así ella advierta un defecto de esas características que afecte dicha labor, la entidad licitante no puede, so pretexto de facilitar la tarea, proceder a modificar los factores de calificación y ponderación de las ofertas incluidos en el pliego de condiciones, que debe aplicarse tal y como fue elaborado³⁰.

A la letra del artículo 24.5 del EGCA³¹, los pliegos de condiciones deben contener una serie de pautas formales, norma que debe ser armonizada con los artículos 25.15 del estatuto³², 5 de la Ley 1150/2007³³, 12 de la Ley 1508/2012³⁴, y su vez

³⁰ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección A, radicado N° 25000-23-26-000-2007-00677-01(39.945), octubre 25/2019. M.P. María Adriana Marín.

³¹ Vid. supra, pág. 1, n. 2.

³² Artículo 25. “Del principio de economía. en virtud de este principio:

[...]

5. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales”.

³³ “Artículo 5o. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. en consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. la exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. la verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las cámaras de comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. 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. en los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. la entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

en los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. en los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. de conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

en ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

Parágrafo 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. en consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

Parágrafo 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.

Parágrafo 3o. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.

Parágrafo 4o. En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Parágrafo 5o. En los procesos de contratación, las entidades estatales deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares”.

³⁴ Artículo 12. “Factores de selección objetiva. En los procesos de selección que se estructuren para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública o que requieran desembolsos de recursos públicos, la selección objetiva se materializará mediante la selección del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes en estas contrataciones, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

atendiendo lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.1.3. del reglamentario Decreto DURSAPN³⁵, el cual hace una síntesis de los requisitos mínimos de exigencia para los oferentes. Asimismo, el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del DURSAPN³⁶ se encarga de reglamentar lo concerniente a los requisitos habilitantes del pliego de condiciones (de

12.1 La capacidad jurídica, la capacidad financiera o de financiación y la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, serán objeto de verificación documental de cumplimiento por parte de las entidades estatales como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje. en estos casos no se exigirá registro único de proponentes y la presentación de esta documentación será subsanable, en los términos establecidos en el estatuto general de contratación.

12.2 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, represente la mejor oferta o la mejor relación costo-beneficio para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. dentro de tales criterios las entidades podrán considerar los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al estado según sea el caso, contraprestaciones ofrecidas por el oferente salvo en caso de contraprestaciones reguladas o tarifas a ser cobradas a los usuarios, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del contrato”.

³⁵ Artículo 2.2.1.1.2.1.3. “Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.
2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.
3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.
4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.
5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.
6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.
7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.
8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.
9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.
10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.
11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.
12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.
13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas.
14. El Cronograma”.

³⁶ Artículo 2.2.1.1.1.6.2. “Determinación de los requisitos habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes”.

los que tratan los ya mencionados artículos 5 de la Ley 1150/2007 y 12 de la Ley 1508/2012).

Complementan lo relativo al pliego de condiciones la reciente Ley 1882/2018, que en su artículo 4 se refiere a la adopción de pliegos tipo en los procesos de selección que se adelanten para los contratos de obras, interventoría de obras, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras y consultoría en ingeniería para obras³⁷. Este artículo ha sido reglamentado en parte por el Decreto 342/2019³⁸.

Atención especial merece lo alusivo a las adendas del pliego de condiciones. La versión original del EGCA no hizo mención a la opción de proferir adendas al pliego de condiciones, posición rectificada en la Ley 1474/2011, que en su artículo 89 introdujo esta posibilidad hasta *dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección* en una reformulación del artículo 30.5 inciso 2 del EGCA. El desarrollo reglamentario de este precepto se encuentra en el artículo 2.2.1.1.2.2.1. del DURSAPN³⁹, cuyo último inciso fija un plazo para las adendas en los procesos de selección distintos para la licitación. Empero, el artículo 30 del EGCA, en la estructura que traza, hace referencia solamente a la licitación pública, dejando por fuera a los demás procesos de selección. Dicho de otra manera, no nombra que se puedan expedir adendas a los pliegos de los otros procesos de selección. Insistiendo: por ley las adendas únicamente son viables para la licitación. Así las cosas, el reglamento resulta una flagrante contravención a la ley. Por inverosímil que parezca, y pasados cinco años de expedido el DURSAPN, no existe hasta el momento pronunciamiento jurisprudencial con respecto a este tema.

³⁷ Vid. supra, cap. 3.

³⁸ Ídem.

³⁹ Artículo 2.2.1.1.2.2.1. “Modificación de los pliegos de condiciones. La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

La Entidad Estatal puede expedir Adendas para modificar el cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato.

La Entidad Estatal debe publicar las Adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación”.

7.5. Presentación de las ofertas

La presentación de las ofertas es considerada como el cierre del proceso de selección (circunstancia que opera para las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos) y hace parte de lo que comúnmente se conoce como el plazo. De acuerdo a lo descrito por J. Ramos Acevedo y A. Ramos Acevedo, el plazo es *el término que debe transcurrir entre la fecha de apertura a partir del cual se pueden presentar las propuestas (ofertas) y la de la fecha de cierre, de acuerdo con el objeto, naturaleza y cuantía del contrato*⁴⁰. El artículo 30.6 del EGCA ordena que *las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones*. Además, dispone que los proponentes *pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación*.

Estas reglas, pese a estar establecidas para la licitación pública, se extrapolan a las modalidades de selección de selección abreviada y concurso de méritos pues en nada contrarían la ley, dado el sentido general y conveniente en que fueron configuradas. Los proponentes tienen también la obligación de adjuntar a su oferta la garantía de seriedad, conforme reza el artículo 7 de la Ley 1150/2007⁴¹. Este pormenor no puede pasar

⁴⁰ RAMOS ACEVEDO, J. y RAMOS ACEVEDO, A. Op. Cit. Pág. 143.

⁴¹ Artículo 7o. “De las garantías en la contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla,

inadvertido si se tiene en cuenta que en él podría devenir una situación de configuración de responsabilidad precontractual, la cual se estudiará más adelante.

La Ley 1882/2018 implementó una valiosa novedad en los procesos de selección de licitación pública para adjudicar contratos de obra en cuanto a la presentación de la propuesta. La nueva disposición prevé que la propuesta se compone de dos sobres, uno de ellos contendrá el cumplimiento de los requisitos habilitantes (capacidad administrativa, operacional, financiera y experiencia) y lo relacionado con los factores que otorguen puntuación distintos a la oferta económica⁴². El otro sobre corresponde a la propuesta económica. En esta mecánica, la oferta económica solo es abierta al momento de celebrarse la audiencia de adjudicación, con lo que se busca fomentar la transparencia combatiendo ciertas prácticas que hicieron carrera como ya se explicaba en el capítulo 3.

7.6. Evaluación de las ofertas e informe de evaluación

La entidad encargará para la evaluación de las ofertas a un comité evaluador⁴³. Este estará conformado por un grupo de personas de diversas calidades a nivel de experticia, profesional y técnico, acorde con el objeto a contratar. La ley solo obliga a que el comité evaluador se constituya como tal para los procesos de selección de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos. Quienes hagan parte del comité pueden ser funcionarios de la misma entidad o personal contratado específicamente para estos fines. Sus miembros estarán sujetos a las responsabilidades que en razón de sus acciones contemplan las normas y asimismo al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y de conflictos de intereses. Para tomar su decisión, el comité evaluador emitirá un informe llamado de evaluación, que se publicará en la página del SECOP. El contenido de este informe debe acogerse estrictamente a lo dispuesto en el pliego de condiciones, a las reglas de la selección objetiva que dicta el

atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento”.

⁴² Vid. supra, cap. 3.

⁴³ Artículo 2.2.1.1.2.2.3. DURSAPN.

artículo 5 de la Ley 1150/2007⁴⁴ y a las del ofrecimiento más favorable al tenor del artículo 2.2.1.1.2.2.2. del DURSAPN⁴⁵.

La doctrina en lo contencioso administrativo ha expuesto de manera reiterada su postura sobre los criterios para realizar la evaluación⁴⁶. Sobre este particular, algunos

⁴⁴ Vid. supra, n. 33.

⁴⁵ Artículo 2.2.1.1.2.2.2. “Ofrecimiento más favorable. La Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista.

En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:

1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.
2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.
3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la Entidad, entre otras.
4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.

La Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.

La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido”.

⁴⁶ “Uno de los asuntos que necesariamente debe estar delimitado de forma precisa en el pliego de condiciones, es el referente a los criterios de evaluación que guiarán al comité conformado para analizar, calificar las propuestas y determinar el adjudicatario del contrato.

El adecuado desarrollo de este aspecto en los pliegos permite la materialización del principio de transparencia que impone que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección, de tal suerte que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue.

Así mismo, la delimitación de los preceptos que deben guiar la estructuración de las propuestas y la fijación de unos criterios de evaluación claros, permiten que la actividad que despliega el comité asesor de la entidad sea una actividad reglada, pues la evaluación y calificación que éste realice de las propuestas presentadas no se sujetará a criterios caprichosos o subjetivos fijados a su arbitrio, sino a los estrictos parámetros y reglas fijadas previamente por la administración en el pliego de condiciones. Lo mismo se puede predicar del informe de calificación y evaluación de las propuestas, que es el documento a través del cual el comité asesor da a conocer a los

escenarios de responsabilidad precontractual se desprenden de una indebida aplicación de los criterios de evaluación que la ley estima de exigencia para la Administración. En tal sentido, si alguno de los proponentes pretende objetar el informe de evaluación porque considera que este contraría las preceptivas legales, tendrá que demandar el acto de adjudicación⁴⁷. Una de las razones que ha dado el Consejo de Estado a lo anterior es que el informe de evaluación no es un acto administrativo, sino un documento preparatorio de la decisión final que se verá reflejada en el acto administrativo de adjudicación.

Entretanto, aunque la ley nada dice al respecto (el derogado Decreto 2478/2008 sí lo consideraba) existe la posibilidad de que el representante legal de la entidad se aparte de la decisión tomada por el comité evaluador. La normatividad no lo prohíbe y entendiendo que quien tiene la competencia para ordenar y dirigir el proceso de selección es el jefe o representante legal de la entidad⁴⁸, si se advierte, por ejemplo, alguna anomalía en la evaluación, el representante puede adoptar una posición distinta, motivando, desde luego, su decisión. El Consejo de Estado precisa en relación a esto:

En desarrollo de este precepto es al representante legal de la entidad contratante, en su calidad de director del proceso de selección al que le corresponde designar un comité asesor que previamente a la adjudicación deberá evaluar y calificar las propuestas presentadas con sujeción estricta a las reglas y parámetros objetivos previstos en el pliego de condiciones.

De ésta forma se entiende que la actividad que despliega el comité asesor de la entidad es una actividad reglada, pues la evaluación y calificación que éste realice de las propuestas presentadas no puede sujetarse a criterios caprichosos o subjetivos fijados a su arbitrio, sino a los estrictos parámetros y reglas fijadas previamente por la administración en el pliego de condiciones.

Así las cosas, tampoco puede entenderse que el informe de calificación y evaluación de las propuestas, que es el documento a través del cual el comité asesor da a conocer a los oferentes la calificación que le otorgó a sus propuestas conforme a los parámetros y reglas previstas en el pliego de condiciones, pueda ser producto de una actividad caprichosa o

oferentes la calificación que le otorgó a sus propuestas conforme a los parámetros y reglas previstas en el pliego de condiciones”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 15001-23-31-000-2007-00640-01 (54.919), enero 27/2016. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴⁷ “...Se colige que el informe de evaluación de las ofertas, cuando se pone a disposición de los proponentes, se considera un acto de simple trámite que no es susceptible de recursos, y que en este caso de violación de la normatividad vigente el interesado sólo podrá proceder mediante la acción de nulidad del acto de adjudicación”. MATA LLANA CAMACHO, E. Op. Cit. Págs. 602 y 603. Vid., C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 12.663, octubre 18/2000. M.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁴⁸ Artículos 11, 12, 25.9, 26.5 EGCA.

arbitraria, sino que es producto de una actividad reglada sujeta a las previsiones legales y al pliego de condiciones.

No obstante lo anterior, dicho informe no le confiere al proponente que obtuvo el mayor puntaje de calificación el derecho a ser adjudicatario del respectivo contrato, estando el jefe o representante legal de la entidad en la potestad de corregir o modificar la mencionada calificación siempre y cuando esa modificación o corrección se ajuste a las reglas previstas en los pliegos de condiciones o cuando considere que se torna necesario por encontrar que las observaciones presentadas por los oferentes son pertinentes y se ajustan a la normatividad que rige la licitación.

Con otras palabras, el director de la adjudicación o representante legal de la entidad estatal contratante podrá apartarse de la evaluación y calificación de las propuestas efectuada por el comité asesor, siempre y cuando advierta que ésta no se sujetó a las reglas y parámetros objetivos señalados en el pliego de condiciones.

En este orden de ideas, el informe de evaluación y calificación de las propuestas se constituye en un acto de trámite, pues no consolida una situación jurídica en favor del proponente y tampoco pone fin al proceso de selección respectiva, siendo entonces el acto de adjudicación el acto definitivo, pues por medio de éste se consolida la nueva situación jurídica en favor del proponente y pone fin al respectivo proceso de selección.

En conclusión, el informe de calificación y evaluación de las propuestas no crea en favor del proponente que obtuvo el mayor puntaje el derecho a ser adjudicatario del contrato, pues en últimas se encuentra en cabeza del representante legal de la entidad la selección del contratista, quién va a verificar que la calificación otorgada por el comité asesor se sujetó a las reglas y parámetros objetivos fijados en el pliego de condiciones.

No obstante lo anterior, el representante legal de la entidad únicamente puede apartarse de la calificación del comité de la entidad por razones de legalidad, es decir, por la violación a las normas contenidas en la Constitución, en la ley o en los pliegos de condiciones, o a los principios constitucionales y legales.

La decisión del representante legal de la entidad de apartarse de la calificación del comité no es una decisión de carácter discrecional, pues no queda al arbitrio, conveniencia u oportunidad de éste, razón por la cual por regla general se debe ordenar la realización de una nueva calificación a la luz de las reglas contenidas en los pliegos de condiciones, en la Constitución o en la ley⁴⁹.

Conforme al artículo 24.2 del EGCA, en los procesos contractuales, los oferentes siempre deben tener la oportunidad de conocer y controvertir los informes y decisiones que se adopten, en etapas que se establecerán para dar a conocer las actuaciones y de esta manera permitir observaciones. En la licitación pública, puntualmente, una vez sea publicado el informe de evaluación en el SECOP, se les dará a los oferentes un traslado por cinco días para que presenten sus observaciones⁵⁰. Aquí no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas. Estas observaciones deberán ser resueltas por la entidad antes de la adjudicación, no solamente para garantizar la transparencia del procedimiento, sino también porque estas

⁴⁹ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 81001-23-31-000-1997-00678-01 (57.783), febrero 20/2017. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁰ Artículo 30.8 EGCA.

respuestas servirán de insumo a los oferentes para preparar los argumentos que presentarán en la adjudicación durante sus intervenciones, lo que ahorra tiempo en trámites que normalmente traban el desarrollo de la instancia final, en el supuesto de que se dieran a conocer en la misma adjudicación. De otro lado, tal como se estudió en el capítulo 3 y se menciona en el numeral precedente, la Ley 1882/2018 introdujo un procedimiento especial para la evaluación de las propuestas en los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra.

7.7. Adjudicación

Publicado el informe de evaluación y resueltas las observaciones interpuestas por los oferentes (en caso de haberse presentado estas), evento en el cual la entidad podrá variar el orden de elegibilidad o confirmar lo expuesto en el informe de evaluación, se procederá, siguiendo los plazos y el cronograma dispuesto en los pliegos de condiciones, a la adjudicación del proceso de selección. Palacio Hincapié llama a la fase de adjudicación como aquella que *corresponde a la manifestación de voluntad de la entidad, en la cual acepta la oferta que resultó ser más favorable, atendiendo los criterios objetivos de selección*⁵¹. La CPC, en su artículo 273, y el artículo 9 de la Ley 1150/2007⁵² establecen que en tratándose de la modalidad de selección por licitación

⁵¹ El autor remarca: “Se puede decir que allí culmina el proceso de licitación, pues solo queda pendiente la suscripción del contrato, en los eventos que ello es procedente, y su perfección”. PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Pág. 341.

⁵² Artículo 9o. “De la adjudicación. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

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

Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar”.

pública sea obligatoria la celebración de una audiencia pública de adjudicación. No obsta esto para que en procesos de selección abreviada o concurso de méritos la entidad opte por realizar la audiencia –la ley no lo impide–. La disposición constitucional advierte que a solicitud de los proponentes o de las autoridades de control fiscal se ordenará que el acto de adjudicación tenga lugar en audiencia pública. Esta situación se reguló así en vista de que en ese momento (el texto constitucional es de 1991) las normas en materia de contratación no preveían la obligatoriedad de la audiencia pública de adjudicación en la licitación. La versión inicial del EGCA (1993) tampoco lo contempló, pero tras la expedición de la Ley 1150/2007 ya no fue necesario recurrir a la pauta Superior para llevar a cabo la audiencia, puesto que el artículo 9 mencionado elevó al carácter de imposición la realización de la misma si el trámite es de una licitación pública. En el supuesto de que se trate de esta modalidad de selección, el trámite de la audiencia se desarrollará de acuerdo a los dictados del artículo 2.2.1.2.1.1.2. del DURSAPN⁵³, que indica que una vez instalada, las intervenciones de los proponentes se limitarán a pronunciarse sobre las respuestas que la entidad entregue a sus observaciones. Aquí no se reviven los términos anteriores de presentación de observaciones –en el entendido de que se quisiera volver a ellas– en cumplimiento del principio de economía que señala la naturaleza preclusiva y perentoria de las etapas y términos del proceso de selección. Por ello es primordial, como se anotaba en el

⁵³ Artículo 2.2.1.2.1.1.2. “Audiencias en la licitación.

[...]

La Entidad Estatal debe realizar la audiencia de adjudicación en la fecha y hora establecida en el Cronograma, la cual se realizará de acuerdo con las reglas establecidas para el efecto en los mismos y las siguientes consideraciones:

1. En la audiencia los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la Entidad Estatal a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación, lo cual no implica una nueva oportunidad para mejorar o modificar la oferta. Si hay pronunciamientos que a juicio de la Entidad Estatal requiere análisis adicional y su solución puede incidir en el sentido de la decisión a adoptar, la audiencia puede suspenderse por el término necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado.
2. La Entidad Estatal debe conceder el uso de la palabra por una única vez al oferente que así lo solicite, para que responda a las observaciones que sobre la evaluación de su oferta hayan hecho los intervinientes.
3. Toda intervención debe ser hecha por la persona o las personas previamente designadas por el oferente, y estar limitada a la duración máxima que la Entidad Estatal haya señalado con anterioridad.
4. La Entidad Estatal puede prescindir de la lectura del borrador del acto administrativo de adjudicación siempre que lo haya publicado en el SECOP con antelación.
5. Terminadas las intervenciones de los asistentes a la audiencia, se procederá a adoptar la decisión que corresponda”.

numeral anterior, que antes de llegar a la audiencia la entidad ya haya despachado estas respuestas.

Con todo, la norma apunta sobre la posibilidad de conceder el uso de la palabra por una sola vez a los oferentes, para darle respuesta a las observaciones que sobre la evaluación de su oferta realicen los intervinientes. Dado el curso que toman estas audiencias, este tipo de intervenciones termina convirtiéndose en algo usual. Por tratarse de una audiencia pública, en principio no debe haber restricciones para ninguna persona sobre la asistencia a la misma. Las intervenciones, en cambio, sí deben sujetarse a las de los oferentes o sus representantes, personal de la entidad encargado de la dirección de la actuación, integrantes del comité evaluador⁵⁴ y miembros de veedurías ciudadanas, que, por ley, se encuentran habilitados en el rol de vigilancia sobre la gestión pública, para vigilar, interactuar e intervenir en todo el proceso de la contratación pública⁵⁵. Si las observaciones presentadas en la audiencia tienen incidencia en la decisión que se pueda adoptar, la entidad puede suspender el trámite para estudiarlas o verificar los aspectos que considere pertinentes, estimando el tiempo para su reanudación.

La decisión final de la Administración debe orientarse a lograr la adjudicación, teniendo en cuenta lo que el artículo 3 del EGCA afirma con relación a la contratación estatal, en cuanto a que el cumplimiento de los fines y las necesidades del Estado y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, se alcanza con la celebración del contrato. En su defecto, de no encontrarse una propuesta que cumpla con los postulados de la selección objetiva se debe declarar desierta la licitación⁵⁶. Como la

⁵⁴ Artículo 30. “De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

[...]

10. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se hará en audiencia pública. En dicha audiencia participarán el jefe de la entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y, además, podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir.

De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido”.

⁵⁵ Ley 850/2003.

⁵⁶ Artículo 25.18 EGCA.

culminación de la fase precontractual se da en uno de estos dos supuestos, sus particularidades se tratarán aparte:

7.7.1. Cuando el proceso de selección es adjudicado

La decisión sobre la adjudicación quedará plasmada en un acto administrativo de carácter particular en donde se exponen los argumentos que le dan sustento a la escogencia, que provienen de la evaluación y si así fuere, de las deliberaciones suscitadas en la audiencia de adjudicación⁵⁷. Este acto administrativo se dará a conocer en la audiencia pública o se podrá prescindir de su lectura siempre y cuando se haya publicado en el SECOP con antelación.

El EGCA no prescribe que la oferta única produzca la declaratoria de desierta de la licitación, contrario a lo que acontecía con la legislación anterior al estatuto (artículo 42 Decreto 222/1983) que sí exigía un número mínimo plural de participantes para adjudicar. El artículo 2.2.1.1.2.2.6. del DURSAPN⁵⁸ establece las reglas a las que debe ajustarse la Administración cuando se vaya a proceder a la adjudicación con oferta

⁵⁷ “La entidad deberá adjudicar el contrato a la oferta más favorable, que haya cumplido todos los aspectos técnicos, jurídicos, contractuales, económicos, ajustada a los factores de escogencia, incluidos en el pliego, valorados de manera precisa, en la forma que allí se haya indicado para la selección objetiva, escogencia que también mira a la persona del proponente, pues juega su experiencia profesional, sus antecedentes en la ejecución de contratos anteriores, su buen nombre comercial, el no haber tenido sanciones anteriores, aspectos estos que permiten concluir, como lo ha hecho la jurisprudencia, que en algunos casos, por excepción, la mejor propuesta no siempre es la calificada en primer lugar, sino la que mirada en sus aspectos objetivos y la calidad de la persona del proponente, resulta ser la más favorable para la entidad. Pero no cabe duda de que si el pliego se confeccionó con los factores de ponderación técnico-económicos, que permiten esa escogencia, y que, si en esa evaluación de las ofertas se respetaron los criterios estipulados, la propuesta que llegue al primer lugar será la más favorable”. PALACIO HINCAPIÉ, J.A. Op. Cit. Pág. 341.

⁵⁸ Artículo 2.2.1.1.2.2.6. “Adjudicación con oferta única. La Entidad Estatal puede adjudicar el contrato cuando solo se haya presentado una oferta siempre que cumpla con los requisitos habilitantes exigidos y satisfaga los requisitos de los pliegos de condiciones, sin perjuicio de las disposiciones especiales establecidas en la ley y el presente título para la subasta inversa, el concurso de méritos y las reglas particulares para los procesos con convocatoria limitada a las Mipyme”.

única. También en la doctrina se encuentran posturas concluyentes en favor de la adjudicación bajo estas condiciones⁵⁹.

Contra el acto de adjudicación no proceden recursos en vía gubernativa⁶⁰. Asimismo, hasta la expedición de la Ley 1150/2007, el ordenamiento jurídico no admitía bajo ninguna circunstancia la revocatoria del acto de adjudicación. Sus características se han enmarcado en la irrevocabilidad y obligatoriedad del mismo. El Consejo de Estado en su momento interpretó el querer del legislador sobre la nula posibilidad del alterar la decisión final del proceso de selección, con el argumento de la relación jurídica que se desprende del mismo, la cual lleva a la suscripción del contrato, previo cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley⁶¹. Esta posición iba

⁵⁹ “La inadmisibilidad del oferente único, por serlo, importa adherir a un criterio sumamente formalista y dañoso para la economía y celeridad del obrar administrativo, pues además del tiempo perdido y del costo que acarrea la renovación o reiteración del procedimiento, nada impide que se presente el mismo y único oferente.

La comparecencia de un solo proponente no invalida los principios del procedimiento licitatorio. La regla de tratamiento igualitario es respetada con el llamamiento a eventuales interesados. Por el contrario, habría una lesión al principio de igualdad, si un interesado idóneo que cumplimentó los presupuestos del llamado, fuese igualado a terceros desinteresados. Repetimos que el proponente tiene siempre derecho a que su oferta sea considerada, aunque sea la única que se presente. La Administración debe analizarla y ver si corresponde con lo requerido; si no es así, puede posteriormente desestimarla por inconveniente”. DROMI, R. *Licitación...* Op. Cit. Pág. 378.

⁶⁰ Artículo 77 EGCA.

⁶¹ “El carácter irrevocable y obligatorio que la ley ha dado al acto de adjudicación, se deriva del hecho de que esa manifestación de voluntad de la entidad pública sobre la elección y aceptación del proponente que formuló la oferta más conveniente, da lugar a una relación jurídica de la cual se deriva el compromiso para las partes de observar las formalidades propias del perfeccionamiento del contrato, como quiera que en nuestro ordenamiento jurídico se requiere su suscripción para formalizar el acuerdo de voluntades.

Surge pues 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 aquél 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”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, auto radicado N° 25000-23-26-000-2000-2368-01 (20.923), agosto 15/2002. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Otra de las muchas explicaciones que ha dado la máxima corporación de lo contencioso administrativo sobre la irrevocabilidad del acto de adjudicación destaca: “Con semejante claridad, es innegable que el acto administrativo de adjudicación de un contrato es irrevocable por la administración, sencillamente porque así lo estableció la disposición citada, que lo hizo con la finalidad de proteger la buena fe, la seguridad jurídica, los derechos que nacen de este acto administrativo, y también la transparencia en la contratación estatal”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 25000232600020000017901(28.347), abril 13/2015. M.P. Olga Mérida Valle De De La Hoz.

acompañada de la tradicional que se apoya en la inmutabilidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto⁶² por lo que cualquier desacuerdo con el acto de adjudicación debía discutirse en sede judicial. Así, a la Administración no le quedaba más remedio, en caso de percatarse de su propio error o de apreciar en la expedición una violación manifiesta a la ley, que demandar su propio acto, con la solicitud de suspensión provisional si era preciso.

Hoy el acto de adjudicación se sigue considerando irrevocable salvo circunstancias excepcionales enumeradas en el artículo 9 de la Ley 1150/2007, que remiten a la ocurrencia de una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales⁶³. Ambas situaciones deberán

⁶² Respecto a esta situación, el Consejo de Estado ha señalado que el carácter de irrevocabilidad inicial dispuesto en el EGCA iba más allá de los supuestos previstos en el procedimiento administrativo común vigente para la revocatoria directa de los actos administrativos, que sí permiten esta posibilidad, siempre y cuando se cumpla con ciertos requisitos. Es decir, la irrevocabilidad planteada en el estatuto, por las razones aquí expresadas, tenía unas connotaciones especiales. La explicación se afianzaba en que, de no existir esa norma especial, la revocatoria procedería en las condiciones de cualquier otro acto administrativo particular. Con el paso del tiempo, el Consejo de Estado morigeró su posición, estableciendo que es posible la revocación del acto administrativo de adjudicación con el consentimiento expreso del titular. Vid., ídem.

⁶³ Palacio Hincapié hace una explicación sobre la diferencia entre vicio de ilegalidad y medios ilegales, elementos que tienden a confundirse: “Lo primero que hay que precisar es que no es lo mismo hablar de un vicio de ilegalidad en el acto de adjudicación que haberse obtenido el mismo por medios ilegales. Los medios ilegales hacen referencia a que el acto sea fruto de una intervención dolosa para obtener la manifestación de voluntad de la Administración, ya sea que la conducta que constituye la fuente del medio ilegal anule la voluntad libre del funcionario, como cuando se le hace expedir el acto con la utilización de violencia o amenaza, o cuando se utiliza el engaño, el fraude o las maniobras también fraudulentas para generar una convicción que no corresponde a la realidad.

En este sentido, es bueno considerar que las maniobras engañosas o fraudulentas para obtener la adjudicación pueden originarse en cualquier momento del proceso de selección, siempre que esas maniobras incidan en la decisión que conduce a la adjudicación, dejando por fuera aquellas que no tienen la capacidad de inclinar la decisión, ya sea por superfluas o porque no eran necesarias para decidir.

La norma habla de la facultad de revocar el acto de adjudicación “si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales”, expresión que no puede llevarse más allá de su sentido natural obvio, sin que ello exija que la entidad deba adelantar un proceso especial para demostrar que se dieron los medios ilegales. En mi criterio, basta con que la entidad tenga a su disposición información fundamentada con elementos que le adviertan de la existencia del medio fraudulento, si se trata de documentos, o artimañas o la constancia de quien recibió la amenaza o padeció la fuerza, para que, mediante un acto debidamente motivado, decrete la revocatoria del acto. Es decir, la entidad no tiene que demostrar nada, lo que tiene es que poseer los medios de convicción que le permitan expedir el acto motivado, sustentado y soportado de que la adjudicación se obtuvo por medios ilegales”. Op. Cit. Pág. 344.

sucedir para que se dé la revocatoria en el plazo comprendido entre la adjudicación y la suscripción del contrato. Las motivaciones que puntualice la entidad las expondrá en el acto administrativo de revocatoria. Al darle cabida a estas excepciones se subsana una situación que trajo múltiples inconvenientes a las entidades, quienes se hallaban atadas de manos ante la imposibilidad irrestricta de la revocatoria del acto de adjudicación, por lo que debían acudir, como ya se explicaba, ante el juez administrativo para cuestionar su legalidad. La repercusión negativa para el cabal ejercicio de la función administrativa era evidente.

Adicionalmente, el ordenamiento jurídico también contempla la opción de que el adjudicatario se niegue a suscribir el contrato. Ante tal tesitura, la entidad podrá adjudicar en el lapso de los quince días siguientes al oferente calificado en segundo lugar, siempre que su oferta cumpla con los intereses de la entidad⁶⁴. Las consecuencias para el adjudicatario renuente son configurativas de responsabilidad precontractual, y se estudiarán en el siguiente capítulo.

7.7.2. Cuando el proceso de selección es declarado desierto

El supuesto para declarar desierto el proceso de selección es la ocurrencia de motivos que impidan alcanzar la selección objetiva. De aquí la importancia, tal como lo señala el artículo 24.5.b del EGCA, de, en los procesos de selección, definir en los pliegos de condiciones *reglas objetivas, justas, claras y completas, que aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación*. En tal sentido, la razón que se invoque para la declaratoria de desierto no puede ser cualquiera, de hecho, la entidad no podrá tratar de corregir sus propios errores, por ejemplo, una mala planeación que derive en una desacertada elaboración de los pliegos de condiciones, pues así se estarían justificando sus faltas⁶⁵. Como resulta lógico, la ausencia de ofertas

⁶⁴ Artículo 30.12 EGCA.

⁶⁵ El Consejo de Estado lo ha expuesto de esta manera: “Tal como lo ha dicho la Sección, declarar desierto una licitación es una decisión frustrante para el propósito de todo procedimiento de selección de contratista, que no es otro que la adjudicación del contrato; e igualmente es una determinación costosa para la Administración comoquiera que la licitante invierte recursos de todo tipo para adelantar el procedimiento. Por eso, no cualquier motivo puede dar lugar a esta medida, en palabras de la Sección “no todos los hechos impositivos

o que ninguna cumpla con los requisitos del pliego de condiciones llevarán indefectiblemente a la declaratoria de desierta. Otra situación presentada en la práctica que conduce a esta declaración son los acuerdos de colusión entre oferentes.

La declaratoria de desierta se hará mediante acto administrativo donde se pondrán de presente las causas y fundamentos de la decisión. El artículo 2.d de la Ley 1150/2007 determina la celebración de un proceso de selección abreviada en la eventualidad de que se haya declarado desierta la licitación pública, dentro de los cuatro meses siguientes a la declaratoria de desierta. El artículo 2.2.1.2.1.2.22. del DURSAPN⁶⁶ reglamenta este procedimiento.

conducen a la declaratoria de desierta de una licitación, toda vez que resulta necesario que los mismos estén concebidos dentro de las causales que al efecto dispuso el legislador”, circunstancia que igualmente “permite afirmar que a las entidades públicas contratantes no les asiste competencia legal para declarar desierta una licitación con el objeto de salvar o enmendar un error cometido por ellas mismas en la planeación del procedimiento de selección del contratista”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección B, radicado N° 25000-23-26-000-2006-00214-01 (38.711), marzo 1/2018. M.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁶⁶ Artículo 2.2.1.2.1.2.22. “Contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto. La Entidad Estatal que haya declarado desierta una licitación puede adelantar el Proceso de Contratación correspondiente aplicando las normas del proceso de selección abreviada de menor cuantía, para lo cual debe prescindir de: a) recibir manifestaciones de interés, y b) realizar el sorteo de oferentes. En este caso, la Entidad Estatal debe expedir el acto de apertura del Proceso de Contratación dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la declaratoria de desierta”.

8.- DAÑOS DERIVADOS DE LA ACTIVIDAD PRECONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA

Ya se ha hecho alusión en este estudio a cómo la corrupción ha permeado la contratación pública en Colombia y sus implicaciones¹. En la actividad precontractual, las muchas situaciones anómalas relacionadas con amañamientos de adjudicaciones en procesos de selección, pliegos elaborados por las Administraciones a la medida de ciertos oferentes², prácticas colusivas y otros comportamientos reprochables, aumentan la litigiosidad además de afectar directamente el derecho de la competencia³. Aunado a lo anterior, existe en la justicia colombiana una preocupante congestión que abarca todas las jurisdicciones, con un porcentaje precario de procesos evacuados, especialmente en lo contencioso administrativo, que tiene uno de los peores registros⁴.

¹ Vid. supra, introd.

² Vid. supra, caps. 3 y 7.

³ Artículo 333. “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

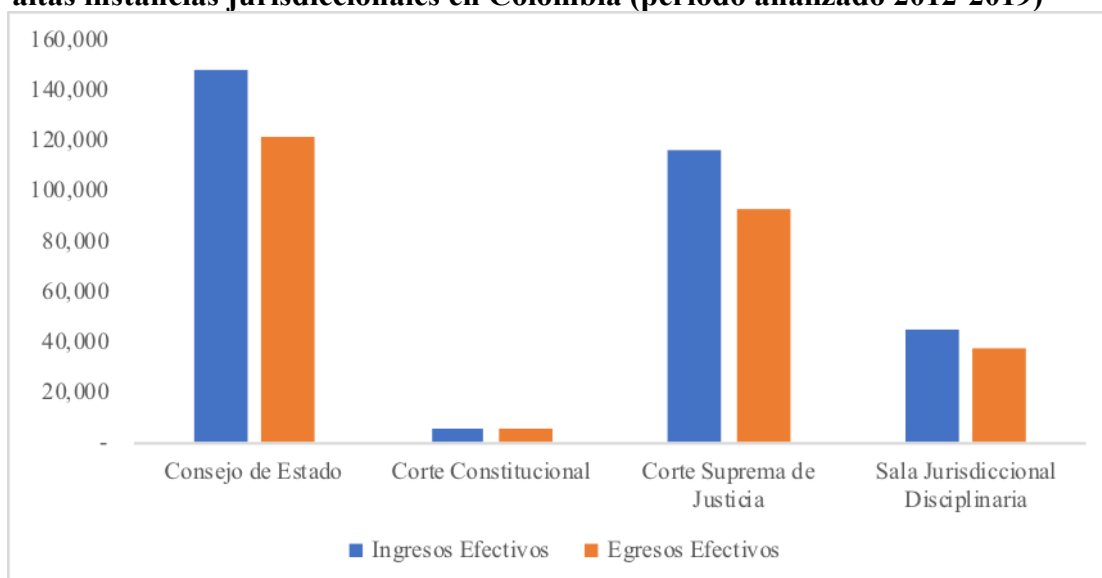
La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

⁴ Según una de las más recientes investigaciones –*El estado de nuestra justicia*–, elaborada por la Corporación Excelencia en la Justicia (2016), existe un “árbol de problemas de la justicia” relacionados con el acceso a la justicia, independencia judicial, efectividad de la justicia y seguridad jurídica, sumados a la crisis de legitimidad del sector y un presupuesto asignado que resulta insuficiente para sortear la alta carga de procesos. Sobre el aspecto de acceso a la justicia el estudio afirma: “A pesar de las reformas procesales, de los recursos y de la ampliación de cargos los tiempos procesales son excesivamente largos. Consejo de Estado está conociendo casos de hace 10 años. Una jurisprudencia con base en hechos de hace mucho tiempo y juzgados con la visión de los problemas de hoy”. Disponible en: <https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2016/06/Estado-de-la-Justicia-en-Colombia-2016-por-Gloria-Mar%C3%ada-Borrero.pdf>.

Por otra parte, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado -ANDJE (entidad encargada de la defensa y protección de los intereses litigiosos de la nación, en las actuaciones judiciales de las entidades públicas) ofrece como datos que, a 31 de diciembre de 2019, las pretensiones en las demandas contra la nación ascienden a 421 billones de pesos. El informe señala a su vez sobre los valores adeudados con fundamento en fallos judiciales y conciliaciones, que, “en contabilidad pública, la cuenta Créditos Judiciales registra el valor de las cuentas por pagar de las entidades del estado por concepto de sentencias y conciliaciones, a 30 de septiembre de 2019 el saldo de esta cuenta era de \$9,72 billones”. En lo que tiene que ver con los asuntos de

De acuerdo a cifras recopiladas por el Consejo Superior de la Judicatura⁵, en el período comprendido entre los años 2012 al 2019, de todos los órganos jurisdiccionales de cierre, el Consejo de Estado es el segundo en menor efectividad (midiendo la relación de procesos que ingresan y tardanza en fallarlos), solamente superado por la Corte Suprema de Justicia. Llama la atención asimismo que, en el rango de ingresos de procesos, el Consejo de Estado sea el que registre la cifra más alta. En la gráfica que se muestra a continuación se explica la situación:

Ilustración 1 Relación de ingresos y egresos efectivos de procesos en las altas instancias jurisdiccionales en Colombia (período analizado 2012-2019)



responsabilidad precontractual, hay que precisar que estos se dirimen a través de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y nulidad simple, donde se demandan los denominados “actos separables”. Aunque la ANDJE no hace la distinción de cuáles son los procesos específicamente llevados en razón a la responsabilidad precontractual, para hacerse a una idea, la suma de los de nulidad y restablecimiento del derecho representan 23.732 (un 25% del total de los procesos), y los de nulidad simple 1.799 (un 2% del total de los procesos). El monto de las pretensiones en ambos asciende a 57,4 billones de pesos (16%) y a 103 mil millones de pesos (0,03%), respectivamente. Las cifras son relevantes para tener una visión general del alto índice de litigiosidad contra el Estado. Si bien el informe se refiere a los fundamentos de las demandas, se queda corto, pues sólo menciona las principales causas, por lo que sería importante que la ANDJE diera a conocer por completo toda la información, para así determinar cuáles son las motivaciones puntuales de los medios de control presentados por los usuarios de la administración de justicia. Disponible en: https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/Documents/Informe_Litigiosidad_cuarto_trimestre_2019_030320.pdf

⁵ Órgano encargado del gobierno y la administración integral de la rama judicial. Artículos 256 y 257 CPC; artículo 85 Ley 270/1996.

Fuente: elaboración propia a partir de los datos que se encuentran en
www.ramajudicial.gov.co

Tabla 1 Relación de ingresos y egresos efectivos y porcentaje de efectividad de procesos en las altas instancias jurisdiccionales en Colombia (período analizado 2012-2019)

Altas instancias jurisdiccionales	Total Ingresos Efectivos	Total Egresos Efectivos	% Efectividad
Consejo de Estado	148.476	121.431	82%
Corte Constitucional	6.205	5.651	91%
Corte Suprema de Justicia	116.332	93.296	80%
Sala Jurisdiccional Disciplinaria	45.011	37.820	84%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos que se encuentran en
www.ramajudicial.gov.co

Por supuesto esta ralentización obedece a muchas razones (señaladas en la nota 4), que no viene al caso profundizar en todas ellas, comoquiera que se rebasan los fines de esta investigación. Sí que es evidente que tales manifestaciones producen una afectación ostensible a la tutela judicial efectiva para quienes pretenden hacer valer sus derechos ante estas instancias. Ahora bien, ya en materia de contratación pública, además de que urge crear mecanismos sólidos y eficientes de control y transparencia en la planeación de la etapa precontractual, así como también de velar por un cumplimiento efectivo de la ejecución contractual por parte de las entidades estatales, se antoja plausible, con el propósito de favorecer la descongestión de los despachos judiciales, establecer instrumentos que le permitan a los ciudadanos obtener eficiencia para resolver sus disputas. Esto se puede aliviar con una serie de medidas, algunas de las cuales se propondrán en las conclusiones.

8.1. Perspectiva general de la responsabilidad precontractual

A pesar de que la teoría de las obligaciones tiene un largo trecho que comienza en el derecho romano, es apenas en el siglo XIX, por intermedio de Jhering, que se estructura un estudio sobre lo que ha devenido en conocerse como responsabilidad precontractual⁶. La inquietud de Jhering se basó en el análisis de los daños que se producen dentro de una relación contractual por la declaración de nulidad del contrato, en razón de la culpa de alguna de las partes acaecida en la etapa precontractual. Al no existir un fundamento para determinar la responsabilidad bajo estos supuestos, Jhering lo definió con el término de *culpa in contrahendo*⁷. Aquí, entonces, la parte afectada sufriría un desmedro equivalente al valor que hubiera recibido por las prestaciones, en el evento de cumplirse el contrato (interés positivo), así como también las pérdidas ocasionadas por verse privada para contratar en condiciones similares o las oportunidades perdidas para celebrar otros negocios (interés negativo), aspectos por los que tendría que ser indemnizada.

No obstante, en su apreciación, el célebre jurista alemán clasificaba este tipo de responsabilidad como contractual, pues para él, concebirla dentro de la extracontractual era abrir un espectro demasiado extenso donde caben muchas situaciones que podrían no ser consideradas como fuente de responsabilidad⁸. A este respecto, para Asúa, en su

⁶ JHERING, R. V. *Culpa in contrahendo* oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1861, vol. 4. Pág. 1-112. Vid. supra, cap. 1.

⁷ “Quien incurre en culpa en el proceso de formación –en la fase *in contrahendo*– de un contrato (y parece que tal culpa se predica de la propia nulidad) debe indemnizar a la otra parte los daños sufridos, constituyendo el fundamento de tal reparación el contrato, que, a pesar de su nulidad, despliega efectos al menos en este sentido”. Vid., ASÚA GONZÁLEZ, C. *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989. Pág. 27.

⁸ Para Salgado Ramírez, a partir de su estudio de la obra del autor, Jhering “intentó construir una solución en el campo extracontractual a partir de dos remedios –la acción de dolo (*actio doli*) y la acción de la ley Aquilia (*actio legis Aquiliae*)– entendidos por Jhering así: por la acción de dolo se buscaba el resarcimiento del daño ocasionado con intención dañina; y se trataba de cualquier daño, por lo que sería una acción que protegía en ‘general’ el ‘patrimonio’; la limitante era que requería indefectiblemente de este elemento subjetivo: el dolo. Por su parte, la acción de la ley Aquilia no tenía este carácter de protección general del patrimonio, es decir, no cualquier daño era resarcible, pero sí admitía, a diferencia de la acción de dolo, el daño causado con ‘culpa’. Así las cosas, queriendo Jhering en un primer momento optar por la responsabilidad extracontractual llega a la construcción de un ‘híbrido’ nacido de estas dos acciones. De la acción de dolo tomará prestado ese carácter general en lo que respecta al daño resarcible, el elemento de protección ‘general’ del patrimonio, y de la acción de la ley Aquilia tomará prestado el elemento subjetivo, la culpa. Sin embargo, con posterioridad ‘renuncia’ a

estudio de la teoría construida por Jhering, no es posible acudir a la acción proveniente de la responsabilidad aquiliana, pues en ese momento esta estaba configurada para eventos de lesiones a personas o cosas, por lo que *no permitía tomarla como apoyo para indemnizar daños exclusivamente patrimoniales, y la nulidad del contrato excluía la posibilidad de exigir su cumplimiento por medio de una actio ex contractu*⁹.

Reforzando lo anterior, de acuerdo con Jhering, citado por Salgado Ramírez, *todo daño sufrido en la etapa de las negociaciones las partes deben imputarlo a sí mismas*¹⁰, por lo que no era posible encuadrar las tratativas previas en un supuesto de responsabilidad precontractual. En esta lógica, y teniendo en cuenta las repercusiones que las situaciones descritas sí pudieran tener en la nulidad del contrato, el autor realizó sus planteamientos con un enfoque en la responsabilidad contractual.

En años posteriores la teoría de Jhering fue sujeta a revisión, con aportes dirigidos a plantear que, desde el período previo a la suscripción del contrato, es decir, en los acercamientos que llevan a la posible configuración de una relación contractual, podía haber responsabilidad. Así, en los estudios del jurista italiano Faggella, se hallan elaboraciones teóricas que no solamente le dan relevancia y analizan a profundidad la etapa formativa, sino que también advierten los supuestos y las consecuencias que entrañan su incumplimiento para determinar una responsabilidad a partir de ese instante¹¹. La acción principal en este punto, según Faggella, es la interrupción de las

esta idea por considerar un peligro extender en modo desproporcionado la responsabilidad extracontractual, y con ello le quita el carácter extracontractual a la responsabilidad surgida con ocasión de la celebración de un contrato”. Vid., SALGADO RAMÍREZ, C. *Breve introducción a la responsabilidad en la teoría de Rudolf Von Jhering*. En: *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia, 2014. Págs. 721-758.

⁹ ASÚA GONZÁLEZ, C. Op. Cit. Pág. 26.

¹⁰ SALGADO RAMÍREZ, C. Op. Cit. Pág. 744.

¹¹ El teórico italiano expone su idea, identificando así la etapa previa a la celebración del contrato: “El período precontractual debe distinguirse en tres momentos a) momento preformativo de la oferta, b) momento de perfección, c) momento operativo, en el cual es puesto en movimiento. Este tercer momento va desde la manifestación o de la expedición de la propuesta del proponente al destinatario hasta el momento de perfección del contrato, esto es hasta el momento jurídico en el cual acaece el *in idem placitum consensus*”. Más adelante precisa: “En el primer momento, por lo tanto, la voluntad es la de tratar, discutir, considerar, elaborar la propuesta del contrato al cual se tiende; en el segundo es la de formularla y concretarla; en el tercero, es voluntad de una cierta propuesta ya interiormente evaluada y

negociaciones rompiendo la confianza entre las partes, dejando de lado la culpa, elemento principal sobre el que se erigió la teoría de Jhering¹².

Faggella cuestiona el elemento de culpa, pues para él no podría configurarse esta en todas las circunstancias ocurridas en los preparativos del negocio, que, sin embargo, podrían derivar en un daño. Esto es, precisamente, una de las fallas de la tesis construida por Jhering. Para buscarle una solución a estas dificultades, Faggella propuso el ingrediente de la ruptura de la confianza como la causa del daño, procurando cuestionar el retiro intempestivo de las partes en la fase previa al contrato. Empero, las inquietudes que surgen aquí se basan en establecer si cualquier conducta que interrumpa las tratativas puede considerarse como causante de un daño que amerite un resarcimiento, y también, en dejar claro, a partir de qué momento la ruptura de estos tratos implica responsabilidad.

elaborada”. FAGGELLA, G. “Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica”, en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*. Volumen III. Luigi Pierro Tip. Editore, Nápoles, 1906. Págs. 272 y ss. Texto y traducción de la obra citados en el artículo <<De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta explicación científica. Una aproximación a la propuesta teórica de Gabrielle Faggella>>, SAAVEDRA VELAZCO, R.E. *Revista Ius Et Veritas* número 38, 2009.

¹² En su estudio sobre la responsabilidad precontractual en el derecho italiano, la autora Asúa González analiza así el aspecto de la confianza como generador de responsabilidad en la etapa previa al contrato: “El requisito de la confianza ha de ser prudentemente matizado porque, formulado solamente así, comprometería un periodo en el cual los intereses en la realización del contrato se deben poder mover con amplia libertad, libertad que se vería ampliamente amenazada si el simple hecho de la creencia unilateral implica ya una de las notas de responsabilidad. Sin embargo, antes de pasar a examinar los parámetros con los que se mide la confianza, conviene poner de relieve cuál es en realidad el objeto de la misma. Mayoritariamente se señala en la jurisprudencia que ha de confiarse en la realización del contrato, pero en otras decisiones se ha indicado que el requisito de la confianza ha de estar referido al comportamiento serio y leal de la otra parte. Refiriendo la confianza no a la realización del contrato sino a la lealtad se pretende –como algún autor, con razón ha señalado– conciliar la eventual responsabilidad con el principio de autonomía negocial y se trataría con ello de evitar el siguiente interrogante: ¿por qué se puede confiar en algo, como es la realización del contrato, a lo que la otra parte no está obligada? Esto, sin embargo, no es sino un circunloquio y que puede, además, contribuir a oscurecer los perfiles del supuesto que se estudia. Como ya se ha indicado, nadie está obligado a contratar y por ello ningún reproche que pueda hacerse a su conducta precontractual le podrá llevar a vincularse al contrato; sin embargo, y por otro lado, es un hecho que quien se considera perjudicado en un caso de interrupción de tratos se siente defraudado porque concretamente confiaba en que el contrato se llevaría a cabo, lo cual no obsta para que ello vaya acompañado de una más general confianza en la corrección y lealtad de la otra parte en la negociación”. ASÚA GONZÁLEZ, C. Op. Cit. Pág. 221.

La respuesta a estos interrogantes puede encontrarse en De Cupis, quien le dio una nueva configuración a lo que la teoría hasta ese momento había venido planteando, con un análisis que señala que, en los tratos preliminares, las partes se obligan recíprocamente a comportarse en atención a la observancia de la buena fe, de lo que se desprende una relación de corte obligacional, que una vez quebrantada, es generadora del daño¹³. De tal suerte, el autor establece que de la relación obligacional se origina un *vínculo jurídico*¹⁴, cuyo incumplimiento podría determinar responsabilidad, tras el surgimiento de un daño.

En cuanto a la buena fe se entiende que esta es objetiva, definida como aquella que obliga a cumplir una serie de pautas o someterse a unas reglas. Con todo, el problema de ese contenido obligacional es que puede ser indeterminado, por lo que se requiere su incorporación en el derecho positivo, es decir, que sirva como fuente de obligación para así llegar a establecer la responsabilidad, que se decanta, como ya vimos, luego de la ocurrencia del daño.

8.1.1. El debate de si el daño ocasionado es extracontractual o contractual

Una de las aristas que sobresale del ya de por sí complejo panorama sobre los fundamentos es la de ubicar en qué fase se encuentra el daño que se produce en los tratos preliminares, para entonces allanar el camino que sustenta la futura reclamación de quien recibe la afectación. Esto va aupado necesariamente de la comprensión ya vista sobre las bases del daño. Parecería de poca complejidad entender que lo ocurrido antes de la suscripción del contrato es un asunto de carácter precontractual pero no resulta tan sencillo. Todo se decanta por lo que las propias legislaciones determinen, asunto que en

¹³ “Como es sabido, la obligación crea un vínculo jurídico entre sujetos determinados; antes de empezar los tratos no se está obligado a observar un comportamiento que afecte a la no iniciada fase precontractual; la iniciación de los tratos es el hecho del que se deriva la obligación de una parte para la otra, de tener un comportamiento concorde a la buena fe. Esta obligación no surge de un pacto tácito, que de ser admitido chocaría contra las dificultades expuestas: su fuente es distinta al contrato, por cuanto radica precisamente en el hecho del inicio de los tratos, que hay que encuadrar en la serie de aquellos actos o hechos idóneos, junto a los contratos y a los hechos ilícitos, para producir obligaciones con arreglo al ordenamiento jurídico”. DE CUPIS, A. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1975. Pág. 168.

¹⁴ Ídem.

el derecho comparado oscila en uno u otro sentido, dependiendo del ámbito en que se ubique la obligación. En el derecho comparado, Italia, por ejemplo, consagra en su Código Civil, en los artículos 1337 y 1338, armonizados con el 1173 (fuente de las obligaciones), que el daño que se produce en los tratos es contractual, entendido como aquel que se enmarca en el incumplimiento de una obligación –la buena fe, que como ya se explicaba, genera un vínculo jurídico entre las partes–. Esta se interpreta como los actos o hechos idóneos que señala el 1173 (considerados una de las fuentes de las obligaciones), que al incumplirse, aunque sea durante las tratativas, extensivamente repercuten en la invalidez del contrato (artículo 1338). En Francia, el conocido artículo 1382 del Código Civil cobija los supuestos de responsabilidad precontractual y la identifica su vez dentro de la responsabilidad aquiliana¹⁵. Por su parte, el régimen jurídico español decanta su postura hacia la responsabilidad extracontractual, tomando como fundamento el artículo 1902 del Código Civil, complementado con el postulado de la buena fe –artículo 1258 del mismo texto–, precepto que irradia todas las etapas que versan sobre la figura del contrato¹⁶.

Visto lo anterior, y pese a que no hay una posición uniforme en la doctrina, considero un elemento primordial que situar el daño dentro de lo contractual es obviar la no existencia de un contrato, además de también omitir que, en los tratos preliminares, no están claramente definidas las obligaciones que se incumplen, pues el precepto de la buena fe o el elemento confianza son postulados generales que remiten, como ya se dijo, a obligaciones fijadas en la ley, no en un contrato. Estas serían a mi juicio las razones más importantes para inclinar la balanza hacia lo extracontractual, sin perder de vista

¹⁵ “Ahora bien: de la mano de los dispositivos generales que regulan la responsabilidad aquiliana, como el antiguo 1382 del Código Civil francés, se observa, en la obligación general de resarcir el daño para quien lo haya ocasionado, la base suficiente de la responsabilidad precontractual que parece explicarse perfectamente a partir de las disposiciones generales de la responsabilidad extracontractual”. ZAPATA GARCÍA, P.A. Op. Cit. Pág. 343.

¹⁶ “La buena fe en sentido objetivo se encuentra recogida en el Código Civil como fuente de integración del contrato (por lo tanto como pauta de la que pueden surgir concretas obligaciones para las partes) en el art. 1258, pero, como es sabido, no se sujeta expresamente a su mandato la fase de preparación del contrato. Se defiende su vigencia en el ámbito precontractual tanto invocando la aplicación analógica del art. 1258 como la presencia general de este principio a través del art. 7.1 del Título Preliminar; esta vigencia no resulta en absoluto contestada sino muy al contrario se admite aquí porque también se hace para todas las esferas del Derecho Civil y en concreto y respecto al fenómeno contractual tanto en su preparación y formación como en su ejecución”. ASÚA GONZÁLEZ, C. Op. Cit. Págs. 253 y 254.

que es indispensable que el ordenamiento jurídico consigne pautas de obligaciones en la fase anterior al contrato. Es lo que se procederá a analizar en el caso específico del tratamiento de la situación en Colombia.

8.2.- Fundamentos de la responsabilidad precontractual en Colombia

8.2.1. El tratamiento en el derecho privado

En el desarrollo de esta investigación se han explicado las razones por las que la doctrina sitúa la responsabilidad precontractual de la Administración dentro del marco de la cláusula general de responsabilidad dispuesta en el artículo 90 de la CPC, y como un tipo de la extracontractual¹⁷. Para adentrarse un poco más en los vericuetos de un asunto tan álgido, es primordial estudiar la óptica abordada desde el derecho privado. La Corte Suprema de Justicia en su Sala Civil tiene diversos pronunciamientos¹⁸ que acogen la tesis de la responsabilidad extracontractual en las situaciones que se derivan de la defraudación de la confianza en los tratos previos, tomando como apoyo el artículo 2341 del Código Civil para determinar el tipo de responsabilidad, y de fuente general el precepto de la buena fe consagrado en el artículo 863 del Código de Comercio¹⁹. El daño ocasionado luego de establecerse el quebrantamiento de la buena fe conduce al reconocimiento del interés negativo, que se limita al daño emergente y lucro cesante (artículos 1613 y 1614 Código Civil), cuyo fundamento además se encuentra en la

¹⁷ Vid. supra, cap. 2.

¹⁸ Se pueden consultar, entre otras sentencias, CSJ, S. Civil, radicado N° 19001-31-03-003-2000-00183-01, julio 5/2011. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. En esta providencia se hace un recorrido por el tratamiento jurisprudencial dado por el Alto Tribunal desde 1970, donde se destaca la reiteración que este hace de la índole extracontractual de la responsabilidad materia de estudio: “En conclusión, para la Sala, la ruptura injustificada de los tratos previos origina el deber legal de reparar todos los daños ocasionados que estén debidamente demostrados en el proceso y cuya carga probatoria corresponde al damnificado con los restantes elementos de la responsabilidad. Esta, a falta de contrato, naturalmente se aprecia de conformidad con las reglas que gobiernan la “*responsabilidad civil extracontractual*”, y en la valoración de los daños el juzgador aplicará los criterios señalados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, pudiendo acudir a las reglas generales de la “*responsabilidad civil*”, como en el caso, a los intereses legales civiles fruto de una suma de dinero o renta”.

¹⁹ Artículo 863. “Buena fe en el periodo precontractual. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

reparación integral del daño prevista en el artículo 16 de Ley 446/1998. Así lo ha expresado el Alto Tribunal:

Dedúcese de lo plasmado, atendiendo la doctrina y la jurisprudencia memoradas, que todo daño generado durante las conversaciones planteadas en procura de un negocio determinado, cuya génesis, eventualmente, derive del rompimiento abrupto y sin causa justificativa de las mismas o de la comisión de actos exentos de buena fe, debe ser reparado y de manera integral (Art. 16 Ley 446 de 1998). Tal acción reparadora comprenderá, por supuesto, los conceptos tradicionales que estructuran la indemnización de perjuicios, por ejemplo y según el caso, el daño emergente, el lucro cesante, la posible afectación moral etc., en el entendido, eso sí, que dicho resarcimiento no puede pretenderse bajo características idénticas a las que originarían la indemnización por el no cumplimiento de la prestación pretendida si el contrato promovido hubiese llegado a feliz término, habida cuenta que no es el interés positivo el que debe repararse sino el negativo o de confianza, en los precisos términos concebidos por la Corte. En este propósito, la indemnización pretendida tiende, esencialmente, a volver las cosas al momento en que se encontraban cuando la víctima decidió emprender las conversaciones truncadas y colocarlo en condiciones tales como si nunca hubiese acometido las mismas (id quod contractum in initum non fuisse), amén de repararle las probables pérdidas o daños colaterales²⁰.

8.2.2. La responsabilidad precontractual de la Administración pública

Después del estudio hecho para desembocar a este punto concreto, puede establecerse con claridad que lo concerniente a la responsabilidad precontractual en materia administrativa se refiere a todas aquellas actuaciones que se producen previas a la formalización y perfeccionamiento del contrato público, generadoras de efectos jurídicos²¹. Tal como se ha visto, el artículo 90 de la CPC constituye la piedra angular de todos los regímenes de responsabilidad del Estado. Por tanto, y como no puede ser de otra forma, la existencia de un daño antijurídico y la imputación –fáctica y jurídica– conforman los requisitos para establecer la responsabilidad. Sobre el primero de estos elementos (daño antijurídico) me remitiré a lo expresado en esta investigación²². En cuanto a la imputación, la fáctica, como ya se ha visto en este trabajo²³, se refiere al comportamiento activo u omisivo que proviene de la Administración. Una vez se ha verificado la concreción de ese actuar, en la imputación jurídica se establece la existencia de una obligación de carácter jurídico de reparar el daño causado.

²⁰ CSJ, S. Civil, radicado N° 11001-31-03-036-2004-00037-01, agosto 5/2014. M.P. Margarita Cabello Blanco.

²¹ ESCOBAR GIL, R. Op. Cit. Pág. 228. Vid. supra, cap. 1.

²² Vid. supra, cap. 2.

²³ Ídem.

Las peculiaridades de la responsabilidad en la fase de formación del contrato que aquí se tratan han motivado que en la doctrina colombiana los tradicionales títulos de imputación, vinculados a una actividad ilícita-anormal, o lícita-normal de la Administración (falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial), no encuentren asidero en atención a la estructura de la etapa precontractual, comoquiera que estos han sido concebidos originalmente en un contexto de la actividad material de la Administración. Lo anterior implica que llevados a un procedimiento administrativo²⁴ – de donde se desprende la responsabilidad precontractual– resulten con dificultades de adscribirlos en el modo clásico de la responsabilidad extracontractual (no obstante, dado mi desacuerdo con el tratamiento de esta cuestión, más adelante me referiré puntualmente a ella).

En este orden de ideas, los criterios normativos en los que gravita la responsabilidad precontractual de la Administración no serán la culpa, la teoría del riesgo o la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, sino la buena fe y la legalidad²⁵. Bien vale la pena exponer lo que de manera muy precisa señala Zapata

²⁴ Acerca de los propósitos y fines del procedimiento administrativo señala Santofimio Gamboa: “En esa dirección es necesario, entonces, precisar que al procedimiento administrativo se le debe entender como el más importante instrumento con que cuentan quienes ejercen funciones públicas administrativas para el cabal, adecuado y oportuno cumplimiento de los propósitos y finalidades del Estado, que no son otros que todos aquellos que fluyen de la esencia y naturaleza de las cláusulas o bases constitucionales de carácter normativo que sustentan nuestro ordenamiento jurídico, y que podríamos concretar para efectos operativos en las de “Estado de derecho”, “Estado democrático”, “Estado social de derecho”, “Estado unitario”, y “la de integración”, los cuales, a su vez, son portadores de principios y valores que orientan y determinan la acción de los poderes públicos y de las relaciones entre el Estado y los asociados”. Op. Cit. Pág. 345.

²⁵ ESCOBAR GIL, R. Op. Cit. Pág. 229. En la misma línea, el Consejo de Estado ha tenido desde hace varios años la siguiente posición que hoy se mantiene: “En el ámbito del derecho administrativo la imputación de responsabilidad por los daños causados en la etapa precontractual no se hace con fundamento en la culpa, ni en el riesgo ni en el enriquecimiento injusto, o la reciprocidad de prestaciones del contrato bilateral, sino en los principios de la buena fe y de legalidad.

En la etapa de formación de la voluntad contractual las partes deben obrar de buena fe en la preparación del contrato, en el procedimiento de selección y en la fase de perfeccionamiento del mismo, no sólo porque así lo manda la Constitución (art. 83) sino porque es principio general que domina las relaciones jurídicas bilaterales como dan cuenta los artículos 1603 del Código Civil y 863 y 871 del C. de Comercio.

De manera que si la entidad licitante y los proponentes no obran conforme a ella, contravienen las exigencias éticas del ordenamiento positivo y nace para el sujeto afectado el derecho a obtener la reparación del daño que ha sufrido.

García²⁶, en el sentido de que, en materia de responsabilidad precontractual administrativa, al tratarse de un procedimiento administrativo reglado, los supuestos que acarrearán responsabilidad administrativa son mucho más precisos de identificar –el accionar de las partes se somete a unas pautas que la ley determina– que en el derecho privado, lo que a la postre facilita la labor de establecer el sometimiento a ellos y la responsabilidad. A continuación, se pasará a analizar los criterios normativos de imputación mencionados y los parámetros que se utilizan para fijar la indemnización en los supuestos de responsabilidad precontractual.

8.2.2.1. Buena fe

El principio de buena fe en Colombia tiene raigambre constitucional²⁷, lo que lo valida como una estipulación aplicable para todo el ordenamiento jurídico, y en lo que al tema de investigación específicamente respecta, para las actuaciones administrativas, instancia en la que se ubica la etapa previa a la formalización y suscripción del contrato. El deber de obrar en el iter contractual bajo parámetros de lealtad, información²⁸,

Ligado a la buena fe que se deben las partes en la formación de la voluntad para la celebración del contrato está el principio de legalidad, según el cual las partes deben encauzar la formación de esa voluntad dentro de las reglas de la gestión contractual pública prescritas por la ley.

Con fundamento en este principio la administración en la gestación de sus contratos debe respetar la ley en su sentido formal y material, como también todas las fuentes del ordenamiento jurídico, en particular las especiales del derecho administrativo, sus reglamentos y los pliegos de condiciones y quienes tengan interés en formalizar compromisos con ella deben sujetarse a esos reglamentos y condiciones especiales de contratación”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 13.405 (7068), junio 7/2001. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

²⁶ ZAPATA GARCÍA, P.A. Op. Cit. Págs. 345 y 346. Puede verse también, YONG SERRANO, S. *Introducción a la responsabilidad pública y privada*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, D.C., 2019. Pág. 431: “Así, por estar el contrato estatal sometido a un procedimiento reglado, las fuentes que enriquecen la responsabilidad precontractual en el ámbito civil y mercantil no pueden traerse al ámbito de la contratación en toda su extensión, porque allí rige el principio de la solemnidad, en tanto y en cuanto el perfeccionamiento del contrato está condicionado a que el acuerdo de voluntades sobre el objeto y la contraprestación se eleve a escrito”.

²⁷ Artículo 83. “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

²⁸ El Consejo de Estado se ha referido puntualmente sobre el deber de informar como parte de la buena fe precontractual y cuándo se configura su incumplimiento: “Por consiguiente, cuando se debe informar, bien sea porque la ley lo ordena o porque se trata de alguno de los casos atrás enunciados con sus limitantes, esa información debe corresponder con la realidad, debe coincidir con la fuente de la que se ha tomado y debe contener todos los datos inherentes al

probidad y colaboración (buena fe objetiva) hacia la otra parte se encuentra también incluido en el artículo 28 del EGCA²⁹, y así mismo plasmado en el aludido artículo 863 del Código de Comercio, que por vía de las remisiones a las normas civiles y comerciales que dispone el artículo 13 del estatuto, en lo que no esté regulado en el mismo, se hace factible acudir a él.

La doctrina del Consejo de Estado ha destacado el rol de la buena fe en todas las etapas del contrato, con especial énfasis en la incidencia del precepto como causa de responsabilidad precontractual³⁰. De igual modo, la Corte Constitucional ha trazado

asunto informado, así y sólo así se puede decir que se ha cumplido con el deber de brindar información.

Pero además para que se configure el incumplimiento del deber precontractual de informar es necesario que concurren estos tres requisitos: a) El desconocimiento de una información por una de las partes siempre y cuando que ésta no la haya podido conocer por sí misma con normal diligencia o que ese saber requiera de especiales conocimientos de lo propio que el titular no tiene y que no debe tener en razón de su profesión u oficio; b) La otra parte conoce, o debe conocer, la información que aquella desconoce y, por mandato legal, o por ser determinante para la otra, o porque se le ha pedido o porque se ha decidido a informar o hay específicas relaciones de confianza entre ellas, tiene el deber de informar; y c) La parte que tiene la información no se la brinda a quien la desconoce.

En síntesis, el incumplimiento del deber de información supone la concurrencia de los tres requisitos que se acaban de mencionar y también se configurará cuando, a pesar de haberse informado, la información no es veraz o auténtica o completa”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección B, radicado N° 25000-23-26-000-1998-00324-01 (22043), noviembre 19/2012. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁹ Artículo 28. “De la Interpretación de las Reglas Contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.

³⁰ “Sustancial resulta para la construcción de la responsabilidad a declarar en la etapa de formación del contrato, la afirmación del principio de buena fe, al que debe ajustarse la actuación tanto de la administración pública, como del proponente.

De la aplicación del principio de buena fe en la fase de formación contractual, se derivan una serie de deberes, cuya vulneración o incumplimiento por una de las partes precontractuales puede dar origen a la responsabilidad precontractual, es decir, en el deber de indemnizar los perjuicios causados con ocasión de un daño prenegocial.

En la contratación del Estado uno de esos deberes es el que tiene el adjudicatario de suscribir o firmar el documento que contiene el contrato, puesto que, como ya se dijo, si la oferta debe ser seria y el contrato del Estado es solemne, la única conducta admisible para el adjudicatario, por ser conforme a la buena fe objetiva, es la celebración del contrato ofrecido mediante la suscripción del documento que lo contiene y lo perfecciona.

Desde la óptica de la administración contratante también existe un deber de llevar el proceso de selección iniciado hasta su fin; máxime cuando ya existen sujetos que han presentado ofertas conforme a los términos de referencia diseñados por la misma administración; excepción hecha de la autorización que se le ha dado de revocarlo en protección del interés público o social. Sin

líneas muy concretas para destacar su importancia en el ámbito de la contratación pública:

En el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad-, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que “aquellos adelanten ante estas”.

La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público. De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados.

[...]

El principio de la buena fe, como elemento normativo de imputación, no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado...³¹.

8.2.2.2. Legalidad

Como ya se indicaba en este trabajo, contrario a lo que ocurre por regla habitual en el derecho privado, la fase de formación del contrato público se ciñe a un trámite estricto que estipula la ley, habida cuenta de que se trata de una actuación de naturaleza administrativa donde los criterios para seleccionar al contratista excluyen los visos subjetivos de la Administración, así como también asomo alguno de quebrantamiento del orden jurídico en el que puedan incurrir los particulares que participan en el proceso de selección. De esta manera, la infracción del procedimiento por cualesquiera de las partes puede devenir en un daño que lleve a declarar la responsabilidad precontractual.

La legalidad es reconocida como un principio en la Constitución colombiana (artículo 6) y como parte del debido proceso en toda clase de actuaciones, incluidas las administrativas (artículo 29). El CPCA prescribe la observancia y sometimiento a la

embargo, aún en este evento, la terminación intempestiva generará responsabilidad frente a los oferentes”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección B, radicado N° 54001-23-31-000-2006-01194-01 (38936), diciembre 3/2015. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³¹ C. Const., Sent. C-892, agosto 22/2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Constitución y a la ley para todas las actuaciones y procedimientos administrativos que realicen los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público, en todos los sectores y niveles, y para los particulares que cumplen funciones administrativas. Santofimio Gamboa apunta sobre el principio de legalidad que este *se estructura en el cabal sometimiento de la Administración y de sus actos a los principios, normas y valores superiores –sujeción al sistema del ordenamiento jurídico– previamente proferidas como garantía ciudadana y para la estabilidad estatal*³².

8.2.2.3. ¿La responsabilidad precontractual de la Administración tiene un carácter subjetivo u objetivo?

La respuesta inicial a esta hipótesis se encuentra en la misma estructura de la institución de la responsabilidad de la Administración Pública en Colombia, cuyo pilar es el plurimencionado artículo 90 del texto Superior colombiano. De acuerdo a lo expuesto en este trabajo³³, la estipulación constitucional cobija no solamente de manera general a todo el ámbito de la responsabilidad del Estado (precontractual, contractual y extracontractual), sino también reconoce que su naturaleza determina la existencia de regímenes de responsabilidad objetiva y subjetiva, es decir, no se casa exclusivamente con uno de ellos³⁴, siempre y cuando, por supuesto, estén configurados sus elementos y se produzca un daño antijurídico. Líneas atrás se hacía referencia que los criterios normativos en los que se basan los títulos de imputación tradicionales no tienen cabida en el análisis para definir la responsabilidad precontractual, fase en la cual, como ya se ha visto, la teoría y la jurisprudencia coinciden en establecer que la infracción de la buena fe y la legalidad son el vehículo jurídico en que la responsabilidad tiene su fuente. Ahora bien, el sentido de esta configuración solo puede hallarse dentro de las características de la responsabilidad subjetiva, que, como se sabe, brota del mal funcionamiento de la Administración.

³² El autor agrega: “La legalidad así entendida no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario, en nuestro concepto, la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza de manera consecuente por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo”. SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. Op. Cit. Págs. 350 y 351.

³³ Vid. supra, cap. 2.

³⁴ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 8118, mayo 8/1995. M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

En el escenario materia de estudio este mal funcionamiento sería la transgresión de los preceptos enunciados, trasladados al trámite reglado que constituye la etapa de gestación del contrato. En los supuestos de responsabilidad de la Administración que más adelante se abordarán se advierten estos pormenores, al margen, por supuesto, de las conductas en que puede incurrir el oferente y sus consecuencias.

Es necesario hacer una precisión sobre el empleo de los títulos de imputación, cuestión que en España no es dada al uso en la jurisprudencia, pero que en Colombia sí constituye un rasgo distintivo del derrotero pretoriano en la configuración de la estructura de los elementos de la responsabilidad de la Administración, de modo específico, en la imputación jurídica. Así, como parte del fundamento jurídico del deber de reparar, se ubica el título de imputación. Aparecen aquí, dependiendo de la casuística, si la atribución de responsabilidad se da en razón a la falla del servicio, el riesgo excepcional o el daño especial. La jurisprudencia, con arreglo a esta construcción metodológica, es cuidadosa de siempre señalar el título de imputación. El empleo de esta técnica ha ayudado indudablemente a una mejor comprensión de la estructura de la responsabilidad, prestando además un valioso servicio pedagógico para desenmarañar el debate sobre si la cláusula de responsabilidad general del artículo 90 es objetiva o no.

Se trae a contexto este planteamiento porque a mi juicio es muy llamativo que la jurisprudencia, en el criterio que ha consolidado sobre los eventos de responsabilidad en el período previo al contrato (vulneración de los postulados de buena fe y legalidad proveniente de un funcionamiento anómalo), no haya inscrito tales conductas bajo el rótulo del título de imputación de la falla del servicio. Esta especificación contribuiría a hacer más sencilla la elaboración teórica de la responsabilidad precontractual.

8.2.2.4. El componente indemnizatorio o de reparación

La indemnización del daño en la fase precontractual se manifiesta de distintas maneras dependiendo del supuesto que genera responsabilidad. Al plantearse cada uno de ellos en atención a la casuística se hará un análisis pormenorizado de las razones por

las que la jurisprudencia contencioso administrativa estima el reconocimiento de los cánones indemnizatorios. A modo general, en este apartado me referiré a los conceptos que adopta el Consejo de Estado en lo que tiene que ver con la etapa de formación del contrato, cuya base teórica, como ya se hizo mención, está en la teoría de Jhering.

Importante es destacar que estos componentes indemnizatorios están amparados en el precepto de reparación integral (término de un espectro mucho más amplio, hoy acogido mayoritariamente por la jurisprudencia, desde su consagración en el ordenamiento positivo colombiano en el artículo 16 de Ley 446/1998³⁵) lo que lleva además a entender que perfectamente podrían coexistir. No puede soslayarse que dentro esa reparación integral mencionada cabe también el reconocimiento del daño moral.

8.2.2.4.1. El interés negativo

³⁵ “La aplicación efectiva y material del principio de reparación integral en Colombia, ha permitido que se reconozca la insuficiencia del criterio indemnizatorio en relación con el derecho de daños; en consecuencia, la jurisprudencia nacional ha articulado los postulados resarcitorios del orden nacional con los criterios contenidos en la jurisprudencia de tribunales internacionales, concretamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de tal forma que se ha abierto camino, entre otras, a las medidas de tipo satisfactorio, a las garantías de no repetición y, en general, de justicia restaurativa y conmemorativa, todas encaminadas al restablecimiento del núcleo de los derechos que se ven afectados en la producción del daño, en consonancia con lo que se ha entendido como la constitucionalización del derecho de daños, fenómeno impulsado por el neoconstitucionalismo y con la fortaleza actual de los textos constitucionales modernos, en donde el contenido programático es el eje central del poder público, razones por las que adquieren relevancia los principios de dignidad humana, de igualdad y solidaridad”. GIL BOTERO, E. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Séptima edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2017. Pág. 152. La posición doctrinal del Consejo de Estado acoge sólidamente el reconocimiento de la reparación integral: “Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, *per se*, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Lo anterior, por cuanto en estos eventos el daño antijurídico, no supone la afectación personal de un derecho o una garantía relacionada con el núcleo esencial del ser humano y con su posibilidad de vivir e interrelacionarse en términos de respeto absoluto a la dignidad del individuo, sino que tiene su fundamento en el aminoramiento patrimonial padecido (v.gr. la destrucción de una cosa como un vehículo, una lesión a causa de una falla de la administración, etc.)”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 76001-23-25-000-1996-04058-01 (16996), febrero 20/2008. M.P. Enrique Gil Botero.

Según el criterio admitido por el Consejo de Estado, el interés negativo, llamado también de confianza, lo constituyen *todos aquellos gastos o pérdidas en las que incurrió el proponente frustrado durante la etapa de la negociación confiando legítimamente que el contrato proyectado se celebraría efectivamente, es decir que el interés negativo hace referencia a los perjuicios que se derivan por no haberse celebrado el contrato*³⁶. Este interés negativo se equipara con el daño emergente, en el sentido de que se refiere al menoscabo o pérdida real que sufre el patrimonio del afectado e incluye, por ejemplo, *aquellos gastos, expensas o pérdidas que se causan por la no celebración del contrato como los gastos desplegados durante la fase de formación del contrato [v.gr., gastos de desplazamiento, de papelería, de llamadas telefónicas, de oportunidades de suscripción de otros contratos, etc.]*³⁷.

8.2.2.4.2. La pérdida de oportunidad

Sobre este aspecto se ha señalado por la teoría del derecho que en materia contractual la pérdida de oportunidad *es el quebranto consistente en no haberse otorgado la posibilidad al proponente frustrado de celebrar otro contrato en condiciones análogas al que se escapó por obra del demandado, cuyo reconocimiento y estimación pecuniaria dependen de la efectividad de esa frustración adicional, es decir, de la seriedad, probabilidad y economía de ese otro contrato y, obviamente, del impacto patrimonial consiguiente, del que, sin más, habría que suprimir el interés positivo*³⁸.

El matiz particular de la pérdida de oportunidad para el asunto aquí tratado es la pérdida de la ganancia probable por motivo del hecho dañoso, lo que se manifiesta en las expectativas legítimas, no infundadas, aunque no se sepa con exactitud si estas se darán. Un ejemplo es el del proponente que ve frustrada su posibilidad de participar en un proceso de selección al ser descalificada injustamente su propuesta, demostrando que

³⁶ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 05001-23-31-000-2010-01243-00 (54480), mayo 18/2017. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁷ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección B, radicado N° 85001233100020110010901 (51376), noviembre 26/2015. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁸ HINESTROSA FORERO, F. Op. Cit. Págs. 740 y 741.

la suya era la mejor. La repercusión que tal acción puede tener, dada la experiencia que acumularía con ese contrato que no suscribió, en futuros negocios o contratos a los que optaría con muchas posibilidades de obtenerlos pero que se malogran, precisamente por la falta de esa experiencia que habría sido tenida en cuenta, sería la pérdida de oportunidad. Así las cosas, esta expectativa, para configurar la pérdida de ese chance, debe ser, aunque probable cierta, en un nivel, según el criterio del juzgador, que no alcance el más alto, pero tampoco se reduzca al mínimo³⁹.

8.2.2.4.3. El interés positivo

La posición construida por la doctrina contencioso administrativa identifica al interés positivo, denominado asimismo de “cumplimiento”, con la noción del lucro cesante traída del derecho civil, que corresponde en la actividad precontractual de la Administración a las utilidades que esperaba obtener el oferente perjudicado con ocasión de la celebración del contrato frustrado, posibilidad truncada por la acción dañosa proveniente de la entidad. Puntualmente, el Consejo de Estado ha considerado que el interés positivo *comprende las “ventajas conexas con la ejecución del contrato”, que pueden representarse en la utilidad que se desprende de la naturaleza y condiciones del contrato frustrado, de las expectativas ciertas creadas en función de las actividades, mercados y productos que se relacionaban directamente con el mismo, por ejemplo*⁴⁰. El típico caso alusivo al interés positivo es el del proceso de selección que se adjudica a un oferente distinto a quien debía ser el legítimo adjudicatario. En este

³⁹ “De acuerdo con esta concepción, entonces, ‘la doctrina de la pérdida de oportunidad se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal’, por manera que no deben catalogarse como ‘pérdida de chance’ ni los eventos en los cuales sí existe la razonable certeza de que el agente dañoso provocó el daño -pues allí estará demostrada la causalidad en virtud de que la alta probabilidad da lugar a la aludida razonable certeza y el daño sufrido en tales circunstancias no es la pérdida de la probabilidad sino la desaparición de la ventaja o provecho esperado, luego la íntegra reparación será lo jurídicamente procedente-, ni aquellos supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resultan insignificantes -pues la escasa probabilidad da lugar a que la víctima no tenga derecho a indemnización alguna-; por consiguiente, sólo hay lugar a la aplicación de la figura de la pérdida de chance‘... cuando el coeficiente de probabilidades de que el agente dañoso fuera causante rebasa un mínimo despreciable y no llega a la alta cota que lleva a hacer coincidir el daño ocasionado con la pérdida de la ventaja frustrada”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 05001-23-26-000-1995-00082-01 (18593), agosto 11/2010. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁰ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 11001-03-26-000-2011-00028-00 (41217), abril 1/2016. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

sentido, el interés positivo es el que se le reconoce al perjudicado por concepto de la utilidad esperada.

8.2.2.4.4. El daño moral

Conforme a lo que se indicaba, el daño moral, barajado dentro del género de los inmateriales, e incluido en ese amplio margen de todo lo que acarrea la reparación integral, debidamente demostrado, es viable de ser reconocido. Desde el conocido fallo Villaveces de 1922, la justicia colombiana viene pronunciándose en favor de darle cabida al daño moral⁴¹. El Consejo de Estado lo define como aquel *compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo*⁴². El Alto Tribunal de lo contencioso administrativo se inclina así mismo por reconocer no solamente el daño moral para las personas naturales sino también para las jurídicas. Consecuentemente, para estas últimas es dable que se indemnicen cuestiones de carácter extrapatrimonial como la reputación, la imagen y el buen nombre (a condición de que sea el derecho fundamental constitucional)⁴³. En tal sentido, para situaciones que versan sobre la afectación al *good will* (buen nombre en el aspecto mercantil), el criterio del Consejo de Estado prefiere encuadrarlas dentro del daño material o patrimonial, reparando el componente del daño emergente y el lucro cesante⁴⁴.

8.3.- Circunstancias de responsabilidad precontractual que pueden generarse en el marco de la contratación pública

Para una mejor comprensión de las situaciones que conducen a establecer responsabilidad en el período de formalización del contrato público, es indispensable

⁴¹ SAAVEDRA BECERRA, R. Op. Cit. Pág. 1923 a 1928.

⁴² C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 66001-23-31-000-2001-00731-01 (26251), agosto 28/2014. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴³ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 05001-23-26-000-1992-01369-01 (17031), noviembre 20/2008. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁴ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección A, radicado N° 25000-23-26-000-2001-01791-01 (28019), abril 29/2015. M.P. Hernán Andrade Rincón.

hacer claridad en que la casuística puede desprenderse de diversas conductas que emanan de la Administración, pero también de los proponentes, no siendo estas taxativas, en el sentido de que la ley no hace un recuento exacto de las mismas⁴⁵. Por tanto, atendiendo a esta glosa, se analizarán por separado.

8.3.1. Derivadas de la conducta del proponente

8.3.1.1. Cuando se acude al fraude, falsedades o engaños en la información suministrada a la Administración en el trámite del proceso de selección

El ordenamiento jurídico colombiano establece ciertas consecuencias desde la perspectiva de la responsabilidad precontractual para los comportamientos fraudulentos o torticeros por parte del proponente, amén de las responsabilidades que en otras esferas puedan resultar. La actuación administrativa en la fase de formación del contrato está regida por el pliego de condiciones, documento que responde a una naturaleza imperativa en cuanto somete tanto a la Administración como a los proponentes: *Como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia, el pliego de condiciones es un acto administrativo de carácter general, que contiene las normas que rigen el procedimiento de la licitación pública y el contrato a adjudicar. En virtud de su obligatoriedad, tanto para los proponentes como para la misma entidad licitante, ha sido denominado ley del procedimiento de selección y ley del futuro contrato, por cuanto sus disposiciones, se imponen a todos los participantes en dicho procedimiento, tendiente a seleccionar la propuesta más favorable para la entidad, y despliegan sus efectos aún más allá de la*

⁴⁵ Según el Consejo de Estado, en el ámbito estudiado se advierte “la existencia de múltiples escenarios de responsabilidad patrimonial precontractual del Estado, entre los que se enumeran –sin ningún ánimo o finalidad de taxatividad– los siguientes: i) la violación al derecho a participar en el proceso de selección, ii) la vulneración al derecho a que la oferta sea evaluado, iii) la afectación al derecho a ser adjudicatario del contrato, y iv) la renuencia de la administración pública a suscribir y perfeccionar el contrato estatal”. Asimismo, el Alto Tribunal señala que “los proponentes pueden también resultar compelidos a indemnizar el daño antijurídico irrogado a la administración pública cuando le sea imputable, entre otras causas, por la falta de seriedad de la oferta, por resistir a entregar o suministrar información sobre la configuración de inhabilidades e incompatibilidades, o por la renuencia en la adjudicación y/o suscripción del contrato estatal”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 05001-23-25-000-1994-02027-01 (21324), junio 12/2014. M.P. Enrique Gil Botero.

*decisión de adjudicación, irradiando al negocio jurídico que, como resultado de la misma, sea celebrado*⁴⁶.

Adicionalmente, el carácter vinculante del pliego de condiciones somete a los oferentes, pues el incumplimiento de las reglas conduce al rechazo o eliminación de las propuestas. En consonancia, el EGCA, en su artículo 26.7 (del principio de responsabilidad) subraya la responsabilidad para los contratistas cuando oculten al contratar, *inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa*. Esta responsabilidad se entiende previa, al tenor de la norma que plantea *cuando oculten al contratar*, de lo que se deduce que son situaciones anteriores que se ocultan o falsedades que se entregan, todo con el propósito de lograr la adjudicación del contrato. Teniendo en cuenta lo anterior, los proponentes no pueden falsear información para soportar su propuesta, así como tampoco se les permite inducir a errores a la Administración o maniobrar con el fin de verse favorecidos o perjudicar a un tercero con la decisión de adjudicación. En cuanto a esto último, el fenómeno de los acuerdos colusorios se ha convertido en una desafortunada práctica, bastante común en tiempos recientes en el área de la contratación pública, cuyos efectos van en detrimento del interés general, el patrimonio público y la libre competencia⁴⁷.

Las repercusiones para los oferentes que incurran en ilicitudes son el rechazo de la propuesta (no evaluación) o su descalificación (en el evento de que la Administración inicialmente considere la oferta y posteriormente, en una aclaración que solicite, encuentre una irregularidad). Ahora bien, en el supuesto de que estas circunstancias no fueran advertidas de inmediato por la Administración y se profiriera el acto administrativo de adjudicación donde resultare favorecido alguno de los oferentes que

⁴⁶ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección A, radicado N° 25000-23-26-000-2007-00677-01 (39945), octubre 25/2019. M.P. María Adriana Marín.

⁴⁷ “En efecto, cuando las empresas, en lugar de competir en franca lid, optan por acordar los precios de venta del público, repartirse el mercado o coludir para que una determinada empresa sea quien resulte adjudicataria en una licitación, los principales perjudicados son los agentes del mercado, pues con estas prácticas se les impide aprovechar los beneficios de la economía de mercado y de la libre y leal competencia. Por ello, estas prácticas han sido clasificadas como conductas generadoras de daños, infracciones administrativas y, en algunos casos, han sido tipificadas como delitos por el perjuicio que le causan a la sociedad”. MIRANDA LONDOÑO, A., DEIK MADIEDO, C. *La colusión en los procesos de selección para la celebración de contratos estatales*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2018. Págs. 1 y 2.

cometió el comportamiento ilegal, la entidad podrá, en virtud de lo preceptuado por el artículo 9 de la Ley 1150/2007, revocar el acto de adjudicación y aplicar lo dispuesto en el artículo 30.12 del EGCA⁴⁸. Cuestión diferente es si se percata de la ilegalidad una vez se ha suscrito el contrato. En este caso la Administración tendrá el deber de dar por terminado el contrato por estar afectado por una causal de nulidad absoluta, que podrá ser alegada también en sede judicial por cualquier persona que demuestre tener un interés directo. Esta tesis será abordada en un acápite posterior.

8.3.1.2. Cuando se rehúsa a suscribir el contrato

El antes citado artículo 30.12 del EGCA consagra las implicaciones para el adjudicatario que se niegue a suscribir el contrato: *Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía*. De lo expuesto emerge que además de la garantía es posible que, si los perjuicios causados a la Administración sobrepasan el valor de la misma, se puedan reclamar judicialmente⁴⁹.

⁴⁸ Artículo 30. “De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

[...]

12. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía”. Al respecto, Vid. supra, cap. 7.

⁴⁹ “La no suscripción del contrato estatal hace surgir una responsabilidad de los proponentes frente a la entidad pública, que se traduce en la indemnización de los perjuicios sufridos por ésta, que pueden consistir, por ejemplo, en el valor de los estudios realizados para la licitación o concurso (análisis de la necesidad de los bienes a adquirir o de la factibilidad de la obra o servicio requerido por la entidad, pago de consultores o asesores, etc.), el costo de elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia, la publicidad y los costos del proceso licitatorio, el mayor valor de los elementos o de la obra por la inflación o la pérdida de oportunidad en las importaciones de bienes y servicios, dado el transcurso de tiempo que necesariamente se presenta por la no firma oportuna del contrato, etc.

Este resarcimiento de perjuicios se hace efectivo por la entidad estatal, en primer término, con la solicitud del valor del depósito o la reclamación de la indemnización de la póliza de seguro de cumplimiento que constituía la garantía de la seriedad de la propuesta, la cual no puede ser

La norma igualmente establece en su inciso segundo la posibilidad de adjudicar el contrato al oferente calificado en segundo lugar. Como complemento de lo anterior, el artículo 8.1.E del EGCA indica como causal de inhabilidad la abstención de suscribir el contrato estatal adjudicado sin justa causa. La configuración de esta causal exige por parte de la Administración analizar las circunstancias que derivaron en la no firma del contrato⁵⁰, para así posteriormente adoptar una decisión que afectará al oferente-adjudicatario, no solo patrimonialmente, sino con efectos a futuro que contemplan la prohibición para contratar por un tiempo determinado. La sanción en este caso es de cinco años, contados a partir de la expiración del plazo para su firma, siempre según la norma antes comentada.

8.3.1.3. Cuando se revoca la oferta

Al tenor de la pauta del artículo 846 Código de Comercio la oferta no admite retractación, por lo que una vez se comunica es irrevocable, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen. Podría entenderse que tal postulado aplica para el derecho de la contratación pública en cuanto a los efectos inmediatos de la revocación; empero, de conformidad con la interpretación hecha por el Consejo de Estado⁵¹, si el proponente retira su propuesta en medio del trámite del procedimiento precontractual, esta acción no tendrá ninguna consecuencia, pues el EGCA no establece que surja de inmediato

inferior al 10% por ciento del valor de la propuesta o del presupuesto oficial estimado, de acuerdo con el parágrafo del artículo 16 del decreto 679 de 1994, y en segundo lugar, si el perjuicio sobrepasa tal garantía, con el ejercicio de la acción judicial pertinente para exigir el mayor valor”. C.E., S. de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 1.172, marzo 3/1999. M.P. César Hoyos Salazar.

⁵⁰ Palacio Hincapié se adentra en las implicaciones de lo que supone esa justa causa para no suscribir el contrato: “Para responder ese interrogante debemos ubicarnos en todos aquellos eventos que constituyen fuerza mayor para las partes. Así, por ejemplo, la ocurrencia de un hecho imprevisible que impida el desplazamiento de quien ha de suscribir el contrato, como la ocurrencia de un derrumbe, la actividad de un tercero como la retención de la persona por grupos al margen de la ley, la parálisis de una actividad, como en el transporte, etc. Pero también hay eventos que justifican la no suscripción del contrato atribuibles a la entidad contratante, como cuando el texto del contrato no corresponde a la oferta presentada, o cuando el texto contiene condiciones diferentes a las previstas en el pliego, lo cual hace que el contratista se someta a obligaciones inexistentes en el momento de ofertar; pero, además, puede el contratista abstenerse de suscribir el contrato adjudicado, cuando la adjudicación se realiza por fuera del término de validez de la oferta”. Op. Cit. Pág. 129.

⁵¹ C.E., S. de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 1.723, marzo 30/2006. M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

para la Administración el derecho a cobrar la indemnización de perjuicios. De tal manera, se deberá hacer caso omiso a la manifestación de retiro de la propuesta y proceder a evaluarla.

Ahora bien, de resultar seleccionada la oferta y el oferente no suscribe el contrato, el efecto será el visto en el acápite inmediatamente anterior (cobro de la garantía e inhabilidad, dado el caso). En conclusión, se percata entonces que la regla de la irrevocabilidad de la oferta del derecho privado se mantiene en la etapa de formación del contrato público, pero el retiro de la misma en el último ámbito no tiene el mismo resultado, teniendo en cuenta que en este solo es posible reclamar los perjuicios – haciendo efectiva la garantía o a través de la vía judicial– si el proponente seleccionado se niega a formalizar el contrato.

8.3.2. Derivadas de la Administración

8.3.2.1. Por la inadecuada preparación del proceso de selección (estudios previos defectuosos, revocatoria del acto de apertura, anomalías en el pliego)

La fase de preparación del contrato requiere un cuidadoso análisis de las necesidades de la entidad, v.gr: de cerciorarse si se cumplen los requisitos jurídicos para adelantar el proceso de selección, de comprobar si existen y apropiar las debidas partidas presupuestales para afrontar el costo del contrato, de verificar los aspectos técnicos indispensables para una correcta ejecución del objeto contractual, de consultar los costos y estudios de mercado dependiendo el tipo de contrato, entre otros aspectos⁵². Lo antedicho pertenece a la plena observancia del principio de planeación (artículo 25.12 del EGCA), por lo que la Administración es responsable de una correcta elaboración de los estudios previos y del pliego de condiciones⁵³. Sobre este último, bien se sabe que es considerado la ley del contrato, el documento que define las reglas de juego de los procedimientos de

⁵² Vid. supra, cap. 7.

⁵³ Para Escobar Gil, “(...) La entidad licitante no ha de conformarse con observar las formalidades preparatorias del contrato establecidas en la ley, sino que con excesivo celo debe configurar unilateralmente las bases del contrato en forma óptima, racional y completa, que permita adelantar adecuadamente el procedimiento de selección objetiva y la ejecución de las prestaciones del contrato”. Vid., ESCOBAR GIL, R. Op. Cit. Pág. 233.

selección. De este modo, las anomalías que pudiera contener, es decir, si se pudiera determinar que el clausulado no está elaborado bajo pautas objetivas que incidirán en no seleccionar al oferente adecuado, es dable deducir que se generaría una responsabilidad para la Administración.

El EGCA prevé que la Administración tiene el deber, al elaborar los pliegos de condiciones, de fijar reglas claras, justas y completas, asegurando la escogencia objetiva (artículo 24.5). Asimismo, el artículo 30.2 dispone que *la entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. 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*. Todo esto debe también armonizarse con el artículo 26.3, que consagra el principio de responsabilidad como una advertencia a las entidades y servidores públicos que le den apertura a procesos de selección, sin haber elaborado previamente los estudios y documentos que le den soporte al proceso, pliegos de condiciones, o que preparen estos de manera incompleta, confusa o con parámetros que se presten a interpretaciones o decisiones de índole subjetivo. Se colige de lo anterior que existe un deber de la Administración que responde al cumplimiento de estos preceptos, lo que supone, en caso de infringirlos, visto desde la perspectiva que este estudio ocupa, una situación de responsabilidad de afectarse intereses de quienes participan en la selección del contratista.

Tras esta exposición, es posible que los defectos de la preparación se hagan evidentes en una revocatoria del acto de apertura o incluso pueden verse reflejados en el acto de adjudicación. En este sentido, los afectados (oferentes o interesados en participar) podrán exigir el interés negativo, que son los gastos en que incurrieron para preparar su oferta⁵⁴, y también será susceptible de reclamación la pérdida de oportunidad,

⁵⁴ Así lo estima el Consejo de Estado en situaciones donde se ha revocado el acto de apertura: “Ante la dificultad de cuantificar los otros gastos en que debió incurrir la Unión temporal demandante para la presentación de su propuesta, los que constituyen el interés negativo que deberá ser indemnizado; la Sala en cumplimiento de lo previsto por el artículo 16 de la ley 446

en la medida de que se nublara la posibilidad de celebrar otros contratos⁵⁵, siempre y cuando esto estuviera relacionado con la conducta anómala de la entidad. Con todo, el interés positivo no será posible pretenderlo, teniendo en cuenta que la anormal estructuración del proceso hace imposible evaluar y comparar ofertas para definir cuál debía imponerse, y por ende determinar el mejor derecho⁵⁶. Otro argumento para negar el interés positivo en la hipótesis planteada es que la nulidad del acto de adjudicación por vicios en el procedimiento, afecta por igual a todos los participantes en el proceso de selección, no solo al que se haya visto favorecido con la irregularidad.

que autoriza en cualquier proceso que se adelante ante la administración de justicia a aplicar la equidad para la valoración de los daños que se hayan ocasionado, acudirá a este criterio para cuantificar la suma que deberá pagarse a título de restablecimiento del derecho a la parte actora, como indemnización del interés negativo o de confianza en que el contrato de consultoría se realizaría.

En la búsqueda de encontrar un parámetro objetivo en el cual sustentar la equidad como criterio de reparación, que le otorgue, además, racionalidad a la cifra que se estipule como valor de restablecimiento del derecho, la Sala encuentra que en el pliego de condiciones se había establecido que si el contrato se hubiese celebrado se estipularía una cláusula penal del 10% del valor del contrato, en caso de incumplimiento del contratista.

Con base en esta estipulación de los pliegos, la Sala estima que, ante la dificultad de encontrar prueba del monto del perjuicio derivado de la defraudación al interés negativo de la parte demandante, se ajusta a un principio de equidad, en el sentido prístino de la concepto, es decir, como equilibrio entre intereses contrapuestos, establecer la reparación del daño ocasionado a la parte actora en el 3%, del valor del contrato que se proyectaba celebrar; esto teniendo en cuenta que el contrato no se celebró, y por tanto no hubo despliegue ninguno por parte de la demandante en la realización del objeto contractual, circunstancia que justifica la disminución del porcentaje que se habían previsto en los pliegos para indemnizar perjuicios en caso de que el contrato sí se hubiese celebrado. Estima la Sala que esta suma desde la perspectiva de la equidad compensará los gastos hechos por los integrantes de la Unión Temporal demandante, más el tiempo que estos emplearon en la presentación de la propuesta”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 25000-23-26-000-2010-00184-01 (46903), octubre 15/2015. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁵ “No obstante, tal como lo señaló el Tribunal de primera instancia, en este caso específico el demandante bien pudo haber promovido la acción de reparación directa, sin cuestionar la legalidad del acto administrativo que puso fin al proceso de selección; pero, en esta hipótesis, generalmente el interés indemnizable se reduce al reconocimiento de los gastos en que incurrió el oferente en la elaboración y en la presentación de la propuesta y a la pérdida de oportunidad de haber celebrado y ejecutado otro contrato, perjuicios éstos que tienen relación con la terminación anormal del proceso de escogencia, pues al revocarse el acto de apertura del proceso de selección, por exclusiva voluntad de la entidad pública, se eliminó la legítima expectativa que tenían los oferentes de que el proceso de selección continuara y, ello es un hecho que desconoce la buena fe y la confianza legítima que debe gobernar el *iter contractual*”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección A, radicado N° 76001-23-31-000-1998-01093-01 (31297), noviembre 26/2014. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁵⁶ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección B, radicado N° 25000-23-26-000-1997-13723-01 (29942), julio 30/2015. M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

8.3.2.2. Por la descalificación irregular de la oferta

Esta situación se suscita cuando, pese a cumplir con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, se procede a descalificar la oferta, esto es, se vulnera el derecho a que la propuesta sea evaluada. La jurisprudencia ha señalado que es factible reclamar el interés positivo a condición de que se pueda demostrar que la propuesta desestimada injustamente era la mejor (lo que la convertiría en un cierto adjudicatario)⁵⁷; de lo contrario, podrá ser exigible el interés negativo. Del mismo modo, la pérdida de oportunidad será susceptible de reclamarse en las condiciones que acá se han expuesto. Sobre el primer factor de reparación (interés positivo) se hará remisión al epígrafe inmediato donde se examina el supuesto de no adjudicación al licitante que presentó la mejor oferta.

8.3.2.3. Por la afectación al licitante que presentó la mejor oferta o cuando se presentan irregularidades en la adjudicación

En la conclusión del procedimiento que abarca el período precontractual pueden darse diferentes hechos que apuntan a la responsabilidad de la Administración si la conducta de esta ocasiona un daño antijurídico. La ocurrencia de estos eventos gira en torno al acto de adjudicación, por lo que pueden clasificarse así: cuando el proponente que presenta la oferta más favorable es privado de su derecho porque la entidad adjudica el proceso de selección a otra propuesta, o simplemente la rechaza en esta instancia de manera irregular; cuando se declara desierto el proceso de selección sin fundamento legal, despojando del derecho de ser adjudicatario a quien reunía los requisitos para serlo; o cuando la Administración se abstiene de realizar la adjudicación en el plazo estipulado en el pliego de condiciones⁵⁸.

⁵⁷ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 05001-23-25-000-1994-02027-01 (21324), junio 12/2014. M.P. Enrique Gil Botero.

⁵⁸ Artículo 30. “De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

[...]

9. Los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato se señalarán en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía.

Cabe agregar que la solicitud de declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación que se considera viciado, conlleva para el demandante que alega ser perjudicado la carga de probar que su oferta era la mejor, además de demostrar que el acto de adjudicación vulnera normas superiores del ordenamiento jurídico⁵⁹. De llegarse a acreditar lo anterior, el criterio de indemnización que ha fijado el Consejo de Estado ha pasado por varias posturas, todas ellas enfocadas en el monto de la utilidad que debía percibir en la ejecución del contrato quien debió ser el adjudicatario. Por otra parte, cuando el proponente con la mejor oferta, perjudicado por la adjudicación irregular, no demuestra cuál es el monto de la utilidad, los pronunciamientos jurisprudenciales señalan que el monto a reconocer será el 5% del valor de la propuesta, bajo la apreciación de que este es

El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan.

Dentro del mismo término de adjudicación, podrá declararse desierta la licitación conforme a lo previsto en este estatuto”.

⁵⁹ Aquí se resume la doctrina consolidada del Consejo de Estado sobre estos requisitos: “Al respecto, se observa que el proponente dentro de una licitación pública u otro procedimiento de selección de contratistas, que ha sido injusta e ilegalmente privado del derecho a la adjudicación del contrato, está facultado para demandar dicha decisión administrativa y obtener, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la misma, el restablecimiento del derecho conculcado o desconocido.

En estos casos, como sucede siempre que se impugna un acto administrativo del que se alega que ocasionó un daño al demandante, sobre éste recae la doble carga de acreditar, de un lado, la ilegalidad del acto administrativo acusado, mediante el planteamiento de las normas violadas y el concepto de la violación; y de otro lado, la vulneración del derecho del que es titular y/o la existencia de los perjuicios que alega haber sufrido con ocasión de la expedición de la decisión administrativa.

Por otra parte, la jurisprudencia ha manifestado que en estos eventos en los que se cuestiona la legalidad del acto administrativo de adjudicación de un contrato, por quien alega haber presentado la mejor oferta y a pesar de ello haber sido privado injusta e ilegalmente de dicha adjudicación, en caso de prosperar las pretensiones -porque se compruebe que las afirmaciones del demandante eran ciertas y que efectivamente debió ser favorecido con la adjudicación-, tendrá derecho a la indemnización de perjuicios que la decisión ilegal le ocasionó, que en estos casos, está representada por la utilidad que pretendía obtener a partir de la adjudicación, celebración y ejecución del contrato de las cuales fue ilegalmente privado.

Quiere decir lo anterior, que no basta con acreditar dentro del proceso que la decisión con la que culminó el procedimiento de selección fue ilegal, porque recayó en quien no presentó la mejor oferta –o porque se declaró desierta la licitación sin existir fundamento para ello-, sino que además, debe probar el demandante que la suya cumplía con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y que era la más favorable para la administración, de acuerdo con los factores de calificación y ponderación establecidos en dicho pliego. Sólo así surge su derecho a obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados, los cuales corresponden a la justa utilidad que pretendía obtener de la ejecución del contrato que no le fue adjudicado”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección A, radicado N° 08001231000 200100368 01 (37473), mayo 24/2018. M.P. María Adriana Marín.

el porcentaje que normalmente se proyecta recibir como utilidad en los contratos públicos⁶⁰. Se destaca también que la jurisprudencia en esta circunstancia se ha negado a admitir el interés negativo o el daño emergente, esto es, los gastos en los que se incurre para presentar la propuesta, en vista de que estos costes indefectiblemente se tendrían que haber hecho para *percibir la utilidad derivada de la ejecución del contrato*⁶¹.

Finalmente, la pretensión de que en sede judicial, luego de la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación, se obligue a la entidad demandada a adjudicar o celebrar el contrato con quien lo ha merecido ha sido descartada por la misma estructura de la Administración Pública. De acuerdo al Consejo de Estado *el negociante frustrado no tiene un derecho adquirido a que la entidad estatal celebre un contrato con éste; y de otro, ello iría en contra de los principios de la administración pública, ya que si bien la administración se encuentra obligada a responder por los perjuicios que con sus decisiones cause, no se encuentra obligada de ninguna manera a celebrar el contrato ni a ordenar que se continúe con el procedimiento previsto en la ley para llevarlo a feliz término, ni mucho menos a habilitar nuevamente la propuesta que ha sido eliminada*⁶².

El derrotero de las tesis planteadas por el Consejo de Estado sobre el porcentaje de la indemnización por indebida adjudicación fue expuesto en sentencia de 22 de octubre de

⁶⁰ El razonamiento del Consejo de Estado es el siguiente: “Las reglas de la experiencia indican que quienes pretenden celebrar contratos con el Estado calculan un 10% por concepto de gastos de administración, un 5% por imprevistos y un 5% por utilidad.

Por lo anterior, la Sala considera que debe acudir al principio consagrado en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 (plenitud hermética del orden jurídico) y a los criterios de equidad y de justicia que prevé el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, para calcular el monto de la condena y, por consiguiente, reconocerá el cinco por ciento (5%) del valor total de la propuesta a título de indemnización, pues, como se dijo, es el porcentaje que, generalmente, se proyecta recibir como utilidad en los contratos estatales. Es de anotar que los gastos de administración e imprevistos no pueden ser reconocidos, porque al no ejecutarse el contrato no se incurrió en ellos”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección A, radicado N° 250002326000200201606-01 (29855), noviembre 12/2014. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁶¹ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección A, radicado N° 250002326000199801360 01 (26868), octubre 9/2013. M.P. Hernán Andrade Rincón.

⁶² C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 05001-23-31-000-2010-01243-00 (54480), mayo 18/2017. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

2012⁶³. La síntesis de lo dicho es la siguiente:

- Una primera, que imperó hasta 1998, donde se indemnizaba en forma plena, es decir, el 100% de la utilidad esperada, como si se hubiera ejecutado el contrato (interés positivo).
- Una segunda, a partir de 1999, donde no se reconocía el 100% de la utilidad esperada, atendiendo a que el eventual adjudicatario, y luego contratista, no asumiría ningún riesgo ni desplegado la fuerza de trabajo referida a la carga laboral que acarrea la ejecución real del contrato. En otras palabras, el hecho de que el eventual adjudicatario, y luego contratista, no haya asumido ningún riesgo técnico, económico o administrativo con la ejecución real del contrato, además de no haberse hecho ningún esfuerzo laboral en la consecución de la utilidad esperada, no justificaba la indemnización de la totalidad de la misma. Se señaló en ese tiempo, en varios casos fallados y teniendo en cuenta los argumentos aquí esbozados, deducir de la utilidad estimada, el 50%.
- Una tercera, que es el retorno a la primera tesis, y se da desde una jurisprudencia del año 2002, bajo el entendido de que no es posible para el juez deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad que esperaba, de haber podido ejecutar el contrato. Quiere decir lo anterior que el hecho de no haber realizado un esfuerzo para ejecutar el contrato no significa que por esto su utilidad debería ser inferior. El monto debe corresponder al 100% de la utilidad que se esperaba obtener, de acuerdo a lo estimado en la oferta. Se descarta una indemnización superior, dado que un montante por encima de este entraría en la esfera del daño eventual.

En relación con la reparación cuando deviene en ilegal el proceso de selección que se declaró desierto, el Consejo de Estado asume un tratamiento similar al análisis que

⁶³ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 05001-23-24-000-1995-00935-01 (22088) acumulado 39109, octubre 22/2012. M.P. Enrique Gil Botero.

realiza cuando se está frente a una indebida adjudicación, es decir, el mejor o el único participante en el proceso de selección deberá ser compensado con la utilidad esperada en la ejecución del contrato⁶⁴. Ahora bien, si no se logra establecer ser el beneficiario de la adjudicación, el Alto Tribunal admite indemnizar los gastos que asumió el proponente como preparación de su propuesta⁶⁵.

De la misma manera, el criterio antedicho es aplicado en el caso de ausencia de adjudicación para el ofertante que demuestra su mejor derecho o el único participante⁶⁶. Aunque existen pocos precedentes que hagan alusión a este supuesto, de dónde se podría tener una comprensión más amplia de la posición jurisprudencial, es factible considerar que, dado que los mencionados no puedan probar que contaban con la propuesta más idónea, se reconozca el daño emergente, empleando el mismo razonamiento para cuando se determina la ilegalidad de la declaratoria de desierto del procedimiento administrativo de selección.

8.3.2.4. La renuncia a la suscripción y perfeccionamiento del contrato

El EGCA dispone que la adjudicación⁶⁷ no perfecciona el contrato, pues se exige su

⁶⁴ “Respecto de la pretensión de pago de la totalidad de las utilidades que el actor esperaba obtener, reitera la Sala en esta ocasión que la prosperidad de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se ataca el acto administrativo de adjudicación de un contrato estatal o de declaratoria de desierto del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual, exige la comprobación de las irregularidades en su expedición y su consecencial nulidad, así como también la demostración de que la oferta presentada por quien reclama era la mejor”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, radicado N° 27001-23-31-000-1994-02100-01 (19056), agosto 11/2010. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶⁵ “No obstante, no hay duda de que la unión temporal conformada por las sociedades demandantes acudió al proceso con la expectativa legítima de que culminaría satisfactoriamente, en el entendido de que la entidad adjudicaría el contrato a la mejor propuesta, pues ninguna razón lo excusaría de hacerlo y, como ello no ocurrió, el daño causado se traduce en los gastos que demandó el proceso de selección, erogaciones que asumió el proponente, en igualdad de condiciones frente a los demás, con independencia de que resultara o no favorecido en la adjudicación”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección B, radicado N° 250002326000200001942-01 (28240), marzo 27/2014. M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

⁶⁶ C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 20001-23-31-000-2003-00025-01 (33598), junio 3/2015. M.P. Olga Mélida Valle De De la Hoz.

⁶⁷ “A partir de aquí, por la trascendencia de dicho acto surgen vínculos negociales importantes, a tal punto que obligacionalmente tanto la Administración como el particular se deben un hacer que consiste en la firma del contrato y en el deber de cumplimiento de culminar los trámites tendientes al perfeccionamiento de un contrato frente a la diligencia del particular contratista en

formalización (artículos 39 y 41). El Consejo de Estado ha determinado que esta situación debe asumirse desde la perspectiva del derecho de daños, concretamente dentro del capítulo de la responsabilidad precontractual, sosteniendo que el monto de la indemnización debe ser el 100% de la utilidad esperada, como si el contratista hubiera ejecutado el contrato. Sin embargo, no reconoce el pago de los gastos efectuados para presentar la oferta, bajo el entendido de que este era un aspecto que necesariamente se habría dado al percibir la utilidad⁶⁸. No se excluye la viabilidad de reclamar la pérdida de oportunidad, acreditando, claro está, los presupuestos requeridos para la indemnización de este componente.

8.3.3. La nulidad del contrato por irregularidades en la etapa precontractual

Si bien este supuesto no está considerado como parte de la responsabilidad precontractual, la infracción del procedimiento administrativo previo, manifestada en alguno de los supuestos antes estudiados, puede verse expuesta en la ejecución del contrato. En efecto, cuando ya se ha perfeccionado el contrato y se encuentra en plena ejecución de sus prestaciones, es posible que las anomalías de la etapa de formación afloren, generándose unas consecuencias. Para ello, el régimen de nulidades, cuya estructura se halla en el derecho civil, sirve como mecanismo de respuesta a estas vicisitudes. El Código Civil colombiano consagra la figura de la nulidad de los contratos y sus causales en los artículos 1740 y siguientes. Ya en este estudio se ha ventilado la recurrencia a las normas civiles y comerciales a que hace referencia el

cumplirlos. El no perfeccionamiento, entonces, acarrea responsabilidad precontractual sea para la Administración, sea para el oferente”. EXPÓSITO VÉLEZ, J.C. <<La responsabilidad precontractual en la actividad contractual del Estado>> En: *El régimen de las libertades. La responsabilidad de la Administración Pública. IV jornadas de derecho constitucional y administrativo*. Universidad Externado de Colombia, 2003. Pág. 779.

⁶⁸ “La renuencia a ejecutar un contrato válidamente celebrado y perfeccionado solo genera por parte de la Administración, la obligación de pagar al contratista una suma de dinero por concepto del daño antijurídico causado (artículo 90 de la Constitución Política), pero esto no incluye el reconocimiento de los gastos realizados por el contratista tendientes a lograr el perfeccionamiento y ejecución del contrato, pues éstos se excluyen de la utilidad que el contratista espera recibir del mismo, toda vez que para que pueda recibirla debe efectuar previamente esta clase de gastos. Dicho de otra forma, constituye una inversión que debe realizar para obtener la utilidad esperada. Por esta razón la Sala no reconocerá los gastos realizados para la legalización del contrato, tales como pólizas, timbre, publicación, etc., ni los honorarios pagados a los auxiliares del consultor”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, expediente N° 10038, marzo 10/1997. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

EGCA en lo no regulado en el estatuto. Empero, en lo que respecta a las nulidades, la ley de contratación contiene un apartado especial (IV) dedicado a la nulidad de los contratos (artículos 44 al 49), aunque claramente con un cimiento civilista. Es a estos preceptos a los que se acude en el evento de descubrirse una irregularidad en la etapa previa. En este propósito, y de acuerdo a la clasificación de nulidades absolutas y relativas, se debe buscar encuadrar la pretermisión de los aspectos relativos al trámite precontractual. Sobre este particular, el EGCA señala unas causales que afectan el contrato de nulidad absoluta⁶⁹, dentro de las cuales, en un análisis general, puede considerarse que encaja la denominada vulneración de las normas del procedimiento de selección.

La discusión doctrinaria aquí no ha sido pacífica para determinar cuál es la causal específica, si se tiene presente que se trata de normas en blanco, no taxativas, teniendo en cuenta además que la valoración de las nulidades siempre tendrá un carácter restrictivo. En años recientes, el Consejo de Estado ha dado luces sobre la manera en que debe abordarse el intrincado camino planteado, posición de la que puede concluirse que, si se infringe el procedimiento para seleccionar al contratista, la causal a la que se tiene que acudir por regla general para invocar la nulidad es la indicada en el numeral 2º, es decir, cuando se celebre el contrato contra expresa prohibición legal. Dicho esto, cuando en esa vulneración del deber de selección objetiva hay de por medio los intereses personales de algún funcionario, o su intención de favorecer a un tercero, todo esto debidamente demostrado, aunque exista un quebrantamiento de la ley, la causal de nulidad absoluta no será la del numeral 2º sino la del 3º (abuso o desviación de poder). En suma, es dependiendo de la casuística y las pruebas obrantes que el juez podrá

⁶⁹ Artículo 44. “De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

- 1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
- 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;
- 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;
- 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
- 5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley”.

adoptar una posición sobre la causal de nulidad absoluta tratándose de anomalías en el procedimiento precontractual⁷⁰.

⁷⁰ “Sin embargo, a pesar de la claridad de lo expuesto, ha venido surgiendo la discusión relacionada con la causal de nulidad que se configura cuando la Administración pretermite el procedimiento de selección previsto en la Ley, según el tipo contractual, pues hay quienes argumentan, con fundamento en lo que se acaba de citar, que en tal evento se configuraría siempre la causal 3ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que pretermite el procedimiento legalmente previsto, implica faltar al deber de selección objetiva y por ende actuar con abuso o desviación de poder.

Pues bien, teniendo en cuenta que sobre este punto se han suscitado diversos entendimientos, sea ésta la oportunidad para precisar el asunto, habida cuenta de que su definición tiene una gran repercusión jurídica, lo cual se corrobora si se tiene en cuenta que la causal 3ª del artículo 44 de la ley 80 de 1993, si se advierte su configuración, no habilita a la Administración para dar por terminado unilateralmente el contrato.

Recuérdese que de tiempo atrás esta corporación ha expresado que para que se configure la causal de nulidad prevista en el No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional, es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una norma imperativa conduce a estructurar esta precisa causal, aunque, por supuesto, habrá de configurar otra, por la elemental razón de que las normas imperativas no son solamente las que expresamente prohíben, sino también las que mandan.

En consecuencia, por regla general, si se desacata una norma que manda, es decir una que contiene una prohibición genérica o implícita del estatuto contractual, o, lo que es lo mismo, una norma que imperativamente ordena aunque no prohíbe expresamente, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero, la causal no será la enlistada en el No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sino una diferente según el caso.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el No. 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 contiene la prohibición expresa de eludir los procedimientos previstos en la Ley para seleccionar al contratista, es evidente que, por regla general, la elusión o cambio de tales procedimientos debe ser fulminado con la nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la causal prevista en el No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, más no la prevista en el No. 3º, como equivocadamente se ha pretendido sostener en algunas oportunidades, puesto que tal comportamiento es sencillamente la celebración del contrato contra expresa prohibición legal.

Ahora, no se pierda de vista que el deber de selección objetiva se infringe, no solamente cuando se eluden los procedimientos que la ley establece para la escogencia del contratista, sino también cuando, a guisa de ejemplo, en la selección se involucran los intereses personales del funcionario, o hay extralimitación u omisión de su parte en el proceso selectivo.

Luego, en cada caso habrá que determinarse si el comportamiento de la Administración, por conducto del funcionario, implicó la violación de una norma imperativa que expresamente prohibía o de una que mandaba sin prohibir de manera expresa, para de allí deducir si el contrato se celebró contra expresa prohibición legal o constitucional, en el primer caso, o con abuso o desviación de poder, en el segundo.

Pero además, debe tenerse presente que es factible que la elusión de los procedimientos selectivos sea el resultado de la decidida intención del respectivo funcionario, lo cual debe aparecer debidamente demostrado, caso en el cual, como está involucrada una cuestión subjetiva que no es otra que la intención desviada o abusiva de la Administración, la causal es la 3ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual debe ser el juez quien determine esa intencionalidad que contamina de nulidad absoluta el contrato, ya que como el dolo no se presume, mal podría dejarse en manos de la administración semejante valoración y es por esto que en tal caso la Administración no puede dar por terminado unilateralmente el contrato.

Valga acotar que la nulidad del contrato solo puede decretarse por un juez, acción que puede ser propuesta por las partes, el Ministerio Público o un tercero con interés directo (artículos 45 EGCA y 141 CPCA). La Administración está revestida de poderes otorgados por el mismo artículo 45 para dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado, alegando las causales de nulidad absoluta estipuladas en el artículo 44 del EGCA, salvo la causal de haberse celebrado con abuso o desviación de poder. Por lo anterior, si la Administración llegare a observar que, para propiciar la celebración del contrato, medió una violación de las normas que rigen el procedimiento precontractual, que no guarda relación con un abuso o desviación de poder, tiene el deber de dar por terminado el contrato y liquidarlo en el estado en que se encuentre.

Con otras palabras, aún en los casos en que se omiten los procedimientos de selección del contratista, para efectos de determinar cuál causal de nulidad absoluta se configura, si la 2ª o la 3ª del artículo 44 de la ley 80 de 1993, habrá que indagar si aparece algún asomo de prueba que indique la intencionalidad de la omisión, pues en este caso, por estar envuelta esta situación subjetiva, es el juez quien debe constatarla, calificarla y establecer las consecuencias, y por esta razón la Administración no puede terminar unilateralmente el contrato argumentando que advierte ese hecho como causal de nulidad absoluta, pues si pudiera hacerlo estaría asumiendo una función jurisdiccional que no tiene, razones todas estas que explican el por qué en tal hipótesis se configura la causal 3ª y no 2ª.

En síntesis, la causal 2ª se configura cuando se omiten los procedimientos que la ley establece para la selección del contratista y además no aparece indicio de la intencionalidad del funcionario dirigida a pretermitirlos”. C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera-Subsección C, radicado N° 76001-23-33-000-2013-00169-01 (50.045), diciembre 15/2017. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONCLUSIONES GENERALES

A modo de balance y después de todo lo dicho, debe significarse que en España se aprecia en toda su extensión la particularidad de que la responsabilidad patrimonial por actividad precontractual de la Administración Pública adolece de una notable y preocupante falta de desarrollo normativo, obligando al operador jurídico a acudir a los principios generales y a una teoría de la responsabilidad construida a fuerza de sentencias y dictámenes consultivos.

En efecto los supuestos de generación de daños antijurídicos como consecuencia de actividad precontractual se encuentran dispersos en la legislación de contratos del sector público, pudiendo apreciar los siguientes: el retraso en la tramitación de expedientes de concesión de obras o servicios públicos, el suministro de información errónea que induce al licitador a presentar una oferta equivocada, el error jurídico del órgano de contratación en la elección del procedimiento de adjudicación, la anulación de las bases del concurso por motivos de legalidad, la anulación de la propia adjudicación, el desistimiento del proceso de contratación, o incluso la no adjudicación.

Y a ello debe añadirse que la teoría del contrato, que nació por importación de esta institución –con sus consiguientes matices y particularidades– del derecho privado, a día de hoy se halla en gran parte intervenida por la normativa comunitaria europea, siendo también de importancia la casuística.

En cualquier caso, es un hecho cierto que la responsabilidad de los poderes públicos por su actividad precontractual tiene un alcance limitado, y no en vano se cierne en el daño emergente, en la pérdida de oportunidad que puede desencadenar el lucro cesante, y en los daños morales que puedan acreditarse en cada caso.

Bien es cierto que la particularidad más importante y que se apunta en este estudio consiste en la necesidad de una regulación normativa que evite por un lado la causación de un daño antijurídico por actividad precontractual –referido a las medidas cautelares–, así como, por otra parte, la consignación en el derecho positivo de la

obligación de indemnizar, al objeto de introducir la necesaria seguridad jurídica y de establecer los supuestos y los límites de la valoración del daño.

Por último, y no menos importante, no se debe dejar de atender la institución de la responsabilidad de los autores del daño antijurídico en la actividad precontractual, que puede ser civil a través de la acción de regreso, disciplinaria en los casos en que la acción del empleado o autoridad pública integre un tipo disciplinario, contable en materia económico-financiera, y hasta penal si adicionalmente la acción causadora del daño es constitutiva de un ilícito penal.

Por el lado colombiano, la responsabilidad general de la Administración está en constante expansión y se presenta rica en matices, producto de su constitucionalización y de la labrada construcción jurisprudencial en tiempos recientes, siendo lo segundo un efecto de la inclusión de la cláusula específica en el texto Superior de 1991. La responsabilidad precontractual, como integrante de la institución general, no ha sido ajena al fenómeno antes descrito, asimilando además diversos conceptos, algunos importados del derecho privado y otros, con el paso del tiempo, con una etiqueta propia del derecho público.

El contenido de las reformas al EGCA ha puesto sus ojos en la configuración del esquema precontractual, medidas, que por supuesto, tienen un impacto en la responsabilidad en esta fase. Se puede ver, por ejemplo, que, en las exposiciones de motivos de estas leyes, el propósito de reforzar los mecanismos de lucha contra la corrupción es una constante. Las recientes Leyes 1882/2018 y 2022/2020, que introdujeron los pliegos tipo (en la primera de ellas para los contratos de obra e interventoría; extendida a toda la tipología contractual en la segunda), están encaminadas a fortalecer las reglas de transparencia y selección objetiva. De la misma manera, éstas apuestan por incentivar la libre competencia y participación en los procesos de selección. Por su parte, la Ley 1150/2007 consagró medidas relacionadas con los principios de transparencia y planeación, donde se destacan la imposición de publicar los estudios previos y el proyecto de pliego de condiciones, la obligación de la audiencia pública de adjudicación cuando se trata de la modalidad de selección de

licitación pública, la posibilidad de revocar el acto administrativo de adjudicación y la reorganización y ampliación de las modalidades de selección.

Sin duda, la promulgación de estas normas ha permitido ciertos avances en sus motivaciones, comparativamente hablando en relación con escenarios anteriores. No obstante, en términos de eficacia, para paliar los efectos de los procedimientos administrativos irregulares que siguen estando a la orden del día, las leyes mencionadas, fuera de hacer viable la revocatoria del acto de adjudicación con arreglo a que tengan lugar unas circunstancias excepcionales, poco ofrecen.

Los mecanismos alternativos de solución de conflicto, una iniciativa impulsada con ahínco por diversos sectores del Estado para evitar sumar procesos al ya de por sí elevado número que cursan en todas las jurisdicciones, tampoco son la respuesta que se busca. En cuanto a lo que aquí respecta, el dilatado recorrido de leyes sobre la materia creó la conciliación extrajudicial en asuntos contenciosos administrativos, convertida en un requisito obligatorio de procedibilidad, previo a acudir a la vía judicial. Este mecanismo específico, realizado ante un agente de la Procuraduría General de la Nación, fue diseñado para precaver conflictos entre particulares y el Estado. De tal manera, de llegarse a un acuerdo entre las partes, este tiene efectos de cosa juzgada luego de pasar por el control de legalidad y aprobación del juez administrativo competente. Si bien esto suena convincente en el papel, desde las entidades del Estado se ha mostrado reticencia a llegar a acuerdos en estas instancias. La causa principal estriba en las implicaciones que asumen los funcionarios podrían generárseles, tras el reconocimiento de la responsabilidad de la entidad a la que pertenecen y la asunción del pago de sumas de dinero. Como conciliar no resulta obligatorio, los comités de conciliación de las Administraciones Públicas prefieren, en caso de cualquiera duda, dirimir el asunto en la jurisdicción contencioso administrativa. Es por esto la poca efectividad del medio. Así lo demuestran los indicadores de calidad y gestión de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, que en los últimos años arrojan un porcentaje de eficacia siempre por debajo del 10%¹.

¹ <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/200213-INDICADORES-DE-CALIDAD-2019.pdf>

Ahora bien, puntualmente en los asuntos de responsabilidad precontractual, el mecanismo de conciliación se torna prácticamente en insustancial, pues cuando se pretende demandar el acto de adjudicación normalmente ya el contrato se está ejecutando y para la Administración transar sobre el asunto comporta admitir su responsabilidad por una irregularidad en el procedimiento. Las consecuencias para el contrato en ejecución serían obvias. De esta suerte, si de lo que se trata es de reparar el daño a quien se ha visto perjudicado y evitar además la acción judicial este no es el camino.

En términos de reparación, el derecho de daños ha avanzado hacia una noción amplia² de donde proviene el término acuñado en el derecho positivo colombiano de integral (artículo 16 Ley 446/1998). Lo anterior tiene apoyo en preceptos de derecho internacional, así como también en múltiples pronunciamientos de tribunales supranacionales de distintos continentes³. Para el tema que aquí interesa, dentro de las formas de reparación aceptadas por la doctrina que cumplen con el postulado de reparación integral se encuentran la pecuniaria (la más común), que es el pago de una suma de dinero, y la reparación in natura, cuyo propósito consiste en dejar a la víctima en la condición anterior a la ocurrencia del daño.

En el marco de la responsabilidad precontractual, el derecho español presenta una notable progresión en perseguir el cumplimiento del componente de reparación descrito, a consecuencia de la Directiva 89/665/CEE. En esta se hizo evidente la necesidad de obtener un medio eficaz y breve en caso de infracción del Derecho comunitario en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, de manera que se instó a los Estados miembros a adoptar en sus legislaciones internas mecanismos para evitar estas vulneraciones, empleando para esta finalidad procedimientos que permitan anular las decisiones irregulares e indemnizar a quienes sufren perjuicios por

<https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/190729-INDICADORES-CALIDAD-CONCILIACION-ADMINISTRATIVA-2018.pdf>

² HENAO, J.C <<Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado>> En: *La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿Qué? ¿Por qué? ¿Hasta dónde?* Universidad Externado de Colombia, 2015. Págs. 42 a 49.

³ Ídem

la infracción. En esto último se constata la perspectiva integral de reparación de daño en sus modos in natura y pecuniario, que en la tradición jurídica del derecho europeo se traslada a lo que se conoce como la búsqueda de una tutela judicial efectiva, o más concretamente, centrados en la responsabilidad precontractual y las irregularidades surgidas en el acto de adjudicación, en la tutela restitutoria y resarcitoria⁴.

El objeto de la Directiva 89/655/CEE y de las posteriores 92/13/CEE, 92/50/CEE, 2007/66/CEE, 2014/23/UE y 2014/24/UE ha pivotado sobre lo mismo, que no es otro que garantizar un recurso contra las decisiones de adjudicación bajo las condiciones previamente expuestas. Para el caso colombiano, la situación factual por la que atraviesa la etapa formativa del contrato público, pese a los apreciables esfuerzos observados por depurar el procedimiento, es absolutamente preocupante, precisamente por la imposibilidad de asegurarle al proponente perjudicado una verdadera tutela en la doble vertiente restitutoria y resarcitoria. En este contexto, los procesos judiciales donde se cuestiona la legalidad del acto de adjudicación, permiten solamente la satisfacción de un componente resarcitorio (reflejado en el interés positivo, negativo y la pérdida de oportunidad), pero no del restitutorio. Esto último, como ya se precisó en este trabajo, no es una alternativa en sede judicial, en vista de que el juez administrativo no tiene atribuciones para coadministrar. Aun si se pudiera, los procesos en lo contencioso administrativo, dada la elevada congestión en la jurisdicción, tardan muchos años en resolverse, por lo que al decidirse en sentencia de segunda instancia las distintas reclamaciones realizadas, el contrato ya habrá sido ejecutado por quien no debió ser el adjudicatario, lo que tornaría en inocua tal determinación.

El acto de adjudicación, que es donde se concreta todo el debate, tuvo en Colombia, hasta la expedición de la Ley 1150/2007, una concepción de inmutable. Contrario a la preceptiva que hace posible la figura de la revocatoria para los actos administrativos, el de adjudicación era la excepción por razones erigidas principalmente en la seguridad jurídica y confianza legítima. Quería con eso evitarse además ligerezas y que se convirtiera en regla lo que hoy tiene un talante restringido a ciertas circunstancias. En la actualidad se faculta a la Administración para proceder a revocarlo

⁴ DÍEZ SASTRE, S. Op. Cit. Págs. 69 a 99.

en aras de preservar la legalidad (tras demostrarse que se obtuvo por medios ilegales) y si sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad en el intervalo entre el acto de adjudicación y la suscripción del contrato.

Otra de los inamovibles en la legislación colombiana es la restricción para interponer recursos en vía gubernativa contra el acto de adjudicación. Los fundamentos son similares a los previamente señalados, pero también porque la doctrina considera que la oportunidad para la discusión sobre la legalidad del acto de adjudicación se surte en los informes de evaluación y en la audiencia donde se adjudica. En el supuesto de persistir inconformidad o desacuerdo con el acto de adjudicación, el recurso de reposición, por ejemplo, solo llevaría a confirmar lo que ya ha expresado con aparente suficiencia la Administración en las instancias correspondientes.

Sobre la base de este recuento, quien considera que ha sufrido un menoscabo no tiene más remedio que acudir a la vía judicial. La acción o medio de control (como se denomina desde la promulgación de la Ley 1437/2001-CPCA) al que se recurre para cuestionar procesalmente el acto de adjudicación es el de nulidad y restablecimiento del derecho (establecida para los actos separables). Incluso, es este el que se debe interponer aun habiéndose suscrito el contrato. En este último evento la pretensión principal del demandante –nulidad del acto de adjudicación– conduce, por mandato legal, a la nulidad del contrato. La ley procesal brinda la posibilidad de solicitar la medida cautelar de suspensión provisional de cualquier acto administrativo. Para el de adjudicación puede pedirse en tanto en cuanto no se haya celebrado el contrato, pues, como la regla general –dada la obligación que se desprende– es que el contrato se celebra inmediatamente se ha adjudicado el proceso de selección, resulta anodino solicitar la medida cautelar de suspensión provisional del acto de adjudicación: en tales circunstancias los efectos de este ya se habrán consumado (la suscripción del contrato). En cualquier caso, ya es de sobra conocido que los casos en que la jurisdicción contenciosa accede a imponer la medida cautelar son muy pocos.

Lo descrito conduce a un sin salida para el objetivo de alcanzar una verdadera reparación integral o tutela restitutoria y resarcitoria. A la última evidentemente puede

accederse, pero no es esta propiamente, o no la única cuestión que llama la atención en estas conclusiones. Dicho de otra manera, sujetar a lo meramente económico la reparación del daño no responde a plenitud con la tan cacareada por la doctrina connotación de integral de la reparación. Lo que se pretende poner en relevancia es que no existe en el derecho de la contratación pública en Colombia un mecanismo que permita obtener una reparación in natura, que sería, para lo que nos concierne, que el oferente perjudicado por una indebida adjudicación gozara de esa posición malograda (restablecimiento de la legalidad), y que, a su vez, sea rápido y eficaz para hacer valer ambos componentes de la tutela –restitutoria y resarcitoria–.

Por demás, la prontitud a la que se aspira para resolver la adjudicación irregular no solo atañe estrictamente al proponente que alega la vulneración, sino que también propende por impedir que se consoliden situaciones que terminarán por afectar intereses diversos, como, por ejemplo, el interés general, que se pondría en entredicho ante una ejecución deficiente del contrato, celebrado con quien posiblemente no cuenta con la idoneidad que se reclama en acatamiento del principio de selección objetiva. Aunado a lo anterior, la Administración, además de hacerse cargo en su presupuesto de los costes de la ejecución del contrato por parte del beneficiado por la adjudicación irregular, si es declarada responsable, tendrá que asumir el pago del elemento resarcitorio a quien debió ser el legítimo adjudicatario. Igualmente, las expectativas del adjudicatario pueden resultar comprometidas, pues aparte de la inversión en diversos aspectos que debe realizar al iniciar la ejecución del contrato, de ser el caso, se verá obligado a comparecer a un proceso para ejercer la defensa de sus derechos, por tanto, será una obligación adicional. En suma, el panorama que se asoma al no haber una pronta resolución de un procedimiento de adjudicación anómalo, apunta a incidencias de alcances considerables.

La propuesta que sale de este trabajo para tratar de darle sentido al postulado de reparación integral, y en procura de una resolución ágil y eficaz a la problemática expuesta, es la de implantar un recurso similar al que rige hoy en España en virtud de lo previsto en el artículo 44 y siguientes de la LCSP. Considero que la puesta a punto del recurso no resultaría dispendiosa ni difícil su encaje en un sistema jurídico como el

colombiano, que ha estructurado el funcionamiento de su Administración Pública y de la parte procedimental del derecho administrativo, bebiendo de las fuentes y tradición del derecho español.

El recurso se podría implementar introduciendo una modificación al CPCA, norma que regula la parte procedimental general de las actuaciones administrativas o también, a través de su inclusión directa en el EGCA. Su enfoque sería el de permitirle al recurrente cuestionar únicamente el acto administrativo que concluye el proceso de selección (acto de adjudicación). Los otros actos separables (acto de apertura, pliego de condiciones, estudios previos), que actualmente tampoco son susceptibles de recurso en vía gubernativa, no serían recurribles utilizando este camino, pues generalmente el desacuerdo con estos se refleja en el acto de adjudicación. Se trataría de un recurso administrativo propiamente, esto es, que la instancia que deba asumir su conocimiento sea un órgano de carácter administrativo, no jurisdiccional. El motivo de estimar que su naturaleza no sea jurisdiccional tiene que ver con las razones ya precisadas acerca de que la jurisdicción se encuentra desbordada por el gran número de procesos, y en este caso, trasladar un asunto más para su conocimiento no da sensaciones de que los asuntos relacionados con la materia tengan un trámite expeditivo. Adicionalmente, y como también ha sido explicado, la doctrina del Consejo de Estado ha sido enfática en señalar que la estructura de la Administración Pública en Colombia no permite que el juez actúe como un coadministrador, de cara a que ordene que se continúe con un procedimiento o que se adjudique un contrato. Por consiguiente, establecer que la competencia para conocer del recurso esté a cargo de un órgano de raigambre administrativo se antoja la alternativa más plausible.

Ahora bien, es imprescindible que el órgano encargado de resolver el recurso sea una instancia independiente de todas las Administraciones Públicas. Concebir un recurso similar al de reposición para que sea la misma Administración la que lo despache es más de lo mismo. Encima, es sabido que por tradición las Administraciones son poco inclinadas a modificar sus propias decisiones. Se deberá crear un órgano especializado, conformado por profesionales del derecho, fijando, por ejemplo, unas calidades y condiciones similares a las que se requieren para ser magistrado de una alta

corte (este podría ser un parámetro, pero no el único, pues no se trata de un órgano judicial). La estructura jurídico-organizativa del Estado colombiano (unitario, descentralizado, con una autonomía relativa de sus entes territoriales) permitiría instaurar un órgano central que sería al que se le encomiende conocer la resolución de los recursos de las entidades del orden nacional, y otros que asumirían competencias de los recursos que se interpongan contra las decisiones que se generen en la actividad precontractual de las Administraciones territoriales.

La interposición del recurso consentiría solicitar medidas cautelares, entre otras, la suspensión del procedimiento, de lo que se infiere que obligaría a que su tramitación fuera sumaria.

Desde luego que esta propuesta puede robustecerse con más ideas, complementarla con los detalles requeridos (verbigracia, si el recurso es potestativo o no, la legitimación para interponerlo, las razones puntuales de procedencia) y se necesitaría articularla con cuestiones de orden presupuestal. Por otro lado, y como es obvio, nada asegura que los nuevos órganos, ante un gran volumen de recursos, no vayan a sufrir de la misma ralentización que hoy embarga a la jurisdicción contenciosa administrativa para resolver los asuntos a su cargo. Asimismo, se debe tener en consideración que quien vea truncadas sus expectativas en la decisión del recurso probablemente accederá a la jurisdicción contencioso administrativa, llevando todo de nuevo al punto de congestión de los despachos, que es lo que se intenta mitigar. Aquí cabría ineludiblemente preguntarse sobre qué ocurriría en sede judicial con la pretensión de tutela restitutoria y si es dable que el Consejo de Estado revise su postura al respecto. Todo esto debe preverse para asumir las debidas cautelas. En todo caso, no puede perderse de vista que la principal ambición de la propuesta formulada es procurar la reparación integral del perjudicado por un irregular procedimiento precontractual.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ACOSTA-PENCO, TERESA. <<La responsabilidad patrimonial de la Administración por información errónea en la doctrina del Consejo de Estado>> *Revista Digital de Derecho Administrativo* núm. 15. Primer semestre 2016.

ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Segunda edición en español. Madrid, 2012.

ALONSO PÉREZ, MARIANO <<La responsabilidad precontractual>> *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 485. Julio-agosto 1971.

ARENAS MENDOZA, HUGO ARMANDO. *El régimen de responsabilidad subjetiva*. Segunda edición. Legis Editores S.A. Bogotá, D.C., 2018.

ARENAS MENDOZA, HUGO ARMANDO. *El régimen de responsabilidad objetiva*. Segunda edición. Legis Editores S.A. Bogotá, D.C., 2017.

ARIÑO ORTIZ, GASPAR. Contrato del Estado y Comon Law. Prólogo al libro de MONEDERO GIL *Doctrina del Contrato del Estado*. Madrid, 1977.

ARIÑO ORTIZ, GASPAR <<El enigma del contrato administrativo>> *Revista de Administración Pública* núm. 172. Enero-abril 2007.

ARZAMENA LASO, ÁNGEL RAMÓN (1989). <<La consulta urbanística: un estudio de artículo 55 de la Ley del Suelo>> *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 113.

ASÚA GONZÁLEZ, CLARA. *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989.

ASUA GONZÁLEZ, CLARA. *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*. Thomson Reuters –Aranzadi. Cizur Menor, 2008.

ATEHORTÚA, CARLOS ALBERTO. *Inhabilidades, control y responsabilidad en la contratación estatal*. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 1995.

BAENA UPEGUI, MARIO. *De las obligaciones en el Derecho Civil y Comercial*. Tercera edición. Legis. Bogotá, 2000.

BAHAMÓN JARA, MARTHA LUCÍA. *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Universidad Católica de Colombia. Colección Jus Público núm. 26. Bogotá, 2018.

BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA <<La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados>> *Documentación administrativa* núm. 2. Nueva época. Diciembre 2015.

BARCELONA LLOP, JAVIER <<La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común>> *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 105. 2000.

BAUZÁ MARTORELL, FELIO JOSÉ. *La presunción de culpa en el funcionamiento de los servicios públicos*. Prólogo de Juan Alfonso Santamaría Pastor. Thomson Reuters. Cizur Menor. 2017.

BAUZÁ MARTORELL, FELIO JOSÉ. *Naturaleza jurídica de la concesión de hecho consentida por la Administración*. Comares. Granada, 2012.

BAUZÁ MARTORELL, FELIO JOSÉ <<Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto>> *Revista española de derecho administrativo* núm. 181. 2016.

BAUZÁ MARTORELL, FELIO JOSÉ <<El acto administrativo: entre la validez y el delito. (La anulación de actos administrativos por el juez penal)>> *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 163. 2014.

BAUZÁ MARTORELL, FELIO JOSÉ (Dir) *Derecho administrativo y derecho penal. Reconstrucción de los límites*. Bosch. Barcelona, 2016.

BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *El contrato estatal*. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004.

BENAVIDES, JOSÉ LUIS y SANTOFIMIO, JAIME ORLANDO. *Contratación estatal, Estudios sobre la reforma del estatuto contractual, Ley 1150 de 2007*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009.

BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL. *Teoría general de los contratos administrativos*. Segunda edición. Depalma. Buenos Aires, 1980.

BERMÚDEZ MUÑOZ, MARTÍN <<Los procesos de selección>> en libro colectivo *Reforma al régimen de contratación estatal*. Universidad de los Andes. Bogotá, 2010.

BETANCUR JARAMILLO, CARLOS. *Derecho Procesal Administrativo*. Octava edición. Señal Editora. Medellín, 2013.

BETTI, EMILIO. Teoría general del negocio jurídico. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1959.

BIANCA, MIRZIA <<El principio de la responsabilidad patrimonial y sus limitaciones>> Derecho PUCP, *Revista de la Facultad de Derecho* núm. 58. 2005.

BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA <<Los contratos de la Administración desde 1950 hasta hoy>> *Revista de Administración Pública* núm. 150. Septiembre-diciembre 1999.

BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA. *La selección de contratistas*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963.

BRENET, FRANCOIS <<La théorie du contrat administratif: Évolutions récentes>>, *L'Actualité juridique. Droit administratif*. Dalloz. 2003.

BULLINGER, MARTIN. *Vertrag und Verwaltungsakt*. Stuttgart, 1962.

CARBONERO GALLARDO, JOSÉ MIGUEL <<El contrato menor>> *Contratación administrativa práctica* núm. 159. Wolters Kluwer. 2019.

CARRASCO, ÁNGEL. *Derecho de los contratos*. Aranzadi. Navarra, 2010.

CASTELLANOS DUARTE, EDISON MAURICIO y SANTOS PÁEZ, SANDRA PATRICIA <<Análisis de la aplicación de las cláusulas exorbitantes en los regímenes especiales de contratación estatal, caso ley 142 de 1994>> *Revista Hipótesis Libre* núm. 8. Junio 2014.

CARRETERO PÉREZ, ADOLFO <<El contrato administrativo ante la ley de bases de contratos del estado de 28 de diciembre de 1963>> *Revista de Administración Pública* núm. 45. Septiembre-diciembre 1964.

CEDIÉL ÁNGEL, ERNESTO. *Ineficacia de los actos jurídicos*. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá, 2014.

CHAVES MARÍN, AUGUSTO RAMÓN. *Los convenios de la administración entre la gestión pública y la actividad contractual*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2008.

COBREROS MENDAZONA, EDORTA <<El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada>> *Revista de Administración Pública* núm. 209. Mayo-agosto 2019.

CONRADO IMITOLA, ROQUE. *Los principios de la contratación estatal*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, D.C., 2012.

DÁVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Tercera edición. Legis Editores S.A. Bogotá, D.C., 2016.

DE AHUMADA RAMOS, FRANCISCO JAVIER. *La responsabilidad patrimonial de la Administración*. Thomson Reuters -Aranzadi. 2ª edición. Cizur Menor, 2004.

DE CUPIS, ADRIANO. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1975.

DE LA MORENA LÓPEZ, JULIÁN <<Evolución histórica de la contratación pública en España>> *Observatorio de Contratación Pública*. 4 de junio de 2012.

DÍAZ DUARTE, RAÚL. *La simulación de contrato en el Código Civil Chileno*. Fallos del Mes. Santiago de Chile, 1982.

DÍEZ SÁNCHEZ, JUAN JOSÉ. Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos. En MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.) *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Dykinson. Madrid, 2007.

DIEZ, MANUEL MARÍA. *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I. Tercera edición. Plus Ultra. Buenos Aires, 1983.

DÍEZ SASTRE, SILVIA. La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. Marcial Pons. Madrid, 2012.

DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL. El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. En SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.) *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Wolters Kluwer. Madrid, 2010.

DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL. La cuantificación de los daños morales causados por las administraciones públicas. En GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I. *El daño moral y su cuantificación*. Bosch. Barcelona, 2015.

DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL <<Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio>> *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* núm. 2. 2008.

DROMI, ROBERTO. *Derecho Administrativo*. 13ª edición. Tomo 1. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 2015.

DROMI, ROBERTO. *Licitación pública*. Segunda edición. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1995.

EMBID IRUJO, ANTONIO y COLOM PIAZUELO, ELOY. *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*. 2ª edición. Thomson Aranzadi. Cizur Menor, 2004.

ESCOBAR GIL, RODRIGO. *Responsabilidad contractual de la Administración Pública*. Temis S.A. Bogotá, 1989.

ESCOBAR GIL, RODRIGO. *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Legis Editores S.A. Bogotá, D.C., 1999.

ESCOBAR SANÍN, GABRIEL. *Negocios civiles y comerciales, tomo II, contratos*. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 1994.

ESCOLA, HÉCTOR JORGE. *Compendio de derecho administrativo*. Volumen II. Depalma. Buenos Aires, 1984.

ESCOLA, HÉCTOR JORGE. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Volumen I. Depalma. Buenos Aires, 1979.

ESCRICHE MONZÓN, MARÍA DEL CARMEN y SALVADOR ÁLVAREZ, NEUS. <<Responsabilidad disciplinaria y procedimiento sancionador del empleado público>> *Diario La Ley* núm. 9472. 2019.

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, 2004.

EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. <<La responsabilidad precontractual en la actividad contractual del Estado>> En: *El régimen de las libertades. La responsabilidad*

de la Administración pública. *IV jornadas de derecho constitucional y administrativo*. Universidad Externado de Colombia, 2003.

EZQUERRA HUERVA, ANTONIO y NAVARRO CABALLERO, TERESA MARÍA (Directores). *Contratación pública y agua. El impacto de la nueva regulación de los contratos públicos en el derecho de aguas*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2018.

FANDIÑO GALLO, JORGE. *Modalidades de selección en el contrato estatal*. Leyer. Bogotá, 2012.

FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, RECAREDO. *Los contratos administrativos*. V. Suárez, editor. Madrid, 1927.

FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. *Sistema de derecho administrativo II*. 4ª ed. Civitas. Madrid, 2018.

FERNÁNDEZ GOSÁLVEZ, SOFÍA << La compensación del interés negativo en los casos de renuncia o desistimiento del procedimiento de adjudicación >> *Contratación Administrativa Práctica* núm. 160, Marzo-Abril 2019, Editorial Wolters Kluwer.

FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. *De la arbitrariedad de la Administración*. Quinta edición. Thomson Civitas. Cizur Menor, 2008.

FONT I LLOVET, TOMÁS y RODRÍGUEZ PONTÓN, FRANCESC <<Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria >> de la sección Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa. *Revista de Administración Pública* núm. 197. Mayo-agosto 2015.

FORSTHOFF, ERNST. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, 1958.

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. *El derecho privado romano*. Esfinge. Ciudad de México, 1985.

FUERTES LÓPEZ, MERCEDES <<Los problemas de delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas >> *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* núm. 8. Mayo 2000.

GAMERO CASADO, EDUARDO <<Régimen de los actos separables de los contratos privados del sector público; especial referencia a las entidades instrumentales con personalidad de derecho privado >> *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas* núm. 163. 2019.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. *Curso de Derecho Administrativo I*. 18ª edición. Civitas. Madrid, 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. *Curso de derecho administrativo II*. 15ª ed. Civitas. Madrid, 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas. Civitas. Madrid, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO <<Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa>> *Revista de Administración Pública* núm. 10. Enero-abril 1953.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO <<La figura del contrato administrativo>> *Revista de Administración Pública* núm. 41. 1963.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa. Civitas. Madrid, 2006.

GARCÍA HUAYAMA, JUAN CARLOS <<Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante>> *Derecho y Cambio Social* núm. 58. Octubre-diciembre 2019.

GARCÍA MACHO, RICARDO (Director) *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

GARCÍA RUBIO, FERNANDO <<Actos separables en la contratación administrativa>> *Contratación administrativa práctica. Revista de la contratación y de los contratistas* núm. 37. Wolters Kluwer. 2004.

GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ. La responsabilidad precontractual en el Derecho español. Tecnos. Madrid, 1991.

GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H. *Tratado de derecho administrativo*. Volumen II. Parte general: conclusión. Tecnos. 13ª. edición. Madrid, 2012.

GAUDEMET, EUGENE. *Teoría general de las obligaciones*. Porrúa. Ciudad de México, 1984.

GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA. El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del lide-razgo institucional de los poderes públicos). Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

GIL BOTERO, ENRIQUE. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Séptima edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2017.

GIRALDES GUTIÉRREZ, LUIS SALVADOR <<La evolución histórica del contrato administrativo. Una reflexión sobre la situación actual de la figura y sus perspectivas de futuro desde sus bases institucionales>> *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 36. Iustel. Mayo, 2014.

GIRALDO GÓMEZ, LUIS FELIPE. *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011.

GÓMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL (Director) *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Civitas. Madrid, 1996.

GONZÁLEZ GÓMEZ, EUDORO. *De las obligaciones en el derecho civil colombiano*. Colección Pequeño Foro Universidad de Antioquia. Medellín, 1981.

GÜECHÁ MEDINA, CIRO NOLBERTO <<Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal>> *Revista Opinión Jurídica* núm. 10. Diciembre 2006.

HENAO, JUAN CARLOS <<Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado>> En: *La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿Qué? ¿Por qué? ¿Hasta dónde?* Universidad Externado de Colombia, 2015.

HINESTROSA FORERO, FERNANDO. “*Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico*” Volumen I, E. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015.

JÈZE, GASTON. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Volumen II. Depalma. Buenos Aires, 1948.

JHERING, RUDOLF VON. *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1861, vol. 4.

LARROUMET, CHRISTIAN. *Teoría General del Contrato*. Volumen II. Temis. Bogotá, 1999.

LARRÚMBE BIURRUM, PEDRO MARÍA <<Comentarios a la reforma del texto articulado de 8 de abril de 1965, de contratos del estado, por la Ley 5/1973, de 17 de marzo>> *Revista de Administración Pública* núm. 72.

Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés. Editions Dalloz, segunda edición en español, 2019 (de la 21.^a edición francesa, 2017).

MANRIQUE DE LARA MORALES, JULIO <<El deber de información y la responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. A propósito de la Sentencia de

11 de mayo de 2001>> *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001. Ref. D-231. Tomo 6. Editorial La Ley.

MARTÍN CASALS, MIQUEL <<Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”>>. *InDret. Revista para el análisis del Derecho* núm. 284. Barcelona, mayo 2005.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN. El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones. Civitas. Madrid, 1996.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN <<La institución contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes>> *Revista de Administración Pública* núm. 29. Mayo-agosto 1959.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JOSÉ LUIS <<El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la directiva comunitaria de “recursos”>> *Revista de Administración Pública* núm. 185. Mayo-agosto 2011.

MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo III-A. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992.

MATALLANA CAMACHO, ERNESTO. *Manual de contratación de la administración pública: reforma de la Ley 80 de 1993*. Cuarta edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015.

MAYER, OTTO. *Derecho administrativo alemán*. Depalma. Buenos Aires, 1949.

MAYER, OTTO <<Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge>> *Archiv des öffentlichen Rechts* núm 3. 1888. <https://www.jstor.org/stable/44299162>.

MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS <<Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión>> *Revista de Administración Pública* núm. 191. Mayo-agosto 2013.

MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS <<Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión>> *Revista de Administración Pública* núm. 191. Mayo-agosto 2013.

MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS <<La actuación contractual de la Administración Pública Española. Una perspectiva histórica>> *Revista de Administración Pública* núm. 99. Septiembre-diciembre, 1982.

MEDINA ALCOZ, LUIS. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aranzadi. Cizur Menor, 2005.

MEDINA ALCOZ, LUIS. La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. Thomson Reuters –Aranzadi. Cizur Menor, 2007.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ADOLFO (Director) Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas. Thomson Civitas. Madrid, 2003.

MESTRE DELGADO, JUAN FRANCISCO <<Los efectos de la adjudicación provisional de los contratos públicos. Comentario a la STS (Sala 3ª, Sección 3ª) de de 30 de octubre de 1989>> *Diario La Ley* 1990. Tomo 2.

MIR, ORIOL (et alteri) (Dirs) *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2015.

MIR PUIGPELAT, ORIOL. *La responsabilidad patrimonial de la Administración – Hacia un nuevo sistema*. 2ª edición. EDISOFER S.L. Madrid, 2012.

MOJICA DOMÍNGUEZ, JOSIAS DANIEL. *El Acto Administrativo. Discurso Constitucional en el Estado Social de Derecho*. Grupo Editorial Ibáñez. Medellín, 2015.

MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO y DEIK MADIEDO, CAROLINA. *La colusión en los procesos de selección para la celebración de contratos estatales*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2018.

MONEDERO GIL, JOSÉ IGNACIO. *Doctrina del contrato del Estado*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1977.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Thomson Reuters. Madrid, 2010.

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO, PUERTA SEGUIDO, FRANCISCO, PUNZÓN MORALEDA, JESÚS y PÉREZ OLIVARES, ALFREDO. *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*. Wolters Kluwer. Madrid, 2016.

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO. "La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos", en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO y DOMÍNGUEZ ALONSO, PATRICIA. "El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública", en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014.

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO. "El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación" en el *Liber amicorum* Tomás-Ramón Fernández, Thomson, Pamplona, 2012.

MORELL OCAÑA, LUIS <<Requisitos de los contratos, Capacidad y solvencia económica de las empresas (arts. 10 a 23 de la Ley)>> en libro colectivo *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, segunda edición*. Civitas. Madrid, 2004. Págs. 123 a 171.

MURILLO, MARÍA CLAUDIA y CONSUEGRA, FREDDY. *Manual de contratación administrativa*. Segunda edición. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2015.

NIETO, ALEJANDRO <<La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado>> *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 4. 1975.

NIETO, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*. Quinta edición. Tecnos. Madrid, 2012.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y OSPINA ACOSTA, EDUARDO. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídico*. Sexta edición. Temis. Bogotá, 2000.

PALACIO HINCAPIÉ, JUAN ÁNGEL. *La contratación de las entidades estatales*. Octava edición. Librería Jurídica Sánchez R. Medellín, 2020.

PALOMAR OLMEDA, ALBERTO (Dir) *Contratos menores en la Ley de Contratos del Sector Público*. Aranzadi. Cizur Menor, 2019.

PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO. *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*. Tecnos. Madrid, 1985.

PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN. *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1963.

PÉREZ VIVES, ÁLVARO. *Teoría general de las obligaciones, volumen I, segunda edición*. Temis. Bogotá, 1953.

PUGLIATTI, SALVADOR. *Introducción al estudio del derecho civil*. Porrúa. Ciudad de México, 1943.

QUINTANA LÓPEZ, TOMÁS. Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de su actividad precontractual y ex contractu. En QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir) *La responsabilidad*

patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales. Tirant lo blanch. Valencia, 2009. Tomo II.

RAMOS ACEVEDO, JAIRO y RAMOS ACEVEDO, AMPARO. *Contratación estatal, teoría general y especial*. Sexta edición. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2020.

RASQUIN LIZARRAGA, MARTÍN MARÍA <<Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España>>, *Revista de Administración Pública* núm. 196, 2015.

RASQUIN LIZARRAGA, MARTÍN MARÍA y VÁSQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER. *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de contratos del Sector Público*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2017.

Redacción del Departamento de Administrativo. *Contratación Administrativa Práctica* núm. 123, Sección Usted Pregunta, del 1 Ene. al 28 de febrero de 2013. Editorial La Ley.

Redacción del Departamento de Administrativo. *Contratación Administrativa Práctica* núm. 122, Sección Usted Pregunta, del 1 de noviembre al 31 de diciembre de 2012. Editorial La Ley.

Redacción del Departamento de Administrativo. <<Efectos de la no formalización del contrato por causas imputables a la Administración>> *Contratación Administrativa Práctica* núm. 123. Del 1 de enero al 28 de febrero de 2013. Editorial La Ley.

RICHER, LAURENT. *Droit des Contrats Administratifs*. Décima edición. LGDJ. Paris, 2017.

RIPERT, GEORGES. y BOULANGER, JEAN. *Tratado de derecho civil*. Tomo IV. La Ley. Buenos Aires, 1965.

RIVERÓ, JEAN. *Derecho Administrativo*. Novena edición. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Derecho administrativo general y colombiano*. Tomo II, 20ª edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2017.

RODRÍGUEZ TAMAYO, MAURICIO FERNANDO. *La acción ejecutiva administrativa*. Cuarta edición. Librería Jurídica Sánchez R. Medellín, 2013.

RODRÍGUEZ TAMAYO, MAURICIO FERNANDO. *Los contratos estatales en Colombia*. Segunda edición. Librería Jurídica Sánchez R. Medellín, 2015.

RUIZ DE CASTAÑEDA, ALFONSO y BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011.

SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. *De la responsabilidad patrimonial del Estado*. 3 volúmenes. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, D.C., 2018.

SAAVEDRA VELAZCO, R.E. <<De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta explicación científica. Una aproximación a la propuesta teórica de Gabrielle Faggella>>, *Revista Ius Et Veritas* número 38, 2009.

SAFAR DÍAZ, M. <<Contratación pública y corrupción >> En: *Corrupción en Colombia*. Tomo IV. *Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*. Henao, J.C., Zárate, A.R. (eds.). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2018.

SALAMANCA, HERNÁN. *Derecho civil, curso IV, contratos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1977.

SALGADO RAMÍREZ, CATALINA. *Breve introducción a la responsabilidad en la teoría de Rudolf Von Jhering*. En: *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia, 2014.

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO <<Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y de régimen jurídico del sector público. Una primera evaluación>> *Documentación administrativa* núm. 2. Nueva época. Diciembre 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO <<La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública>> *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 159. Madrid, 2013.

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*. Iustel. Madrid, 2006.

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2015.

SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. *Compendio de derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo – derecho de víctimas y responsabilidad del Estado*. Tomo V. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017.

SANZ RUBIALES, IÑIGO <<El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario>> *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año núm. 4, núm. 7, 2000.

SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Depalma. Buenos Aires, 1974.

SEUBA TORREBLANCA, JOAN CARLES, RAMOS GONZÁLEZ, SONIA y LUNA YERGA, ÁLVARO <<Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades>>. *InDret* 3/2002. Julio-septiembre 2002.

SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO <<Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución>> *El Notario del Siglo XXI* núm. 29. Enero-febrero 2010.

SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO (Dir.) *Procedimiento administrativo europeo*. Civitas. Madrid, 2012.

SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO <<Ejecución de sentencias contenciosas y mediación. Apuntes sobre una solución posible>> *Hay Derecho*, 16 de febrero de 2020.

SUÁREZ BELTRÁN, GONZALO. *Estudios de derecho contractual público*. Legis Editores S.A. Bogotá, 2014.

SUÁREZ BELTRÁN, GONZALO. *Reforma al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública*. Legis Editores S.A. Bogotá, 2007.

VEDEL, GEORGE. *Derecho Administrativo*. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, 1980.

VICENTE DOMINGO, ELENA. *El lucro cesante*. Reus. Madrid, 2014.

VIDAL PERDOMO, JAIME y MOLINA BETANCUR, CARLOS. *Derecho administrativo*. Décimoquinta edición. Legis Editores S.A. Bogotá, 2019.

VILLANUEVA RODRÍGUEZ, ULPIANO LEANDRO <<Notas sobre la responsabilidad contable>> *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo* núm. 55. 2011.

VILLAR EZCURRA, JOSÉ LUIS <<Reflexiones sobre la invalidez de los contratos administrativos y sus efectos: la reclamación del lucro cesante>> *Diario La Ley* núm. 8870, Sección Doctrina, 24 de Noviembre de 2016, Ref. D-412, Editorial Wolters Kluwer.

YONG SERRANO, SAMUEL. *Introducción a la responsabilidad pública y privada*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, D.C., 2019.

YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO. Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias. Dykinson. Madrid, 2019.

ZAPATA GARCÍA, PEDRO ANTONIO. *Fundamentos y límites de la responsabilidad del Estado. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2019.

Publicaciones y referencias electrónicas

Banco de la República de Colombia. Biblioteca Virtual. Archivos Biblioteca Luis Ángel Arango. Asamblea Nacional Constituyente. Red cultural del Banco de la República de Colombia <http://banrepcultural.org/>

Diccionario panhispánico del español jurídico. <https://dpej.rae.es>

“Informe Trimestral De Litigiosidad.” Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Accedida julio 5, 2020. https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/Documents/Informe_Litigiosidad_cuarto_trimestre_2019_030320.pdf.

“Procuraduría Delegada Para La Conciliación Administrativa.” Procuraduría General de la Nación, 2018. Accedida septiembre 15, 2020. <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/190729-INDICADORES-CALIDAD-CONCILIACION-ADMINISTRATIVA-2018.pdf>.

Página web de la rama judicial de la República de Colombia. www.ramajudicial.gov.co

“Procuraduría Delegada Para La Conciliación Administrativa: Gestión De Las Procuraduría Judiciales Administrativas.” Procuraduría General de la Nación, 2019. Accedida septiembre 15, 2020. <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/200213-INDICADORES-DE-CALIDAD-2019.pdf>.

“Serie ‘Mejores Políticas’ Colombia Políticas Prioritarias Para Un Desarrollo Inclusivo.” OECD, enero 2015. <http://www.oecd.org/about/publishing/colombia-politicas-prioritarias-para-un-desarrollo-inclusivo.pdf>.

“Un Proyecto De Responsabilidad Social Empresarial.” Corporación excelencia en la justicia. Accedida agosto 30, 2020. <https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2016/06/Estado-de-la-Justicia-en-Colombia-2016-por-Gloria-Mar%c3%ada-Borrero.pdf>.

FUENTES JURISPRUDENCIALES, DICTÁMENES Y RESOLUCIONES ESPAÑA Y UNIÓN EUROPEA

Jurisprudencia

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Sentencia número 4878/1991 de 12 de junio.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª). Sentencia número 4195/2001 de 21 de mayo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia número 4377/2003 de 23 de junio.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª). Sentencia número 3180/2004 de 11 de mayo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Sentencia número 8305/2005 de 27 de diciembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia número 8201/2007 de 31 de octubre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 6ª). Sentencia número 793/2009 de 23 de febrero.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª). Sentencia número 462/2013 de 11 de enero.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª). Sentencia número 147/ 2012 de 24 de enero.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª). Sentencia número 3577/ 2012 de 7 de mayo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 6ª). Sentencia número 8762/2012 de 21 de diciembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 6ª). Sentencia número 793/2016 de 6 de abril.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia número 6366/2007 de 25 de mayo.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª). Sentencia número 2646/2008 de 16 de junio de 2008.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia número 14278/2010 de 24 de mayo.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia ((Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª). Sentencia número 6523/2013 de 18 julio.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia número 9282/2015 de 27 julio de 2015.

Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia número 986/2016 de 13 de julio

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia número 4571/2005 de 22 de septiembre.

Tribunal General de la Unión Europea (Sala Cuarta). Sentencia de 27 de abril de 2016 (asunto European Dynamics Luxembourg y otros. EUIPO -T-556/11).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta). Sentencia de 3 de mayo de 2018 (C-376/2016).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera). Sentencia de 9 de noviembre de 2006, Agraz y otros/Comisión, C-243/05 P, EU:C:2006:708

Tribunal General de la Unión Europea (Sala Cuarta). Sentencia de 20 de septiembre de 2011, Evropaïki Dynamiki/BEI, T-461/08, EU:T:2011:494.

Resoluciones

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (recurso N° 003/2012). Resolución número 027 de 26 de enero de 2012.

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (recurso N° 246/2012). Resolución número 256 de 14 de noviembre de 2012.

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (recurso N° 428/2016). Resolución número 507 de 24 de junio de 2016.

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (recurso 1117/2016). Resolución número 73 de 20 de enero de 2017.

Dictámenes

Consejo de Estado. Dictamen número 709, de 14 de septiembre de 2017.

Consejo de Estado. Dictamen número 62, de 8 de julio de 2001.

Consejo de Estado. Dictamen número 2104, de 19 de diciembre de 2007.

Consejo de Estado. Dictamen número 59, de 1 de febrero de 2007.

Consejo de Estado. Dictamen número 1381, de 30 de mayo de 1996.

Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Dictamen número 267, de 7 de noviembre de 2012.

Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Dictamen número 6, de 20 de enero de 2010.

Informes

Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana. Informe número 6, de 24 de julio de 2012.

Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana. Informe número 3, de 28 de julio de 2014.

FUENTES JURISPRUDENCIALES Y CONCEPTOS COLOMBIA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Civiles Comunes, octubre 22/1896.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, agosto 21/1939.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, radicado N° 420255, oct. 5/1939.
M.P. Juan Francisco Mújica.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, junio 30/1941.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, mayo 15/1944.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, junio 30/1962. M.P. José J. Gómez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, radicado N° 23342336, diciembre 15/1970. M.P. Guillermo Ospina Fernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado N° 38849417088, diciembre 13/2000. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado N° 39162624833, marzo 13/2006. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado N° 39261126076, octubre 10/2007. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, radicado N° 22710811001310304020010080301, julio 1/2008. M.P. William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, radicado N° 22742511001310303920000031001, julio 1/2009. M.P. William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado N° 38583432686, octubre 20/2010. M.P. María del Rosario González de Lemos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, radicado N° 23858811001310301020010002601, marzo 6/2011. M.P. William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, radicado N° 19001-31-03-003-2000-00183-01, julio 5/2011. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, radicado N° 11001-31-03-036-2004-00037-01, agosto 5/2014. M.P. Margarita Cabello Blanco.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, radicado N° 175384607, junio 28/2017. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, radicado N° 54117111001310302120090024401, junio 28/2017. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, radicado N° 62400811001310303920070029901, febrero 15/2018. M.P. Margarita Cabello Blanco.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 1482, octubre 28/1976. M.P. Jorge Valencia Arango.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 231528CESEC3EXP1990N58605860, julio 6/1990. M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 238426CESEC3EXP1991N61026102, abril 16/1991. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 6515, octubre 31/1991. M.P. Julio César Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 233216CESEC3EXP1992N6822, septiembre 10/1992. M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 234175CESEC3EXP1992N66316631, octubre 1/1992. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 6941, julio 30/1992. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 237767622CESEC3EXP1992N5465, septiembre 17/1992. M.P. Juan De Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 244334263CESEC3EXP1994N9288, octubre 21/1994. M.P. Daniel Suarez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 8118, mayo 8/1995. M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente N° 10038, marzo 10/1997. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 242709CESEC3EXP1998N1062410624, mayo 28/1998. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 242887CESEC3EXP1998N14202, agosto 20/1998. M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 242888CESEC3EXP1998N1482114821, septiembre 24/1998. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 248933427CESEC3EXP1999N10264, septiembre 13/1999. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 253088CESEC3EXP2000N1296412964, agosto 10/2000. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 12.663, octubre 18/2000. M.P. María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 13.405 (7068), junio 7/2001. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 253304110010326000199637710112037, julio 19/2001. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto radicado N° 25000-23-26-000-2000-2368-01 (20.923), agosto 15/2002. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 20242715000123310002001003940124101, mayo 15/2003. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 25000-23-26-000-1993-08696-01 (10.779), enero 29/2004. M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 224422250002326000199386960110779, febrero 29/2004. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 224415250002326000199069040112342, septiembre 19/2004. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 2182877300123310001995032430114519, abril 20/2005. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 20254372500023260001994099850114393, abril 28/2005. M.P. German Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 21655725000231500020020273901AP02739, mayo 1/2005. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 2180790700123310001995002160112846, junio 23/2005. M.P. German Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 2181682500023260001995016700114579, octubre 20/2005. M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 2206631100103260002005000030029393, marzo 16/2006. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 73001-23-31-000-14707-02 (15.188), abril 26/2006. M.P. María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 20355852500023230001994052290114275, abril 27/2006. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 2208296600123310001997036370116041, mayo 26/2006. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 2207142500023260001991076640114287, agosto 31/2006. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 20039322500023260002005013470133795, diciembre 30/2006. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 2273992000123310001996029990115052, abril 8/2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 2275358500123310001997003390115599, junio 2/2007. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 2274222500023260001996024820117253, junio 6/2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 22535341001233100020040036901AP00369, junio 17/2007. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 22747952001233100019950701801 (14669), julio 7/2007. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 22753485001233100019960030901 (15324), septiembre 29/2007. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 22736211001032600020030001401 (24715), diciembre 3/2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 76001-23-25-000-1996-04058-01 (16996), febrero 20/2008. M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc. Tercera, radicado N° 20032461100103260002008000180035177A, mayo 7/2008. M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 200327476001233100019970506401 (17783), junio 4/2008. M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 2295236600123310001995032540215963, junio 21/2008. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 2294832500023260002007005330135827, noviembre 15/2008. M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 05001-23-26-000-1992-01369-01 (17031), noviembre 20/2008. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 05001-23-26-000-1995-01203-01 (17145), febrero 11/2009. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 23030185001233100019970037401 (15797), febrero 25/2009. M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 2302281100103260002009000240036476, abril 1/2009. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 85001233100019960030701 (16.106), julio 22/2009. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 20018752500023240002000007540135476, octubre 7/2009. M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 20016941100103260002008001010036054B, abril 14/2010. M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 05001-23-26-000-1995-00082-01 (18593), agosto 11/2010. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 27001-23-31-000-1994-02100-01 (19056), agosto 11/2010. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera–Subsección C, radicado N° 20056521100103260002007000550034425, febrero 2/2011. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera–Subsección C, radicado N° 20915600800123310001997029670117555, febrero 21/2011. M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera–Subsección C, radicado N° 111001032600020090003500 (36601), marzo 24/2011. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, radicado N° 05001-23-24-000-1994-00332-01 (20835), julio 7/2011. M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera–Subsección B, radicado N° 20920535200123310001999001320118837, septiembre 29/2011. M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera–Subsección B, radicado N° 20086702000123310001999007640121178, noviembre 15/2011. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera–Subsección B, radicado N° 20086171700123310001997080340120688, febrero 8/2012. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera–Subsección C, radicado N° 2092886730012331000200000030121578, marzo 14/2012. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 20135238500123310001995001740115024, julio 12/2012. M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, radicado N° 73001-23-31-000-1999-02489-01 (24779), agosto 29/2012. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera–Subsección A, radicado N° 209234068001231500019971309101 (24938), septiembre 12/2012. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, radicado N° 05001-23-24-000-1995-00935-01 (22088) acumulado 39109, octubre 22/2012. M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera–Subsección B, radicado N° 20118661300123310001992085220121429, octubre 29/2012. M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, radicado N° 25000-23-26-000-1998-00324-01 (22043), noviembre 19/2012. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 201187073001233100020000307501 (24897), noviembre 19/2012. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera–Subsección C, radicado N° 2013540070012331000999001610119045, enero 30/2013. M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera–Subsección C, radicado N° 20148395000123310001998000270124510, mayo 8/2013. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera–Subsección C, radicado N° 20139836800123150001998017430227315, abril 24/2013. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera–Subsección A, radicado N° 68001231500019971253901, mayo 29/2013. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera–Subsección C, radicado N° 20149206600123310001998006850126637, junio 13/2013. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección A, radicado N° 250002326000199801360 01 (26868), octubre 9/2013. M.P. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, auto radicado N° 76001-23-31-000-2012-00002-01 (46.027), noviembre 21/2013. M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, radicado N° 25000-23-26-000-2003-00175-01(28741), marzo 26/2014. M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, radicado N° 250002326000200001942-01 (28240), marzo 27/2014. M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, radicado N° 05001232500019942027 01 (21.324), junio 12/2014. M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, radicado N° 13001-23-31-000-1999-00275-01 (28.279), junio 12/2014. M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, radicado N° 05001-23-31-000-1998-03751-01(26161), junio 26/2014. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado N° 66001-23-31-000-2001 00731-01 (26251), agosto 28/2014. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, radicado N° 20735206600123310001999004350124809A, octubre 20/2014. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección A, radicado N° 250002326000200201606-01 (29855), noviembre 12/2014. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección A, radicado N° 76001-23-31-000-1998-01093-01 (31297), noviembre 26/2014. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, radicado N° 25000232600020000017901(28.347), abril 13/2015. M.P. Olga Mélida Valle De De La Hoz.

Consejo de Estado., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección A, radicado N° 25000-23-26-000-2001-01791-01 (28019), abril 29/2015. M.P. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado, S. de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, radicado N° 20001-23-31-000-2003-00025-01 (33598), junio 3/2015. M.P. Olga Mélida Valle De De la Hoz.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, radicado N° 20832802500023260002000019500129543, junio 4/2015. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección C, radicado N° 208328025000232600019980242201 (32428), julio 6/2015. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, radicado N° 25000-23-26-000-1997-13723-01 (29942), julio 30/2015. M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, radicado N° 25000-23-26-000-2010-00184-01 (46903), octubre 15/2015. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, radicado N° 85001233100020110010901 (51376), noviembre 26/2015. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, radicado N° 54001-23-31-000-2006-01194-01 (38936), diciembre 3/2015. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, radicado N° 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51.489), diciembre 10/2015. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, radicado N° 15001-23-31-000-2007-00640-01 (54.919), enero 27/2016. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección A, radicado N° 11001032600020090000901 (36.312), marzo 9/2016. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, radicado N° 11001-03-26-000-2011-00028-00 (41217), abril 1/2016. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, radicado N° 208327841001233300020150090701, mayo 12/2016. M.P. Rocío Araujo Oñate.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección A, radicado N° 20850358500123310002002003620135763, julio 14/2016. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, radicado N° 81001-23-31-000-1997-00678-01 (57.783), febrero 20/2017. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, radicado N° 05001-23-31-000-2010-01243-00 (54480), mayo 18/2017. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, radicado N° 76001-23-33-000-2013-00169-01 (50.045), diciembre 15/2017. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, radicado N° 25000-23-26-000-2006-00214-01 (38.711), marzo 1/2018. M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección A, radicado N° 08001231000 200100368 01 (37473), mayo 24/2018. M.P. María Adriana Marín.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección A, radicado N° 21280837600123310002010014880144736, octubre 11/2018. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección A, radicado N° 21231142500023360002017007410162305, octubre 29/2018. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, radicado N° 213342111001032600020110006500 (42282), mayo 31/2019. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, radicado N° 21367812500023260002009002640145118, agosto 5/2019. M.P. Alberto Montaña Plata.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección A, radicado N° 25000-23-26-000-2007-00677-01 (39945), octubre 25/2019. M.P. María Adriana Marín.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección A, radicado N° 214482525000232600020090085801 (60558), diciembre 12/2019. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección A, radicado N° 25000-23-26-000-2009-00600-01 (44852), diciembre 12/2019. M.P. María Adriana Marín.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección A, radicado N° 68001-23-31-000-2008-00607-01 (54864), febrero 20/2020. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-221, mayo 29/1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-479, agosto 13/1992. Ms.Ps. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-040, febrero 11/1993. M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-374, agosto 25/1994. M.P. Jorge Araujo Mejía.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-454, octubre 20/1994. M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-086, marzo 1/1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-004, enero 18/1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-250, junio 6/1996. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-333, agosto 1/1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-154, marzo 19/1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, sentencia T-207, abril 12/1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-696, abril 12/1997. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-347, julio 23/1997. M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-391, agosto 19/1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-250, mayo 26/1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, sentencia T-569, octubre 8/1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-772, diciembre 10/1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-897, noviembre 10/1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-1436, octubre 25/2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-1514, noviembre 8/2000. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-653, junio 20/2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-892, agosto 22/2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-949, septiembre 5/2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-372, mayo 15/2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-506, julio 3/2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-508, julio 3/2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-128, febrero 18/2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, sentencia T-196, marzo 6/2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-629, julio 29/2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-1153, noviembre 11/2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, sentencia T-209, marzo 17/2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-1189, mayo 26/2005. M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, sentencia T-796, septiembre 21/2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, sentencia T-1071, diciembre 12/2007. M.P. Nilson Pinilla.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-380, abril 23/2008. M.P. Nilson Pinilla.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-624, junio 25/2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-862, septiembre 3/2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-1125, noviembre 12/2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-1194, diciembre 3/2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, sentencia T-1258, diciembre 15/2008. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-068, febrero 10/2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-713, octubre 7/2009. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, sentencia T-340, mayo 11/2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-983, diciembre 1/2010. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, sentencia T-010, enero 14/2011. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, sentencia T-109, febrero 20/2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-300, abril 25/2012. M.P. Jorge Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, sentencia T-314, abril 30/2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-620, agosto 9/2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-555, agosto 22/2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, sentencia T-442, julio 4/2014. M.P. Gabriel Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-218, abril 22/2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-004, enero 18/2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-438, julio 13/2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-207, mayo 16/2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-119, abril 15/2020, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Conceptos

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mayo 16/1967. M.P. Alberto Hernández Mora.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 1412, agosto 4/1980.
M.P. Jaime Paredes Tamayo.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 1283, septiembre 4/2000. M.P. Augusto Trejos Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 1.172, marzo 3/1999.
M.P. César Hoyos Salazar.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 1293, diciembre 14/2000. M.P. Luis Camilo Osorio Isaza.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 1439, julio 18/2002.
M.P. Susana Montes de Echeverri.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 1.723, marzo 30/2006.
M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 1849, octubre 22/2007. M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 1881, abril 30/2008.
M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 2092, junio 28/2012.
M.P. William Zambrano Cetina.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 2150, octubre 30/2013. M.P. William Zambrano Cetina.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 2278, julio 5/2016.
M.P. Germán Bula Escobar.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado N° 2382, mayo 8/2018.

M.P. Álvaro Namén Vargas.

Superintendencia de Sociedades, oficio N° 22053314, octubre 13/2004. Ref.: Sucursales de sociedad extranjera, actividad permanente.