

**La actividad precontractual pública: un campo constitutivo de responsabilidad estatal
en Colombia**

Greys Rocio Hernández Ariza

Trabajo de grado para optar el título de Magister en Derecho

Director

Edwin Hernando Alonso Niño, PhD

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho

2021

Dedicatoria

12 de diciembre de 2020:

*Puedes llorar porque se ha ido,
o puedes sonreír porque ha vivido.
Puedes cerrar los ojos y rezar para que vuelva,
o puedes abrirlos y ver todo lo que ha dejado;
tu corazón puede estar vacío porque no la puedes ver,
o puede estar lleno del amor que compartiste.
Puedes llorar, cerrar tu mente,
sentir el vacío y dar la espalda,
o puedes hacer lo que a ella le gustaría:
sonreír, abrir los ojos, amar y seguir.
("Recuérdame" de David Harkins).*

Agradecimientos

Quiero agradecer a mi familia principalmente, a mis amigos y a todas aquellas personas que me han acompañado desde el momento que inicié con este proyecto académico y han creído en mí, sin su apoyo no hubiera sido posible culminar este proceso. De igual forma agradezco al Ph.D. Edwin Hernando Alonso Niño ya que fue gracias a sus orientaciones acertadas que este proceso académico pudo culminar de manera exitosa.

Por esta razón también, obrando con toda diligencia, añadid a vuestra fe, virtud, y a la virtud, conocimiento; al conocimiento, dominio propio, al dominio propio, perseverancia (Pedro 1:5-6).

Contenido

	Pág.
Introducción	10
1. Epistemología de la responsabilidad del Estado: diferencias jurídicas existentes entre la responsabilidad extracontractual, contractual y precontractual	15
1.1 Desarrollo histórico de la responsabilidad patrimonial del Estado.....	15
1.2 Evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia	23
1.3 Tipología clásica de la responsabilidad del Estado: responsabilidad extracontractual y responsabilidad contractual.....	32
1.3.1 Desarrollo de la tipología clásica de la responsabilidad en el Derecho Civil.....	33
1.3.2 Desarrollo de la tipología clásica de la responsabilidad en el Derecho Administrativa	42
1.3.2.1 Responsabilidad extracontractual del Estado.....	42
1.3.2.2 Responsabilidad contractual del Estado.....	46
1.3.2.3 Diferencias existentes entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual del Estado.....	52
1.4 Aplicación de la teoría civil de la responsabilidad precontractual a la etapa de formación del contrato estatal.	54
1.5 Conclusiones preliminares	66
2. Delimitación de la responsabilidad precontractual del Estado	69
2.1 Deberes de conducta de los sujetos negociales en la etapa de formación del contrato estatal	70
2.1.1 Deberes de las entidades públicas.....	70

2.1.1.1 Deber de planeación.....	71
2.1.1.2 Deber de selección objetiva.	74
2.1.1.3 Deber de sujeción al principio de la buena fe.....	79
2.1.2 Deberes de los particulares en calidad de oferentes.....	82
2.2 Análisis dinámico de la jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Tercera en materia de responsabilidad precontractual.....	85
2.2.1 Primer periodo: desde 1990 hasta 2014.....	89
2.2.2 Segundo periodo: desde 2014 hasta 2020.....	98
2.2.2.1 Fundamento constitucional y legal de la responsabilidad precontractual del Estado.....	98
2.2.2.2 Concreción de los elementos de la responsabilidad precontractual del Estado.....	100
2.2.3 Críticas a la sentencia de unificación del Consejo de Estado – Sección Tercera, radicado interno No. 42003, del 03 de septiembre de 2020.	106
2.3 Conclusiones preliminares.....	110
3. Medios de control procedentes para solicitar la responsabilidad precontractual del Estado	115
3.1 Importancia de la teoría del acto separable.....	116
3.2 Actos de la fase precontractual pública a la luz de la teoría de los actos separables.....	123
3.3 Medios de control procedentes en cada juicio de imputación fáctica.....	130
3.4 Conclusiones preliminares.....	139
Conclusiones.....	145
Referencias.....	153

Lista de Tablas

Tabla 1. <i>Diferencias jurídicas existentes entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual del Estado</i>	52
Tabla 2. <i>Línea dinámica jurisprudencial del Consejo de Estado – Sección Tercera en materia de responsabilidad precontractual del Estado</i>	
Tabla 3. <i>Clasificación de los actos administrativos precontractuales según la posibilidad de ser controvertidos en sede judicial</i>	129

Lista de figuras

Figura 1. *Etapas de la contratación estatal.* 50

Figura 2. *Elementos esenciales de la responsabilidad precontractual del Estado.* 101

Resumen

El presente trabajo determina criterios normativos y jurisprudenciales que permiten, en el marco de la contratación pública, predicar la responsabilidad precontractual del Estado Colombiano como un tipo de responsabilidad independiente con respecto a la tipología clásica. Para ello, describe la epistemología de la responsabilidad del Estado, fijando diferencias jurídicas entre la responsabilidad extracontractual, contractual y precontractual. Paso seguido, analiza los pronunciamientos del Consejo de Estado – Sección Tercera en materia de responsabilidad precontractual estatal a través de una línea dinámica de jurisprudencia con el fin de concretar sus elementos y juicios de imputación. Finalmente, concretar los medios de control que permitan solicitar la reparación patrimonial de perjuicios, a la luz de los juicios de imputación, para endilgar la responsabilidad precontractual del Estado.

Palabras clave: Responsabilidad del Estado, Etapa precontractual, Contratación estatal, Responsabilidad precontractual, Daño antijurídico, Juicios de imputación, Medios de control.

Abstract

This work determines normative and jurisprudential criteria that allow, within the framework of public contracting, to establish the pre-contractual responsibility of the Colombian State as a type of independent liability with respect to classical typology. To this end, it describes the epistemology of State responsibility, establishing legal differences between extra-contractual, contractual, and pre-contractual liability. It then analyzes the pronouncements of the Council of State - Section Third, in matters of pre-contractual State responsibility through a dynamic line of jurisprudence to specify its elements and accusative judgments. Finally, it specifies the means of control that allow to request patrimonial reparation of damages, in the light of the arraignment hearings, to enforce pre-contractual liability of the State.

Keywords: State liability, Pre-contractual stage in state procurement, Pre-contractual liability of the State, Wrongful damages, Accusation proceedings, Means of control.

Introducción

La contratación estatal tiene como objetivo principal regular todos los procedimientos que puedan adelantar las entidades públicas para dar cumplimiento a los fines del Estado mediante la celebración de diferentes tipos de contratos en los que prima la satisfacción del interés general, razón por la cual, el ordenamiento jurídico le otorga a la administración facultades excepcionales regladas de manera estricta por el legislador regladas para evitar que los recursos públicos sean utilizados en la satisfacción de intereses individuales (Bahamón, 2018, p. 7), que impiden la aplicación de la autonomía privada de la voluntad y de igualdad entre las partes (Corte Constitucional, T 209 de 2006, p. 15).

La reglamentación que hace el legislador en materia de contratación estatal se materializan en los distintos procedimientos que realiza la administración, los cuales fueron organizados dentro del ordenamiento jurídico en tres (3) etapas que son: la precontractual, la contractual y la postcontractual, cada una de ellas con propósitos, actividades, funciones y responsabilidades para los sujetos partícipes. (DAFP, 2018, p.p. 5 – 11). Respecto de la etapa precontractual, la entidad pública debe definir de manera clara la necesidad que desea satisfacer y la manera de hacerlo, disponer de los recursos necesarios y suficientes, definir la modalidad de selección del contratista y las reglas o condiciones que aplicará para tal fin, usar dichas reglas y suscribir el contrato con el particular que haya cumplido con todos los requisitos establecidos (Colombia Compra Eficiente, s.f.).

La estricta y extensa reglamentación de la etapa precontractual de la contratación estatal genera en los particulares confianza legítima y expectativa de que los procesos de selección culminarán con la celebración y ejecución del contrato estatal con el oferente más idóneo, razón por la cual, invierten esfuerzos y recursos para demostrarle a las entidades públicas que cumplen

con las condiciones que han establecido. Sin embargo, esta confianza y expectativas pueden ser defraudadas por diversas circunstancias imputables a la administración generando una serie de perjuicios que, bajo la teoría del daño antijurídico, planteada desde el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991, deben ser reparados (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 31297, 2014, p. 21).

En aras de precisar la interpretación que se dar al artículo 90 constitucional, ha expuesto la Corte Constitucional, en coherencia con la jurisprudencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, que la existencia de una cláusula general de responsabilidad del Estado no hace que los títulos de imputación y la forma de presentarse el daño antijurídico sea igual en todos los tipos de responsabilidad, ya que cada uno de ellos obedece a situaciones jurídicas distintas (C 333 de 1996, p. 9), generando como consecuencia lógica que la forma en que se manifiestan o materializan los elementos de la responsabilidad varíe en cada caso.

Tradicionalmente, en la teoría de la responsabilidad estatal se han definido dos (2) tipologías que explican y fundamentan el deber jurídico de reparar por parte de las entidades públicas: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. El primer tipo de responsabilidad a la que se hace alusión, proviene del incumplimiento total, parcial o defectuoso del contrato, debiendo demostrarse el comportamiento doloso o culposo del infractor (Meza, 2010, pp. 21 – 23); mientras que, el segundo tipo de responsabilidad, deviene del daño que se produce de la relación ocasional y, mayoritariamente involuntaria entre las partes, que para efectos de la responsabilidad del Estado, no necesariamente proviene de una actuación irregular de sus agentes ya que también puede surgir del ejercicio de actividades lícitas en las que se incurre en errores o fallas, o incluso en actividades lícitas bien ejecutadas pero riesgosas en las cuales la administración

crea el riesgo de forma consciente, y aun previendo que con él puede llegar a ocasionar un daño, decide asumirlo (Ruiz, 2007, p. 48).

Sin embargo, en materia de contratación pública, ninguna de estas tipologías brinda herramientas satisfactorias que reconozcan las situaciones que acontecen en la etapa precontractual debido a sus peculiaridades, ya que el vínculo jurídico que une a las partes al deber de reparar no encuentra su sustento en la existencia de un contrato ni en el carácter ocasional del encuentro que permite la ocurrencia del daño. El vínculo jurídico que une a las partes en la etapa precontractual deviene de las manifestaciones públicas y concretas de la administración de contratar y de la voluntad de los particulares de cumplir con sus exigencias o condiciones para lograr tal cometido, invirtiendo esfuerzos y recursos, lo que obliga a las entidades públicas a no interrumpir y no terminar de manera abrupta e injustificada esta etapa, seleccionando al contratista de manera objetiva y brindando la información necesaria sobre los términos bajo los cuales el particular va a contratar y a ejecutar.

Así las cosas, se formula el siguiente problema de investigación: En el marco de la contratación pública colombiana, ¿qué criterios normativos y jurisprudenciales permiten predicar la responsabilidad precontractual del Estado?

Es así como el objetivo de investigación que aborda el presente trabajo es determinar los criterios normativos y jurisprudenciales que permitan, en el marco de la contratación pública, predicar la responsabilidad precontractual del Estado Colombiano. Para ello, en el primer capítulo se describirá la epistemología de la responsabilidad del Estado con el fin de fijar las diferencias jurídicas existentes entre la responsabilidad extracontractual, contractual y precontractual; paso seguido, en el segundo capítulo se presentarán los deberes de los sujetos que participan en el período de formación del contrato estatal y se analizarán los pronunciamientos del Consejo de

Estado – Sección Tercera sobre el tema a través de una línea dinámica jurisprudencial de acuerdo a la metodología planteada en la obra *El derecho de los jueces* de López Medina (2006). Posteriormente, en el tercer capítulo se determinaron a la luz de los juicios de imputación que permiten endilgar la responsabilidad precontractual del Estado, los medios de control pertinentes para pretender la reparación patrimonial de perjuicios a la luz de lo normado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1434 de 2011), tomando como punto de partida los aportes de las sentencias que conforman la muestra de esta investigación; finalmente, se presentaron algunas consideraciones de la autora a manera de conclusión.

En razón a todo lo expuesto resulta pertinente decir que el presente trabajo corresponde a una investigación jurídica ya que su pretensión principal es el análisis de un fenómeno jurídico desde distintos puntos de vista (Rodríguez, s.f., pp. 9 – 10) a partir de un enfoque cualitativo que permite describir el objeto de estudio, interpretarlo, comprenderlo, precisar las características que lo distinguen e incluso criticar el uso que se hace de él pero sin intención de manipularlo o transformarlo (Villabella, 2012, p. 928); es así que el método de trabajo empleado sea Analítico – Descriptivo – Documental toda vez que se presentan y justifican las fuentes de información tomadas como base para su desarrollo (Alonso, 2013, pp. 304 – 305): el estudio de doctrina se ha realizado con un carácter más conceptual, mientras que análisis de la jurisprudencia permite describir y caracterizar el instituto de la responsabilidad estatal desde sus diferentes formas de manifestarse.

Para continuar con la descripción metodológica de este trabajo, su justificación y motivación obedecen al deseo de aportar a partir de la revisión teórica, legal y jurisprudencial, elementos que faciliten en la práctica jurídica: (a) garantizar los derechos de los particulares que

participan en los procesos de selección de contratistas de las entidades públicas en tanto conocerían de antemano las circunstancias en que pueden verse vulnerados sus derechos, (b) conocer a las entidades los fundamentos jurídicos con los cuales suelen ser condenadas en estos eventos y así poder tomar medidas preventivas para mejorar las falencias en el ejercicio de la actividad pública y evitar pérdidas dinerarias consistentes en la indemnización de perjuicios a favor del particular impuestas por el juez contencioso administrativo, y (c) a los abogados litigantes, los jueces de lo contencioso administrativo y en general para cualquier persona interesada en estudiar esta área del derecho porque tendrán mayor facilidad para identificar el daño antijurídico padecido por el particular, el perjuicio indemnizable, los fundamentos fácticos y jurídicos con los cuales se le atribuye la responsabilidad a las entidades públicas y la incidencia que tienen todos estos aspectos en la escogencia del medio de control los medios de control procedentes, pues como se demostrará en el desarrollo de este trabajo, ninguna de las temáticas planteadas se ha desarrollado de manera pacífica.

1. Epistemología de la responsabilidad del estado: diferencias jurídicas existentes entre la responsabilidad extracontractual, contractual y precontractual

Entendiendo que la epistemología es el estudio que hace la filosofía de las teorías y los fundamentos del conocimiento (RAE, 2020), al describir la gnoseología de la responsabilidad del Estado, el propósito es presentarla como una categoría jurídica independiente que obedece a la necesidad de garantizar el respeto de los derechos de los particulares por parte de la administración que justifica la existencia de un régimen propio a través del cual se obliga a las entidades estatales a reparar los daños que ocasionan (Arango, 2017, p. 41), definida en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y aplicable en todos los escenarios en que se ven comprometidas las entidades públicas.

Para ello, es necesario describir su desarrollo histórico como instituto jurídico y la evolución que ha tenido en Colombia, sus elementos, regímenes, la tipología tradicional de la responsabilidad tanto en el derecho civil como en el administrativo y, posteriormente, estudiar las teorías del derecho civil sobre la responsabilidad precontractual como tipo autónomo de responsabilidad toda vez que allí se encuentran los fundamentos conceptuales que se deben tener en cuenta para fijar las diferencias jurídicas existentes entre las tres tipologías (responsabilidad extracontractual, contractual y precontractual) y establecer si las teorías del derecho civil sobre la responsabilidad en la etapa de formación del contrato pueden ser aplicadas al campo público.

1.1 Desarrollo histórico de la responsabilidad patrimonial del Estado

El origen del instituto jurídico de la responsabilidad remonta a las primeras manifestaciones de la actividad humana y, por ende, al origen mismo del derecho en donde el hombre víctima de un daño era guiado por su natural instinto hasta vengarlo; en este contexto debe tenerse en cuenta

el reconocimiento histórico del que goza la *lex aquilia* al hablarse del tema ya que cambió el concepto de venganza y lo transformó en el pago del bien dañado o afectado (Zeno, 2015, p. 24). Surge entonces la expresión latina *spondere* que significa comprometerse como deudor y que, ante un eventual incumplimiento, conducía a la *responsus* como idea de la responsabilidad vinculada a una relación jurídica preexistente (Vidal, 2001, pp. 389 – 390).

Es entonces la responsabilidad una consecuencia jurídica que conlleva la obligación de reparar el daño causado, por lo tanto, genera el sometimiento a la persona que causó un daño, por acción u omisión, a la sanción que se encuentra en el ordenamiento jurídico, (Sandoval, 2013, pp. 257 – 258), pudiendo tener como objetivos posibles la prevención de ocurrencia de daños, la reparación de perjuicios a las víctimas o la punición privada de ciertas conductas consideradas como altamente perjudiciales, siendo el objetivo tradicionalmente aceptado el de la reparación de los daños ocasionados con la privación del patrimonio del responsable solo hasta el monto con el que se considere que los perjuicios de la víctima han sido resarcidos, indemnizados o reparados (Vélez, 2016, pp. 426, 439).

También debe decirse que la responsabilidad es fuente de obligaciones, pudiendo emanar de un encuentro esporádico de las partes o del incumplimiento de las obligaciones consignadas en un contrato o de la violación de los deberes de conducta en la etapa de formación (Tamayo, 2009, pp. 59 – 60). En el derecho civil, cualquiera que sea la circunstancia en la que se origina el deber de reparar entre particulares, para que se concrete dicha obligación en el mundo jurídico, tradicionalmente se ha dicho que deben confluir los siguientes elementos estructurales:

1. El hecho o conducta culpable o riesgosa: según el doctrinante Isaza (2011), este elemento hace referencia al hecho, a la acción, o la omisión que pueda imputársele a una persona, de manera directa o indirecta, con origen en un comportamiento doloso o culpable o en una

actividad riesgosa o peligrosa. Se entiende por dolo la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, de tal manera que en el dolo se presenta un factor de intencionalidad para infringir daño, es decir, existe la voluntad y deseo de afectar a otro de manera injustificada. La culpa, por su parte, hace alusión a una conducta cometida sin intención de causar daño pero que aun así puede generarlo por actuar con imprudencia o negligencia, entendiendo que la imprudencia es la conciencia que la actividad que se está realizando puede ocasionar un daño pero confía en que puede evitarlo, por lo que se presenta una omisión al deber de previsión del infractor; mientras que la negligencia se entiende como la impericia, inobservancia de las reglas y la falta de vigilancia ya que el infractor actúa sin prever el resultado dañino, pero ello no lo exime del deber que tenía de preverlo (p. 37). Sea que el infractor actuó con dolo o culpa, lo relevante es que la actuación del sujeto infractor fue la generadora del daño, por lo que se habla de un *régimen subjetivo de responsabilidad*.

No obstante lo expuesto, el deber de reparar el daño ocasionado a otra persona no solo se genera por las actuaciones consientes, también se puede dar por aquellos daños producidos con la concreción de un riesgo creado por una persona que realiza una actividad con un riesgo mayor y se beneficia de ella, de tal forma que la persona beneficiada de ese riesgo debe responder a menos que el daño se haya ocasionado por alguna causa extraña, esto es por fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima, creándose así el *régimen objetivo de responsabilidad* que prescinde de la demostración de la conducta dolosa o culposa (p. 38).

2. El daño o perjuicio (antijurídico) ocasionado: consiste en la afectación total o parcial de un bien corporal o incorporeal que la víctima no debía soportar, siempre y cuando sean ciertos, personales y directos. Refiriere el carácter certero del daño a su ocurrencia real y efectiva,

el carácter personal a que haya sido padecido por quien lo alega, y el carácter directo a que el daño tenga como fuente inmediata el hecho antijurídico (Isaza, 2011, p. 40).

Algunos doctrinantes sostienen que el concepto de daño es distinto al de perjuicio, toda vez que el primero contempla sobre si la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio que supone la destrucción o disminución de derechos o beneficios patrimoniales o extramatrimoniales de que goza un individuo; mientras que el perjuicio tiene que ver con el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia de la ocurrencia del daño (Henao, 2007, p. 77).

Señala Koteich (2006), que se debe tener claridad sobre la marcada influencia del derecho romano en el momento histórico en se redactaron los códigos civiles, razón por la cual no se incluyó la posibilidad de resarcir el daño a la persona toda vez que se consideraba irreparable (p. 164). En Colombia fue hasta 1922 que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia reconoció la existencia de daños extrapatrimoniales y condenó a su reparación con fundamento en la reinterpretación del artículo 2341 del Código Civil, ya que la norma no distingue o clasifica el daño (pp. 181 – 182), pues consigna: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

3. El nexa causal: es el enlace que debe existir entre la conducta culpable o riesgosa y el daño o perjuicio ocasionado, toda vez que, para se configure el deber de reparar el segundo debe ser consecuencia del primero, es decir, el daño debe ser el resultado del hecho o conducta culpable o riesgosa. La doctrina y la jurisprudencia le han definido los siguientes requisitos: (a) la proximidad significa que el hecho o conducta debe ser cercano en el tiempo al daño, de tal manera que no se tiene en cuenta causas remotas; (b) el carácter determinante hace alusión a que el hecho

o conducta sea necesaria y definitiva para la producción del daño; y (c) la adecuación se refiere a que el hecho o conducta debe ser apto o apropiado para causar el daño, por lo que se excluyen eventos o comportamientos que carezcan de idoneidad (Isaza, 2011, pp. 55 – 57).

Sin embargo, los desarrollos teóricos sobre la responsabilidad del Estado, es decir la aplicación del deber de reparar el daño ocasionado al ente abstracto conocido como Estado, se presenta de manera relativamente reciente en la historia del derecho, puesto que tiene su origen en el final del absolutismo y el surgimiento del Estado de Derecho “con las revoluciones inglesa (1688) y francesa (1789), así como los movimientos de independencia americanos, primeramente, en Estados Unidos (1776) y después en los países latinoamericanos a partir de 1810” (Jiménez, 2013, pp. 68 - 69).

Es gracias al surgimiento del Estado de Derecho, con el triunfo de la ideología liberal, fundamentada completamente en la razón, que se implementa el principio de legalidad entendido como el deber de sujeción del Estado y las autoridades públicas a la ley, lo que implica una limitación racional del poder del gobernante haciendo necesario incluir dentro de la vida política y jurídica los conceptos de: (a) separación de poderes, (b) soberanía popular, y (c) la consagración de los derechos individuales en las declaraciones de independencia, cartas de derechos del hombre y las primeras constituciones escritas (Buitrago, 2019, p. 29).

Inicialmente se trató al Estado como una persona jurídica con doble personalidad, la primera es la personalidad política, según la cual, ejercía la soberanía nacional y, por lo tanto, no le aplicaba la ley civil bajo la cual debía sujetarse la conducta de los particulares, a estas actuaciones se les denominaba *actos de poder*; y la segunda personalidad es la civil según la cual el Estado ejecuta actos propios de los particulares, como por ejemplo celebrar contratos, y por lo tanto debía aplicársele la ley civil, conocidos como *actos de gestión* (Jiménez, 2013, pp. 70 - 71).

Posteriormente, se aplicaron las disposiciones de responsabilidad civil a los agentes del Estado pues ese entendía que actuaban en calidad de mandatarios del poder público y por lo tanto las entidades que hacían uso de ellos tenían el deber de elegirlos correctamente y vigilar sus actuaciones, cuando la administración faltaba a estos deberes se entendía que incurría en *culpa in eligiendo* y *culpa invigilando*. Esta modalidad de responsabilidad estatal también tenía sus divisiones dependiendo del funcionario, ya que, si la conducta era cometida por los directores y representantes de las entidades públicas, se hablaba de *responsabilidad directa*; mientras que la conducta dañina era cometida por los auxiliares o dependientes, se hablaba de una *responsabilidad indirecta* del Estado (Jiménez, 2013, pp. 70 – 71).

Es importante advertir que todos los avances sobre la responsabilidad estatal no se debieron a extensas regulaciones legales sino las intervenciones jurisprudenciales que la han moldeado, incluso en la actualidad (Güechá, 2012, p. 97), y prueba ello es el Fallo Blanco proferido por el Tribunal de Conflictos francés en 1873, en el cual se habló por primera vez del deber que le asiste al Estado, como ente abstracto, de responder y reparar los daños que ocasione por sus actuaciones cuando se evidenciaba ausencia, deficiencia o retardo en la prestación de las funciones a cargo sus agentes (Ruíz, 2007, pp. 25 – 26).

Posteriormente, la jurisprudencia francesa hizo importantes distinciones entre la *falta personal del agente* y la *falta o falla en el servicio*, entendiendo que en la primera el agente o funcionario se aprovecha de su función para conseguir un objetivo distinto al de cumplir con el servicio público, por lo tanto, se configura una culpa lata que compromete al funcionario ante la jurisdicción ordinaria. En cuanto a la falta o falla en el servicio, se presenta cuando el funcionario o agente, al tratar de cumplir con su función, comete un daño, configurándose una culpa leve que atañe más al servicio que al funcionario, por lo cual el funcionario no está obligado a reparar, pero

sí la administración, lo que hace necesario que la víctima recurra ante la jurisdicción administrativa. Esta distinción fue superada toda vez que la falta del agente no puede ser desligada del servicio público y por ende el Estado se encuentra en la obligación de responder por el daño ocasionado (Jiménez, 2013, pp. 72 – 73).

Se continuó entonces con la construcción de la teoría de la falla del servicio como fundamento del deber de la administración de indemnizar los perjuicios causados con ocasión de sus propias actuaciones, entendiendo que si bien es cierto actúa por intermedio de sus agentes o servidores, la actividad es atribuible única y exclusivamente al ente público por no ser posible separarlo del servicio público. Esta teoría se rige bajo el régimen subjetivo de responsabilidad toda vez que es necesario demostrar el comportamiento culposo de la administración, es decir demostrar que la conducta que ocasionó el daño que se alega fue ocasionado por actuaciones irregulares y desajustadas a los postulados del buen servicio público, lo que quiere decir que la administración actuó mal o de manera tardía o sencillamente no actuó (Güechá, 2012, pp. 97 – 99).

Según Jiménez (2013), pese a la claridad conceptual que existía sobre la falla del servicio, se presentaron muchas dificultades en materia probatoria para acreditar el funcionamiento anormal en el servicio público lo que llevó al Consejo de Estado francés en 1918 a resolver algunos casos aplicando el régimen objetivo de responsabilidad en el que no fuera necesario demostrar el comportamiento culposo o negligente de la administración ya que bastaba con probar la existencia del daño y la relación de causalidad, por lo que el centro de análisis dejó de ser la conducta del sujeto presuntamente infractor. Su aplicación surgió gracias a la incorporación de las siguientes nociones:

1. Igualdad o equilibrio en las cargas públicas: parte de la base que a todos los ciudadanos les asiste el deber de soportar en las mismas proporciones las consecuencias que trae

la prestación de los servicios públicos; sin embargo, si el ejercicio de esa actividad o servicio público llegase a generar una situación particularmente desventajosa para algún ciudadano en comparación con los demás, se estaría produciendo un daño que ese ciudadano no está en la obligación de soportar, sin importar que la actividad que lo ocasiona esté regida y autorizada por la ley (p. 74).

2. Lesión injusta o anormal: hace énfasis en el daño como elemento estructural de la responsabilidad ya que lo verdaderamente importante es la situación de la víctima, sus derechos y su condición de igualdad ante los demás, principalmente en lo concerniente a la garantía de respeto sobre su patrimonio (pp. 74 – 75).

3. Riesgo creado: afirma que quien crea y se beneficia de un riesgo, se encuentra en la obligación de responder por los daños que se produzcan cuando dicho riesgo se concreta. Esta noción se encuentra íntimamente ligada con las actividades peligrosas desarrolladas por el Estado en las que le asiste el deber de vigilancia de su correcta ejecución, por lo que se habla de obligaciones de resultado (p. 75).

Se tiene entonces que el primer régimen de responsabilidad aplicado en el campo público fue el subjetivo con el título de imputación de falla del servicio, entendido como el daño que ocasiona un agente estatal a los particulares con el ejercicio irregular de sus funciones (Güechá, 2012, pp. 97 – 98), sin embargo, esta forma de atribuir responsabilidad al Estado no permitía reparar aquellos eventos en que el daño no se producía por el actuar irregular de la administración, por lo que resultó necesario incluir el régimen objetivo de responsabilidad en el campo público, tomando como sustento las nociones de igualdad o equilibrio en las cargas públicas, lesión injusta o anormal, y riesgo creado (Jiménez, 2013, p. 74).

1.2 Evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia

En Colombia, la evolución de responsabilidad del Estado siguió el mismo curso que la jurisprudencia francesa a partir del siglo XIX ya que el artículo 151 de la Constitución Política de 1886 estableció que la Corte Suprema de Justicia tenía la competencia general para dirimir los procesos en que resultara demandado la nación, es así que la Corte Suprema de Justicia atribuía al Estado la obligación de reparar el daño que ocasionaba única y exclusivamente cuando la normatividad vigente lo estipulaba de manera expresa, de tal forma que los jueces solo aplicaban las formalidades y requisitos establecidos en la ley para otorgar indemnizaciones a cargo del Tesoro Nacional, aun así, se puede evidenciar en algunas sentencias la construcción de los principios generales de la responsabilidad del Estado a partir de los postulados del Código Civil (Ruíz, 2007, pp. 28 – 29).

Durante el siglo XX se presentó en el ordenamiento jurídico colombiano una dualidad sobre el juez competente para dirimir los conflictos en contra de las entidades públicas ya que la Corte Suprema de Justicia continuaba con la competencia general para dirimir los procesos en que resultara demandado la nación, sin embargo, con posterioridad se promulgaron algunas leyes que le entregaron al Consejo de Estado la competencia específica en algunas materias, primero para el estudio de casos declaratoria de nulidad en 1913, luego para las reclamaciones por expropiaciones o daños en propiedad privada causados por órdenes administrativas en 1918, y otra de ellas, para las solicitudes de declaratoria de responsabilidad por la ejecución de trabajos públicos en 1941. El último cambio que se presentó fue en 1964 cuando el Consejo de Estado obtuvo la competencia general y exclusiva sobre los conflictos que se desarrollan contra la administración (Henao, 1996, p. 108).

Pese a la dualidad de jueces, la responsabilidad del Estado pasó por las mismas etapas en ambas Cortes: la primera etapa referida a la declaración de la responsabilidad indirecta fundamentado en los conceptos de *culpa in eligiendo* y *culpa in vigilando*, según los cuales el Estado como persona jurídica debe elegir a sus agentes y vigilarlos de forma cuidadosa, de manera tal que si alguno de ellos incurre en un comportamiento culposo en el ejercicio de su cargo, esta culpa es trasladada a la persona jurídica con fundamento en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. La segunda etapa, referida a la declaratoria de responsabilidad del Estado a través de la responsabilidad directa, partía del supuesto según el cual la persona jurídica y sus funcionarios conformaban una unidad, por tanto, la culpa del agente es también la culpa de la persona jurídica por tratarse de actos propios, con sustento jurídico principalmente en el artículo 2341 del Código Civil (Ruíz, 2007, pp. 28 – 30).

Entre los años cuarenta y sesenta se fijaron los primeros pasos para una teoría de responsabilidad estatal propia e independiente de la civil aplicando de manera incipiente la noción de falla del servicio para endilgar la responsabilidad de las entidades públicas, aun cuando la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado seguían tomando el artículo 2341 del Código Civil como soporte normativo de la responsabilidad estatal. Fue hasta 1960 que el Consejo de Estado sostuvo que el fundamento constitucional de la responsabilidad estatal era el artículo 16 de la Constitución Política de 1886, sin que ello significara que el concepto de falla de servicio se aplicara de forma recurrente toda vez que, hasta ese momento, esa Corporación conocía de manera residual los asuntos que trataban trabajos públicos y expropiaciones y responsabilidad derivada de acciones o procedimientos administrativos, los cuales solucionaba con la aplicación de la normatividad vigente (Henao, 1996, pp. 114 – 115).

Con la entrada en vigencia del Decreto-Ley 528 de 1964 se designó a la jurisdicción contenciosa administrativa, en cabeza del Consejo de Estado, la competencia de juzgar todos los conflictos en que estuviese inmiscuida una entidad pública, de tal suerte que se inicia un proceso de consolidación de sobre una teoría de responsabilidad estatal desligada de la normatividad civil y con fundamento en el artículo 16 de la Constitución de 1886 que facilitaba la aplicación de la noción de falla del servicio para justificar y delimitar sus alcances (Ruíz, 2007, p. 31).

La jurisprudencia del Consejo de Estado consolidó y extendió la falla del servicio a todos los servicios públicos administrativos, pese a esto, se presentaron serias dificultades en materia probatoria ya que era un problema para la víctima probar que la administración actuó mal, actuó de manera tardía o no actuó, por lo que en 1989 se incorporó la noción de falla presunta del servicio, de tal forma que la víctima solo debía probar que sufrió un perjuicio indemnizable y que tiene relación causal con el hecho que se reputa como generador, invirtiéndose entonces la carga de la prueba toda vez que debía ser la entidad quien probase que su actuación fue prudente y diligente (Henao, 1996, pp. 118 – 120).

La implementación de la noción de falla presunta del servicio facilitó la incorporación jurisprudencial del riesgo excepcional y daño especial propias del régimen objetivo de responsabilidad, en las cuales la víctima también debía probar únicamente que sufrió un daño y que este fue consecuencia de una actuación del Estado, pero a diferencia de la falla presunta del servicio, para la administración no es suficiente acreditar que actuó de manera diligente y prudente pues solo podría exonerar del deber de reparar acreditando que el daño se produjo por una causa extraña y/o por culpa de la víctima (Henao, 1996, pp. 118 – 120).

En materia de la contratación estatal, según consta en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 que presentó el entonces señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, Jorge Bendeck

Olivella, ante el Senado de la República en día 23 de septiembre de 1992, manifestó que desde el inicio de la vida republicana de Colombia la legislación procuró por regular la escogencia del contratista, el nacimiento y perfeccionamiento del contrato, algunas cláusulas contractuales y la extinción del mismo con apoyo en la regulación general de los contratos entre particulares, es decir con fundamento en el Código Civil y el Código de Comercio, toda vez que se entendía que los contratos que celebraban las entidades públicas eran actos de gestión, razón por la cual bajo este tipo de actos el Estado se comportaba como un particular (pp. 1 – 2).

A medida que el campo de la actividad estatal iba creciendo, empezó a ser evidente la necesidad de construir una normatividad propia y especial que regulara los contratos de las entidades públicas, ejemplo de ello fueron los proyectos de ley que se presentaron en la década de los treinta, sin éxito alguno tales como los propuestos por el senador Francisco Carbonell González en 1934 y el doctor Alberto Lleras Camargo, Ministro de Gobierno en 1937. Entrada la década de los sesenta, gracias al fuerte intervencionismo estatal que generó la reforma constitucional de 1968, hizo que fuera necesaria la construcción de régimen jurídico propio para los contratos que celebraba el Estado, idea que ya se había gestado gracias a la promulgación del Decreto-Ley 528 de 1964 en virtud del cual se le entregó la jurisdicción contencioso administrativa todas las controversias surgidas con el Estado, incluidos los contratos “administrativos”, en términos de la norma (Bendeck, 1992, pp. 2 – 3).

Es así como en 1975 con el Decreto-Ley 1670, el Gobierno Nacional expidió el estatuto de contratación pública, sin embargo, no abarcó todos los campos de la contratación por lo que muchas áreas continuaron rigiéndose para los Códigos Civil y de Comercio. En 1976 expide el estatuto contractual para entes públicos de orden nacional que al poco tiempo resultó obsoleto por su excesiva reglamentación (Bendeck, 1992, p. 4).

Posteriormente, el Gobierno Nacional expide el Decreto-Ley 222 de 1983 "por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas" que trajo como gran avance regular las relaciones contractuales no solo de los órganos que se encontraban en el nivel central sino también en el nivel descentralizados, y en cuanto a los departamentos y municipios se incluyeron reglas muy escuetas relacionadas con la formación y adjudicación de los contratos, los cuales debían tener actos administrativos que los motivaran (Bendeck, 1992, p. 4).

Mientras la jurisprudencia y la doctrina impulsaron el surgimiento de la teoría de la responsabilidad del Estado con sustento en las normas civiles, algunas normas concretas del derecho administrativo y con la interpretación del artículo 16 de la Constitución Política de 1886, el proceso de construcción del Estado colombiano bajo los parámetros de los Estados modernos no ha sido sencillo en razón a los conflictos sociales, políticos, económicos y culturales que se han presentado a lo largo de su historia en todo el territorio nacional, lo que evidencia que si bien es cierto el Estado colombiano ostenta el poder público político, comparte muchas de sus funciones con actores privados, sociales, legales e ilegales, siendo los actores legales herramientas importantes para ayudar al Estado en la consolidación de la paz y los actores ilegales quienes debilitan su estructura, a pesar que en muchas ocasiones actuaron en complicidad con agentes estatales como es el caso de los grupos paramilitares (Alonso, 2020, pp. 41 - 42).

En un contexto de violación total a los derechos humanos, con un partido político exterminado y tres candidatos presidenciales asesinados, surge la Constitución Política de Colombia de 1991 como producto del descontento de la sociedad que exigía un cambio en las instituciones del Estado luego de un proceso de elección popular de los integrantes de la Asamblea Nacionales Constituyente promovida por los estudiantes y muchos otros sectores que exigían un

verdadero cambio a las instituciones del Estado, cuyos miembros fueron elegidos mediante elección popular el 9 de diciembre de 1990 (Centro de Memoria Histórica, 2013, pp. 148 – 149).

Inicialmente, la Asamblea Nacional Constituyente fue promovida para reforma la Constitución Política de 1886, sin embargo, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y de la misma Asamblea llevaron a que se promulgara una nueva Carta Política el 4 de julio de 1991 como manifestación del poder del constituyente primario que en cualquier momento puede darse una nueva constitución distinta a la vigente y sin someterse a los requisitos en ella consagrada lo que supuso una ruptura con la formalidad imperante hasta ese momento. La naciente constitución procuró la inclusión de un nuevo modelo que buscaba procesos de regeneración social y política, planteando así un nuevo paradigma (Alonso, 2012, pp. 32 – 36).

Pese a ser evidente que la teoría de la responsabilidad del Estado como modelo autónomo debía ser incluida en el articulado de la naciente Constitución por cuanto cobija los detalles del servicio público y la necesidad de equilibrar el interés general con los derechos individuales de los particulares, evitando abusos por parte de las autoridades públicas, lo cierto es que en los debates del articulado constitucional no se incluyó este tema de manera central ya que hasta ese momento el ordenamiento jurídico colombiano no había contado con una norma clara y expresa en materia de responsabilidad estatal (Esguerra, s.f., p. 885).

Según Henao, de las veintiséis propuestas que recibió la Asamblea Nacional Constituyente como propuesta para el artículo de responsabilidad del Estado, solo cuatro de ellas tuvieron real incidencia en la construcción del texto constitucional (1999, p. 123), y sobre las cuales se desarrollaron los debates en los que se definieron los siguientes aspectos: (a) el artículo constitucional solo definiría la responsabilidad estatal como un tipo responsabilidad autónoma; (b) los servidores públicos debían responder a través de la acción de repetición cuando con su

conducta, enmarcada en la culpa grave o el dolo, causaran daño a los particulares; (c) el centro de la responsabilidad debía ser el daño antijurídico y no la falla del servicio como se venía manejando de forma mayoritaria en la jurisprudencia, entendiendo el daño antijurídico como el detrimento patrimonial “que carece de título jurídico válido y que excede el conjunto de cargas que normalmente debe soportar un individuo en su vida social” (Henao, 1999, p. 126); y (d) a diferencia del ordenamiento jurídico español, la acción u omisión se predicaría de las autoridades públicas y no del servicio público (Henao, 1999, pp. 126 – 127).

Con esos lineamientos, se aprobó la actual regulación de la responsabilidad del Estado en la Constitución Política de Colombia de 1991, de la siguiente manera:

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

Hoy en día la cláusula constitucional transcrita se entiende como el producto de la consolidación del Estado Social de Derecho en el que no solo prima el respeto por los derechos, bienes e intereses consagrados en la constitución y la ley, además entiende cobijadas las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, brindando así un verdadero garantismo constitucional debido a la evolución sustancial de los derechos fundamentales y el reconocimiento de los derechos colectivos, que irradia y permea al derecho administrativo (Santofimio, 2017, pp. 714 – 715).

Según la Corte Constitucional, el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado ya que no establece distinciones según el ámbito

de actuación de los servidores públicos, por lo tanto, abarca no solo lo que ocurre en un contexto extracontractual, sino que además cobija 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. En ese orden de ideas, la norma constitucional establece dos requisitos para que se configure la responsabilidad del Estado: el daño antijurídico y que este sea imputable a una acción u omisión de una autoridad, lo que no quiere decir que los juicios y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones (C 333 de 1996, pp. 8 – 9).

Reiterando que la naturaleza jurídica de la responsabilidad en el sistema jurídico colombiano no es punitiva, el punto de partida de cualquier tipo de responsabilidad es el daño en la medida que solo se debe resarcir íntegramente el daño catalogado como antijurídico entendido como aquella lesión de uno o más intereses lícitos de una persona, que pueden ser de índole pecuniario o no pecuniario, versar sobre derechos individuales o colectivos, presentándose como alteraciones al goce pacífico del derecho o como una lesión definitiva del mismo, existiendo la posibilidad de accionar el aparato judicial para exigir su reparación siempre y cuando concurren todos los elementos de la responsabilidad (Henao, 2007, pp. 35 – 59).

Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que:

La antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otro lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública (C 254 de 2003, p. 6).

La aplicación del concepto de daño antijurídico a la actividad del Estado se encuentra con los principios constitucionales de solidaridad, igualdad y garantía integral del patrimonio de los ciudadanos en consonancia con la dignidad humana, teniendo como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida (Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, Exp. 22464, 2012, p. 1).

Sin embargo, para que le asista el deber jurídico a una entidad pública de indemnizar no basta con demostrar la sola existencia del daño antijurídico, también es necesario que este le sea imputable a la administración. Según la Corte Constitucional la imputabilidad del daño hace que la indemnización del daño antijurídico le corresponda al Estado cuando exista juicio jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad compromete al Estado con sus resultados (C 254 de 2003, p. 6).

Para el Consejo de Estado - Sección Tercera desde la imputabilidad del daño se requiere estudiar, en primer momento, que su ocurrencia se pueda vincular directamente a un obrar concreta de la administración, sea por la acción o por la omisión de sus agentes, sin que tenga relación la existencia o no de un comportamiento culposos, o si por el contrario el mismo no resulta atribuible por ser ajeno a la entidad pública o porque operó una de los llamados causa extraña o eximentes de responsabilidad; a este estudio se le conoce como imputación fáctica o material (Subsección C, Exp. 22464, 2012, p. 1).

No obstante, la sola comprobación de la causalidad material del daño no es suficiente, también es necesario establecer el fundamento jurídico de la obligación de reparar o indemnizar determinado un perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, conocido como

imputación jurídica, y es allí donde intervienen los juicios o títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad de conformidad con las teorías de responsabilidad objetiva y subjetiva (Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, Exp. 20220, 2011, p. 1). De tal manera que, al hablar de la imputación como segundo elemento de la responsabilidad estatal, se supera completamente la idea de que es indispensable la comprobación de la causalidad material por parte del Estado para que se configure el deber de reparar.

En síntesis, la disposición constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado es de carácter general, es decir que se debe acreditar sus elementos (daño antijurídico y atribución fáctica y jurídica) a la administración en cualquier escenario en que se pretenda endilgarle el deber de reparar, sin embargo, lo que cambia en cada tipo de responsabilidad son los títulos de imputación y el régimen de responsabilidad aplicable (C 333 de 1996, p. 8, 12); por tanto, es fundamental distinguir entre la tipología clásica de la responsabilidad clásica del Estado.

1.3 Tipología clásica de la responsabilidad del Estado: responsabilidad extracontractual y responsabilidad contractual

Es importante recordar que la responsabilidad civil o patrimonial es una de las fuentes de obligaciones en la que el acreedor es el titular del derecho a ser indemnizado y el deudor es quien tiene a su cargo el deber de prestación de reparar el daño producido (González, 2013, p. 205), que puede producirse de dos maneras a saber: (a) por no ejecutar una obligación previamente acordada en un contrato válido o por hacerlo de forma imperfecta o tardía a lo cual se le conoce como responsabilidad contractual, y (b) por el incumplimiento del deber genérico de no lesionar o dañar a otro según lo concibe el principio universal *alterum non laedere* tratándose de responsabilidad extracontractual (Vidal, 2001, p. 389).

Estas dos formas de producirse el deber de reparar han hecho que el instituto de la responsabilidad patrimonial reciba un tratamiento dual en el que se trata de manera separada la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual por tener características y fuentes diferentes (Restrepo & Londoño, 2015, p. 6), encontrando su respaldo en el Código Civil pues regula en títulos distintos del Libro Cuarto “De las obligaciones en general y de los contratos” las consecuencias del incumplimiento en materia contractual y las de los hechos jurídicos. En el título XII se ocupa “del efecto de las obligaciones” - artículos 1602 a 1617-; y en el XXXIV – artículos 2341 a 2360- de “la responsabilidad civil por los delitos y las culpas”, estableciendo respecto de cada tipología las reglas que gobiernan la indemnización de los perjuicios irrogados (Corte Constitucional, C 1008 de 2010, pp. 14 – 15).

Para comprender mejor la evolución de la tipología de la responsabilidad del Estado, primero es necesario revisar el tratamiento que brinda el ordenamiento jurídico colombiano en el derecho civil, para luego definir su tratamiento en el derecho administrativo.

1.3.1 Desarrollo de la tipología clásica de la responsabilidad en el Derecho Civil.

Según el artículo 2341 y siguientes del Código Civil, es responsable por infringir la ley quien, por un hecho suyo, de las personas o cosas a su cargo, cause daño injustificado a otra persona, encontrándose así en la obligación de reparar a la víctima la cual puede reclamar directamente el cumplimiento de este deber o también pueden hacerlo sus herederos. En los eventos en que el daño haya sido producido por más de un actor, el artículo 2344 del Código Civil establece que cada uno de los intervinientes en la ocurrencia del daño responderán de forma solidaria, pudiendo efectuarse la reclamación hacia todos o solo hacia uno de ellos sin perjuicio de la posterior división de la deuda entre los infractores (Isaza, 2011, pp. 105 – 106).

Con la evolución jurisprudencial han variado los perjuicios que se reconocen en la categoría de daños, pero, en la actualidad, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia reconoce dos clases de perjuicios:

1. Materiales: tienen su fundamento legal en el art. 1613 que los subclasifica en daño emergente y lucro cesante, siendo el daño emergente la desmejora patrimonial que padeció la víctima en virtud de los gastos en que tuvo que incurrir para soportar el daño, es decir son aquellas sumas de dinero, los bienes y servicios apreciables que tuvieron que salir del patrimonio de quien sufrió el perjuicio. En cambio, el lucro cesante se refiere todas las sumas de dinero que para la fecha del hecho generador del daño no ingresaron ni ingresarán al patrimonio de la víctima, pero que se esperaba recaudar (Sarmiento, et ál., 2017, pp. 109 – 110).

2. Inmateriales: la jurisprudencia los ha desarrollado ampliamente y actualmente se reconocen: (a) el daño moral entendido como la afectación a la esfera interna de la víctima directa o indirecta, específicamente lo concerniente a sus sentimientos; (b) el daño a la vida de relación consiste en el menoscabo o afectación de la actividad social de la persona, es decir, el detrimento ocasionado a la esfera externa del individuo que genera imposibilidad en el desarrollo de actividades rutinarias o placenteras; y (c) vulneración a los derechos humanos fundamentales que gozan de especial protección constitucional tiene por objeto la protección a los derechos fundamentales, específicamente en lo relacionado con dignidad humana y las garantías derivadas de la misma, buscando garantizar el principio de reparación integral (Valdivieso, 2019).

Con respecto a la responsabilidad extracontractual, tradicionalmente se ha asumido que quien dañe a otra persona será ilícito al violar la obligación general de *neminem laedere*, que se entiende que significa la obligación de no dañar de otra manera injustamente, esto es se cree que es la fuente del fraude o negligencia del criminal, los términos únicos y abstractos tienen valores

basados en el cuidado, la diligencia y el cuidado del buen padre de la familia, en principio, debe probarse el incumplimiento de la víctima. Sin embargo, un análisis más detenido, es evidente que la fuente de este tipo de responsabilidad es la verificación de daños indebidos debido a una reacción en el derecho a obligar al infractor a pagar una indemnización por todos los daños que le hayan sido infligidos (Scognamiglio, 1968, pp. 55 – 59).

Este tipo de responsabilidad se pueden presentar en los diferentes grupos de responsabilidad extracontractual que el sistema legal vigente y jurisprudencia del derecho civil han determinado, los cuales son (Isaza, 2011):

1. Responsabilidad por el hecho propio: también denominada responsabilidad directa aplicable tanto a personas naturales como jurídicas, encuentra su sustento en los artículos 2341 y 2345 del Código Civil. En cuanto a las personas jurídicas, en un primer momento se hablaba de irresponsabilidad debido a su condición inmaterial, después se procedió a darle aplicabilidad a la teoría de la responsabilidad indirecta, es decir que la persona jurídica respondía por el hecho ajeno, finalmente, en los años sesenta, la Corte Suprema de Justicia aplicó la responsabilidad directa por la conducta de todos sus agentes (pp. 114 – 115).

2. Responsabilidad por el hecho ajeno: su fuente jurídica yace en los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352 del Código Civil, según los cuales las responden por los daños ocasionados por quienes están bajo su cuidado o dependencia, pudiendo ser por los hechos generados por: (a) los hijos menores caso en el cual responden los padres, (b) el pupilo bajo dependencia del tutor, (c) los menores mientras están en los establecimientos educativos, evento en el que responden los directores de las instituciones, y (d) los aprendices o dependientes, caso en el cual responden los empresarios que los emplean. En estos casos el sustento de la responsabilidad yace en la *culpa in eligendo* y en la *culpa invigilando* según el caso (p. 116 – 117).

3. Responsabilidad por el hecho de las cosas y de los animales: encuentra su fundamento legal en los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356 del Código Civil, regulando los eventos en que se producen daños por: (a) los edificios que están en ruinas, (b) los vicios en la construcción de una edificación, (c) los animales domésticos o animales fieros, y (d) las cosas que caen o se arrojan de la parte superior de un edificio. Un sector importante de la doctrina considera que estas normas son los cimientos de la teoría del riesgo creado que dio paso posterior a la responsabilidad por actividades peligrosas (pp. 118 -120).

4. Responsabilidad por actividades peligrosas: la doctrina estableció como punta de partida el artículo 2356 del Código Civil que dispone “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta. Son especialmente obligados a esta reparación: a) El que dispara imprudentemente un arma de fuego, b) el que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche, c) el que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”; no obstante, el desarrollo de este modalidad de responsabilidad extracontractual ha sido doctrinal y jurisprudencial en virtud de la cual, quien se crea un riesgo y se beneficia de él, en caso de concretarse y generar un daño a un tercero, está en la obligación de indemnizarlo (pp. 109 – 110).

La discusión siempre se ha suscitado sobre el régimen de responsabilidad aplicable manifestada en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia ya que en alguna de ellas se sostuvo que debían juzgarse daños bajo el régimen objetivo por cuanto la demostración de la culpa es innecesaria toda vez que basta con la producción del daño en el ejercicio de la actividad peligrosa para que se produzca el deber de reparar tal y como se sostuvo en la sentencia Ref: Exp. 11001-

3103-038-2001-01054-01 del 24 de agosto de 2009 con ponencia del Magistrado William Namén Vargas. Sin embargo, otro sector afirma que deben estudiarse los acontecimientos ocurridos por la concreción de un riesgo bajo el régimen subjetivo aplicando la presunción de culpa en virtud de la cual el supuesto infractor debe demostrar que su comportamiento fue diligente y que la concreción del riesgo se debió a una causa extraña, tal y como se evidencia en la sentencia Ref: Exp. 4700131030032005-00611-01 del 26 de agosto de 2010 con ponencia de la Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda, siendo la última la manejada por la Corte Suprema de Justicia (Relatoría de la Corte Suprema de Justicia, 2019, pp. 206 – 207).

Ahora bien, para abordar la responsabilidad contractual se debe recordar que en Colombia, la definición legal de contrato se encuentra en los artículos 1495 del Código Civil y al 864 del Código de Comercio, en el primero se establece que “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”, al no plasmar dentro la reciprocidad como elemento esencial cobija tanto a los contratos unilaterales como bilaterales; en cuanto al segundo artículo citado, el 864 del Código de Comercio, consigna que “el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”, define como elemento la existencia de un número plural de partes, pudiendo ser dos o más dependiendo del tipo de contrato (Isaza, 2011, pp. 86 – 87).

La responsabilidad contractual tiene su fuente en la noción misma de obligación como vínculo jurídico entre dos sujetos y las implicaciones de su incumplimiento que hacen reafirmar su existencia y se puede transformar en una prestación resarcitoria siempre que no se pueda realizar su ejecución forzosa, en este contexto la responsabilidad surge a causa de la inobservancia del vínculo jurídico que las partes voluntariamente constituyeron y se presenta para restablecer la fuerza del mismo para generar efectos. En cuanto al elemento de la culpa, este depende

completamente del comportamiento del deudor que ejecuta la prestación debida, el cual puede calificarse como dolo o culpa dependiendo de la voluntad de no cumplir o la inobservancia en los criterios de diligencia y cuidado que rige el cumplimiento de la prestación, razón por la cual el acreedor solo debe probar el incumplimiento del deudor para configurar la ocurrencia del daño y podrá exonerarse si prueba que el incumplimiento se derivó de una causa no imputable a él (Scognamiglio, 1968, pp. 55 – 59).

Según el doctrinante Isaza, para la Corte Suprema de Justicia, en un proceso de responsabilidad civil contractual la prosperidad o no de las pretensiones del demandante dependen de la demostración de cuatro elementos a saber (p. 88):

1. La existencia de un contrato válidamente celebrado pues un contrato inválido o inexistente no puede generar obligaciones ni responsabilidades para quienes en él intervinieron, esto quiere decir que en el proceso en que se discuta la resolución de un contrato bilateral es necesario que el juez estudie su validez aun cuando ninguna de las partes lo alegue, y en caso de presentarse, revisar si son susceptibles de ser o no saneadas (p. 89).

2. El incumplimiento del demandado, quien debe ser uno de los sujetos contractuales, de las obligaciones pactadas, implica una valoración del comportamiento del presunto infractor que hace necesario revisar dos temas consagrados en la ley: la forma de incumplimiento y la graduación de la culpa (p. 90.).

Respecto del primero, la forma de incumplimiento se puede presentar de dos maneras a saber: (a) por incumplimiento total entendido como aquel en el que el deudor deja de lado sus obligaciones, y (b) por incumplimiento parcial, es decir porque no se cumplieron las obligaciones bajo las condiciones pactadas de calidad o de tiempo, generando un daño al acreedor que para

algunos autores como Valencia Zea solo serán indemnizables cuando impacten en la economía del contrato (Canosa, 2013, pp. 371 - 374).

Cualquiera de estas maneras de incumplimiento genera responsabilidad en el deudor, bien sea moratoria o compensatoria, entendiendo que la sanción moratoria hace referencia al retardo en el pago de la obligación y a su inejecución total, en virtud de esta sanción se genera el deber no solo de cumplir con la obligación pactada sino además debe pagar una indemnización a favor del acreedor, para lo cual, en el caso del cumplimiento tardío, es necesario requerir al deudor para constituirlo en mora, mientras que en los eventos de incumplimiento total de una obligación de ejecución inmediata, la mora se constituye de manera automática sin necesidad de requerir al deudor (Canosa, 2013, 408 – 412).

El segundo tema que se debe revisar para evaluar el incumplimiento por parte del deudor es la gradualidad de culpa según lo establecido en el art. 63 del Código Civil, siendo la culpa de tres tipos: (a) la culpa grave o lata refiere a la falta de diligencia, prudencia y cuidado que aún una persona negligente hubiese empleado en la labor encomendada, (b) la culpa leve que es la falta de diligencia y cuidado común que cualquier persona responsable hubiese tenido en esa situación, y (c) la culpa levísima, entendida como el buen juicio hubiese tenido para la administración de sus propios negocios importantes, es decir se exige suma diligencia y cuidado. Sin embargo, para la doctrina moderna, esta clasificación de la culpa resulta poco útil por si sola, de tal manera que, para darle aplicación al art. 63 del Código Civil, comúnmente se dividen las obligaciones contractuales en obligaciones de medio y de resultado, siendo aplicable la tripartición de la culpa en las obligaciones de medio pudiéndose exonerar el deudor demostrando que el incumplimiento se debió a una causa ajena de su órbita de control, mientras que en las obligaciones de resultado se establece una presunción de culpa por lo que en algunos casos ni siquiera la ocurrencia de una

causa extraña puede exonerar de responsabilidad como por ejemplo en el contrato de transporte (pp. 90 – 98).

3. La producción de un daño cierto y real para el demandante, que si bien es cierto tiene presunción legal porque el pacto de toda obligación lleva implícito una utilidad para su acreedor, ello no quiere decir que siempre se genere una indemnización económica de manera automática pues debe probarse el monto de los perjuicios, salvo cuando se traten de obligaciones dinerarias claramente establecidas en el contrato (pp. 98 – 99). Debido a que la naturaleza del daño que se produce es patrimonial, comúnmente se reconocen a título de condena el pago del daño emergente y el lucro cesante que el acreedor logre acreditar en el proceso judicial.

4. Que el daño producido sea el resultado de la conducta producto del incumplimiento de uno de los sujetos contractuales respecto de una o varias obligaciones pactadas, y que dicho incumplimiento ocasionó un daño al acreedor, el cual debe probarse (p. 100).

En razón de lo expuesto debe decirse que el tratamiento dual de la responsabilidad civil que impone la ley y es defendido por la Corte Suprema de Justicia en el ordenamiento jurídico colombiano, como en muchos otros, tiene su razón de ser en que (Restrepo & Londoño, 2015, pp. 11 – 16):

- La fuente obligación en la responsabilidad contractual yace en el contrato mientras que en la responsabilidad extracontractual tiene su fuente en si misma cuando cumple con los requisitos establecidos en la norma.
- A diferencia de la responsabilidad extracontractual, en la responsabilidad contractual está permitido limitar la indemnización a la que tiene derecho el acreedor en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, según la naturaleza y el alcance de la obligación.

- En la responsabilidad contractual únicamente se puede configurar el deber de reparar entre los sujetos contractuales, mientras que la responsabilidad extracontractual, en virtud del principio de reparación integral, tienen derecho a ser indemnizados tanto la víctima directa como su círculo más cercano.

- En la responsabilidad contractual es necesario demostrar la inejecución o la ejecución imperfecta o tardía de la obligación pactado, lo que evidencia que el daño solo se configura cuando el deudor se constituya en mora, mientras que en la responsabilidad extracontractual no se configura este prerequisite.

- En cuanto a la solidaridad en el deber de reparar, en la responsabilidad contractual depende su aplicabilidad por mandato legal según el tipo de contrato: si el contrato es civil, la solidaridad debe pactarse de manera expresa, mientras que si el contrato es mercantil la solidaridad se presume en caso de existir pluralidad de deudores, de tal forma que si se quiere excluir se debe consignar en el contrato. En la responsabilidad extracontractual, la solidaridad aplica por disposición legal.

- La tripartición de la culpa solo aplica para la responsabilidad contractual de tal forma que según el tipo de contrato y de las obligaciones en él pactadas será la exigencia de diligencia y cuidado a cargo del presunto deudor, mientras que en la responsabilidad extracontractual el deber de diligencia y cuidado que se exige es aquel que se tendría para los asuntos propios.

Corolario de lo expuesto se puede afirmar, como lo expresa la Corte Suprema de Justicia, que las diferencias existente entre los dos tipos de responsabilidad no obedecen a simples intereses teóricos encaminados a distinguir los efectos que genera la autonomía privada de la voluntad plasmada en los contratos y los que se producen como consecuencia de la voluntad del Estado

materializada en la ley, toda vez que repercuten en el ejercicio de las acciones procesales correspondientes por cuanto impactan directamente en el alcance que tiene el deber de reparar a cargo del deudor. Dicho de otro modo, si se acepta que los dos tipos de se traten de manera uniforme, traería como consecuencia que en ambos casos se debe reparar el daño de manera integral y extenderse el número de víctimas puesto que se debe reparar tanto a la víctima directa como a las indirectas, debiendo establecerse medios probatorios y términos de prescripción iguales (Corte Constitucional, C 1008 de 2010, p. 16) , situación que desbordaría el control razonable que se le puede exigir a los sujetos contractuales pues no habría una delimitación clara sobre la causalidad del daño.

1.3.2 Desarrollo de la tipología clásica de la responsabilidad en el Derecho Administrativo

Como se ha dicho a lo largo de este texto, la teoría de la responsabilidad civil ha servido de base para estructurar una teoría de la responsabilidad estatal ya que de allí provienen algunos de los elementos fundamentales que permiten estructurarla como una categoría jurídica propia, sumado al deber ético impuesto a las entidades públicas para proteger los derechos subjetivos de los ciudadanos y de velar por el interés general en el ejercicio de sus funciones (Arango, 2017, p. 41); sin embargo, no se puede perder de vista que las relaciones de los particulares con el Estado no se encuentran regidas por el principio de igualdad, lo que hace necesario diferenciar la aplicación de cada una de las tipologías estudiadas cuando una de las partes es la administración.

1.3.2.1 Responsabilidad extracontractual del Estado. Respecto a la responsabilidad extracontractual, tiene su fuente en el respeto que todas las autoridades deben tener sobre los derechos e intereses de los ciudadanos, la dignidad humana, el equilibrio de las cargas públicas, la

solidaridad, la igualdad y la reparación integral de las víctimas. Se presenta cuando la administración, por medio de sus agentes o de los particulares que colaboran con su funcionamiento, a través de sus distintas formas de manifestarse (sea a través de acciones, hechos, omisiones y/u operaciones administrativas), ocasiona un daño a un particular que no estaba en la obligación de soportarlo; esto quiere decir, además del carácter espontáneo y esporádico en el encuentro entre la administración y la víctima, que la correcta actuación de las entidades públicas también puede ocasionar daños y genera el deber de repararlos (Ruíz, 2007, p. 47).

Sobre el derecho que tiene la víctima con ocasión de la producción del daño, con la introducción del concepto de daño antijurídico a la Constitución Política de Colombia de 1991 se amplió el espectro de los bienes que son susceptibles de ser reparados toda vez abarca no solamente la afectación a bienes materiales sino también inmateriales. En ese escenario es que aparece la reparación integral como principio rector de la responsabilidad extracontractual del Estado y como derecho de las víctimas: como principio hace referencia a la orientación que brinda al sistema jurídico hacia la protección, no solo del individuo en su esfera patrimonial y personal, sino también en su esfera social, ampliando así el concepto de víctimas pues no solo son aquellas personas que padecieron el daño directamente, sino también sus familiares, al punto de llegar a reconocer la existencia de un perjuicio colectivo; mientras que como derecho, la reparación integral, supone para la víctima algo más que la mera indemnización por lo que se deben tomar elementos de los instrumentos convencionales en procura de restablecer el derecho vulnerado haciendo viable la implementación de medidas simbólicas y conmemorativas que no tienen por objetivo reparar el daño sino restablecer el núcleo esencial de los derechos afectados (Santofimio, 2017, pp. 778 – 782).

Bajo estos presupuestos es que se sustenta la existencia de la tipología de perjuicios que son susceptibles de ser reparados, los cuales serán simplemente enunciados por no ser el objeto de estudio del presente trabajo: a) los perjuicios materiales son las consecuencias lesivas que se concretan en el patrimonio de la víctima, ya sea en el momento presente o en un futuro, en esta categoría se encuentra el daño emergente y el lucro cesante; y (b) los perjuicios inmateriales no responden a una necesidad o afectación económica pues se relacionan con elementos intrínsecos de la persona que se ven deteriorados por la ocurrencia del hecho dañino, en esta categoría hacen parte los perjuicios morales, daño a la salud y afectación a bienes constitucionales y/o convencionales jurídicamente protegidos (Buitrago, 2018, p. 37).

Respecto de la imputación en la responsabilidad extracontractual, se ha dicho que el concepto de imputación implica tanto el reproche tanto fáctico como el jurídico que se le hace a las entidades públicas que presuntamente afectaron de manera injustificada a los particulares, sin embargo, en lo que tiene que ver con la imputación jurídica debe decirse que corresponde al sustento jurídico que permite atribuir el deber de reparar, el cual no encuentra su desarrollo y sustento, mayoritariamente, en normas legales pues su desarrollo ha sido hasta la fecha doctrinal y jurisprudencial. También se ha dicho que los juicios de imputación jurídica se realizan a través de los títulos de imputación y que son estos los que varían de acuerdo con el tipo de responsabilidad (Corte Constitucional, C 333 de 1996, p. 9), y para el caso de la responsabilidad extracontractual son tres a saber:

1. La falla del servicio: este concepto ya se trató de manera amplia en apartes anteriores de este capítulo, sin embargo, vale la pena decir que este título de imputación obedece a un régimen subjetivo de responsabilidad pues en él se evalúa si el daño se ocasionó por una actuación irregular de la administración, es decir, contrario “a la regularidad administrativa, que

lo hizo de manera ilegal, contrariando postulados de buen servicio público o adecuada función administrativa”, debiendo ser demostrado en el respectivo proceso judicial (Güecha, 2012, pp. 97 – 98).

2. El riesgo excepcional: este título de imputación se desarrolla bajo el régimen objetivo de responsabilidad pues cubre todas aquellas situaciones en que un particular afectado por la concreción de riesgo creado lícitamente por la administración para desarrollar alguna de sus actividades, bien sea por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio (Galindo, 2002, pp. 33 – 34).

3. El daño especial: parte del supuesto que el funcionamiento del Estado implica ciertas incomodidades para los ciudadanos las cuales deben soportar en miras al bien común, no obstante, esas incomodidades no pueden sobrepasar el equilibrio de las cargas públicas basado en el trato igualitario por parte de la administración; de tal forma que la responsabilidad patrimonial del Estado se compromete cuando en el cumplimiento de sus deberes institucionales, causa con su actuación un perjuicio anormal que excede el sacrificio que, el común de los ciudadanos deben normalmente soportar (Quintero, 2013, p. 39).

Los juicios de imputación presentados son los que han sido desarrollados de manera amplia en por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo y su función principal es justificar la obligación de las personas jurídicas de subsanar los daños antijurídicos derivados de la realización de actividades públicas, sin que esto sea impedimento para que en el transcurso del tiempo se desarrollen otros juicios de imputación como es el caso de la carga dinámica de la prueba desarrollada por el Consejo de Estado en el año 2000 para los eventos médicos que se pretende atribuir responsabilidad a las entidades públicas (Gutiérrez & Vásquez, 2013, pp. 34 – 35).

1.3.2.2 Responsabilidad contractual del Estado. Ahora es turno de tratar la responsabilidad contractual del Estado, para ello es necesario abordar dos temáticas de forma previa: las etapas de la contratación estatal y los requisitos de existencia y validez del contrato público. Para abordar las etapas de la contratación estatal, debe decirse en primer momento que la contratación de las entidades públicas ha sido regulada por gran cantidad de normas especializadas, lo que permite definirla como:

Un procedimiento administrativo compuesto por una serie de actuaciones que involucran, de una parte, la actividad unilateral del Estado para dirigir el proceso de selección del contratista y la adjudicación del contrato; y de otra, la actuación bilateral a través de la cual se definen y perfeccionan las condiciones bajo las cuales habrá de cumplirse el objeto previsto por las partes (la celebración del contrato) (Arango, 2017, p. 9).

Por lo tanto, resulta lógico decir que tiene diferentes etapas de acuerdo con las actividades que se realizan en cada una, las cuales se clasifican de acuerdo con el momento en que se realizan teniendo como punto de referencia el contrato estatal mismo y las consecuencias jurídicas de las actuaciones desplegadas por la administración y el particular (Caviedes, s. f., p. 7); las cuales son:

1. Etapa precontractual: la administración establece unos requerimientos previos a la relación contractual que según la doctrina son dos a saber: la revisión de las condiciones de los sujetos contractuales, y a los procedimientos y exigencias para la formación del consentimiento en los contratos, que en materia administrativa son los procedimientos de selección del contratista. En cuanto a los sujetos contractuales, se debe tener en cuenta las exigencias que la ley hace a la entidad contratante y al particular que aspira ser contratista: respecto de la entidad contratante se revisa la competencia o capacidad para contratar, la representación y la manifestación de la voluntad para suscribir el contrato; en cuanto al oferente se debe estudiar su capacidad y

representación que lleva consigo la revisión de las inhabilidades e incompatibilidades en que pueda estar inmerso (Santofimio, 2017, p. 652), así como su idoneidad técnica y económica para ejecutar el contrato.

Sobre los procedimientos de selección de contratistas debe decirse que comprende el estudio del objeto contractual, la causa y finalidad del negocio jurídico, las condiciones para seleccionar al oferente más favorable para los intereses de la entidad y las condiciones de ejecución y liquidación del contrato. Frente a los procesos de selección vale la pena decir que son la materialización del principio de selección objetiva toda vez que regulan que la escogencia del particular que colaborará con el desarrollo de los fines del Estado no dependa de la simple voluntad de la administración contratante, sino que se ajuste a los procedimientos establecidos por la ley que buscan materializar la expresión de la voluntad administrativa (Colombia Compra Eficiente, s.f.).

Los procedimientos comunes de selección de contratista son: a) licitación pública, b) selección abreviada, c) contratación directa, d) concurso de méritos y (e) contratación de mínima cuantía, concluyendo todos, normalmente, con la adjudicación del contrato (Expósito, 2013, pp. 55 – 56), sin embargo, ello no implica el inicio de la etapa contractual como se verá a continuación.

2. Etapa contractual: solamente inicia cuando el contrato se ha perfeccionado y termina con su liquidación, comprendiendo todo el periodo de ejecución. Para Dávila, según el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el contrato estatal es de naturaleza solemne, de tal forma que el solo acuerdo de voluntades sobre los elementos esenciales del contrato, que se plasman en la adjudicación del contrato, no son suficientes para que nazca a la vida jurídica, es indispensable que conste por escrito, lo que trae como consecuencia que en el mundo jurídico no se admite ninguna otra prueba que logre acreditar la existencia del contrato (2017, p. 539).

Una vez perfeccionado, deben cumplirse con dos requisitos para que pueda ser ejecutado, la aprobación de las garantías que trata el Decreto 1082 de 2015 de acuerdo con el tipo de contrato y la existencia de la disponibilidad presupuestal que lo respalda. Frente a las garantías y su aprobación por parte de la entidad, según lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.3.1.1. tienen como función, en esta, amparar el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades públicas con ocasión de la ejecución de los contratos y su liquidación, y los riesgos a los que se pueda enfrentar la administración, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas. En cuanto a la disponibilidad o registro presupuestal que da sustento al contrato, la Ley 80 de 1993 no lo define como un requisito de perfeccionamiento del contrato sino de ejecución, pero el Estatuto Orgánico de Presupuesto se refiere a él como un requisito de perfeccionamiento del contrato ya que sin este la entidad no puede garantizar el pago de la contraprestación al contratista (Expósito, 2013, pp. 73 – 74).

Independientemente de las discusiones que se puedan dar en torno a los requisitos de existencia del contrato estatal, la Ley 80 de 1993 solo exige para su perfeccionamiento que conste por escrito y que haya sido aprobada las garantías, de tal manera que es a partir del cumplimiento de estos requisitos que se inicia la etapa contractual que lleva consigo la obligación posterior de legalizarlo, la cual consiste en la publicación del contrato por la entidad en un medio de amplia difusión, la verificación de la disponibilidad o registro presupuestal, el pago de los tributos por el contratista y la suscripción del acta de inicio entre las partes (Expósito, 2013, pp. 82 – 83), a partir de este momento, el contrato estatal puede ser ejecutado. En coherencia con lo expuesto el artículo 2.2.1.1.2.3.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone:

Artículo 2.2.1.1.2.3.1. De los requisitos de perfeccionamiento, ejecución y pago. En el Cronograma, la Entidad Estatal debe señalar el plazo para la celebración del contrato, para el registro presupuestal, la publicación en el SECOP y para el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones para el perfeccionamiento, la ejecución y el pago del contrato.

Se entiende por ejecución del contrato la concreción del objeto pactado por parte del contratista, que normalmente está relacionado con la realización de una obra, la prestación de un servicio público o el desarrollo de cualquier actividad direccionada a la satisfacción de las necesidades de la población, a cambio recibe una contraprestación (Bahamón, 2018, pp. 15 – 16).

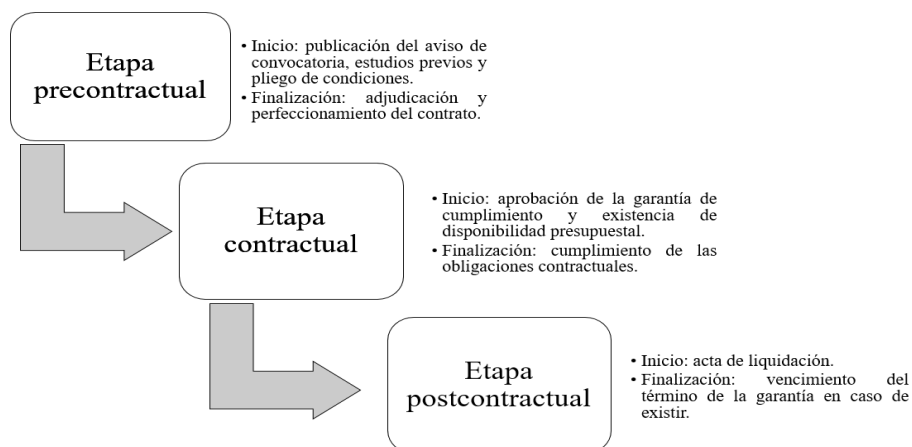
3. Etapa postcontractual: inicia una vez estén concluidas todas las obligaciones pactadas en el contrato y se procede a su liquidación¹, proceso que se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato, a través de la cual se determina si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de alguna de las partes para así realizar un balance general de las cuentas que se encuentran pendientes y finiquitar de manera definitiva la relación negocial, pudiendo realizarse de tres maneras: (a) bilateral, producto de común acuerdo de las partes, (b) unilateral por parte de la administración fundamentado en las facultades que le otorga la ley, y (c) por intervención judicial (Santofimio, 2017, p. 724).

Ahora bien, en cierto tipo de contratos, persisten ciertas obligaciones a cargo del contratista, como por ejemplo en los contratos de obra las relacionadas con la estabilidad y calidad

¹ Es importante aclarar que no es requisito efectuar la liquidación en todos los contratos, pues según el artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2012, no es obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

de la obra, las cuales terminan siendo amparadas por pólizas en las que las entidades públicas contratantes son los beneficiarios y/o asegurado (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.4.3.).

Figura 1. *Etapas de la contratación estatal.*



Nota: Elaboración propia.

Si bien es cierto que son tres las etapas que existen en la contratación estatal, la responsabilidad contractual del Estado surge a partir del perfeccionamiento del contrato y cubre el incumplimiento de las prestaciones pactadas, de tal manera que cubre lo acontecido en la etapa contractual y postcontractual pues las obligaciones que persisten después de liquidado el contrato fueron pactadas al momento de su celebración (Santaella, 2018, pp. 294 – 295). Sin embargo, existe otra postura sobre la responsabilidad por los daños que se producen después de finalizado el contrato, la cual sostiene que estos eventos deben ser tratados como un tipo de responsabilidad distinto a la responsabilidad contractual toda vez que los deberes que le subsisten al contratista después de ejecutado el contrato, como son garantizar la estabilidad de los trabajos realizados, el buen funcionamiento de los bienes entregados o la calidad del servicio prestado, de tal manera que

si se incumplen estarán cubiertos por las garantías correspondientes (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 35763, 2016, p. 29).

Se evidencia de lo expuesto que el ordenamiento jurídico colombiano le otorgó herramientas a las entidades públicas para sancionar a los contratistas por incumplimiento en sus obligaciones contractuales, herramientas con las que no cuenta el particular en calidad de contratista, por lo tanto, debe acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa para reclamar la reparación de los daños que considera que la entidad pública le ocasionó por incumplir con sus obligaciones (Santofimio, 2017, p. 729). Es así que el deber de las entidades públicas de reparar al contratista se configura, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991, cuando el contratista padece una lesión por el incumplimiento de una obligación de la entidad, por una actuación legítima de esta que ocasiona el rompimiento de igualdad frente a las cargas públicas o cuando se presente un desequilibrio financiero del contrato por la concreción de ciertos riesgos (Hernández, 2008, pp. 172 – 173), quedando así delimitado el daño antijurídico en el ámbito contractual como primer elemento de la responsabilidad del Estado.

En cuanto a los juicios de imputación, la imputación fáctica se ha dividido en dos grupos: (a) cuando la entidad pública priva al contratista del derecho a ejecutar el contrato, y (b) cuando se lesiona el derecho de ejecutar el contrato en las condiciones pactadas, presentándose el primero cuando la administración no entrega el anticipo, no realiza los trámites administrativos que le corresponde o no realiza las prestaciones iniciales que requiere el contratista para la ejecución del contrato. El segundo grupo de fundamentos de imputación fáctica se presentan cuando la entidad no restablece el equilibrio financiero del contrato, que incluye la teoría de la imprevisión, el *ius variandi*, el hecho del príncipe y demoras en la ejecución del contrato atribuibles a la entidad, entre otros (Santaella, 2018, pp. 302 – 303).

Respecto de los juicios de imputación válidos para atribuir la responsabilidad a la administración de reparar los perjuicios ocasionados, se han definido el incumplimiento de las obligaciones pactadas y las actuaciones legítimas que rompen el principio de igualdad frente a las cargas públicas, perteneciendo el primer título al régimen subjetivo de responsabilidad y el segundo título al régimen objetivo (Hernández, 2008, p. 172).

1.3.2.3 Diferencias existentes entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual del Estado. A partir de la teoría clásica de la responsabilidad patrimonial se ha dicho que la obligación de reparar puede surgir de dos formas a saber: (a) por no cumplir una obligación previamente pactada en un contrato válido o por cumplir de manera imperfecta o tardía los deberes acordados, correspondiente a la responsabilidad contractual; y (b) por el incumplimiento de la obligación genérica de no lesionar o dañar a otras personas, concerniente a la responsabilidad extracontractual. Esta clasificación se ha incorporado y se mantiene vigente en la teoría de la responsabilidad del Estado con sus respectivas modificaciones como vio en los dos acápites anteriores, razón por la cual conviene exponer a manera de resumen las diferencias jurídicas existentes entre ambas tipologías que impactan directamente al momento de aplicarlas:

Tabla 1. *Diferencias jurídicas existentes entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual del Estado*

Criterio diferenciador		Responsabilidad Extracontractual del Estado	Responsabilidad Contractual del Estado
Fuente de la obligación de reparar	de la de	El respeto que todas las autoridades deben tener sobre los derechos e intereses de los ciudadanos	El contrato estatal
Eventos en los que se presenta	de los que	• Por la actuación irregular de los agentes o de los particulares que colaboran con su funcionamiento del estado en el ejercicio de sus funciones	• Cuando la entidad pública priva al contratista del derecho a ejecutar el contrato: no entrega el anticipo, no realiza los trámites administrativos que le corresponde o no realiza las prestaciones

Criterio diferenciador	Responsabilidad Extracontractual del Estado	Responsabilidad Contractual del Estado
	• Por la concreción de un riesgo de una actividad peligrosa creada por el Estado • Por el desequilibrio de las cargas públicas	iniciales que requiere el contratista para la ejecución del contrato • Cuando se lesiona el derecho de ejecutar el contrato en las condiciones pactadas: cuando la entidad no restablece el equilibrio financiero del contrato, que incluye la teoría de la imprevisión, el <i>ius variandi</i>, el hecho del príncipe y demoras en la ejecución del contrato atribuibles a la entidad, entre otros
Carácter de la relación o encuentro entre la entidad y la víctima	Esporádico y espontáneo en el que muchas veces no opera la voluntad de las partes de interactuar directamente	Voluntario y temporal, es decir por el término de duración del contrato y las obligaciones que subsisten una vez haya finalizado
Sujetos susceptibles de ser reparados	Víctimas directas e indirectas, es decir, quien padeció el daño en su persona y su círculo familiar más cercano	El contratista
Perjuicios indemnizables	• Perjuicios materiales: daño emergente y lucro cesante • Perjuicios inmateriales: perjuicios morales, daño a la salud y afectación a bienes constitucionales y/o convencionales jurídicamente protegidos	Perjuicios materiales que se logren probar
Juicios de imputación jurídica	• Falla del servicio • Riesgo excepcional • Daño especial	• El incumplimiento de las obligaciones pactadas • Las actuaciones legítimas que rompen el principio de igualdad frente a las cargas públicas • Rompimiento del equilibrio económico del contrato por concreción de ciertos riesgos
Posibilidad de imponer sanciones al particular	No existe	Es viable a través del ejercicio de las facultades que la ley le otorga a la administración para forzar el cumplimiento de las obligaciones contractuales

Nota: Elaboración propia.

De todo lo expuesto resulta necesario decir que, si en el derecho civil la tipología de responsabilidad no obedece a simples intereses teóricos y tiene utilidad práctica, en el derecho administrativo cobra un papel fundamental en las reclamaciones que realizan los particulares a las entidades públicas teniendo en cuenta la variedad de normatividad que regula la actividad de la administración tanto en el campo extracontractual como en el contractual, destacando las diferencias que presentan.

1.4 Aplicación de la teoría civil de la responsabilidad precontractual a la etapa de formación del contrato estatal

Como se evidenció del acápite anterior, la responsabilidad extracontractual y la contractual del Estado fueron concebidas para circunstancias en las que el particular padece un daño que no está en la obligación de soportar bien producto de una relación esporádica o de una relación contractual, pero no hay un desarrollo claro sobre la configuración de la responsabilidad que se presenta cuando un particular, en calidad de oferente, sufre un daño antijurídico ocasionado por la administración durante el periodo precontractual.

La tipología clásica de la responsabilidad estatal no contempla de manera integral lo sucedido durante la fase de formación del contrato estatal por cuanto no existe un contrato válidamente celebrado, razón por la cual no se puede aplicar la responsabilidad contractual, pero tampoco puede entenderse bajo los preceptos de la responsabilidad extracontractual ya que lo acontecido en la etapa mencionada se presenta bajo las manifestaciones de voluntad orientada a la celebración del negocio jurídico bajo un régimen jurídico especial (Arango, 2017, p. 6). Es así que, ante la ausencia de respuestas, lo que se pretende en este acápite es revisar las teorías civilistas sobre la responsabilidad precontractual como un tipo autónomo de responsabilidad para determinar su aplicabilidad en el derecho administrativo.

En materia civil, la responsabilidad precontractual abarca todo el conjunto de relaciones y contactos entre las partes que se extiende desde los tratos preliminares hasta la emisión y aceptación de la oferta, pero en los países cuya regulación es de tradición latina, concretamente con una marcada influencia del derecho romano, no contaron con una regulación clara lo que dio lugar al surgimiento de diferentes teorías, como se verá a continuación (Monsalve, 2010, p. 25).

Su primer exponente fue R. Von Jhering, quien en 1860 dedicó un escrito específico en cuanto a la indemnización a la parte que ha confiado en la existencia y validez de un contrato, y con los días resulta opuesto a esta confianza (Salgado, 2014, p. 725), teniendo como punto de partida el análisis de algunos textos del Digesto para cuestionar sobre el tipo de responsabilidad que se presenta cuando una de las partes de una negociación contractual sufre un daño en razón a la imposibilidad del objeto contractual y por desconocimiento de esta circunstancia celebra un contrato sin saber que resultaría nulo (Hinestrosa, 2015, p. 721).

Nace así la teoría de la *culpa in contrahendo* entendida como aquella culpa en la que pueden llegar a incurrir los sujetos que intervienen en un proyecto de relación contractual, es decir que se presenta tanto en la relación contractual como en su etapa de formación bajo tres supuestos: la incapacidad de uno de los sujetos, la falta de idoneidad del objeto y la ausencia de fiabilidad de la voluntad contractual; este tipo de culpa se sustenta en la *diligentia in contrahendo* que consiste en el deber que les asiste a las partes de un proyecto de relación contractual comportarse lealmente en sus relaciones reciprocas, siendo de naturaleza contractual para Jhering (Bernal, 2013, pp. 44 – 45).

Al plantearse una obligación y tipo de culpa concreta en que pueden incurrir los sujetos que intervienen en un proyecto de relación contractual necesariamente se amplía el espectro para solicitar la indemnización por los daños causados en el marco de la responsabilidad contractual por la conducta maliciosa o al menos ligera de una de las partes en la etapa de negociación, es así que aparece el doctrinante Gabrielle Faggella para extender esta responsabilidad más allá de la aceptación de la oferta ya que argumentaba que el hecho de comenzar a tener acercamientos y negociar con la finalidad de cerrar un negocio ya configuraba un hecho jurídicamente relevante (Borda, 2014, p. 29), y en la medida que se avanza en las negociaciones, el deber de comportarse

lealmente en las relaciones reciprocas aumenta sustentado en el deber *neminem laedere* que significa que nadie puede perjudicar a otro injustamente, sustento de la responsabilidad extracontractual, razón por la cual se terminó encuadrando la responsabilidad precontractual como una modalidad de la responsabilidad extracontractual (Hinestrosa, 2017, pp. 722 – 726).

El último de esta etapa clásica es Saleilles quien le da relevancia jurídica al tramo antes de la oferta y realza la importancia de la buena fe y la equidad y el uso en el tráfico de las relaciones negociales, por consiguiente, de ser violadas, son la justificación jurídica de la responsabilidad precontractual superando así la necesidad de probar el dolo o la culpa para atribuir el deber de reparar, de tal manera que para este autor la *culpa in contrahendo* pasó de ser un título de imputación de responsabilidad subjetiva y de carácter contractual, “para pasar a significar la violación objetiva de ciertos deberes en un ámbito extraño al contrato” (Varacalli & Picasso, s. f., p. 214), pero directamente relacionado con él.

Como se observa, el primer paso en el estudio de la responsabilidad que se genera por los daños ocasionados en la etapa formación del contrato es delimitar los sujetos intervinientes su período de duración. Respecto de los sujetos que pueden incurrir en la obligación de reparar durante la etapa en comento no ha habido discusión alguna ya que solo se puede ser acreedor de esta obligación si se es parte de una negociación que tiene por propósito la celebración de un contrato, de tal suerte que entre ellos no existe un vínculo jurídico obligatorio, pero tampoco pueden ser catalogadas como extraños porque han tenido una serie de acercamientos con miras a la realización de un negocio jurídico (San Martín, 2013, pp. 318 – 319).

Ahora bien, en lo referente a la delimitación de la duración de la etapa precontractual, para Jhering inicia con la emisión de la oferta y termina con la concreción del contrato, mientras que para Faggella este período comienza con los primeros acercamientos entre las partes y termina de

dos maneras posibles: con el perfeccionamiento del contrato o con el rompimiento de las negociaciones (Borda, 2014, p. 29). Actualmente, en la doctrina del derecho civil se entiende que el periodo precontractual inicia con los acercamientos de las partes en que pretenden conocerse para así identificar las eventuales condiciones objetivas y subjetivas que rodearían el contrato de llegar a celebrarse, siendo importante porque es en este momento que los futuros contratantes expresan su voluntad real y es con base en esta información que uno de los sujetos presenta su oferta que puede ser o no aceptada (Oviedo, 2008, p. 87), de tal suerte que si la oferta es rechazada termina la interacción de las partes con esa mera manifestación, pero si la oferta es aceptada, la etapa o período precontractual termina con la celebración y perfeccionamiento del contrato (Marín, 2003, p. 60).

Luego de haber delimitado los sujetos partícipes y el campo temporal en el que puede operar la responsabilidad precontractual entre particulares, corresponde ahora revisar su definición para establecer su naturaleza jurídica, los deberes que se predicen en ella y los daños que se pueden presentar. En cuanto a su definición, el doctor Hinestrosa afirma que la responsabilidad en el periodo de formación del contrato se genera por el deber de las partes inmersas en una negociación contractual de reparar los daños generados cuando se deban a su comportamiento injusto, contrario al principio de buena fe, que puede manifestarse en cuatro formas a saber: (a) emprender negociaciones sabiendo que no se concluirán con la celebración del contrato, (b) continuarlas después de haber tomado la decisión de no contratar, (c) romperlas u obligarlas a romperlos de manera injustificada, o (d) no haber informado a la contraparte de información que la hubiera llevado a no contratar o contratar en otras condiciones (2015, p. 725).

Es importante aclarar que no se está haciendo referencia a la existencia de una obligación de contratar cuando se está en la etapa de negociación puesto que, en las relaciones contractuales

en materia civil, prima la autonomía de la voluntad; lo que pretende la responsabilidad precontractual es configurar el deber de reparar los daños ocasionados por alguna de los sujetos negociales al quebrantar los deberes de buena fe, corrección, lealtad, información y advertencia que suelen concretarse cuando se produce un daño a causa de la injustificada ruptura de las negociaciones y por la falta de entrega de la información necesaria sobre el objeto contractual que llegare a ocasionar algún tipo de nulidad en el contrato celebrado o hubiera modificado las condiciones en que se realizó (Hinestrosa, 2015, p. 724 – 727).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, la discusión clásica ha sido orientada a definir si es un tipo de responsabilidad extracontractual o contractual por ser la clasificación válida de la responsabilidad patrimonial desde el derecho romano. La postura que propone que los supuestos de hecho que regula la responsabilidad precontractual deban ser analizados bajo la teoría de la responsabilidad extracontractual parte del supuesto que los tratos preliminares no configuran una relación de obligación en sentido estricto pues en el mundo jurídico no han dejado de ser simples relaciones de hecho que se deben regir bajo el principio del *neminem laedere* y por ende, los daños que ocurran en esta etapa no dejan de ser actuaciones ilícitas que deban ser estudiadas bajo los supuestos de la acción aquiliana y se les aplicarán las reglas generales de reparación (Monsalve, 2007, pp. 59 – 61), siendo esta la actual posición de la Corte Suprema de Justicia.

La postura contraria, es decir, aquella que afirma que los daños ocurridos durante la etapa precontractual deben estudiarse bajo la responsabilidad contractual, asume que los sujetos participantes del período negocial son personas desarrollaban un proceso preparatorio para la celebración de un negocio jurídico del cual se derivan ciertos deberes de conducta por generarse una relación de confianza, de tal suerte que se configura un pacto tácito de garantía en el que tiene

plena aplicación la *culpa in contrahendo* ya que refiere a la violación a los deberes de buena conducta que deben regir a los contratantes durante todo el período contractual, lo que incluye la etapa previa a su celebración (Bernal, 2013, p. 50).

Pese a los debates que se han suscitado en torno a la aplicación de los tipos clásicos de responsabilidad para los daños ocurridos en la etapa de formación del contrato, lo cierto es que no se ha llegado a ningún acuerdo, pues si bien es cierto que no se puede hablar de responsabilidad contractual cuando el contrato no llegó a perfeccionarse o incluso cuando este resultase nulo, tampoco se puede desconocer el hecho que las partes se acercaron mutuamente de manera voluntaria atraídos por el deseo de celebrar un contrato expresándolo públicamente, lo que genera vínculos y expectativas que no se pueden desconocer, de tal suerte que estas características propias permiten afirmar que se trata de una tercera tipología o categoría de responsabilidad (Hinestrosa, 2017, p. 727).

En Colombia, el fundamento legal de la responsabilidad precontractual se encuentra en el artículo 863 del Código de Comercio el cual expresa: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”; es con base en esta norma que la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil ha dicho que

Los actos, tratos o conversaciones preliminares a la celebración de un contrato no son intrascendentes. Existe una protección jurídica contra la ligereza o la mala fe de una de las partes, de suerte que una interrupción intempestiva de las negociaciones, sin justo motivo da derecho a una indemnización por el daño que se cause (Relatoría de la Sala de Casación Civil, 2019, p. 128).

Se evidencia entonces la importancia de la buena fe como principio guía del comportamiento de las partes que están en negociación, entendido como aquella norma jurídica

que obliga a comportarse lealmente en las distintas relaciones jurídicas y ajustar el comportamiento propio al arquetipo social exigido por la ética social, que si bien es cierto puede parecer un tanto ambiguo, genera obligaciones concretas de cooperación, honestidad y claridad para despertar confianza en la persona con la que se pretende interactuar jurídicamente, convirtiéndose así en un límite ético y legal del ejercicio de los derechos subjetivos que, en aras de brindar mayor claridad y precisión, la doctrina ha clasificado en *buena fe subjetiva* y *buena fe objetiva* (Borda, 2014, pp. 5 – 6).

Se entiende por buena fe subjetiva el estado de conciencia y convencimiento interno del sujeto que la aplica, de actuar correctamente cuando en realidad, se puede o se está lesionando un interés jurídicamente tutelado a la persona con la que se interactúa, de tal suerte que este tipo de buena fe hace referencia a un elemento psicológico de estar actuando correctamente, basado siempre en la ignorancia o en un error frente a una situación regular. Este tipo de buena fe no es compatible con el dolo y la culpa grave porque no se podría alegar que se tuvo la convicción de actuar de manera correcta si se evidencia que ha tenido la intención de dañar derecho ajeno, y no exime de responsabilidad ante eventos en los que se configure la culpa leve ya que en estos casos se debe acreditar un nivel de cuidado objetivo (Neme, 2009, pp. 49, 52 – 57).

En cuanto a la buena fe objetiva, hace alusión a reglas claras y constantes de honradez en el comercio o en determinado tráfico negocial de manera tal que el sujeto que la aplica tiene total convencimiento y confianza que su actuar debería generar los mismos efectos que normalmente ha producido en casos similares, razón por la cual, se espera que las consecuencias jurídicas que se desprendan de su comportamiento sean las esperadas y siempre acordes al ordenamiento jurídico. Para que este tipo de buena fe tenga verdaderos efectos jurídicos, es necesario que se

pueda verificar que el comportamiento de quien alega haberla aplicado, se ajustaba a los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico (Borda, 2014, pp. 6 – 7)

La buena fe objetiva tiene su fuente en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia de 1991, el cual dice: “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 aquéllos adelanten ante estas”, y en materia contractual encuentra su respaldo legal en el artículo 1603 del Código Civil que dice: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

De estas normas se desprende que la buena fe objetiva se materializa en un deber comportarse bajo parámetros de honestidad, corrección, diligencia, responsabilidad y transparencia, teniendo siempre presente el interés del otro sujeto participante en la relación jurídica con miras a no defraudarlo, que va más allá de la convicción interna pues implica el seguimiento de los parámetros sociales y legales vigentes que puedan ser verificables de manera externa (Neme, 2009, pp. 50 – 52).

En el ámbito precontractual, la obligación que le asiste a las partes de comportarse bajo los parámetros de la buena fe objetiva trae consigo unos deberes correlativos de conducta que permiten preparar de manera adecuada los deberes de prestación que se acordarán en el contrato, los cuales son (Monsalve, 2010):

1. Deber de lealtad y cooperación: conlleva la valoración de las expectativas legítimas de la contraparte de manera que exige comportarse de tal manera que se materialicen los objetivos e intereses que la contraparte ha manifestado desear alcanzar, lo que implica ir más allá de actuar

conforme a derecho pues hace necesario implementar actitudes y comportamientos convergentes al servicio del interés contractual común (pp. 143 – 145).

2. Deber de información: consiste en entregar los detalles relevantes y suficientes con miras a la toma de decisión de la contraparte, de tal forma que, si no se entrega la información o se entregan ocultando detalles importantes, podría variar la decisión de la contraparte de contratar o de hacerlo en las condiciones propuestas, aclarando que este deber solo obliga a revelar aquella información que el sujeto que no la tiene no está en capacidad de conseguir y/o entender por sus propios medios. La consideración de lo que es información relevante de ser revelada varía de acuerdo con el tipo de negocio, pero normalmente se entiende que se debe entregar información completa, clara y veraz sobre el objeto a contratar, las calidades y condiciones de los sujetos negociales o cualquier circunstancia relevante a la formación del contrato (pp. 151 – 158).

3. Deber de confidencialidad: prohíbe a las partes de la negociación, explotar o divulgar las técnicas, secretos o cualquier información relevante y confidencial que su contraparte le haya compartido en el contexto de las negociaciones con el objetivo de lograr un beneficio para sí mismo o para terceros, aun si dichas negociaciones no llegaron a concluir con la celebración de un contrato (pp. 176, 180).

4. Deber de custodia y cuidado: se adquiere cuando una de las partes acepta la simple tenencia del objeto a contratar con el propósito de probar sus calidades y desempeño, todo con miras a la realización del contrato, aclarando que este deber no se limita a salvaguardar los bienes entregados con la diligencia debida, sino que además incluye la obligación de custodia frente a terceros que, en caso de ser violentado, quien recibió el bien se obliga a reparar el daño ocasionado (p. 181).

5. Deber de diligencia propia: si bien es una obligación que se predica de las partes hacia sí mismas en la defensa de sus propios intereses, tiene directa relación con la buena fe en el entendido que, al hacer los esfuerzos apropiados para salvaguardar la propia seguridad jurídica y económica según los criterios normales de cautela y adecuación esperada, conlleva necesariamente a direccionar las negociaciones sobre una lógica fundada sobre un constante intercambio de informaciones en el que la confianza legítima está en constante construcción (pp. 193 – 194).

Otro aspecto de vital importancia en el estudio de la responsabilidad precontractual es el tratamiento que según el ordenamiento jurídico se le debe dar a la oferta, concretamente en materia comercial que se encuentra regulada de los artículos 845 al 860 del Código de Comercio. Se define la oferta como “el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario” (artículo 845, Código de Comercio), mientras que la doctrina entiende la oferta como un acto jurídico unilateral de carácter recepticio cuya función es facilitar la celebración de un contrato, debiendo contener todos los elementos esenciales del negocio jurídico que se pretender realizar (Marín, 2003, p. 61).

Se caracteriza por ser precisa, firme y completa, entendiendo por precisión de la oferta que sea completa y unívoca; por firmeza se asume que debe ser definitiva y seria en el sentido que quien la emite tiene pleno conocimientos de los efectos que tiene su aceptación y está dispuesto a cumplirlos; y finalmente se dice que la oferta debe ser completa en lo relativo a las características del objeto a contratar. Se debe hacer claridad que la oferta inicialmente concebida no tiene carácter de permanencia en el tiempo, a menos que así lo haya manifestado el oferente, de tal manera que puede retirarla antes de su aceptación; pero de ser aceptada, obliga a las partes a suscribir el contrato bajo las condiciones allí establecidas (Hinestrosa, 2017, pp. 757 – 760).

Al respecto la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil se pronunció en el siguiente sentido:

Aceptada la oferta por el destinatario, si el contrato a que ella se refiere es de aquellos que para su perfeccionamiento no requieren solemnidades, es decir, si es meramente consensual, surge desde entonces a la vida jurídica; lo que no ocurre si se trata de un contrato solemne, pues en este caso, la existencia de este solo se inicia desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección. Se incurre en responsabilidad civil siempre que por un error de conducta de una cualquiera de las partes, se irroga sin justificación perjuicio a la otra parte en la etapa precontractual (Relatoría de la Sala de Casación Civil, 2019, p. 136).

Se tiene hasta el momento que la responsabilidad precontractual se puede producir por la interrupción abrupta e injustificada de las negociaciones, escenario del cual hacen parte la negativa de suscribir el contrato por quien aceptó la oferta presentada por su contraparte y por ocultamiento de información relevante sobre el objeto contractual que devino en un contrato nulo o en los daños producidos en la ejecución del contrato producto de información que se ocultó en la etapa de negociación, pues todos estos comportamientos son contrarios al principio de buena fe objetiva y se relacionan con la inobservancia de los deberes correlativos de conducta, pudiendo producir tres tipos de daños según la doctrina del derecho civil:

1. El interés negativo o de confianza: reconoce la desaparición o afectación de elementos del activo patrimonial por los gastos incurridos durante el periodo de negociación fallida dejando, sin que se reconozcan las inversiones suntuosas o imprudentes incurridas por quien se cataloga como víctima, pues lo que se protege no es el beneficio que el contrato habría reportado al demandante sino los daños que ocurrieron debido a la conducta indebida del demandando. Este

tipo de daño es el que reconoce la Corte Suprema de Justicia bajo la tipología de daño emergente consolidado (San Martín, 2013, p. 322).

2. El interés positivo o de cumplimiento: refiere al reconocimiento por la disminución o desaparición del beneficio económico justamente esperado por la ejecución normal del contrato, sin embargo, en el campo civil no tiene acogida ya que no se trata de un lucro cesante toda vez que la disminución o pérdida no correspondía a ingresos fijos o seguros, por lo tanto, no resulta de recibo solicitar a título indemnizatorio el pago de la utilidad esperada (Mendieta, 2011, p. 45).

3. La pérdida de oportunidad trata el quebrantamiento en el menoscabo por no haber celebrado otro contrato en condiciones análogas al que se escapó, cuyo reconocimiento y estimación monetaria depende de la seriedad del negocio que resultó frustrado o fue rechazado con el propósito de concretar el negocio que fue injustificadamente terminado (Hinestrosa, 2017, p. 740), configurándose bajo la tipología del lucro cesante.

Los tipos de daños que se presentan bajo los postulados de la teoría de la responsabilidad precontractual en materia civil tienen su razón de ser en el reconocimiento de la igualdad imperante entre las partes y la necesidad de proteger sus intereses particulares, situación que claramente no se presenta en el derecho administrativo por cuanto la función de la contratación estatal, y por ende de las normas que regulan la formación del contrato estatal, es propender por la salvaguarda del interés general, lo que hace necesario construir una teoría para la responsabilidad para la etapa de formación del contrato estatal que esté acorde con los postulados del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 (Arango, 2017, p. 6), sin que esto sea impedimento para tomar como punto de partida algunos de los postulados de la teoría desarrollada en el derecho civil como por ejemplo la importancia de la buena fe como principio rector del comportamiento de las partes en la etapa precontractual.

1.5 Conclusiones preliminares

La responsabilidad del Estado es producto de una construcción teórica relativamente reciente en la historia del derecho pues tuvo su origen con el surgimiento del Estado de Derecho y el triunfo de la ideología liberal que permitió la implementación de principios tan importantes como el de soberanía popular, legalidad, separación de poderes y la consagración de los derechos individuales en diferentes declaraciones escritas vinculantes para los Estados, superando de manera lenta la teoría de la irresponsabilidad estatal hasta llegar a la teoría de la responsabilidad autónoma y distinta a la del derecho civil, dirigida y aplicada directamente al Estado como ente abstracto bajo criterios de imputación propios desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina.

En Colombia, la evolución de responsabilidad del Estado siguió el mismo curso que la jurisprudencia francesa con la particularidad que durante los siglos XX existió en el ordenamiento jurídico una dualidad sobre el juez competente ya que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado tenían facultades para conocer de los conflictos en contra de las entidades públicas en asuntos diferentes, lo que trajo como consecuencia que se emplearan diferentes argumentos legales y doctrinales para atribuir a las entidades públicas el deber de reparar. Fue a partir de 1964 con la expedición del Decreto-Ley 528 de ese año que esta Corporación adquirió la competencia general para dirimir los conflictos en contra de las entidades públicas, iniciándose un proceso de consolidación de sobre una teoría de responsabilidad estatal desligada de la normatividad civil y con fundamento en el artículo 16 de la Constitución de 1886.

En materia de la contratación estatal, desde el inicio de la vida republicana de Colombia, la legislación procuró por regular la escogencia del contratista, el nacimiento y perfeccionamiento del contrato, algunas cláusulas contractuales y la extinción del mismo con apoyo en la regulación

general de los contratos entre particulares, es decir con fundamento en el Código Civil y el Código de Comercio, toda vez que se entendía que los contratos que celebraban las entidades públicas eran actos de gestión, razón por la cual se asumía que las entidades públicas asumían el comportamiento y la investidura de un particular.

A medida que el campo de la actividad de las entidades públicas iba creciendo, resultó evidente la necesidad de construir una normatividad propia y especial que regulara los contratos de las entidades públicas, pero fue hasta 1975 con la expedición del Decreto-Ley 1670 que el Gobierno Nacional expidió el estatuto de contratación pública para las entidades de orden nacional que, por no regular de manera completa el área, tuvo que ser reformado en 1976 y posteriormente en 1983 con el Decreto-Ley 222 “por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas”.

Gracias a la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991 se reguló por primera vez a nivel constitucional el deber del Estado de reparar a los ciudadanos cuando les produce un daño que no están en la obligación jurídica de soportar como garantía del respeto que las autoridades públicas deben tener por los derechos e intereses de los particulares, siendo el inciso primero del artículo 90 constitucional una la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado ya que no establece distinciones según el ámbito de actuación de los servidores públicos, lo que no quiere decir que el daño antijurídico y los juicios de imputación se manifiesten de manera idéntica en todas las situaciones.

Desde la teoría clásica de la responsabilidad civil se ha dicho que el deber de reparar puede producirse de dos maneras a saber: (a) por no ejecutar una obligación previamente acordada en un contrato valido o por hacerlo de forma imperfecta o tardía, lo cual se le conoce como responsabilidad contractual, y (b) por el incumplimiento del deber genérico de no lesionar o dañar

tratándose de responsabilidad extracontractual. Esta clasificación ha sido incorporada y se mantiene vigente en la teoría de la responsabilidad del Estado, sin embargo, ninguna de ellas contempla lo acontecido en la etapa de formación del contrato estatal, la cual tiene su fuente en la manifestación de voluntad de los intervinientes, en este caso las entidades públicas y los particulares, de celebrar un contrato bajo unos condicionamientos especiales y previos a la relación contractual que impone la administración con sujeción al ordenamiento jurídico.

Para encontrar los fundamentos teóricos que permitan dar respuesta a lo sucedido en la etapa precontractual del contrato estatal, era oportuno revisar las teorías del derecho civil que reivindican la responsabilidad surgida durante la creación del contrato que tiene sustento legal a partir de lo dispuesto en el artículo 863 del Código de Comercio y se justifica en la necesidad de brindar seriedad, seguridad, transparencia y firmeza en el marco de las relaciones económicas a las conversaciones o tratativas previas a la celebración del contrato, lo que genera que los ordenamientos jurídicos deban prescribir normas que regulen el nivel de responsabilidad jurídica que adquieren las partes.

Se debe aclarar que estas teorías no pueden aplicarse plena y directamente al ámbito público ya que las relaciones contractuales entre las personas se basan en principios de igualdad y autonomía de voluntad, situación que no se aplica a los contratos gubernamentales debido a la posición dominante que el mismo sistema legal otorga a las instituciones públicas para proteger los recursos públicos y el interés general.

Sin embargo, de las teorías del derecho civil se pueden tomar dos valiosos elementos para la construcción de la teoría de la responsabilidad precontractual del Estado, el primero es que la fuente legal de la obligación de reparar los daños incurridos durante la etapa de negociación es el comportamiento injusto contrario al principio de buena fe, entendido como el deber de obedecer

las reglas de manera íntegra, abierta y continua por quien las emplea, las cuales deben ser revisadas en cuanto al cumplimiento de criterios objetivos en el marco de la negociación contractual para lograr los resultados esperados y de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

El segundo elemento valioso proporcionado por las teorías del derecho civil es la categorización de los daños tales como: (a) un interés negativo o creíble percibido como todos los costos en los que debe haber incurrido la parte afectada durante las negociaciones, (b) un interés positivo o de cumplimiento, definido como las recompensas que la víctima de la mala conducta esperaba realizar en cumplimiento del contrato; y (c) la pérdida de una oportunidad entendida como ganancias que ya no se recibieron por el cumplimiento del contrato que se esperaba que se realizara y no se mejoró.

Con base en lo anterior, es necesario construir una teoría de la responsabilidad precontractual del Estado que sea acorde con los postulados del artículo 90 de la Constitución de Colombia de 1991 y las reglas de la contratación estatal, que serán desarrolladas en el siguiente capítulo, sin desconocer los aportes de las teorías civiles anteriormente enunciados.

2. Delimitación de la responsabilidad precontractual del Estado

En este capítulo se presentan elementos que permiten acreditar la existencia de la teoría de la responsabilidad precontractual del Estado como un tipo autónomo de responsabilidad a partir del análisis a través de una línea dinámica de jurisprudencia, los pronunciamientos del Consejo de Estado – Sección Tercera en materia de responsabilidad precontractual del Estado, con el fin de concretar sus elementos y juicios de imputación fáctica y jurídica según la metodología planteada por López Medina (2006, pp. 167, 170 – 171). A partir del estudio acucioso de la jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Tercera sobre el tema, se lograron definir los deberes de los

sujetos negociales a partir de la normatividad vigente en materia de contratación estatal y la jurisprudencia que sirvió como muestra de esta investigación en la medida que su incumplimiento es el que ocasiona los daños antijurídicos, posteriormente establecer su fundamento constitucional y legal, y finalmente establecer la forma en que se manifiestan los elementos de la responsabilidad estatal en la etapa formación del contrato público.

2.1 Deberes de conducta de los sujetos negociales en la etapa de formación del contrato estatal

En esta sección se presentan los deberes de comportamiento o conducta que deben cumplir los sujetos que participan en la etapa previa a la celebración del contrato estatal según lo expuesto en las sentencias del Consejo de Estado – Sección Tercera que conforman la línea jurisprudencial desarrollada más adelante. Es importante tener presente que los deberes que a continuación se explican también son desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina como principios orientadores de la contratación estatal a partir de la interpretación de la misma ley y la aplicación armónica de algunos artículos de la Constitución Política de Colombia de 1991 como por ejemplo los artículos 6, 29, 83, 90 y 209 (Santofimio, 2017, pp. 642 – 643).

2.1.1 Deberes de las entidades públicas

En lo que respecta a la administración, por tener facultades otorgadas por la ley que contravienen el principio de igualdad bajo el cual se rige las negociaciones entre particulares en pro de la defensa del interés general, las exigencias hacia su comportamiento son más fuertes debido las expectativas legítimas que generan sus actuaciones en los particulares toda vez que se presume su legalidad. Si bien es cierto que la doctrina hace alusión a un número importante de

obligaciones que rigen el comportamiento de las entidades, para efectos de este trabajo se agruparon en tres grandes deberes de acuerdo a lo expuesto en las sentencias del Consejo de Estado – Sección Tercera analizadas, los cuales comprometen la responsabilidad de las entidades públicas cuando no son acatados y con ello se genera un daño antijurídico a los particulares en calidad de oferentes. Esos deberes son: de planeación, de selección objetiva y de sujeción al principio de la buena fe.

2.1.1.1 Deber de planeación. La planeación como principio es producto de la interpretación armónica que la jurisprudencia y la doctrina hace de la ley y la Constitución Política de Colombia de 1991, concretamente de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales y de los numerales 6, 7 y 11 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26 y de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993, y del artículo 2.2.1.1.4.1 y siguientes del Decreto 1082 de 2015. Su propósito es asegurar la debida estructuración de los negocios jurídicos debiendo orientarse única y exclusivamente en la satisfacción real del interés general, evitando que los contratos públicos sean producto de la improvisación o la mediocridad pues se trata de un deber imperativo en el sentido que las exigencias técnicas, presupuestales, de oportunidad, de mercado y jurídicas constituyan verdaderos requisitos de la actuación contractual de la administración, los cuales se reflejan en los estudios previos y en general, en todos aquellos documentos que anteceden a la apertura de los procesos de selección (Santofimio, 2017, p. 642 – 644).

Este deber conlleva a que la entidad pública determine claramente los siguientes aspectos: (a) la necesidad que motiva la celebración del contrato; (b) la modalidad de selección de contratista y el tipo de contrato que será empelado; (c) las especificaciones, cantidades y demás características que deba cumplir el bien, obra o servicio a contratar por considerarse necesaria para garantizar su

calidad; (d) los costos que demandaría la ejecución del contrato basados en los precios del mercado en tiempo real; (e) la disponibilidad de recursos en la entidad contratante; (f) la existencia en el mercado de proveedores que puedan satisfacer las necesidades identificadas bajo los parámetros que se exigen; y (g) los procedimientos, trámites y requisitos que debe realizar para poder iniciar el proceso de contratación (Gil, 2015, pp. 491 – 492).

Estos parámetros deben expresarse claramente en los estudios previos, en los proyectos de pliegos de condiciones y demás documentos preparatorios que sea necesario publicar, como por ejemplo planos o especificaciones técnicas, para que los particulares tengan conocimiento del marco de referencia que utiliza la administración para evaluar las propuestas que sean presentadas y así puedan realizar sus observaciones a la entidad, las cuales deben ser respondidas dentro del término legal correspondiente con el fin de fijar reglas de selección basadas en parámetros claros tal como lo dispone el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007.

Una vez definidos todos los aspectos previos necesarios para iniciar el proceso contractual, la entidad profiere el acto administrativo de apertura como por medio del cual la administración exterioriza, con fuerza vinculante, su deseo de iniciar el procedimiento administrativo orientado a escoger a su contratista, el cual es por naturaleza un acto administrativo de carácter general, lo que le permite a las entidades revocarlo de manera directa hasta antes de que agote sus efectos jurídicos, es decir, hasta antes de que se adjudique o se declare desierto el proceso de selección (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 31297, 2014, p. 27).

En cuanto a la posibilidad que tiene la administración de configurar e interpretar sus propios actos, en particular el pliego de condiciones no es discrecional precisamente por el deber de planeación que hace que todos los actos administrativos precontractuales deben ser motivados y coherentes entre sí (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 25642, 2013, p.

30), que propongan reglas objetivas, claras, justas y completas que establezcan los factores y criterios de selección, así como su ponderación teniendo en cuenta la naturaleza, el objeto y la cuantía del contrato, y sin incluir causales de rechazo que no estén expresamente señaladas en la ley, permitiendo así la correcta elección de la propuesta ganadora y el establecimiento de requisitos que garantizan la correcta ejecución del contrato que se adjudicará ya que gran parte de su contenido será incorporado al clausulado del contrato (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 24059, 2013, pp. 52 – 54).

En ese sentido resulta lógico decir que el principal responsable de la calidad, veracidad y coherencia de la información que divulga la entidad en los procesos de selección sea ella misma porque es quien elabora, corrige, perfecciona y luego publica, para lectura de los futuros oferentes, de tal manera que “la armonía de la información que tiene cada documento -al interior de sí mismo-, y sobre todo en relación con los demás, es una exigencia de calidad imputable a la entidad, de ahí que se haga responsable de sus defectos”, trayendo como consecuencia que se aplique la regla hermenéutica según la cual “si un documento es confuso se debe interpretar en contra de quien lo redactó” (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 26332, 2014, pp. 24 – 25).

Otra obligación secundaria del deber de planeación a cargo de la administración es el de conocer e informar la situación financiera y contable en aquellos proyectos que se pretenda la inversión de capital de los particulares ya que los interesados solo podrán decidir si desean participar en dicho proyecto conociendo de manera completa las condiciones que lo rodean, por tanto, el hecho de que la entidad no tenga certeza actual el monto de los pasivos no la exime de revelar esta información pues se encuentra en el deber de hacer una estimación razonada de su cuantía (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 22043, 2012, p. 16).

2.1.1.2 Deber de selección objetiva. Este deber se encuentra definido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 en los siguientes términos:

Artículo 5. 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.

Si bien es cierto que la Ley 80 de 1993 definió la selección objetiva como un deber de la entidad, con el paso del tiempo también se le ha dado connotación de principio toda vez que “sobre su eje gravitan los intereses de la administración y de los particulares que participan en el proceso de selección” (Arango, 2017, p. 13), además que materializa principios constitucionales y derechos fundamentales como el debido proceso lo que permite considerarlo el baluarte de la etapa de formación del contrato público, al punto que “si la administración hace la adjudicación a quien no presentó la mejor propuesta, el afectado tiene interés jurídico e interés real para demandar el pago de los perjuicios que con tal conducta antijurídica se le han causado” (Consejo de Estado – Sección Tercera, Exp. 6740, 1993, p. 1).

Se materializa como deber en el momento de aplicar los procesos de selección, particularmente en lo que tiene que ver con la definición de las reglas o condiciones para participar y los criterios de calificación, manifiestos en los pliegos de condiciones, y la evaluación de las ofertas. En torno a estos temas es que se han referido los pronunciamientos del Consejo de Estado – Sección Tercera cuando estudia la legalidad de los actos administrativos de adjudicación y los de declaratoria de desierto.

La selección objetiva permite la aplicación del principio de igualdad toda vez que la entidad debe: (a) configurar reglas en los pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e

impersonales que eviten tratos discriminatorios y ventajosos; (b) fijar plazos razonables que faciliten la concurrencia de los oferentes; (c) impedir modificar las propuestas después de haberse efectuado el cierre del procedimiento administrativo de selección; (d) evaluar todas las propuestas con estricta aplicación de los criterios de selección establecidos y bajo los mismos parámetros de ponderación, sin que le sea dable valorar con más rigor determinadas propuestas y ser laxa con otras; y (e) no variar los criterios de evaluación y su ponderación (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 19932, 2012, p. 20).

En lo referente a la formación del pliego de condiciones, lo primero que se debe tener presente es que la administración cuenta con el tiempo y los recursos suficientes para establecer las reglas que piensa hacer valer durante el proceso, de tal manera que se le exige sean objetivas, justas, claras y completas, incluso durante el mismo proceso de selección tiene la oportunidad de aclararlas, de tal suerte que aquellas apartados pobres o confusos deberán ser interpretados en contra de la entidad (Consejo de Estado – Sección Tercera, Exp. 6740, 1993, p. 50), es decir a favor del oferente.

Los requisitos que se definen en los pliegos son aplicables tanto para los oferentes como para sus ofertas, pudiendo ser de tres tipos: (a) subjetivos ya que atienden a las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones del oferente; (b) objetivos por cuanto se refieren a los aspectos técnicos y económicos de las ofertas que permiten ponderarlas o compararlas entre sí; y (c) formales en cuanto responden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos que están inmersos en la oferta (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 21324, 2014, p. 19).

Si bien es cierto que la administración cuenta con libertad y cierta discrecionalidad para configurar los pliegos y establecer los requisitos que son susceptibles de puntuación de acuerdo

con los detalles del objeto contractual a ejecutarse, también es cierto que esta atribución no es absoluta en la medida que le está prohibida establecer causales de rechazo distintas a las referidas en la ley, así como tampoco puede adicionar criterios de inhabilidades e incompatibilidades distintos a los consagrados en la Constitución Política de Colombia de 1991 y las normas vigentes (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 51376, 2015, p. 21).

Respecto de la evaluación de ofertas, la administración debe propender por: (a) escoger la mejor oferta que satisfaga la necesidad de interés general que sustenta la contratación con el particular, y (b) facilitar la interacción con los oferentes para solucionar los errores de tipo formal y puedan subsanarlos conforme al término establecido por la ley para cada modalidad de selección, en aras de evitar que el proceso de selección resulte infructuoso y termine en la declaratoria de desierto del proceso de selección (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 21324, 2014, p. 19).

La subsanación de las ofertas es un tema de especial cuidado toda vez que de su correcta aplicación por parte de las entidades depende la continuidad o rechazo de las ofertas en el proceso de selección ya que permite la corrección de errores en ciertos requisitos establecidos en el pliego de condiciones, lo que llevó a que este concepto haya sido bastante discutido en sede judicial ya que otorga a la administración la facultad de decidir cuáles yerros son susceptibles de ser corregidos y cuáles no, generando que las entidades rechazaran ofertas que no cumplían formalidades innecesarias para la evaluación y ponderación de las ofertas (Consejo de - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 21324, 2014, p. 16).

Esta situación que fue inicialmente aclarada con la expedición de la Ley 80 de 1993 que dio aplicabilidad al principio procesal que da prevalencia a lo sustancial sobre lo procesal consagrado en el artículo 208 de la Constitución Política de Colombia de 1991 que se entiende

incorporado a la función administrativa por el artículo 209 constitucional, por lo tanto, si las entidades no comprenden algún punto de la oferta, deben solicitar a los oferentes las aclaraciones correspondientes, sabiendo de antemano que este no puede aprovechar la solicitud de aclaración como una oportunidad para completar, adicionar, modificar o mejorar su oferta (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 25804, 2014, p. 24).

Posteriormente, con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se diferenciaron los conceptos de aclaración y subsanación de las ofertas, el primero implica explicar algo que puede resultar confuso, y si dicha explicación es satisfactoria para la entidad, la oferta continua en el proceso evaluativo, mientras que la subsanación implica corregir errores de la oferta, que según el artículo 5 de la mencionada ley, se puede realizar sobre “todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecte la asignación de puntaje” hasta la adjudicación y dentro del plazo razonable establecido en el pliego ley. Estas actuaciones son derechos que tiene el oferente y a su vez son deberes para la entidad, “razón por la cual su desconocimiento daría la posibilidad al oferente de acudir ante la jurisdicción para exigir su cumplimiento” (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 51376, 2015, p. 21).

En ese orden de ideas, el rechazo de las ofertas por parte de la entidad es un tema muy delicado y excepcional dentro del proceso de selección, de tal manera que si la administración decide tomar esta decisión debe garantizar al oferente afectado la posibilidad de controvertir esta decisión y pronunciarse de fondo sobre los argumentos expuestos, más aún por operar únicamente frente a casuales establecidas en la ley (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 25804, 2014, p. 24).

En cuanto al comité evaluador, es el representante legal de la entidad, o su delegado, en calidad de director del proceso a quien le corresponde designar los integrantes que lo conforman

para valorar y calificar las ofertas con estricta sujeción a los parámetros establecidos en el pliego de condiciones (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 51376, 2015, p. 7), lo que quiere decir que la facultad que tiene el comité evaluador de interpretar lo expuesto en el pliego, no es absoluta o discrecional por cuanto no puede contravenir los propios actos de la administración, por ende, de presentarse un vacío o una antinomia al momento de evaluar se debe resolver a favor del oferente teniendo como criterio de interpretación los principios generales del derecho, los principio de la función administrativa, la finalidad del pliego y la protección del interés general (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 25642, 2013, p. 31)

Es necesario tener presente que el comité evaluador cumple únicamente una función de asesoría y acompañamiento, por lo tanto, la función de adjudicar es exclusiva de la entidad y por ende del director del proceso, de tal manera que es este último quien está en la obligación de revisar con detenimiento el concepto del comité y decidir si lo acepta o no, pues no se puede excusar en el hecho de no haber realizado directamente la evaluación de las ofertas para evadir su responsabilidad frente a los oferentes por haber adjudicado de forma indebida (Consejo de Estado – Sección Tercera, Exp. 6740, 1993, p. 1).

En ese orden de ideas, el informe de evaluación publicado antes de la adjudicación no le otorga el derecho al oferente que se encuentra en primer lugar el ser elegido adjudicatario, ya que el director del proceso se encuentra facultado y obligado a corregir, modificar o incluso apartarse del concepto allí plasmado siempre que lo considere pertinente en atención a los dispuesto en el pliego de condiciones (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 51376, 2015, p. 7)

Respecto de la forma de finalizar el proceso de selección de contratista, si bien es cierto que la adjudicación es el modo normal y deseado de terminación, también existe la posibilidad de

declararlo desierto hasta antes de la fecha prevista para la adjudicación cuando no sea posible la escogencia objetiva de un contratista idóneo, debiendo realizarse a través de un acto administrativo debidamente motivado en el que se consigne de forma expresa y clara las razones llevaron a tomar esa decisión (artículo 25, numeral 18, Ley 80 de 1993), el cual es susceptible del recurso de reposición en sede administrativa. Es así que, en aras de garantizar el respeto al debido proceso de los oferentes y evitar la configuración de daños antijurídicos, se debe esperar a que el acto administrativo cobre firmeza para iniciar nuevamente el proceso de selección según corresponda (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 24059, 2013, p. 75).

2.1.1.3 Deber de sujeción al principio de la buena fe. Como se definió en el capítulo anterior, el principio de buena fe goza de rango constitucional de acuerdo a lo estipulado en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia de 1991 que rige el comportamiento tanto de las autoridades como de los particulares. Respecto de las autoridades, busca garantizar “la confianza, la seguridad jurídica, la credibilidad, la lealtad, la corrección y la presunción de legalidad” de sus actuaciones, asumiendo el hecho que cuando la administración crea expectativas en sus ciudadanos debe respetarlas, las cuales solo pueden ser entendidas y valoradas bajo condiciones materiales y objetivas (Santofimio, 2017, pp. 647 – 649).

Para el Consejo de Estado – Sección Tercera la buena fe como obligación de comportamiento en la etapa precontractual y contractual tiene su fundamento jurídico en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, junto con el artículo 863 del Código de Comercio respectivamente, plenamente aplicable a la contratación estatal en virtud del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Se entiende por buena fe el comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento jurídico y al respeto de los intereses de la contra parte, de tal manera que,

en estos casos, al igual que en la teoría del derecho privado, se habla de la aplicación de la buena fe objetiva (Subsección A, Exp. 23827, 2013, p. 52).

El primer deber predicable en torno a la buena fe objetiva es el de lealtad y cooperación, entendiendo que cada uno de los futuros contratantes debe tener en cuenta y respetar el legítimo interés del otro, que en materia de contratación estatal adquiere mayor relevancia toda vez que se encuentra en juego la satisfacción del interés general, sin que ello quiera decir que el ordenamiento jurídico descuide los intereses de los oferentes (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 22043, 2012, p. 13).

Aparece entonces el deber de las partes brindar la información necesaria para la satisfacción de los intereses de su futuro contratante, deber que adquiere mayor alcance para las entidades públicas pues de la información que entregue a los particulares depende totalmente la formulación de sus ofertas, de tal manera que, si no cumplen con este deber y generan con ello consecuencias negativas al particular, están en la obligación de asumirlas. Este deber se predica también de la información contenida en el pliego de condiciones, que como se vio anteriormente, si en su contenido presenta errores o en relación con otros documentos, debe darse la interpretación más favorable para el oferente (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 23827, 2013, pp. 21 – 22).

Sin embargo, también se impone para la administración el deber de informar cuando: (a) la información es determinante para que el particular decida si se contrata bajo las condiciones propuestas; (b) el particular solicita de manera clara y expresa determinada información; y (c) cuando hay específicas relaciones de confianza entre las partes, que para la contratación pública siempre las hay. Es por ello por lo que la información que se entrega debe ser veraz en cuanto corresponda fielmente con la realidad, auténtica porque coincide con la fuente de la que se tomó,

y completa ya que contiene todos los datos inherentes al asunto informado; por tanto, si falta alguno de estos elementos en la información entregada y por ello se genera un daño, activa en las entidades la obligación jurídica de repararlo (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 22043, 2012, pp. 13 – 16).

No obstante, el deber de información no es absoluto, tiene como límite lógico el deber de diligencia propio según el cual, cada parte debe procurar informarse de los aspectos que considere relevante para sus intereses y pueda preguntar a su contra parte por aquellos aspectos que no sean claros; otro límite que tiene este deber son las prohibiciones legales de revelarla en caso de existir. De tal manera 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 (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 22043, 2012, p. 16).

Otro deber que se configura para las entidades públicas en torno al principio de la buena fe es el de no terminar las negociaciones de manera intempestiva, máxime cuando el ordenamiento jurídico les exige iniciar y terminar los procesos de selección de manera normal con la adjudicación del proceso, sin embargo, en caso que decida declarar desierto el proceso habiendo recibido las

ofertas, debe solicitar la autorización de los oferentes para proferir este acto administrativo para que sea válido y aun así generaría la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 38936, 2015, pp. 34 – 35).

Por último, y continuando con el deber de sujeción al principio de buena fe en la terminación del proceso de selección de contratista, una vez el contrato es adjudicado la administración debe, no solo suscribir el contrato por escrito, sino además culminar todos los trámites tendientes a su perfeccionamiento ya que sin esto no puede ejecutarse (Consejo de Estado – Sección Tercera, Exp. 10038, 1997, p. 15), máxime cuando el acto administrativo de adjudicación trae como consecuencias jurídicas: (a) el derecho para el adjudicatario de contratar con la entidad pública, (b) el deber para la administración de celebrar el negocio jurídico al que se comprometió, y (c) el derecho para el adjudicatario ser indemnizado por los perjuicios ocasionados si la entidad desiste de celebrar el contrato sin expresa autorización del particular (Consejo de Estado – Sección Tercera, Exp. 5556, 1990, pp. 21 – 22).

2.1.2 Deberes de los particulares en calidad de oferentes

A diferencia de las autoridades públicas, según las sentencias analizadas del Consejo de Estado – Sección Tercera, las obligaciones de comportamiento que están en cabeza de los particulares encuentran su sustento en un solo principio, el de buena fe, que como se dijo anteriormente, debe ser entendido como buena fe objetiva ya que el convencimiento del particular de haber actuado correctamente debe ser verificable externamente y corresponder con las cargas que impone el ordenamiento jurídico (Subsección C, Exp. 31618, 2015, p. 7). De tal manera que para el oferente no es suficiente alegar la simple creencia de haber actuado correctamente para liberarse de su responsabilidad de indemnizar a la administración cuando le ocasiona perjuicios en

la etapa de formación del contrato por maniobras negligentes, torpes y mucho menos mal intencionadas (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 24059, 2013, p. 18).

La primera obligación que tienen los oferentes en observancia al principio de la buena fe es la de obrar diligentemente en el entendido que cada parte debe desarrollar una conducta activa para proteger sus propios intereses, por lo que se encuentra íntimamente ligada a la actitud de colaboración que debe tener el oferente con la entidad para que identifique sus propios errores, razón por la cual el ordenamiento jurídico le brinda espacios al oferente dentro del proceso de selección para que solicite las aclaraciones y modificaciones pertinentes, debiendo estar pendiente de todas las comunicaciones que emita la entidad pues no es aceptable aludir que se incurre en errores en las ofertas por culpa de la administración cuando las contradicciones se presentan entre los actos previos al acto administrativo de apertura en relación con el pliego de condiciones (Consejo de - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 26332, 2014, pp. 41 – 45).

Respecto del pliego de condiciones, el oferente tiene la obligación de someterse completamente a lo expuesto en él, de manera que resulta inadmisibles que presente ofertas condicionadas, situación distinta a cuando la administración otorga cierta libertad al oferente para que defina ciertos aspectos del pliego y esta se reserva el derecho de aceptarlos o no, y si desea rechazar el ofrecimiento es necesario manifestarlo expresamente pues de lo contrario se entenderá aceptada (Consejo de Estado – Sección Tercera, Exp.10399, 2000, p. 16).

Para que el oferente pueda tener el derecho de recibir la adjudicación del contrato, es necesario que su oferta sea la mejor al dar cumplimiento a la totalidad de los requisitos legales, técnicos y financieros, ya que para ser aceptada es necesario que contenga todos los elementos constitutivos del contrato, siendo toda la información allí contenida veraz, auténtica y completa ya que de eso depende que la oferta sea considerada sólida, seria y consistente; de no ser así, el

oferente que presente información falsa o inexacta estaría vulnerando el principio de confianza no solo con la entidad contratante sino con sus competidores en la medida que se presume el correcto comportamiento de cada uno de ellos (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 24059, 2013, p. 19).

Finalmente, el oferente elegido como adjudicatario se encuentra se encuentra en la obligación de desplegar todas las actuaciones necesarias para la suscripción y perfeccionamiento del contrato, ya que, al ser el contrato estatal de naturaleza bilateral y solemne, resultaría injusto y desproporcionado poner en cabeza exclusiva de la administración esta obligación (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 31618, 2015, p. 35). Resulta entonces lógico afirmar que, es necesario que el adjudicatario revise con detenimiento el contrato que va a suscribir ya que si no está de acuerdo con alguna parte de su clausulado debe manifestarlo antes de firmarlo, pues una vez suscrito se entiende que ha aceptado las condiciones allí expuestas pues cualquier causal de nulidad relativa se sana con la ratificación tácita de las partes que se configura con la ejecución voluntaria del contrato (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 38936, 2015, p. 8).

Corolario de lo expuesto se puede decir que los deberes de obrar diligentemente, someterse completamente a las condiciones plasmadas en el pliego de condiciones y desplegar todas las actuaciones necesarias para la suscripción y perfeccionamiento del contrato son la forma en que el Consejo de Estado – Sección Tercera ha encontrado que los oferentes pueden materializar el principio de la buena fe durante la etapa de formación del contrato estatal, de tal manera que si el particular llega a incumplir alguno y con ello generar un perjuicio a la administración, estarían en la obligación de indemnizarla.

2.2 Análisis dinámico de jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad precontractual

Sintetizados los deberes de los intervinientes en el periodo de formación del contrato público cuyo incumplimiento genera el deber de reparar a la parte afectada, a continuación, se presenta la línea dinámica jurisprudencial del Consejo de Estado – Sección Tercera sobre la responsabilidad precontractual en el marco de la contratación pública, entendiendo por línea dinámica jurisprudencial aquella que presenta el desarrollo de un tema determinado, delimitado a un problema jurídico en un periodo, a través del procedimiento denominado “ingeniería de reversa” que consiste en identificar el punto arquimédico, denominación que recibe la sentencia más reciente que da respuesta problema jurídico planteado, y a partir de allí buscar las sentencias que hayan sido citadas (López, 2006, pp. 167, 170 – 171).

El problema jurídico que se planteó para realizar la línea jurisprudencial fue: En el marco de la contratación pública colombiana, ¿qué criterios normativos y jurisprudenciales permiten predicar la responsabilidad precontractual del Estado? Para la escogencia de las sentencias que fueron revisadas con el fin de responder el problema planteado, se buscaron en la página web de la Relatoría del Consejo de Estado – Sección Tercera sentencias bajo el patrón de búsqueda “responsabilidad precontractual”, arrojando como resultado nueve (09) sentencias.

Posteriormente, a esas diez (10) sentencias se les realizó el procedimiento de “ingeniería de reversa” anteriormente descrito, obteniendo como resultado treinta y cuatro (34) sentencias tanto del Consejo de Estado – Sección Tercera como de la Corte Constitucional, las cuales fueron revisadas para evaluar su relación con el problema jurídico planteado, siendo pertinentes para el presente estudio diecinueve (19) sentencias, cuatro (04) de la Corte Constitucional y quince (15) del Consejo de Estado, iniciando en el año 1990 y finalizando en el año 2020. Se aclara que se

tomó como punto de partida para la elaboración de la línea jurisprudencial el año de 1990 porque fue en este año que se profirió la sentencia más antigua encontrada bajo el procedimiento de “ingeniería de reversa”.

Para explicar el desarrollo de la línea jurisprudencial, las sentencias se dividieron en dos periodos, el primero desde el año 1990 hasta el año 2014, en el cual la postura jurisprudencial inició considerando que los eventos que ocurrían en la etapa de formación del contrato estatal debían estudiarse bajo la tipología clásica de la responsabilidad, hasta llegar a una serie de pronunciamientos que se pueden catalogar como neutros ya que manifestaron que los eventos ocurridos en la etapa precontractual debían ser estudiados de manera especial pero sin comprometerse con la existencia de un tercer tipo o categoría de responsabilidad toda vez que el punto de atención se encontraba sobre la procedencia de las acciones contenciosas y su término de caducidad, hoy medios de control.

El segundo periodo comprende desde el año 2014 hasta el año 2020, en el que se desarrolló de manera precisa la responsabilidad precontractual toda vez que se presentaron: (a) los juicios de imputación facticos y los perjuicios que se reconocen en cada escenario, además de los juicios de imputación jurídica contra la administración; y (b) la fundamentación constitucional y legal que sustentan la existencia de la responsabilidad precontractual del Estado como una categoría o tipo de responsabilidad autónomo.

A continuación, se presenta la gráfica de la línea dinámica jurisprudencial del Consejo de Estado - Sección Tercera en materia de responsabilidad precontractual del Estado, frente a la cual resulta pertinente hacer algunas acotaciones:

- Las sentencias del Consejo de Estado - Sección Tercera se presentan con el número de radicación interno y entre paréntesis la fecha en que fue proferida.

- Las sentencias de la Corte Constitucional se presentan con su denominación y entre paréntesis la fecha en que fue proferida.
- Las diez (10) sentencias del Consejo de Estado – Sección Tercera que fueron encontradas con el patrón de búsqueda “responsabilidad precontractual” se identifican con el símbolo [*].
- Las sentencias diecinueve (19) sentencias que se obtuvieron como resultado de la aplicación del procedimiento de “ingeniería de reversa” son las restantes, es decir aquellas que no tienen símbolo.

Tabla 2. *Línea dinámica jurisprudencial del Consejo de Estado – Sección Tercera en materia de responsabilidad precontractual del Estado.*

En el marco de la contratación pública colombiana, ¿qué criterios normativos y jurisprudenciales permiten predicar la responsabilidad precontractual del Estado?		
Existen elementos normativos y jurisprudenciales que sustentan el tratamiento autónomo de la responsabilidad en la etapa de formación del contrato estatal respecto de la tipología clásica		*Exp. 42003 (03/09/2020)
		Exp. 46075 (07/10/2019)
		*Exp. 59530 (05/07/2018)
		Exp. 41217 (01/04/2017)
		*Exp. 38936 (03/12/2015)
		Exp. 51376 (26/11/2015)
		*Exp. 31618 (18/03/2015)
		*Exp. 31297 (26/11/2014)
La tipología clásica de la responsabilidad del Estado permite obligar a las entidades públicas a reparar los daños antijurídicos que ocasionen en la etapa de formación del contrato estatal		

En el marco de la contratación pública colombiana, ¿qué criterios normativos y jurisprudenciales permiten predicar la responsabilidad precontractual del Estado?

*Exp. 26332
(12/08/2014)

Exp. 47830
(09/07/2014)

*Exp. 21324
(12/06/2014)

Exp. 25804
(26/02/2014)

Exp. 30250
(29/01/2014)

*Exp. 23827
(02/09/2013)

Exp. 25642
(24/07/2013)

Exp. 24059
(14/03/2013)

Exp. 22043
(19/11/2012)

Exp. 19932
(27/01/2012)

T - 209 de 2006
(17/03/2006)

C 1048 de 2001
(04/10/2001)

C - 892 de 2001
(22/08/2001)

Existen elementos normativos y jurisprudenciales que sustentan el tratamiento autónomo de la responsabilidad en la etapa de formación del contrato estatal respecto de la tipología clásica

La tipología clásica de la responsabilidad del Estado permite obligar a las entidades públicas a reparar los daños antijurídicos que ocasionen en la etapa de formación del contrato estatal

En el marco de la contratación pública colombiana, ¿qué criterios normativos y jurisprudenciales permiten predicar la responsabilidad precontractual del Estado?

*Exp. 13405
(07/07/2001)

Exp. 10399
(03/02/2000)

*Exp. 10038
(06/07/1997)

C - 333 de 1996
(01/08/1996)

Exp. 9899
(18/04/1996)

Exp. 6740
(25/03/1993)

Exp. 5825
(03/03/1991)

Exp. 5556
(05/07/1990)

Nota: Elaboración propia.

2.2.1 Primer período: desde 1990 hasta 2014

Inicia la línea jurisprudencial a partir del año 1990 en un contexto normativo y constitucional anterior al que actualmente se encuentra vigente, sin embargo, resulta interesante ver que la selección del contratista se consideraba una “operación administrativa”, de tal forma que la etapa subsiguiente no es más que la instrumentalización de ese convenio con sujeción estricta a las bases que se tomaron en cuenta para la adjudicación; por tal razón, si bien es cierto que no existe el contrato, precisamente porque la entidad no quiso celebrarlo, no se puede negar la naturaleza contractual del perjuicio ocasionado ya que “es incuestionable que entre las partes existió una relación de tal naturaleza desde el momento mismo en que la administración decidió

adjudicar el contrato a la firma demandante, determinación que se convirtió en fuente de derechos subjetivos” (Consejo de Estado – Sección Tercera, Exp. 5556, 1990, pp. 21 – 24).

Para sostener este argumento en el Consejo de Estado – Sección Tercera, se hace uso de los artículos 861 y 863 del Código de Comercio junto con el concepto de *culpa in contrahendo* hasta ese momento empleado por la Corte Suprema de Justicia, para argumentar que “no es posible sostener que las controversias de naturaleza contractual no pueden tener origen sino en contratos ya perfeccionados”, es así que resulta necesario e indispensable indagar e interpretar la voluntad de las partes de tal manera que si su voluntad era la celebración de un contrato, resultaba evidente afirmar que se estaba frente a un litigio contractual y por lo tanto se reconocían como perjuicio la utilidad esperada del contrato cuando estuviese claramente definida (Exp.5825, 1991, p. 1).

La posición del Consejo de Estado – Sección Tercera empezó a ser más neutral en torno a la naturaleza de la responsabilidad del Estado durante el periodo previo a la celebración del contrato cuando se trataba de procesos en que se demandaba la nulidad del acto administrativo de adjudicación porque el análisis se circunscribía a determinar si la adjudicación era irregular y si la oferta del demandante era la mejor, afirmando para estos casos que el origen de los perjuicios ocasionados estuvo en la conducta antijurídica de la administración y se reconocía como perjuicio la utilidad esperada de acuerdo a lo consignado en la oferta (Exp. 6740, 1993, p. 59), de tal forma que, al centrarse el problema jurídico en un análisis de legalidad de la decisión de la administración, no fue necesario revisar la naturaleza jurídica de estos eventos.

Frente a estos mismos casos, es decir la solicitud de declaratoria de nulidad de los actos de adjudicación, se introdujo la teoría del acto separable para identificar que todas las actuaciones previas a la suscripción del contrato pueden existir aún sin que el contrato llegue a celebrarse, lo que quiere decir que los actos previos al contrato están sujetos a la acción de nulidad y

restablecimiento del derecho, mientras que los actos que surjan posterior al contrato deben demandarse a través de la acción contractual (Consejo de Estado – Sección Tercera, Exp. 9899, 1996, p. 13). Si bien es cierto que, a partir de ese momento para el tipo de casos mencionados, la atención de la Corporación empieza a enfocarse en la acción procedente (hoy medio de control), siendo interesante observar que gracias a una teoría del derecho procesal administrativo se distinguieron los actos precontractuales de los contractuales, trayendo como consecuencia que los eventos ocurridos en la etapa de formación del contrato público no podrían ser revisados con los criterios de la responsabilidad contractual.

Bajo el escenario descrito se presenta el primer pronunciamiento de la Corte Constitucional en materia de responsabilidad del Estado por medio de la sentencia C 333 de 1996 en la que se revisa la constitucionalidad del artículo 50 parcial de la Ley 80 de 1993 que establece el deber de las entidades públicas de responder por las “actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones” antijurídicas que le sean imputables y causen un perjuicio al contratista. Aclara la Corte que el inciso primero del artículo 90 constitucional consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado que aplica no solo para la responsabilidad extracontractual y la contractual, sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual), siendo requisito indispensable en cualquier caso demostrar la existencia del daño antijurídico y el juicio de imputación que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública, reconociendo que es la imputación lo que varía en cada tipo de responsabilidad (pp. 1 – 9).

Después del reconocimiento de la existencia de la responsabilidad precontractual del Estado por parte de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado – Sección Tercera reconoce por primera vez que la suscripción y el perfeccionamiento por parte de la administración del contrato

adjudicado es una obligación derivada del principio de buena fe que en el derecho administrativo no hace referencia al comportamiento de las personas, sino a la posición de las entidades en las relaciones jurídicas con los particulares, teniendo una carga adicional por ser las titulares de la administración pública: sin embargo, se dijo que “la entidad pública negligente responde patrimonialmente por los daños y perjuicios irrogados teniendo como título jurídico de imputación lo que se conoce en la doctrina como responsabilidad precontractual de la administración pública” (Exp. 10038, 1997, pp. 11 – 12).

Para el año 2000, la argumentación del Consejo de Estado – Sección Tercera se centró en revisaba los deberes de conducta tanto de la administración como de los particulares, ahondando en temas tan importantes como la naturaleza y el contenido de los pliegos y los deberes que de él se desprenden para los oferentes para resolver los casos en que demandaba la acción y omisión de la administración en la etapa de formación del contrato, pero sin profundizar sobre el tipo de responsabilidad que se predica de este tipo de sucesos (Exp.10399, 2000, p. 15).

Un año después, es decir en el 2001, la Corporación reconoció la responsabilidad precontractual de la administración y los oferentes, la cual toma algunos elementos de los negocios privados regulados en el Código de Comercio principalmente y se adecuaron a las características del contrato estatal. En ese orden de ideas, la responsabilidad precontractual de la administración se presenta cuando infringe daño antijurídico al oferente como consecuencia de: (a) una acción u omisión atribuible a la otra parte durante la etapa de la formación de la voluntad, (b) la imposibilidad de seleccionar el oferente, (c) la adjudicación irregular, y (d) la falta de perfeccionamiento del contrato, los cuales son imputables “no 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” (Consejo de Estado – Sección Tercera, Exp.

13405, 2001, pp. 15 – 17). Se debe resaltar que los juicios de imputación fácticos y jurídicos de la responsabilidad precontractual del Estado descritos fueron aplicados y desarrollados con suficiencia en el segundo periodo de la línea jurisprudencial

Se produce otro pronunciamiento de la Corte Constitucional en materia de responsabilidad contractual del Estado con la sentencia C 892 de 2001 en la que retomaron los argumentos expuestos en la sentencia C 333 de 1996 para afirmar que artículo 90 constitucional consagra un régimen único de responsabilidad con el fin de fijar una cláusula general para todos los regímenes de responsabilidad estatal -contractual, precontractual y extracontractual, sin que su existencia quiera decir quiere decir que se desconozcan las diferencias conceptuales que se registran en torno a los distintos ámbitos de aplicación (pp. 16 – 18). Otro aspecto a destacar de la sentencia C 829 de 2001 es que desarrolló ampliamente la buena fe como uno de los principios integradores del régimen jurídico de la contratación estatal ya que obliga a la administración y a los particulares “a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos”, y que por estar expresamente consignado en la Constitución Política de Colombia de 1991 se puede aplicar de forma directa a todas las actuaciones administrativas cuya función es impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas (p. 23).

Para que el principio de buena fe constituya un claro criterio de imputación jurídica debe ser aplicado en su carácter objetivo que consiste en asumir una actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado o que se pretende celebrar, de tal forma que su inobservancia por parte de la administración conlleva el surgimiento de la obligación de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al particular (Corte Constitucional, C 892 de 2001, p. 23).

En ese mismo año, es decir en el 2001, la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de la reforma que la Ley 446 de 1998 hizo al antiguo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), la cual se tratará a profundidad en el capítulo tercero, sin embargo, vale advertir que al declarar exequible la norma demandada se aceptó la existencia y el tratamiento diferenciado de la etapa precontractual en materia procesal (C 1048 de 2001, p. 22).

Transcurridos cinco años, el diecisiete de marzo de 2006 la Corte Constitucional, mediante sentencia T 209 de 2006, se pronunció sobre un caso de responsabilidad precontractual en el que el accionante en calidad de adjudicatario fue sancionado por una entidad pública por negarse a suscribir un contrato que no estaba en condiciones de ejecutar debido a errores manifiestos en la oferta que puso en conocimiento de la administración desde durante todo el proceso de selección, resultando amparados los derechos del accionante por considerar que la entidad estatal vulneró la garantía del debido proceso en la modalidad de respeto al principio de la buena fe en el escenario de la contratación estatal por cuanto el particular fue diligente al manifestar de manera concurrente la imposibilidad de ejecutar el contrato según la oferta presentada y la administración teniendo pleno conocimiento del error decidió adjudicar, además de aplicar una sanción claramente desproporcionada y podrían generar un perjuicio irremediable (T 209 de 2006, pp. 17 – 26).

Si bien es cierto que la Corte Constitucional no se pronuncia expresamente sobre la naturaleza jurídica del caso que resolvió, resulta interesante el análisis de esta sentencia para constatar que la violación por parte de la administración de los deberes de conducta que tienen fundamento en el principio de la buena fe puede generar vulneraciones a los derechos fundamentales de los particulares, e incluso llegar a ocasionar perjuicios irremediables, lo que claramente se puede catalogar como un daño antijurídico.

Posteriormente, desde el año 2012 hasta el año 2014, concretamente hasta la sentencia con radicado interno No. 25804 del 26 de febrero ese año, con la cual termina el primer periodo de la línea jurisprudencial, los pronunciamientos del Consejo de Estado – Sección Tercera en materia de responsabilidad del Estado en la etapa de formación del contrato se concentran en los procesos que se alega la indebida adjudicación e imposibilidad de seleccionar al contratista, siendo el problema jurídico recurrente definir las acciones procedentes (hoy medio de control) para demandar nulidad de los actos de adjudicación o de declaratoria de desierta y solicitar el restablecimiento del derecho, su término de caducidad y la definición de los componentes del deber de selección objetiva, desarrollados anteriormente, que de ser vulnerados traían como consecuencia declarar su ilegalidad y ordenar la indemnización correspondiente. Se debe recordar que el tema procesal será tratado en el tercer capítulo con detenimiento, razón por la cual no se profundiza este momento sobre dicho tópico.

En cuanto a los casos en que se presenta la acción u omisión por parte de la administración en la etapa de formación del contrato por la vulneración al principio de buena fe al no cumplir con el deber de información, concretamente en los procesos de enajenación de acciones de empresas del Estado se presentaron dos casos: las sentencias con radicado interno No. 22043 del 19 de noviembre de 2012 y el No. 23827 del 02 de septiembre de 2013, ambos resueltos bajo la misma línea argumentativa.

El principio de la buena fe y su relación intrínseca con el deber de brindar toda la información necesaria para que la contra parte pudiera tomar la decisión de contratar con total autonomía fue el soporte para endilgarle a las entidades públicas el deber de reparar a los particulares; se explicaron las características, las restricciones, los alcances del deber de

información y las consecuencias de su incumplimiento sin importar el momento en que se evidenciaran (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 22043, 2012, p. 15).

Sin embargo, como en los contratos se habían redactado una cláusula en que las partes manifestaban que habían entregado toda la información relevante que tuvieran en su poder durante la etapa de negociación y que fuera decisiva para su celebración, al comprobarse que se incumplió con el deber de información se adujo una responsabilidad contractual por demostrarse el incumplimiento de una cláusula, tesis que encuentra su respaldo en el hecho de que las consecuencias lesivas del incumplimiento se evidenciaron con la ejecución del contrato, la razón por la que se reconoce como indemnización la ganancia esperada desde el momento de la venta de las acciones hasta la fecha del juicio de primera instancia. (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 23827, 2013, pp. 58, 75).

Para sintetizar el desarrollo de la línea jurisprudencial en su primer periodo, se puede decir que:

1. Cambió la posición manejada por el Consejo de Estado – Sección Tercera antes de expedirse la Constitución Política de Colombia de 1991 y la Ley 80 de 1993 en cuanto al manejo de la responsabilidad durante la etapa precontractual, ya que la etapa de formación del contrato era considerada una operación administrativa más del contrato estatal, de tal forma que lo ocurrido antes de su suscripción debía regirse bajo los lineamientos de la responsabilidad contractual puesto que todas las manifestaciones de voluntad de las partes estaban encaminadas a tal fin.

2. Se definió la correcta interpretación del artículo 90 de la Constitución Política colombiana de 1991 en materia de responsabilidad del Estado, pues, como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C 333 de 1996, el primer párrafo del referido artículo constitucional aplica para la responsabilidad extracontractual, la responsabilidad precontractual y la

responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual, siendo condición indispensable probar la existencia del daño antijurídico y los juicios de imputación que permitan atribuir responsabilidad a la administración, reconociendo que son estos últimos los que varían en cada tipo de responsabilidad.

3. La necesidad de dar un trato diferente a los daños antijurídicos producidos en la etapa de formación del contrato estatal fue reconocida gracias a los aportes de la teoría procesal de la acción separable y llevó a que estos hechos no fueran examinados por criterios distintos de la responsabilidad contractual.

4. Se inició el desarrollo jurisprudencial de los deberes de conducta de las partes intervinientes en el proceso de selección de contratista toda vez que su incumplimiento es el generador del daño antijurídico, los cuales son orientados bajo los postulados de los principios de la buena fe y de legalidad, concretándose el principio de legalidad al aplicar el deber de planeación y de selección objetiva, temática que fue analizada en el apartado anterior.

5. Se revisaron aspectos procesales como la acción procedente para demandar los daños ocasionados por las entidades públicas durante la etapa precontractual, su término de caducidad, tema que será analizado a profundidad en el tercer capítulo, generando que la postura de la línea jurisprudencial fuera neutra ya que el Consejo de Estado – Sección Tercero no estudió la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual de las entidades públicas con resolver problemas jurídicos de tipo procesal, lo que ocurrió de manera reiterada durante la mayoría del primer periodo de la línea jurisprudencial.

6. Se reconoció la responsabilidad precontractual del Estado como un tipo de responsabilidad autónomo de la responsabilidad contractual y extracontractual toda vez que se identificaron de forma clara los juicios de imputación fáctica y jurídica bajo los cuales se configura

para las entidades públicas el deber de reparar, sin embargo, fueron desarrollaron en profundidad durante el segundo periodo de la línea jurisprudencial.

2.2.2 Segundo período: desde 2014 hasta 2020

Inicia el segundo periodo de la línea jurisprudencia con la sentencia de radicación interna No. 21324 del 12 de junio de 2014 ya que es a partir de este pronunciamiento que se desarrolló de manera precisa la responsabilidad del Estado durante la etapa precontractual. Para presentar de manera más sencilla el contenido de los fallos que se encuentran en esta parte de la línea jurisprudencial, se expondrán los fundamentos constitucionales y legales desarrollados por el Consejo de Estado – Sección Tercera que sustenta la existencia de la responsabilidad precontractual como un tipo autónomo de responsabilidad estatal y la forma en que se manifiestan los juicios de imputación y el daño antijurídico.

2.2.2.1 Fundamento Constitucional y Legal de la Responsabilidad Precontractual del Estado. Resulta sencillo plantear la existencia de la responsabilidad estatal proveniente de la actividad precontractual en observancia al artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991 que obliga a la comprobación de un daño antijurídico que sea imputable a la administración, dando como consecuencia la configuración de la obligación jurídica de repararlo (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 41217, 2017, p. 20), teniendo en cuenta presente los artículos 6 y 83 constitucionales toda vez que en ellos se promulga el deber de obediencia de las autoridades a los principios legalidad y de buena fe, junto con los artículos 13 y 29 de la actual Carta Política ya que la selección del contratista es un procedimiento fuertemente reglado regido por los postulados del debido proceso.

Por lo tanto, se define entonces el daño antijurídico precontractual como la lesión definitiva cierta, presente o futura, anormal, determinada o determinable, a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona producto de una acción, omisión o inactividad de las entidades o los particulares que ejerzan funciones públicas de durante la etapa previa a la celebración del contrato, que la víctima no está en el deber de soportar (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 38936, 2015, p. 25).

Puede presentarse en dos distintos escenarios, el primero en un contexto de libre competencia descrito en el artículo 333 constitucional que protege la inversión como factor de desarrollo económico y social (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 59530, 2018, p. 18), y el segundo conforme a lo descrito en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 en el que se establece el respeto y obediencia a las normas de carácter especial y la buena administración ya que establece que las estipulaciones en los contratos estatales deben hacerse de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las desarrolladas por esa misma ley, que correspondan a su esencia y naturaleza (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 38936, 2015, p. 25).

En cuanto al sustento legal de la responsabilidad precontractual del Estado, se hace alusión en primer lugar a las normas que rigen las relaciones contractuales de los particulares aplicables para la contratación estatal en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 40 de la Ley 80 de 1993, estas normas son los artículos 871 del Código de Comercio y el 1603 del Código Civil de los cuales se desprende que en todas las etapas contractuales se obliga a los intervinientes a obrar conforme a los parámetros del principio de la buena fe. También se cita el artículo 863 de Código de Comercio en el que se establece de manera concreta el deber de indemnizar cuando en el periodo precontractual se ocasiona un daño por no actuar de acuerdo con la buena fe, aclarando que la buena fe a la que se refiere la norma es la buena fe objetiva, precepto que en la contratación pública

ha de tenerse como un desarrollo del principio general y deber de planeación (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 41217, 2017, pp. 21 – 22).

La obligación impuesta por las normas del derecho privado de actuar conforme a los postulados de la buena fe, encuentran correspondencia en el régimen de contratación estatal en la aplicación del principio de responsabilidad desarrollado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 y en la reglamentación de los deberes de conducta durante la etapa de negociación del contrato estatal que realiza la Ley 1150 de 2007. Sin embargo, se aclara que también se puede incurrir en la responsabilidad descrita en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991 por omisión de los deberes normativos dada la reglamentación estricta de la contratación del Estado en todas sus etapas (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 38936, 2015, pp. 27 – 29), de manera que son los principios de legalidad y de buena fe los fundamentos de imputación jurídica de la responsabilidad precontractual del Estado.

2.2.2.2 Concreción de los elementos de la responsabilidad precontractual del Estado.

Como se explicó anteriormente, se definieron por primera vez los juicios de imputación fácticos y jurídicos mediante la sentencia del Consejo de Estado – Sección Tercera con radicado interno No. 13405 del 07 de julio de 2001, no obstante, no fueron desarrollados y aplicados hasta el segundo periodo de la línea jurisprudencial. Es por ello que este apartado expone los perjuicios que pueden ser reconocidos al oferente con ocasión del daño antijurídico ocasionado durante las tratativas del contrato estatal, los cuatro escenarios de imputación fáctica y los perjuicios reconocidos en cada uno de ellos, y finalmente se presentan los juicios de imputación jurídica que permiten al particular exigir a la administración que responda por las afectaciones negativas e injustificadas ocasionadas a sus derechos e intereses.

Figura 2. *Elementos esenciales de la responsabilidad precontractual del Estado.*

Elementos esenciales de la responsabilidad precontractual del Estado			
Daño antijurídico		Juicios de imputación	
Perjuicio a indemnizar		Juicios de imputación fáctica	Juicios de imputación jurídica
Interés negativo.	Interés positivo.	1. Acción u omisión atribuible a la otra parte durante la etapa de la formación de la voluntad.	1. Desconocimiento del principio de buena fe.
		2. Imposibilidad de seleccionar el proponente.	
		3. Irregularidad en la adjudicación.	
		4. Renuencia de la administración pública a suscribir y perfeccionar el contrato estatal.	2. Desconocimiento del principio de legalidad.

Nota: Elaboración propia.

En cuanto a la indemnización del daño ocasionado durante la etapa de selección del contratista, se toma la clasificación de perjuicios hecha por la doctrina del derecho civil según la cual se pueden distinguir en dos categorías a saber:

(1) el “interés negativo o de confianza”, que comprende 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.]; y, (2) el “interés positivo”, que 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 (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 51376, 2015, pp. 66 – 67).

Es sobre estos dos perjuicios, el interés negativo o de confianza y el interés positivo o de cumplimiento, que gravita el reconocimiento que realiza el Consejo de Estado – Sección Tercera en cada uno de los escenarios fácticos, los cuales son (Exp. 13405, 2001, pp. 15 – 17):

1. Acción u omisión atribuible a la otra parte durante la etapa de la formación de la voluntad contractual²: bajo este juicio de imputación fáctica se encuadran los hechos relacionados con la vulneración al principio de buena fe por: (a) no cumplir con deber de información, entendido este como una obligación secundaria de conducta, y (b) no respetar el deber de lealtad y cooperación por abuso de la administración de su posición dominante. En estos casos la Corporación revisó también los deberes de conducta del oferente de obediencia y aplicación estricta del pliego de condiciones en la oferta, y el deber de diligencia.

Cuando se declaró la responsabilidad del Estado, se ordenó a título de indemnización de perjuicios el pago de los gastos en que incurrió el oferente para participar del proceso de selección, y en los casos de ocultamiento del pasivo de la entidad en los procesos de enajenación de acciones hizo uso de “la equidad como principio auxiliar de la actividad judicial” para condenar a la entidad estatal a pagar el valor de la deuda que no informó y que debió pagar el demandante, ambas condenas concordantes con el concepto del interés negativo.

2. Imposibilidad de seleccionar el oferente³: bajo este juicio de imputación fáctica se desarrollaron los casos en que los demandantes solicitaron la nulidad de los actos administrativos de revocatoria de la apertura del proceso de selección y de declaratoria de desierta, y la imposibilidad de participar del proceso contractual por el rechazo de las ofertas aduciendo causales

² Las sentencias cuyos hechos presentaron este juicio de imputación fáctica fueron: Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp.10399, 2000. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 22043, 2012. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 23827, 2013. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 38936, 2015. Corte Constitucional, T 209 de 2006.

³ Las sentencias cuyos hechos presentaron este juicio de imputación fáctica fueron Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 24059, 2013. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 25804, 2014. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 31297, 2014. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 51376, 2015. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 41217, 2017.

que no cuentan con un fundamento legal, y a título de restablecimiento del derecho se solicitó el pago de la utilidad esperada por considerar que su oferta era la mejor y cumplía con los requisitos fijados en el pliego de condiciones. En estas sentencias se revisaron las facultades de las entidades para interpretar los pliegos de acuerdo con su naturaleza y aplicar las causales de rechazo, la procedencia de estas decisiones (revocatoria del acto de apertura y declaratoria de desierta) por parte de la administración y los efectos que conllevan. En cuanto a los deberes de los oferentes, en todos los casos se revisó el cumplimiento del deber de información a través del contenido de la oferta.

Dio la casualidad de que en ninguno de estos casos se condenó al Estado al pago de los perjuicios ocasionados, bien porque la decisión de la entidad fue correcta o porque el demandante no logró probar la relación de causalidad entre la conducta de la entidad y los perjuicios que reclamaba, sin embargo, el Consejo de Estado aclaró que el perjuicio que debe reconocerse en caso de condenarse a las entidades públicas es el interés negativo por los gastos de participación en el proceso de selección.

3. Irregularidad en la adjudicación⁴: con este juicio de imputación fáctica lo que pretendían los demandantes es que se declarara la nulidad del acto administrativo de adjudicación por considerar que su oferta era la mejor y a título de restablecimiento del derecho solicitaron el pago de la utilidad esperada. Para el Consejo de Estado – Sección Tercera en estos casos el

⁴ Las sentencias cuyos hechos presentaron este juicio de imputación fáctica fueron: Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp. 6740, 1993. Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp. 9899, 1996. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 19932, 2012. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 25642, 2013. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 30250, 2014. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 21324, 2014. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 26332, 2014. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 59530, 2018. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección B, Exp. 46075, 2019.

demandante debe probar dos elementos: (a) que la decisión de la administración de adjudicar fue irregular teniendo como punto principal de referencia el pliego de condiciones definitivo y posteriormente el cumplimiento del ordenamiento jurídico; y (b) que la oferta del demandante en calidad de oferente era la mejor cumpliendo con todos los requisitos del pliego de condiciones y en comparación con sus competidores, razón por la cual se debe aportar copia de todas las propuestas para que el juez pueda hacer la respectiva comparación.

En estos casos, el juicio de legalidad sobre los actos administrativos demandados se centra en el cumplimiento de la entidad del deber de selección objetiva con todas las variantes que se explicaron anteriormente, como por ejemplo el estudio de la naturaleza del pliego de condiciones definitivo y su contenido, la facultad discrecional de la administración para configurarlos con sus respectivas limitaciones, la conformación del comité evaluador, la facultad de interpretación que tienen sobre los requisitos del pliego, la naturaleza del concepto que emiten y el deber del director del proceso de selección de hacer directamente la adjudicación.

Respecto de los deberes de conducta de los oferentes, se revisa el cumplimiento al deber de cumplimiento estricto del pliego de condiciones y de diligencia propia para esclarecer todos aquellos aspectos del pliego y del contrato que resulten confusos. Cuando el Consejo de Estado declara la nulidad del acto de adjudicación, condena a título de restablecimiento del derecho el pago de la utilidad esperada, es decir el pago del interés positivo.

4. Renuencia de la administración pública a suscribir y perfeccionar el contrato estatal⁵: este deber es aplicable tanto a la administración como al particular en calidad de

⁵ Las sentencias cuyos hechos presentaron este juicio de imputación fáctica fueron: Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp. 5556, 1990. Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp.5825, 1991. Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp. 10038, 1997. Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp.10399, 2000.

adjudicatario, de tal manera que para que prospere la responsabilidad por este juicio de imputación fáctica es necesario que el demandante pruebe que obró diligentemente para suscribir el contrato. Su sustento yace en el principio de buena fe, en la obligación de comportarse lealmente frente a los intereses de la contraparte y en los efectos jurídicos que trae consigo el acto administrativo de adjudicación. Respecto de la indemnización de perjuicios, cambió con el transcurrir del tiempo ya que la línea jurisprudencial para estos casos inició con el reconocimiento del interés positivo, es decir que se condenaba al pago de la utilidad esperada ya que se consideraba que no había razones para dar un trato diferenciado respecto de quienes fueron víctimas de la adjudicación irregular; sin embargo, la línea jurisprudencial finaliza con el reconocimiento del interés negativo.

Finalmente, respecto a los juicios de imputación jurídica ha dicho el Consejo de Estado – Sección Tercera que supone la constatación de un fundamento normativo de la responsabilidad, la cual, “tratándose de la responsabilidad precontractual del Estado puede hallarse en el desconocimiento de los principios de buena fe y de legalidad” ya que es gracias al principio de buena fe, bajo los lineamientos de la buena fe objetiva, se establecen unas garantías y deberes de conducta que permiten la concreción del comportamiento ético de los sujetos negociales entre sí con miras a que se respeten sus expectativas legítimas durante las tratativas del contrato, mientras que el principio de legalidad concatena y permite la aplicación estricta de los deberes (también conocidos como principios) de planeación y de selección objetiva (Subsección C, Exp. 21324, 2014, pp. 35 – 36).

De lo expuesto hasta el momento se desprende que el Consejo de Estado – Sección Tercera, apoyándose en los aportes de la Corte Constitucional, ha ido construyendo paulatinamente una

Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp. 13405, 2001. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 31618, 2015.

teoría de la responsabilidad autónoma e independiente para la fase de formación de la contratación pública describiendo y explicando las bases constitucional y legal que la sustente, además de desarrollar los elementos esenciales de la responsabilidad del Estado definidos en el artículo 90 de la Constitución de Colombia de 1991.

2.2.3 Críticas a la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado – Sección Tercera, Radicado Interno No. 42003, del 03 de septiembre de 2020.

A continuación, se presenta el análisis de la sentencia de unificación del Consejo de Estado – Sección Tercera con radicación interna No. 42003 de 3 de septiembre de 2020 toda vez que estudió y unificó criterios sobre la naturaleza jurídica y los medios de control relevantes para discutir lo sucedido con los actos precontractuales de empresas que prestar servicios públicos a domicilio (pág. 1), aclarando que este tipo de contratos no son el foco de estudio del presente trabajo ya que la misma Ley 80 de 1993 los exime de la aplicación del régimen de contratación especial, lo que significa que se rijan por las normas del derecho civil y comercial (artículo 31, Ley 142 de 1994) y en cumplimiento de los principios rectores de la función pública (artículo 13, Ley 1150 de 2007); sin embargo, su análisis resulta pertinente porque permite revisar la posición actual de la Corporación, la cual se aparta del desarrollo descrito de la responsabilidad de las entidades públicas por daños ilícitos ocasionados en la etapa precontractual, y se presentan algunas críticas al respecto.

La sentencia de unificación abordó tres temas centrales: (a) la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativa para conocer de los actos precontractuales de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, (b) su naturaleza jurídica, y (c) el medio de control procedente para demandar los daños que ocasionan estas empresas en la etapa de

formación del contrato (p.12). Frente al primer tema, la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto en disputa, la sentencia presentó un resumen de las posturas que se han manejado sobre el tema hasta el momento para concluir que sí es competente en observancia al criterio orgánico ante el vacío o laguna legislativa toda vez que, si el presunto daño es ocasionado por una entidad pública debe conocerlo la jurisdicción administrativa en virtud de lo dispuesto en el artículo 104 del CPACA, sin importar que algunas de sus actuaciones estén regidas por el derecho privado (p.14).

Respecto del segundo tema, la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, el Consejo de Estado – Sección Tercera aclaró que las actuaciones ocurridas durante la formación de los contratos que estas empresas suscriben no pueden ser entendidos como actos administrativos toda vez que el régimen aplicable para ellas, como ya se dijo, es el de los particulares según los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 (Exp. 42003, 2020, pp. 16 – 21).

Lo dicho hasta el momento es de vital importancia para la solución de este tipo de casos ya que fueron determinadas las pretensiones que podrían resultar viables en un proceso judicial, la carga de la prueba y el medio de control procedente, abordados todos estos aspectos en el tercer tema: “acción o medio de control que debía emplearse para proponer la presente controversia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo” (Consejo de Estado – Sección Tercera, Exp. 42003, 2020, p. 22), frente al cual, si bien es cierto que la conclusión no genera ningún reparo, algunos de los argumentos utilizados sí, como se expone a continuación.

Se inicia la argumentación diciendo que enmarcar los litigios regidos por las normas del derecho privado en la lógica de los medios de control concebidos para dirimir las controversias que surgen de los actos, hechos, omisiones, operaciones y/o contratos administrativos presenta

cierta dificultad toda vez que su escogencia depende de la fuente del daño, de tal manera que no se puede emplear ni la nulidad simple, ni la nulidad y restablecimiento del derecho, ni la de controversias contractuales por cuanto, se repite, no se trata ni de actos administrativos ni de contratos regidos por el derecho administrativa, dejando como medio de control idóneo la reparación directa por su “carácter integrador” (Consejo de Estado – Sección Tercera, Exp. 42003, 2020, pp. 22 – 24) o residual.

Para respaldar la escogencia de la reparación directa como medio de control idóneo para estos casos toda vez que su naturaleza “(...) históricamente, fue concebida como una acción integradora para la reparación de daños, cuya fuente no fuera un contrato o un acto administrativo”, el Consejo de Estado – Sección Tercera afirmó que la responsabilidad precontractual se encuadra dentro de la categoría de la responsabilidad extracontractual en la medida que se configura cuando el contrato no se ha celebrado, pudiendo incluso no perfeccionarse, basándose en la postura de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil (Exp. 42003, 2020, pp. 25 – 26).

Paso seguido, dijo la sentencia objeto de estudio que en estos casos se debe analizar si se transgredió la cláusula general del artículo 863 del Código de Comercio que obliga a las partes a comportarse de buena fe en la etapa de formación del contrato, y que en caso de ser probada la contravención por quien la alega, el sujeto culpable debe pagar los perjuicios ocasionados, los cuales pueden variar entre el interés negativo o el interés positivo según el caso (Consejo de Estado – Sección Tercera, Exp. 42003, 2020, pp. 31 – 36).

Los puntos que objeto de unificación fueron (Consejo de Estado – Sección Tercera, Exp. 42003, 2020, p. 38):

- Cuando no exista norma expresa legal sobre la jurisdicción que debe conocer de controversias en las que haga parte un prestador de servicios públicos domiciliarios, deberá

acudirse a la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 82 del CCA, hoy 104 del CPACA) para resolver el vacío normativo; si, con base en ello, no se desprende el conocimiento de esta jurisdicción, corresponderá a la jurisdicción ordinaria.

- Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa.

- Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa.

- Como garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, el juzgador de conocimiento de este tipo de controversias, en relación con las demandas presentadas antes de la notificación de esta providencia, resolverá la controversia de fondo, aunque no se haya empleado la acción (medio de control) que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos.

Es de vital relevancia tener claros los puntos de unificación en la medida que permiten entender el argumento que enmarca la responsabilidad precontractual dentro de la responsabilidad extracontractual como un *obiter dictum* de la sentencia, errado debe decirse pues desconoce el avance jurisprudencial que la misma Corporación ha tenido sobre la materia, además que si se acepta la responsabilidad precontractual como una modalidad o forma de manifestarse de la responsabilidad extracontractual del Estado, se estaría ampliando los juicios de imputación jurídica

y abriendo otra categoría de perjuicios susceptibles de ser reconocidos únicamente para este tipo de casos.

2.3 Conclusiones preliminares

Teniendo en cuenta que los aportes de las teorías del derecho civil no pueden ser aplicables en su totalidad a la contratación pública, resulta necesario estructurar una teoría propia de la que sea compatible con los rasgos característicos que presenta la etapa de selección del contratista en el sector público para lo cual se requería definir los deberes de comportamiento de los sujetos negociales, su fundamento constitucional y legal y las manifestaciones concretas de elementos de la responsabilidad estatal, es decir del daño antijurídico y los juicios de imputación fáctico y jurídico.

Sobre los deberes de conducta se debe decir que ni la Ley 80 de 1993 ni las normas siguientes los delimitaron de manera unida y concreta, lo que sí hizo el régimen especial de contratación pública fue regular de manera detallada el procedimiento que las entidades deben seguir para seleccionar a sus contratistas, de tal suerte que los deberes de conducta son el resultado de la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia han hecho tanto de las normas que regulan la materia como de la Constitución Política de Colombia de 1991, los principios generales del derecho y del buen manejo de la función pública.

Respecto de las entidades públicas, se lograron definir tres grandes deberes de conducta: (a) de planeación, (b) de selección objetiva, y (c) de sujeción al principio de la buena fe, cada uno de ellos con un amplio desarrollo jurisprudencial del cual se desprenden obligaciones secundarias. El desarrollo de estos deberes es fundamental en la construcción de la teoría de responsabilidad precontractual del Estado porque es su incumplimiento el que puede ocasionar daños antijurídicos

en los particulares que se acercan a la administración en calidad de oferente, de tal manera que al hacer el juicio de imputación jurídica se puede alegar la vulneración al principio de legalidad en el que estarían inmersos los deberes de planeación y de selección objetiva por abarcar amplios aspectos regulados en la ley, y respecto de la vulneración al principio de buena fe se encuentran inmersas todas las trasgresiones a las obligaciones que de él se desprenden, lo que corrobora que no es cualquier acción u omisión de la administración la que genera el deber de responder por los daños que ocasiona durante las tratativas de los contratos que suscribe.

En cuanto a los oferentes, si bien es cierto que al momento de negociar con las entidades públicas no se encuentran en una situación de igualdad y de plena autonomía de la voluntad, ello no quiere que no tengan deberes de conducta cuyo incumplimiento puede generar igualmente perjuicios a su contraparte; lo que ocurre con ellos es que sus obligaciones son menores en cantidad e intensidad precisamente por el desequilibrio natural que trae consigo los procesos de selección de contratistas de las entidades públicas, las cuales son: (a) la obligación de obrar diligentemente en la protección de sus intereses, (b) el deber de someterse completamente a lo dispuesto en el pliego de condiciones, y (c) el compromiso de desplegar todas las actuaciones necesarias para la suscripción y perfeccionamiento del contrato, todas ellas enmarcadas también en la sujeción al principio de la buena fe.

Como resulta evidente, el principio de buena fe juega un papel protagónico toda vez que se configura como un deber de conducta tanto para la administración como para los oferentes, que genera a su vez obligaciones secundarias de comportamiento, y es además uno de los juicios de imputación jurídica de la responsabilidad precontractual del Estado. Ello se debe a la aplicación armónica de los principios constitucionales (máxime cuando está referido de manera expresa), los principios generales del derecho y de la función pública, pues su propósito es garantizar la

confianza, la credibilidad, la lealtad, la corrección y la presunción de legalidad respecto de las actuaciones de los particulares y sobre todo de la administración, que al representar los intereses del Estado debe respetar y cumplir en la medida de lo posible las expectativas que crea en sus ciudadanos.

Sin embargo, la buena fe a la que se le otorga toda esta carga no corresponde con la creencia interna de estar actuando correctamente conocida comúnmente como buena fe subjetiva, todo lo contrario, la buena fe aplicable en la etapa precontractual y contractual es la que obedece al comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento jurídico y al respeto de los intereses de la contra parte denominada buena fe objetiva que tiene su fundamento jurídico en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, junto con el artículo 863 del Código de Comercio, plenamente aplicable a la contratación estatal en virtud del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Respecto del fundamento legal se tienen los deberes de los intervinientes en el proceso de selección del contratista ya explicados, y sobre el fundamento constitucional que respaldan a responsabilidad precontractual del Estado como un tipo autónomo, es evidente que encuentra asidero en el artículos 90, 6 y 83 de la Constitución Política de Colombia de 1991 porque preceptúan la obligación de las entidades públicas de reparar los daños antijurídicos que ocasionen y el deber de obediencia de las autoridades públicas a los principios legalidad y de buena fe, pudiéndose incluir además los artículos 13 y 29 de la Carta Política toda vez que la selección del contratista que colaborará con las funciones del Estado es un procedimiento fuertemente reglado regido por los postulados del debido proceso.

Sobre la concreción o manifestación de los elementos de la responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado – Sección Tercera definió el daño antijurídico precontractual como la lesión

definitiva cierta, presente o futura, determinada o determinable, y anormal, a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona producto de una acción, omisión o inactividad de las entidades o los particulares que ejerzan funciones públicas durante la etapa previa a la celebración del contrato que la víctima no está en el deber de soportar. Se puede concretar a través de los perjuicios propuestos en la teoría del derecho privado sobre responsabilidad precontractual los cuales son: (a) el interés negativo o de confianza entendido como todos los gastos en que tuvo que incurrir el afectado durante las negociaciones, que en materia de la contratación pública se refieren a los gastos en que incurrió el oferente para participar del proceso de selección, y (b) el interés positivo o de cumplimiento definido como aquellos emolumentos que la víctima del comportamiento desleal esperaba percibir con la ejecución del contrato, que en el derecho administrativo se entiende como la utilidad esperada del contrato.

Respecto de los juicios de imputación, definió la jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Tercera que los juicios de imputación fáctica se pueden enmarcar en cuatro escenarios: (a) por la acción u omisión atribuible a la otra parte durante la etapa de formación de la voluntad contractual, (b) por la imposibilidad de seleccionar el oferente, (c) por irregularidades en la adjudicación, y (d) por renuencia de la administración pública a suscribir y perfeccionar el contrato estatal, de los cuales solo se reconoce el interés positivo cuando la adjudicación se da de manera irregular, en los demás escenarios por regla general solo se reconoce el interés negativo. En cuanto a los juicios de imputación jurídica, como ya se dijo, son dos: la vulneración a los principios de legalidad y de la buena fe.

Sobre el reconocimiento de perjuicios no se comparte del todo ya que no se existe una razón lógica que permita dar un tratamiento distinto al oferente que fue víctima de la adjudicación irregular que al adjudicatario que no pudo ejecutar el contrato por la renuencia de la administración

pública a suscribirlo y perfeccionarlo por cuanto en ambos casos el particular tiene el derecho cierto pero futuro de percibir la utilidad del contrato.

Con base en lo expuesto se puede decir con tranquilidad que la responsabilidad de la administración durante la etapa de formación del contrato público cuenta con todos los requisitos necesarios para ser considerado como una categoría o tipo autónomo de responsabilidad estatal; sin embargo, como se pudo ver en la gráfica y la explicación de la línea dinámica jurisprudencial, este desarrollo teórico no fue producto de pronunciamientos uniformes por parte del Consejo de Estado – Sección Tercera sino del cambio de criterios como resultado de las transformaciones constitucionales y legales en el que se vieron diferentes criterios.

Primero, se propuso la responsabilidad precontractual como un título de imputación de la responsabilidad extracontractual, luego se dijo que la selección del contratista era una operación administrativa más del proceso contractual razón por la cual debía ser evaluada bajo los criterios de la responsabilidad contractual, hasta llegar a una postura neutral en que la preocupación jurídica giraba en torno al estudio de la legalidad de los actos precontractuales y las acciones (hoy medios de control) procedentes dejando de lado la determinación de la naturaleza jurídica de los hechos que eran objeto de discusión, y de manera casi simultánea se desarrollaron los fundamentos y elementos de la responsabilidad del Estado durante las tratativas del contrato.

Sin embargo, en la sentencia de unificación más reciente del Consejo de Estado – Sección Tercera sobre responsabilidad precontractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios desconoció en un *obiter dictum* todo el avance que tuvo en materia de responsabilidad precontractual del Estado, ya que, para argumentar la escogencia del medio de control de reparación directa como el idóneo para demandar las actuaciones de dichas empresas públicas durante la etapa precontractual, aseguró que la responsabilidad del Estado durante el

periodo de formación del contrato estatal se encuadra dentro de los postulados de la responsabilidad extracontractual.

Si bien es cierto que esta sentencia pudo haber sido excluida del presente trabajo toda vez que los contratos suscritos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rigen por las normas de derecho privado, se consideró necesario ponerla de presente ya que deja ver la dificultad que actualmente se configura en torno al tema de estudio en la medida que el Consejo de Estado – Sección Tercera tiene por un lado una sólida argumentación desarrollada con el transcurrir del tiempo que le permite presentar la responsabilidad precontractual como categoría autónoma de la tipología clásica, y por otro una sentencia de unificación que afirma que la responsabilidad precontractual debe entenderse inmersa en la responsabilidad extracontractual.

Aunque el argumento sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual no haya sido objeto de unificación, no tiene sentido pensar que se le otorgará una naturaleza jurídica distinta la responsabilidad precontractual del Estado dependiendo del régimen legal que se le aplique a la entidad que contrata toda vez que los argumentos descritos y desarrollados por el Consejo de Estado – Sección Tercera sobre la responsabilidad en la etapa de formación del contrato como una tipología autónoma son plenamente aplicables en ambos escenarios ya que en ambos casos está en juego la satisfacción del interés general y el correcto manejo de recursos públicos.

3. Medios de control procedentes para solicitar la responsabilidad precontractual del Estado

La línea jurisprudencial que se desarrolló en el capítulo anterior abordó las discusiones, avances y retrocesos en materia de derecho sustancial sobre la responsabilidad precontractual del Estado, sin embargo, quedó pendiente presentar su desarrollo en materia de derecho procesal, por

esta razón es que el presente capítulo tiene por objetivo determinar, a la luz de los juicios de imputación fácticos que permiten endilgar la responsabilidad precontractual del Estado, los medios de control a través de los cuales se puede solicitar la reparación patrimonial de perjuicios.

Para ello: (a) se presenta la teoría del acto separable como elemento esencial en la distinción entre los actos precontractuales y los contractuales y su incorporación en el ordenamiento jurídico colombiano, (b) se identifican los actos que hacen parte de la fase precontractual pública a la luz de la teoría de los actos separables, y (c) se exponen las consideraciones y discusiones jurisprudenciales sobre los medios de control procedentes en cada uno de los juicios de imputación fáctica de la responsabilidad precontractual del Estado con su respectiva revisión de la Ley 1437 de 2011, actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Finalmente se entregan algunas consideraciones a manera de conclusión.

3.1 Importancia de la teoría del acto separable

El origen de la teoría del acto separable se encuentra en Francia a principios del siglo XX a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, sin embargo, antes de dichos pronunciamientos se consideraba que todos los actos previos o posteriores a la suscripción del contrato formaban un todo indivisible, por ello, no podían ser atacados por terceros afectados (es decir los oferentes) ni con recursos administrativos ante el órgano que los expidió ni por la jurisdicción administrativa ya que no eran parte de la relación contractual, quedando sus derechos e intereses completamente desprotegidos (Rosito, 1994, pp. 138 – 139).

Surgió entonces la necesidad de regular los actos que anteceden al contrato pues para que se llegase a suscribir, la administración de forma previa debió exteriorizar de manera unilateral su

voluntad de constituir un negocio jurídico con un particular, y para ello necesitó que el titular de la entidad tuviera competencia, para que por medio de un proceso administrativo, pudiera manifestarse públicamente; esto conllevó a que la suscripción de contratos públicos no pudiera ser entendida como un solo bloque de operaciones administrativas sino que era necesario separarla en dos: los actos administrativos previos al contrato y los actos administrativos propiamente contractuales (Carretero, 1970, pp. 97 – 98).

Esta distinción permitió que los actos previos a la celebración del contrato se entendieran regulados por el derecho administrativo, situación que no ocurría con la teoría de la indivisibilidad de los actos contractuales ya que los contratos suscritos por las entidades públicas se encontraban regulados por el derecho privado, de tal suerte que a los terceros afectados en sus derechos e intereses por las decisiones unilaterales de la administración antes de la celebración del contrato se les brindó la oportunidad de impugnarlos frente a la misma entidad y ante la jurisdicción contenciosa administrativa (Rosito, 1994, pp. 140 – 141).

Este avance en las garantías de los derechos de los oferentes trajo como dificultad práctica que los contratos públicos ya no estuviesen completamente regidos por el derecho privado pues su permanencia en el ordenamiento jurídico estaría supeditada a la validez de los actos que preceden al contrato, los cuales debían sujetarse a la lógica de la actividad pública, de tal manera que un vicio de legalidad que generara la nulidad de alguno o todos los actos previos afectaría la validez del acto privado subsiguiente, es decir, el contrato. Lo expuesto significa que la competencia sobre la legalidad del contrato podría estar en cabeza de ambas jurisdicciones: de la contenciosa administrativa cuando es uno de los oferentes quien demanda los actos previos y la jurisdicción ordinaria cuando alguno de los sujetos contractuales es quien presente la inconformidad (Carretero, 1970, pp. 99 – 101).

Para solucionar esta situación varios doctrinantes, entre ellos Péquignot y Godinec, propusieron aplicar la teoría de los actos separables de manera restringida de tal forma que, aunque se consiguiera la anulación de los actos previos, ello no implicaría necesariamente la nulidad del contrato permitiendo que su permanencia en el ordenamiento jurídico fuera discutida ante la instancia correspondiente (Rosito, 1994, pp. 142 – 143).

No se puede perder de vista que mientras se discutía la competencia de los actos previos al contrato, la doctrina y la jurisprudencia también discutían sobre la necesidad de definir y regular los contratos de las entidades públicas con criterios diferentes a los impuestos por el derecho privado, precisamente por la dificultad que implicaba que la jurisdicción ordinaria aplicara la lógica y la normatividad del derecho privado a la actividad pública. Esto generó que en Francia y en España se le otorgara competencia a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de determinados contratos en que la administración se entendía revestida de especial autoridad, tales como: la venta de bienes nacionales, los suministros al ejército y la construcción de obras públicas. Posteriormente, el espectro de los contratos de las entidades públicas que requerían ser estudiado bajo una óptica propia del derecho administrativo se amplió gracias a la incursión del concepto de servicio público y su relación inherente con los contratos que requiere ejecutar el Estado (Cobos, pp. 19 – 20).

Para la segunda mitad del siglo XX, concretamente para los años sesenta, en España se incorporó la teoría de los actos separables para sustentar la facultad de la jurisdicción contencioso administrativa de revisar, por solicitud de los oferentes, que los procedimientos de los expedientes administrativos que daban lugar a la suscripción de los contratos no tuvieran defectos de orden público, bien fuera contratos regulados por normas del derecho administrativo o del derecho privado, de tal manera que si los actos previos al contrato adolecían de algún vicio que afectara su

legalidad, traía como consecuencia lógica que el contrato quedara ausente de sustento jurídico. Estas consideraciones fueron desarrolladas en primer momento por la jurisprudencia española pero no tardaron en ser incorporadas al ordenamiento jurídico a través de las normas que regulaban la contratación de las entidades públicas (Rosito, 1994, pp. 143 – 145).

La primera mención legal en Colombia a esta noción jurídica se encuentra en el artículo 3° de la Ley 19 de 1982, que se refirió a los actos administrativos en la formación y adjudicación de los contratos administrativos de derecho privado de la administración. Posteriormente, el Decreto 222 de 1983 dispuso en el parágrafo de su artículo 17 que

En los contratos de derecho privado de la administración en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo conforme a este estatuto, y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables estarán sometidas a las reglas de la justicia contencioso-administrativa.

Si bien es cierto que estas referencias legales aplicaban únicamente al ámbito de los contratos de derecho privado de la administración, denotan una delimitación conceptual de la noción de actos separables, los cuales fueron entendidos entonces por el legislador como los expedidos en la formación o adjudicación del contrato (Corte Constitucional, C 1048 de 2001, p. 10).

Con la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991 fue evidente la necesidad de regular nuevamente, y esta vez de manera completa, lo concerniente a la contratación pública para que respondiera a las necesidades del sector público ya que bajo los presupuestos anteriores los jueces contenciosos administrativos tuvieron que ocuparse de separar la materia contractual pública de los asuntos netamente definidos por el derecho privado, además que las

mismas entidades se vieron envueltas en una serie de conflictos por la confusión normativa que terminaba en la aplicación de “atajos legales” para esquivar las normas especiales del derecho administrativo (Bendeck, 1992, pp. 4 – 5).

En este contexto es que surge la Ley 80 de 1993 como el marco normativo que regula la actividad estatal en materia de contratación orientado al respeto de los imperativos de orden público aplicable para todo el territorio nacional, lo que incluye todas las entidades públicas que en él ostentan el poder público, estructurada bajo un esquema de procedimientos que se clasifican en diferentes etapas con diferentes objetivos que cuyo propósito era evitar la creación de trámites y requisitos distintos o adicionales a los expresamente señalados en la norma (Bendeck, 1992, pp. 31, 35).

De esta manera, el artículo 5, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 establece el deber de los contratistas de colaborar “con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales”, y a su vez, el artículo 26, numeral 5 de la citada ley preceptúa que

5°. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

Al hacer la norma la distinción entre la actividad contractual y los procesos de selección permite ver que cada uno corresponde a etapas diferentes, conclusión que es reafirmada con el artículo 24, numeral 7, de la Ley 80 de 1993 cuando codifica que

7o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo

serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.

Además, el artículo 77 de la referida Ley 80 de 1993 establece que:

Artículo 77. De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 2o. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina.

Estas normas son de vital importancia respecto de la aplicación en Colombia de la teoría del acto separable pues era la primera vez que se decía que manera expresa por el ordenamiento jurídico que los actos precontractuales de informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia no hacen parte de la actividad contractual pública propiamente dicha, pero ello no los exime de la carga de estar debidamente motivados (Santos, 2013, pp. 135 – 136), dándole al acto administrativo de adjudicación la posibilidad de ser demandado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

A partir de allí, la doctrina y la jurisprudencia nacional empezaron a definir como actos separables aquellos que se producen en la etapa previa a la suscripción y perfeccionamiento del contrato y por ende gozan de autonomía e independencia frente a este, lo cual permite que su control de legalidad se pueda hacer por medios diferentes en los que se discute el contrato y los actos administrativos que de él se desprenden (Bernal, 2008, p. 262).

La evidente distinción entre los actos contractuales y los actos previos al contrato trajo como consecuencia que se tuviese que modificar la norma procesal vigente del momento, el Decreto 01 de 1948, Código Contencioso Administrativo (CCA), para esclarecer las acciones procedentes frente a cada uno de los actos administrativos previos y el término de caducidad para cada uno toda vez que los artículos 87 y 136 del mencionado Código, referían de forma expresa a los actos separables sin precisar ni distinguir si se hacía alusión únicamente a los actos preparatorios del contrato o también a otros proferidos unilateralmente por la administración en etapas posteriores a la celebración del contrato (Corte Constitucional, C 1048 de 2001, p. 11).

Dicha modificación se surtió por medio del artículo 48 de la Ley 446 de 1998, vigente a partir del 8 de julio de 1998 hasta el 02 de julio de 2011 (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 30250, 2014, p. 18), la cual trajo muchas confusiones al momento de su aplicación en torno a la viabilidad de las pretensiones y el término de caducidad de la acción, confusiones que fueron superadas con la expedición del CPACA.

Con lo expuesto hasta el momento, se puede decir que la teoría del acto separable jugó un papel protagónico en la responsabilidad precontractual del Estado ya que desde su postura procesal evidenció la necesidad de brindar un tratamiento diferenciado a los actos previos de la celebración del contrato respecto del contrato público, permitiendo que su revisión de legalidad se pueda

realizar a través de los medios control propios de los actos administrativos, teniendo de referente las normas especiales de la contratación estatal.

3.2 Actos de la fase precontractual pública a la luz de la teoría de los actos separable

Estudiada la teoría del acto separable como fundamento de la distinción entre que los actos administrativos precontractuales y el contrato público, corresponde ahora identificar los referidos actos administrativos en el ordenamiento jurídico colombiano susceptibles de ser demandados, siendo necesario explicar la naturaleza de cada uno ya que no todos pueden considerarse como potenciales generados de daños antijurídicos.

Los actos administrativos precontractuales o separables del contrato estatal son definidos como aquellas decisiones o declaraciones unilaterales que profieren las entidades públicas para iniciar, tramitar y finalizar el procedimiento de selección del contratista, es decir que surgen con ocasión y para el nacimiento del contrato público sin que su existencia en el mundo jurídico esté supeditada a la celebración del contrato, aunque estos si pueden afectar la validez del contrato estatal, produciendo efectos directos e inmediatos o simplemente impulsar el procedimiento administrativo en cumplimiento de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (Berrocal, 2016, pp. 200 – 201).

A partir de ahora, los actos administrativos susceptibles de ser presentados en la elaboración del proceso de selección de contratistas son: el aviso de convocatoria, el anteproyecto de pliego de condiciones, los estudios preliminares, las respuestas a las observaciones al anteproyecto de pliego de condiciones, la apertura del proceso de selección, el pliego de condiciones definitivo, las respuestas a las observaciones sobre el pliego de condiciones, las adendas, las actas de la audiencia de asignación de riesgos, el informe de evaluación de las ofertas

recibidas al cierre y recepción de las ofertas, las respuestas a las observaciones de la evaluación, el informe de evaluación definitivo y cambios a realizar en él con motivo de las respuestas dadas por la entidad, el acto de adjudicación, la declaración de desierta, y el acto que declara la revocación del acto de apertura.

- Respecto del aviso de convocatoria, el proyecto de pliego de condiciones y los estudios previos: el aviso de convocatoria es un acto administrativo por medio del cual la entidad pone en conocimiento de la ciudadanía su intención de realizar un proceso de selección de contratista, debiendo informar los aspectos relevantes en el proceso de acuerdo a la modalidad de selección de contratista que empleará para que los interesados puedan conocer, revisar y presentar observaciones sobre aquellos aspectos que consideren, junto con el cual se deben publicar los estudios previos, y el proyecto de pliego de condiciones relevantes (Decreto 1510 de 2013, artículos 19, 21).

Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato mismo ya que contiene aspectos tan importantes como la descripción de la necesidad a contratar, el objeto contractual con sus especificaciones necesarias para su ejecución, el valor del contrato y su justificación, los criterios de evaluación y el análisis de los riesgos que se pueden presentar, los criterios de evaluación, además de otros aspectos que pueden variar de acuerdo al proceso de selección; por lo tanto, deben permanecer a disposición de la ciudadanía de forma permanente (Decreto 1510 de 2013, artículo 20). Sobre el proyecto de pliego de condiciones suministra al público las reglas bajo las cuales, la entidad pretende regir el proceso de selección para que los interesados puedan presentar sus observaciones antes que se inicie oficialmente dicho proceso (Ley 1150 de 2007, artículo 8).

Como ninguno de los actos administrativos mencionados obliga a la entidad a realizar un procedimiento de selección, lo que significa que su finalidad es la publicación de las actuaciones que pretenda realizar la autoridad administrativa, para que los interesados se expresen de forma que no confiera derechos o definir situaciones jurídicas, se puede decir que se trata de actos administrativos generales y preparatorios porque no tienen un destinatario específico y forman parte del procedimiento administrativo con el fin de reunir las condiciones necesarias para la emisión de un acto administrativo final en de tal forma que no puedan ser demandados.

- En cuanto a las respuestas a las observaciones al proyecto de pliego de condiciones: como ya se dijo, los interesados en el proceso de selección pueden presentar sus observaciones al contenido del proyecto de pliego de condiciones debiendo la entidad darle respuesta a todas aquellas observaciones que se presenten dentro del término estipulado en la ley (Ley 1150 de 2007, artículo 8), las cuales son vinculantes para la entidad al momento de dar apertura al proceso de selección y publicar el pliego de condiciones definitivo, lo que quiere decir que este acto administrativo es de carácter preparatorio y mixto ya que si bien es cierto por medio de él se toma decisiones vinculantes para la entidad, no define una situación jurídica y es requisito para la expedición del acto de apertura y del pliego de condiciones definitivo, dirigiéndose no solo a las personas que presentaron observaciones sino también a toda la ciudadanía que quiera hacer seguimiento de lo ocurrido del proceso de selección, lo que quiere decir que no demandable.

- Sobre el acto de apertura del proceso de selección y el pliego de condiciones definitivo: como dijo en el segundo capítulo, el acto administrativo de apertura es el medio a través la administración exterioriza, con fuerza vinculante, su deseo de iniciar el procedimiento administrativo orientado a escoger a su contratista, el cual es por naturaleza un acto administrativo de carácter general, lo que le permite a las entidades revocarlo de manera directa hasta antes de

que agote sus efectos jurídicos, es decir, hasta antes de que se adjudique o se declare desierto el proceso de selección (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 31297, 2014, p. 27), mientras que el pliego de condiciones definitivo es el acto por medio del cual la administración expone, en resumen, las reglas a través de los cuales se realizará la escogencia del contratista y los condicionamientos que aplicarán al contrato (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 26332, 2014, pp. 43 – 44), de tal manera que su contenido resulta vinculante para los sujetos que participan del proceso de selección, es decir para los oferentes y para la entidad (Gil, 2015, p. 396).

Estos actos administrativos son de carácter general y definitivos toda vez que por disposición legal ya que definen una situación jurídica que en este caso es el inicio del proceso de selección del contratista, las reglas de juego que se aplicarán en él y en la ejecución del contrato que se pretende adjudicar, que si bien es cierto algunas de esas reglas pueden ser modificadas por la entidad a través de adendas debidamente motivadas, lo cierto es que no puede ser modificado todo su contenido.

- En cuanto al acto que declara la revocatoria del acto de apertura: materializa la facultad con la que cuentan las entidades públicas para emitir resoluciones que revoquen un proceso de selección en tanto esta se dé antes de la presentación de las ofertas o en su defecto, una vez hayan sido presentadas, tener el consentimiento de todos oferentes (Colombia Compra Eficiente, s. f.). Este acto debe estar debidamente motivado ya que constituye una forma de terminación anormal del proceso de selección por lo que es un acto administrativo definitivo. Cuando se realiza antes de la recepción de ofertas, son de carácter general, y cuando se realiza habiéndolas recibido son de carácter mixto ya que afectan directamente a los oferentes, pero solo es susceptible de ser demandado a través del medio de control de nulidad simple ya que los

oferentes que aprobaron su expedición y voluntariamente retiraron sus ofertas no pueden alegar vulneración a sus derechos e intereses.

- Referente a las respuestas a las observaciones al pliego de condiciones definitivo, las adendas y el acta de la audiencia de asignación de riesgos: los interesados en participar del proceso de selección, y en general cualquier persona, puede presentar sus observaciones al pliego de condiciones definitivo dentro del término establecido en la ley obligando a la entidad a pronunciarse sobre cada una de las inquietudes que reciba, las cuales pueden ser aceptadas o rechazadas. Si son aceptadas, la entidad debe expedir una adenda donde haga las modificaciones al pliego de condiciones definitivo que aceptó, escenario en el cual, si alguna persona no está de acuerdo con los cambios realizados podría demandar dichos actos; por el contrario, si las observaciones no fueron aceptadas, solo podría demandar aquel interesado que pudo haber visto afectado sus derechos por la decisión negativa de la administración. Teniendo en cuenta la función de estos actos se puede decir que son de carácter definitivo y mixto ya que durante el proceso de selección de contratista solo hay una oportunidad para observar el pliego y realizar los cambios pertinentes.

La audiencia de asignación de riesgos, de acuerdo al artículo 39 del Decreto 1510 de 2013, se debe realizar en los procesos de licitación pública para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, y revisar la asignación de riesgos con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva, debiéndose levantar un acta suscrita por los que intervinieron ya que las decisiones adoptadas son vinculantes tanto para los oferentes, y futuro contratista, como para la entidad (Colombia Compra Eficiente, s. f.). Este acto administrativo tiene carácter general y definitivo, por lo tanto, es susceptible de ser demandado.

- Sobre el informe de evaluación de las ofertas recibidas en la audiencia de cierre y recepción de ofertas, las respuestas a las observaciones al informe de evaluación y los cambios que deban realizarse en el informe con ocasión de las respuestas dadas por la entidad: teniendo en cuenta que el comité evaluador cumple únicamente una función de asesoría y acompañamiento toda vez que la función de adjudicar es exclusiva de la entidad y por ende del director del proceso (Consejo de Estado – Sección Tercera, Exp. 6740, 1993, p. 1), es que ninguna de estos actos le otorga el derecho al oferente que se encuentra en primer lugar el ser elegido como adjudicatario, ya que el director del proceso se encuentra facultado y obligado a corregir, modificar o incluso apartarse del concepto allí plasmado siempre que lo considere pertinente en atención a los dispuesto en el pliego de condiciones (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 51376, 2015, p. 7). En este orden de ideas, todas las actuaciones emitidas por el comité evaluador son considerados actos de carácter particular ya que afecta únicamente a los oferentes que están siendo evaluados, y son preparatorios al acto administrativo de adjudicación de tal manera que no son susceptibles de ser demandados.

- En lo que atañe al acto de adjudicación y el acto de declaratoria de desierta: son actos administrativos que tienen por objetivo finalizar el proceso de selección de contratista, el primero de modo regular adjudicando el contrato al mejor oferente, y el segundo manifestando que no fue posible realizar la selección objetiva del contratista por razones que deben estar claramente expuestas y acordes con el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, son actos administrativos de carácter definitivo y mixto ya que finalizan un proceso administrativo en el que están en juego intereses generales que al mismo tiempo puede afectar derechos e intereses de los oferentes al definir su situación jurídica dentro del referido proceso.

A manera de resumen se pueden clasificar los actos precontractuales en dos grupos, aquellos que pueden ser demandados y los que no son susceptibles de ser demandados:

Tabla 3. *Clasificación de los actos administrativos precontractuales según la posibilidad de ser controvertidos en sede judicial*

Actos administrativos precontractuales	Demandables	No demandables
Aviso de convocatoria, proyecto de pliego de condiciones y estudios previos		X
Respuestas a las observaciones al proyecto de pliego de condiciones		X
Acto de apertura del proceso de selección y el pliego de condiciones definitivo		X
Acto que declara la revocatoria del acto de apertura	X	
Respuestas a las observaciones al pliego de condiciones definitivo y adendas	X	
Acta de la audiencia de asignación de riesgos	X	
Informe de evaluación de las ofertas recibidas en la audiencia de cierre y recepción de ofertas, las respuestas a las observaciones al informe de evaluación y los cambios que deban realizarse en el informe con ocasión de las respuestas dadas por la entidad		X
Acto de adjudicación	X	
Acto de declaratoria de desierta	X	

Nota: Elaboración propia.

Sin embargo, para los actos administrativos referidos, es importante tener en cuenta si son generales, específicos o mixtos ya que, en principio, de ello dependerá la elección de los medios de control toda vez que: a) si son actos administrativos generales, el medio de control procedente es el de nulidad simple, b) si son de carácter particular, el medio de control relevante será la nulidad y restitución del derecho, (c) mientras que si son actos de carácter mixto, pueden ser demandados tanto por nulidad simple como por nulidad y el restablecimiento de la ley según las pretensiones y legitimación en la causa del demandante (CPACA, artículos 137 – 138).

Resulta pertinente revisar la teoría de los móviles y finalidades la cual tiene su origen en Colombia en 1961 en una providencia del Consejo de Estado donde se “consideró que la

procedencia de las acciones contencioso administrativas no dependía ya de la naturaleza o contenido del acto impugnado, sino de los móviles y finalidades señalados en la ley para cada una de tales acciones” (C 259 de 2015, p. 62). Esta teoría cambió en 1996 donde el Consejo de Estado decidió unificar criterios de interpretación referente a la teoría de los móviles y finalidades, quedando así:

La teoría de móviles y finalidades tiene por objetivo es garantizar el control de legalidad en las decisiones de la administración, así como la protección de los derechos subjetivos, permitiendo abordar la procedencia de los medios de control de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho teniendo en cuenta el contenido de los actos acusados, los efectos que generaría la declaratoria de nulidad y la relación que tiene el titular de la acción con los efectos del acto administrativo (Sánchez, 2015, p. 121).

La aplicación de esta teoría a los actos administrativos precontractuales para determinar la elección de los medios de control relevantes demuestra su sustancial complejidad y la necesidad de darle un trato diferenciado a lo sucedido en la etapa de formación del contrato ya que con las decisiones que se adopten se pueden ver afectados tanto el interés general como los derechos de los particulares en calidad de oferentes.

3.3 Medios de control procedentes en cada juicio de imputación fáctica

Una vez identificados los actos administrativos previos a la ejecución del contrato del Estado a la luz de la teoría del acto separable, hay que decir que estos actos no son el único medio por el cual la administración puede generar perjuicio ilícito para el licitador como se señaló en el segundo capítulo durante el estudio de los juicios de imputación fáctica de la responsabilidad precontractual del Estado, razón por la cual es que a continuación se presentan los medios de

control procedentes exhibiendo en primer momento las disertaciones desarrolladas por el Consejo de Estado – Sección Tercer y paso seguido mencionan los medios de control procedentes a la luz del CPACA.

1. Respecto de la irregularidad en la adjudicación⁶: se inicia con este juicio de imputación fáctica porque el debate jurídico de la línea jurisprudencial se dedicó durante largo tiempo a estudiar aspectos procesales de los procesos judiciales que estudiaban legalidad de los actos administrativos previos que fueron identificados anteriormente. En estos casos se discute la legalidad del acto administrativo de adjudicación por el oferente considera debió ser elegido adjudicatario toda vez que su propuesta era la mejor cumpliendo todos los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, por lo tanto, solicita que se declare la nulidad del acto mencionado y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a pagar la utilidad esperada. Antes de la expedición de la Ley 446 de 1998, el oferente que se encontrara en esta situación tenía cuatro meses para demandar por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo, el artículo 32 de la citada ley modificó el artículo 87 del CCA en los siguientes términos:

Artículo 87. <Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.> Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que

⁶ Las sentencias cuyos hechos presentaron este juicio de imputación fáctica fueron Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp. 6740, 1993. Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp. 9899, 1996. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 19932, 2012. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 25642, 2013. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 30250, 2014. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 21324, 2014. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 26332, 2014. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 59530, 2018. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección B, Exp. 46075, 2019.

se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

La constitucionalidad de esta norma fue estudiada y declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C 1048 de 2001 toda vez que consideró que los cambios introducidos propendían por brindar garantías jurídicas a los oferentes, no obstante ser ajenos a la relación contractual pueden verse perjudicados por la actuación administrativa en las etapas precontractuales, ya que podrían demandar independientemente del contrato y desde el momento de su expedición todos los actos administrativos ilegales que resulten lesivos de sus intereses (p. 16).

Son tres los cambios que según la Corte Constitucional introdujo la Ley 446 de 1998 al modificar el artículo 87 del CCA en el régimen de contratación pública: (a) el primero hace referencia a la posibilidad de demandar todos los actos previos separables del contrato público ya que como inicialmente estaba concebida la Ley 80 de 1993, solo se podían demandar de forma independiente al contrato, al acto de adjudicación, al que la declara desierta, o el que califica y clasifica a los oferentes; (b) el segundo cambio tiene que ver obviamente con el término de caducidad ya que los treinta días establecidos para demandar se convierten en la excepción a la

regla general de la acción de nulidad y restablecimiento, lo que contribuye a dar agilidad a los procesos de selección y a respetar la firmeza de los actos administrativos; y (c) el tercer cambio está relacionado con la legitimación en la causa por activa de la acción de nulidad absoluta ya que solo podrá ser solicitada por aquel tercero que acredite un interés directo (C 1048 de 2001, pp. 17 – 18).

Posterior a este pronunciamiento, el Consejo de Estado – Sección Tercera se tuvo que ocupar durante mucho tiempo en esclarecer los presupuestos procesales de la acción contra los actos previos a la celebración del contrato público, al punto que desde el año 2001 al 2013 fue este el principal problema jurídico a resolver, situación que se evidencia en la línea jurisprudencial que se presentó en el capítulo anterior ya que, por no ser este el problema jurídico que se pretendía resolver, no se incluyeron todas las sentencias que se ocuparon principalmente del tema de los presupuestos procesales para demandar los actos previos.

Es la sentencia del Consejo de Estado – Sección Tercera con radicado interno No. 30250 del 29 de enero de 2014 que presenta el resumen de los pronunciamientos más importantes sobre el tema, concluyendo que de la modificación hecha al artículo 87 del CCA se pueden establecer tres hipótesis espacio temporales en relación con el ejercicio de la acción procedente contra los actos administrativos previos, todas encaminadas a determinar que la caducidad para interponer las acciones contra dichos actos es de treinta días si el contrato no se ha celebrado o dos años a partir de la celebración del contrato correspondiente, sin que esto implique que el demandante pueda elegir el término de caducidad más conveniente o que la entidad y el adjudicatario acuerden celebrar el contrato antes de los treinta días para impedirle al oferente afectado acudir ante la administración de justicia.

Estas hipótesis son: a) demandar a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los treinta días siguientes a la notificación del acto administrativo de adjudicación sin que se haya celebrado el respectivo contrato; b) pasados los treinta días desde la notificación del acto de adjudicación y sin que se haya celebrado el contrato, el oferente vencido puede demandar por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual operaba el fenómeno de la caducidad sobre el restablecimiento del derecho sin que ello impida al juez pronunciarse sobre la legalidad del acto demandado; y (c) que dentro del término de los treinta días siguientes a la notificación del acto administrativo de adjudicación se haya celebrado el contrato, el oferente vencido puede demandar a través de la acción contractual solicitando la nulidad de los actos previos, la nulidad absoluta del contrato y el reconocimiento de perjuicios a título de restablecimiento del derecho, pero si el oferente que considera haber merecido ser elegido adjudicatario presentó la demanda a través de la acción contractual posterior a los treinta días que establecía la norma, se entendía que había operado el fenómeno de la caducidad sobre el reconocimiento de perjuicios sin que ello le impidiera al juez estudiar la legalidad del acto de adjudicación y en consecuencia la posible nulidad absoluta del contrato (Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección B, Exp. 46075, 2019, p. 11).

Si la pretensión de restablecimiento del derecho se presentaba dentro del término fijado por la ley y el demandante lograba probar que la decisión de la administración fue irregular toda vez que su oferta era la mejor en comparación con sus competidores y cumpliendo cabalmente el pliego de condiciones definitivo, se reconocía y reconoce la utilidad esperada del contrato, es decir el interés positivo.

Esta variedad de posibilidades traía confusión en cuanto al término de caducidad especialmente para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ya que, por regla general,

la caducidad era de cuatro meses excepto para los actos previos; esta situación fue la que solucionó el CPACA al unificar el término de caducidad para el medio de control de nulidad y restablecimiento fijando un único término de cuatro meses (artículo 138), además de facultar al afectado por la decisión irregular de la administración de hacer uso del medio de control de nulidad simple (artículo 141, inciso 2, CPACA).

Para un sector de la doctrina esta norma no quitó la posibilidad de demandar los actos previos a través del medio de control de controversias contractuales toda vez que si el contrato ya fue suscrito el demandante podría solicitar la declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación siempre y cuando solicite la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, pudiendo además solicitar como medida cautelar la suspensión del procedimiento administrativo contractual en virtud de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 230 del CPACA, caso en el cual no daría lugar la solicitud del restablecimiento del derecho (Expósito, 2011, pp. 41 – 42).

2. Sobre la imposibilidad de seleccionar el oferente⁷: bajo este juicio de imputación fáctica se desarrollaron los casos en que los demandantes solicitaron la nulidad de los actos administrativos de revocatoria de la apertura del proceso de selección, de declaratoria de desierta y la decisión de rechazar una oferta y archivarla por aplicar causales de rechazo que no cuentan con un fundamento legal. Para estos eventos también se presentó la confusión narrada anteriormente toda vez que se llegó a considerar que el término de treinta días aplicaba únicamente para las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos de

⁷ Las sentencias cuyos hechos presentaron este juicio de imputación fáctica fueron Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 24059, 2013. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 25804, 2014. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 31297. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 51376, 2015. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 41217, 2017.

adjudicación, sin embargo, el Consejo de Estado – Sección Tercera aclaró que el término para demandar los actos administrativos enunciados a través de la acción de nulidad y restablecimiento era también de treinta días sin perjuicio de emplear las demás acciones, especialmente la contractual.

En todos los casos que se clasificaron bajo este juicio de imputación fáctica todos los demandantes solicitaron a título de restablecimiento del derecho el pago de la utilidad esperada por considerar que cumplían cabalmente con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones o la ley, sin embargo, el alto tribunal de lo contencioso administrativo consideró que para este tipo de casos el restablecimiento del derecho consiste en el pago de los gastos incurridos por el oferente en la participación del proceso de selección, es decir el pago del interés negativo, ya que este tipo de casos no es comparable en términos de los perjuicios ocasionados con aquellos en que se dio la adjudicación de manera irregular en la medida que los actos que se demandan en estos ponen fin al proceso de selección de contratista, es decir que no hay adjudicación; reconocer el interés positivo en estos casos equivaldría a decir que el simple hecho de participar o postularse a un proceso de selección de contratista da por sí solo el derecho adquirido de percibir la utilidad del contrato que se propone.

Para estos casos el principal medio de control procedente es el de nulidad y restablecimiento del derecho cuyo término de caducidad es de cuatro meses (artículo 138, CPACA), sin excluir la posibilidad de emplear el medio de control de nulidad simple trayendo como consecuencia que no se pueda solicitar indemnización alguna a título de restablecimiento del derecho.

3. En cuanto a la acción u omisión atribuible a la otra parte durante la etapa de la formación de la voluntad⁸: este juicio de imputación fáctica aborda los casos relacionados con (a) el incumplimiento al deber de información, y (b) el irrespeto al deber de lealtad y cooperación por abuso de la administración de su posición dominante.

El primer escenario que configura el juicio de imputación fáctica en comento, las consecuencias de la falta de información por parte de la entidad se pueden evidenciar cuando los pliegos de condiciones no establecen condiciones claras y su interpretación se realiza en contra del oferente, cuando la entidad adjudica un contrato a una oferta que el oferente no puede cumplir o redacta el contrato con condiciones diferentes a las presentadas en la propuesta; en estos casos se presenta además el irrespeto al deber de lealtad y cooperación por abuso de la administración de su posición dominante, frente a los cuales se podía interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de adjudicación siempre y cuando el oferente haya manifestado de manera constante y diligente estas situaciones y no haya suscrito y ejecutado el contrato ya que se entendería que aceptó tácitamente todas las condiciones expuestas por la entidad⁹.

Sin embargo, los efectos del incumplimiento al deber de información por parte de la administración también se pueden evidenciar al momento de ejecutar el contrato trayendo consecuencias lesivas para el particular, que si bien es un incumplimiento a un deber de conducta

⁸ Las sentencias cuyos hechos presentaron este juicio de imputación fáctica fueron: Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp.10399, 2000. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 22043, 2012. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 23827, 2013. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 38936, 2015. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 41217, 2017.

⁹ Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp.10399, 2000. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 38936, 2015. Corte Constitucional, T 209 de 2006.

propio de la etapa precontractual, era procedente la acción contractual máxime cuando en el contrato está pactado como una de las obligaciones de las partes entregarse toda la información necesaria que garantizara la libre suscripción del contrato¹⁰.

En ese orden de ideas, para este juicio de imputación fáctica se puede hacer uso, en principio de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de controversias contractuales, el primero regulada por el artículo 138 del CPACA con un término de caducidad de cuatro meses desde la notificación del acto administrativo demandado, sin embargo, en virtud de lo expuesto inciso segundo del artículo 141 del citado Código, también se pueden demandar los actos previos a través del medio de control de nulidad definido en el artículo 137 del CPACA.

El segundo medio de control viable para este juicio de imputación fáctica es el de controversias contractuales regulado en el artículo 141 del CPACA con un término de caducidad de dos años contados a partir de la ocurrencia de los motivos que dieron lugar a los perjuicios según lo dispuesto en el artículo 164, numeral 2, literal j del CPACA, que para este caso el término de caducidad empezaría a contar a partir del momento en que el contratista tuvo conocimiento de la falta de información de la entidad.

4. En cuanto a la renuencia de la administración pública a suscribir y perfeccionar el contrato estatal¹¹: si bien es cierto que la línea jurisprudencial inició con este juicio de imputación fáctica afirmando que todas los litigios en que fuera evidente que la voluntad de las partes se

¹⁰ Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 22043, 2012. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 23827, 2013.

¹¹ Las sentencias cuyos hechos presentaron este juicio de imputación fáctica fueron: Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp. 5556, 1990. Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp. 5825, 1991. Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp. 10038, 1997. Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp. 10399, 2000. Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp. 13405, 2001. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección C, Exp. 31618, 2015.

encaminaba a la celebración de un contrato debían resolverse por medio de la acción contractual, sin embargo, esta postura cambió toda vez que para elegir la acción procedente debe tenerse en cuenta la fuente del daño y la naturaleza del acto del que proviene, y en estos casos el daño no tiene su origen en la ilegalidad de un acto administrativo por cuanto el afectado está de acuerdo con contenido del acto de adjudicación y desea materializarlo, y tampoco tiene su fuente el daño en el contrato toda vez que este no se alcanzó a suscribir y/o perfeccionar; el origen del daño se encuentra en un hecho jurídico, que para este caso es el comportamiento de la administración contrario al principio de buena fe de no suscribir y permitirle al particular la ejecución del contrato al cual se comprometió, razón por la cual la acción procesal pertinente.

Actualmente el medio de control procedente es la reparación directa regulada en el artículo 140 del CPACA, teniendo como término de caducidad para su interposición dos años contados a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho generado (artículo 164, numeral 2, literal i), CPACA), es decir la omisión de la entidad de suscribir y/o perfeccionar el contrato.

De acuerdo con lo expuesto, a manera de síntesis se puede afirmar que el daño antijurídico precontractual puede tener diferentes formas de producirse y es el hecho generador del daño lo que determina la escogencia del medio de control.

3.4 Conclusiones preliminares

Revisados los elementos teóricos, legales y jurisprudenciales sobre el aspecto procesal de la responsabilidad precontractual del Estado, se puede decir a manera de síntesis la teoría del acto separable surgió con el objetivo de entregarle a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia de los actos previos a la celebración del contrato toda vez que la actividad contractual de las entidades públicas era entendida como un acto de gestión, es decir, actuaciones por medio

de las cuales el Estado se desligaba de su autoridad y ejercía conductas de particulares regidas bajo la normatividad del derecho privado. Bajo este contexto se presentaba un problema de carácter procesal toda vez que al regular los contratos de la administración con las normas del derecho civil se desconocía que, para que una entidad pública pudiera suscribir un contrato, era necesario que su titular tuviera competencia para manifestar de manera unilateral el deseo de constituir un negocio jurídico con un particular, los cuales debían ser entendidos como actos administrativos.

En ese orden de ideas, si no se desligaba los actos previos a la suscripción del contrato con el contrato mismo, resultarían perjudicados los oferentes que consideraban fueron vulnerados sus derechos con la decisión de la administración ya que bajo la óptica del derecho civil solo estarían legitimados para demandar los sujetos contractuales, es decir aquellos que suscribieron el contrato, de tal manera que resultaba indispensable separar la actividad contractual de la administración en dos etapas: una anterior a la celebración del contrato la cual estaría regida bajo el criterio de los actos administrativo y otra que naciera con la suscripción del contrato que se regiría con las normas del derecho privado, quedando así superada la teoría de la indivisibilidad de los actos contractuales de la administración.

A partir de los aportes de la doctrina y la jurisprudencia, se definieron los criterios que permitieron tratar la actividad contractual de las entidades públicas bajo parámetros diferenciados del derecho privado, primero por el reconocimiento de la existencia de cláusulas abusivas por parte de la administración para cierto tipo de contratos y luego por la incorporación del concepto de servicio público ligado directamente a los objetos contractuales, sin que ello desconociera lo propuesto por la teoría de los actos separables. De esta manera resultó que la jurisdicción contencioso administrativa tuvo la competencia para estudiar los actos previos a la celebración del

contrato bajo los criterios de legalidad propios de los actos administrativos y de los contratos suscritos por las entidades públicas con criterios que respondieran a sus peculiaridades.

En resumen, esta postura eminentemente procesal propone que el ordenamiento jurídico otorgue un tratamiento distinto a lo que ocurre antes y después de la celebración del contrato, la cual solo fue incorporada en Colombia a partir de la Ley 80 de 1993 ya que dividen la actividad contractual en diferentes etapas, siendo una de ellas los procesos de selección, de tal manera que la doctrina y jurisprudencia nacional definieron los actos separables como aquellos que se producen en la etapa previa a la suscripción y perfeccionamiento del contrato haciéndolos independientes a este, lo que permite que su control de legalidad se pueda hacer por medios diferentes en los que se discute el contrato.

En la actualidad, los actos administrativos precontractuales o separables del contrato estatal son definidos como aquellas decisiones o declaraciones unilaterales que profieren las entidades públicas para iniciar, tramitar y finalizar el procedimiento de selección del contratista, es decir que surgen con ocasión y para el nacimiento del contrato público sin que su existencia en el mundo jurídico esté supeditada a la celebración del contrato, aunque estos si pueden afectar la validez del contrato estatal, produciendo efectos directos e inmediatos o simplemente impulsar el procedimiento administrativo en cumplimiento de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Es importante tener en cuenta que no todos los actos precontractuales son demandables ya que algunos de ellos son de trámite y de impulso del proceso de selección del contratista, lo que quiere decir que no genera situaciones jurídicas definitivas para los oferentes; ahora bien, respecto de los actos precontractuales que si son demandables, se debe tener en cuenta si son generales, particulares o mixtos ya que de ello dependerá la elección de los medios de control toda vez que:

a) si son actos administrativos generales, el medio de control procedente es el de nulidad simple,

b) si son de carácter particular, el medio de control relevante será la nulidad y restitución del derecho, (c) mientras que si son actos de carácter mixto, pueden ser demandados tanto por nulidad simple como por nulidad y el restablecimiento de la ley según las pretensiones y legitimación en la causa del demandante.

Resulta pertinente recordar que esta claridad sobre la posibilidad de demandar los actos precontractuales es relativamente reciente toda vez que el CCA se expidió con anterioridad a la Ley 80 de 1993, de tal manera que el legislador incorporó la teoría del acto separable por medio de la Ley 446 de 1998 modificando el artículo 87 del referido Código, en virtud del cual, los actos proferidos antes de la celebración del contrato podrían ser demandados mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho según el caso.

Este cambio normativo, en lugar de facilitar el acceso a la administración de justicia para los oferentes que consideraron que sus derechos se vieron afectados con las decisiones de la administración durante la etapa precontractual, trajo una fuerte confusión sobre la acción procedente, las pretensiones viables en cada una de ellas ni sobre su término de caducidad, lo que obligó a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado – Sección Tercera a pronunciarse en repetidas ocasiones sobre los presupuestos procesales de la acción contra los actos previos a la celebración del contrato público, aclarando que con esta incorporación normativa había tres escenarios viables para demandar los actos previos bajo tres acciones diferentes: nulidad, nulidad y restablecimiento y la acción contractual, cada una con consecuencias diferentes en cuanto a las pretensiones del restablecimiento del derecho.

La situación descrita fue la que quiso remediar el CPACA ya que unificó el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en cuatro meses sin importar que el acto demandado sea o no producido con ocasión de la actividad contractual, lo que

quiere decir que el oferente que considere afectados sus derechos e intereses con cualquier acto previo al contrato (sea de adjudicación, de declaratoria de desierta, de revocatoria del acto administrativo de apertura o aquel que rechace su oferta) cuenta con cuatro meses para demandarlo ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Sin embargo, se debe aclarar que dependiendo del acto administrativo demandado va a depender el restablecimiento del derecho que reconozca el juez competente toda vez que, según se pudo constatar en la línea dinámica jurisprudencial:

- Si se demanda la legalidad del acto administrativo de adjudicación, es viable obtener el reconocimiento de la utilidad esperada de la ejecución del contrato, es decir del interés positivo, siempre y cuando el demandante demuestre que su oferta era la mejor cumpliendo con todos los requisitos del pliego de condiciones, y por ende que la decisión de la administración fue errónea e ilegal.
- Pero si se demanda alguno de los actos administrativos que pone fin al proceso de selección, solo será viable el reconocimiento del interés negativo, es decir de los gastos incurridos por la participación en el proceso de selección ya que, reconocer el interés positivo en estos casos permitiría afirmar que sola participación configura el derecho adquirido de recibir la utilidad esperada del contrato.

No obstante, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es el único procedente para demandar los actos previos: se puede emplear la simple nulidad, pero no habría lugar a solicitar ningún tipo de indemnización, siendo de utilidad para la escogencia de alguno de estos medios de control la teoría de los móviles y finalidades toda vez que permite realizar su escogencia teniendo en cuenta el contenido de los actos acusados, los efectos que generaría la

declaratoria de nulidad y la relación que tiene el titular de la acción con los efectos del acto administrativo.

También se puede hacer uso del medio de control de controversias contractuales para demandar la nulidad del acto administrativo de adjudicación siempre y cuando se solicite la nulidad absoluta del contrato, solicitud que puede estar acompañada de la medida cautelar de suspensión del procedimiento administrativo contractual, sin que resulte viable reclamar la utilidad esperada. Finalmente, también está la posibilidad de demandar a través del medio de control de reparación directa todos los hechos jurídicos, es decir aquellas manifestaciones de las entidades que no puedan catalogarse como actos administrativos, que ocasionen un daño antijurídico al particular para lo cual tendrá un término dos años contados a partir del momento en que ocurrió el hecho generador.

Como puede observarse, definir el medio de control procedente para solicitar ante la jurisdicción contencioso administrativa que se declare la responsabilidad precontractual del Estado no es sencillo, es necesario tener en cuenta el hecho generador del daño antijurídico no solo para elegir el medio de control sino para el reconocimiento de los perjuicios que se pudieron ocasionar, que para mayor claridad de todos los sujetos procesales (el oferente o adjudicatario demandante, la entidad pública demandada y el juez), debería reconocerse el interés positivo cuando se demuestre tener el derecho adquirido de ejecutar el contrato y percibir la utilidad esperada, es decir en los juicios de imputación fáctica de indebida adjudicación y renuencia de la administración de suscribir y/o perfeccionar el contrato. En los demás casos resultaría justo reconocer el interés negativo entendido como los gastos de participación en el proceso de selección, o en el caso de pérdidas por falta de información de la entidad contratante, el reconocimiento de las mismas a valor presente.

De acuerdo con lo anterior, es claro que existen varios medios de control que se pueden aplicar para reclamar la responsabilidad precontractual del Estado de cuya elección depende las pretensiones que se efectúen en la demanda, lo que indica que dicha responsabilidad merece una explicación detallada no solo en el aspecto sustancia sino también en el aspecto procesal.

4. Conclusiones

Resulta incuestionable afirmar que la etapa de formación del contrato público es un procedimiento reglado y vinculante para sus intervinientes regido por una serie de formalidades que obligan a la administración a definir de manera previa a la celebración del contrato, y sin el consentimiento de los particulares en calidad de oferentes, los siguientes aspectos: (a) las necesidades de interés general que desea satisfacer con la ejecución del contrato, (b) los criterios de escogencia del contratista, y (c) las condiciones de ejecución de dicho contrato.

Esta breve definición permite cuestionarse sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad que surge con ocasión de la ocurrencia de daños antijurídicos durante la etapa en comento, los cuales pueden estudiarse bajo la tipología clásica de la responsabilidad del Estado o bajo una categoría autónoma y distinta de aquellas, toda vez que la fuente de la obligación de reparar en el periodo precontractual yace en la confianza legítima que las partes depositan entre sí con el propósito de llegar a la celebración de un contrato, siendo para los particulares más fuerte en la medida que tiene como sujeto negocial a una entidad del Estado que al manifestar su deseo de contratar, siguiendo las directrices marcadas por el ordenamiento jurídico, genera confianza y expectativas legítimas en la ciudadanía sobre la culminación de las negociaciones con la celebración de un contrato con el oferente mejor calificado.

Es importante tener en cuenta que el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991 regula el deber del Estado de reparar a los ciudadanos cuando les produce un daño que no están en la obligación jurídica de soportar, aplicable indistintamente del ámbito de actuación de la administración siempre y cuando el particular afectado acredite los dos requisitos: el daño antijurídico y los juicios de imputación fáctica y jurídica hacia una autoridad pública, lo que no quiere decir que se materialicen de igual forma en todo momento.

A partir de la revisión de las teorías de la responsabilidad extracontractual y contractual del Estado en Colombia, se encontraron criterios diferenciadores entre ambas, sin embargo, ninguna de ellas dio razón de lo que acontece en la etapa de formación del contrato público, motivo por el cual se abordaron las teorías del derecho civil que han estudiado este tema entre particulares, concluyendo que son insuficientes para fundamentar el deber del Estado de responder por los daños antijurídicos que ocasione durante el periodo precontractual toda vez que la relación de los particulares en el *iter* contractual se basa en los principios de igualdad y autonomía privada de la voluntad; sin embargo, de las discusiones teóricas del derecho civil se extrajeron elementos valiosos como por ejemplo que la fuente jurídica de la obligación de reparar los daños ocasionados durante la etapa de negociación se encuentra en el comportamiento desleal y contrario al principio de la buena fe objetiva, y los perjuicios que se pueden presentar.

En ese orden ideas, es evidente que existen suficientes elementos que justifican la existencia de una teoría autónoma de responsabilidad precontractual para el derecho administrativo que sea compatible con las especificidades que presenta el artículo 90 constitucional y la etapa de selección del contratista, definiendo los deberes de comportamiento de los sujetos negociales, el fundamento constitucional y legal de este tipo de responsabilidad y las

manifestaciones concretas de elementos de la responsabilidad estatal, es decir del daño antijurídico y los juicios de imputación fáctico y jurídico.

Respecto de los deberes de conducta de los sujetos negociales, se advierte que ni la Ley 80 de 1993 ni las reglamentaciones siguientes establecieron un listado taxativo de obligaciones, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han fijado una serie de principios y deberes a partir de la interpretación armónica de algunos postulados constitucionales y de la misma reglamentación especial en materia de contratación pública. Sobre los deberes de conducta de la administración es muy amplia la teoría, sin embargo, para efectos de este trabajo se agruparon en tres deberes teniendo en cuenta el análisis dinámico jurisprudencial realizado, que son: de planeación, de selección objetiva y de sujeción al principio de la buena fe; mientras que para los particulares en calidad de oferentes solo se desarrolla un gran teniendo en cuenta la condición de inferioridad en que se encuentra durante la etapa de formación del contrato, ese deber es el de actuar conforme al principio de la buena fe.

El deber de planeación se fundamenta en los artículos 209, 339 y 341 constitucionales y de los numerales 6, 7 y 11 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26 y de los numeral 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993, y del artículo 2.2.1.1.4.1 y siguientes del Decreto 1082 de 2015, y tiene por objetivo asegurar la debida estructuración de los negocios jurídicos debiendo orientarse única y exclusivamente en la satisfacción real del interés general, evitando que los contratos públicos sean producto de la improvisación o la mediocridad, que se materializa en la definición clara de los siguientes aspectos: (a) la necesidad que motiva la celebración del contrato; (b) la modalidad de selección de contratista y el tipo de contrato que será empelado; (c) las especificaciones, cantidades y demás características que deba cumplir el bien, obra o servicio a contratar por considerarse necesaria para garantizar su calidad; (d) los costos que demandaría la

ejecución del contrato basados en los precios del mercado en tiempo real; (e) la disponibilidad de recursos en la entidad contratante; (f) la existencia en el mercado de proveedores que puedan satisfacer las necesidades identificadas bajo los parámetros que se exigen; y (g) los procedimientos, trámites y requisitos que debe realizar para poder iniciar el proceso de contratación

El deber de selección objetiva se encuentra definido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y se materializa en el momento de aplicar los procesos de selección, concretamente en lo relacionado con: (a) la configuración de reglas en los pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e impersonales que eviten tratos discriminatorios y ventajosos; (b) la fijación de plazos razonables que faciliten la concurrencia de los oferentes; (c) el impedir modificar las propuestas después de haberse efectuado el cierre del procedimiento administrativo de selección; (d) la evaluación de todas las propuestas con estricta aplicación de los criterios de selección establecidos y bajo los mismos parámetros de ponderación, sin que le sea dable valorar con más rigor determinadas propuestas y ser laxa con otras; y (e) la no variación de criterios de evaluación y su ponderación.

En cuanto al deber de sujeción al principio de la buena fe, concretamente de la buena fe objetiva, es importante reconocer que su incorporación directa a la etapa de formación del contrato público fue el principal aporte de las teorías del derecho civil que en el ordenamiento jurídico colombiano tiene su sustento como principio rector en el artículo 83 de la Carta Política, como deber de comportamiento durante el *iter* contractual entre particulares tiene sustento legal en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, y concretamente para la etapa precontractual en el artículo 863 del Código de Comercio.

La aplicación de la buena fe objetiva trae como consecuencia la incorporación de unas obligaciones secundarias de conducta, que para la administración son: (a) comportarse leal y correctamente durante toda la negociación lo que quiere decir que se debe tener presente y respetar el legítimo interés del otro; (b) brindar toda información necesaria y relevante para la celebración y ejecución del contrato de forma veraz, auténtica y completa; (c) no terminar las negociaciones de manera intempestiva, máxime cuando el ordenamiento jurídico les exige iniciar y terminar los procesos de selección de manera normal con la adjudicación del proceso; y (d) suscribir el contrato por escrito y realizar todos los trámites tendientes a su perfeccionamiento.

Para los particulares es calidad de oferentes las obligaciones secundarias de conducta que se desprenden de la sujeción al principio de la buena fe son: (a) obrar diligentemente en el entendido que cada parte debe desarrollar una conducta activa para proteger sus propios intereses, (b) tener una actitud de colaboración con la entidad en la identificación de errores determinantes para el proceso de selección o para la ejecución del contrato, (c) someterse completamente a los requisitos manifiestos en el pliego de condiciones ya que están estructurados para satisfacer el interés general, y (d) desplegar todas las actuaciones necesarias para la suscripción y perfeccionamiento del contrato revisando su contenido antes de firmarlo.

En cuanto fundamento constitucional que respalda la existencia de la responsabilidad precontractual del Estado como un tipo autónomo de responsabilidad, es evidente que encuentra asidero en los artículos 90, 6 y 83 de la Constitución Política de Colombia de 1991, toda vez que en ellos se consigna la obligación de las entidades públicas de reparar los daños antijurídicos que ocasionen y el deber de obediencia de las autoridades públicas a los principios legalidad y de buena fe, pudiéndose incluir además los artículos 13 y 29 de la Carta Política ya que la selección del

contratista que colaborará con las funciones del Estado es un procedimiento fuertemente reglado regido por los postulados del debido proceso.

Sobre las manifestaciones del daño antijurídico y los juicios de imputación como elementos esenciales de la responsabilidad estatal, el Consejo de Estado – Sección Tercera ha definido el daño antijurídico precontractual como la lesión definitiva cierta, presente o futura, determinada o determinable y anormal, a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona producto de una acción, omisión o inactividad de las entidades o los particulares que ejerzan funciones públicas de durante la etapa previa a la celebración del contrato que la víctima no está en el deber de soportar, el cual se materializa según la categorización de perjuicios propuesta por las teorías del derecho civil, es decir con el reconocimiento de: (a) el interés negativo o de confianza entendido como todos los gastos en que tuvo que incurrir el afectado durante las negociaciones, que en materia de la contratación pública se refieren a los gastos en que incurrió el oferente para participar del proceso de selección, y (b) el interés positivo o de cumplimiento definido como aquellos emolumentos que la víctima del comportamiento desleal esperaba percibir con la ejecución del contrato, que en el derecho administrativo se entiende como la utilidad esperada del contrato.

Respecto de la manifestación de los juicios de imputación, durante un prolongado periodo de tiempo la jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Tercera ha reconocido cuatro juicios de imputación fáctica en que puede incurrir la administración durante la etapa de formación del contrato público: (a) la acción u omisión atribuible a la otra parte durante la etapa de la formación de la voluntad, (b) la imposibilidad de seleccionar el oferente, (c) las irregularidades en la adjudicación, y (d) la renuencia de suscribir y perfeccionar el contrato estatal. En cuanto a los

juicios de imputación jurídica, se definieron la vulneración a los principios de legalidad y de buena fe.

En lo atinente a los medios de control procedentes para solicitar a la administración la reparación patrimonial de los perjuicios ocasionados durante el periodo precontractual, se concluye que no hay un solo medio de control procedente toda vez que el daño antijurídico precontractual puede tener diferentes fuentes que son los actos administrativos previos a la celebración del contrato y los hechos jurídicos.

En cuanto a los primeros, es decir a los actos previos, hay que señalar la importancia de la teoría del acto separable toda vez que permitió dividir el proceso contractual en dos etapas: (a) la de formación de la voluntad contractual en la cual la administración manifiesta su deseo de celebrar un negocio jurídico con un particular a través de actos administrativos independientes al contrato público, lo que permite que su control de legalidad se pueda realizar por medios distintos en los que normalmente se discute lo concerniente al contrato; y (b) la contractual propiamente dicha que inicia a partir del perfeccionamiento del contrato público.

Se consideran actos previos aquellos que ponen fin al proceso de selección, bien sea por la adjudicación del contrato o por la finalización del proceso debido a la imposibilidad de seleccionar al contratista, de manera tal que pueden ser demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa principalmente a través del medio de control de nulidad y restablecimiento, sin perjuicio de emplear los medios de control de nulidad simple y controversias contractuales, dependiendo del caso y de las pretensiones del demandante.

Respecto de la segunda fuente del daño antijurídico precontractual, los hechos jurídicos, el medio de control pertinente para solicitar la declaratoria de responsabilidad del Estado, con su correspondiente indemnización de los perjuicios, es el de reparación directa.

Como toda teoría jurídica, la responsabilidad precontractual del Estado ha sido el producto de constantes disertaciones tanto de la doctrina como de la jurisprudencia que debido a sus singularidades presenta ciertas dificultades en su identificación y aplicación, inicialmente en torno a los presupuestos procesales de la acción (hoy medio de control) procedente contra los actos previos, y hoy en día sobre la definición de su naturaleza jurídica y la fijación de criterios claros sobre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados.

El vínculo jurídico que une a las partes se convierte en factor de vital importancia para distinguir y separar la responsabilidad precontractual del Estado de la tipología clásica toda vez que no se puede considerar una modalidad de responsabilidad extracontractual ya que si bien es cierto se desarrolla al margen de la existencia de un contrato, no sería viable reclamar en virtud de esta la presencia y el respeto de un procedimiento reglado, con sus correspondientes deberes mutuos y específicos de conducta, pero tampoco se puede hablar de responsabilidad contractual precisamente porque el contrato no llegó a celebrarse

De todo lo expuesto se puede decir a manera de conclusión final que existen suficientes elementos en el ordenamiento jurídico colombiano para acreditar la existencia de la responsabilidad del Estado en la etapa de formación del contrato como un tipo autónomo de responsabilidad, los cuales han sido ampliamente desarrollados por la jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección tercera, basado principalmente en las manifestaciones concretas de voluntad de la administración que tienen por objetivo la selección del contratista, la adjudicación del contrato y el perfeccionamiento del mismo.

Referencias

- Alonso, E. (2012). El poder constituyente como apéndice de la responsabilidad patrimonial del Estado. Implicaciones en la configuración de la noción de modelo constitucional a la luz de la Constitución Política de 1991. *Derecho y Realidad* (No. 19), 25 – 52. https://revistas.upc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4872
- Alonso, E. (2013). El poder constituyente “extraordinario” como paradigma de responsabilidad del Estado. Un modelo (des) dibujado desde la teoría de juegos. *Revista Principia Iuris* (No. 20), 301 – 324. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/815>
- Alonso, E., García, R., Silva, S. (2020). El Estado-Nación en Colombia como orden jurídico-político híbrido: Revisión teórica a propósito de la noción de ‘Failed State’. *Verba Iuris* (No. 43), 27 – 44. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/6392>
- Arango, J. (2017). *La responsabilidad precontractual del estado en Colombia y el paralelo de sus garantías en el Derecho Español. Tesis de grado obtenida para optar al título de Doctor en Estudios Europeos*. [Tesis doctoral]. Universidad CEU San Pablo, Madrid, España. <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=t1YR3Oss10E%3D>
- Arias, D., & Arias, H. (2012). Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual: una mirada a su regulación en Colombia, así como en otros países y la aplicación de la autonomía en negocios de ingeniería. *Tecnura*, vol. 16 (No. 32), 144 – 155. <https://doi.org/10.14483/udistrital.jour.tecnura.2012.2.a11>
- Bahamón, M. (2018). Elementos y presupuestos de la contratación estatal. *Colección Jus Público*; No. 26. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad Católica de Colombia.

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23523/1/elementos-y-presupuestos-de-la-contratacion-estatal.pdf>

Bendeck, J. (1992). Exposición de motivos del estatuto de contratación. Gaceta del Congreso, No. 75, 23 de septiembre de 1992. Bogotá, D. C., Colombia.
<https://www.dane.gov.co/files/acerca/Normatividad/decreto-1170-2015/Decreto-222-de-1983.pdf>

Bernal, J. (2008). Derecho administrativo. Programa administración pública territorial.
<http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2017/10/2-Derecho-Administrativo.pdf>

Bernal, M. (2013). La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta. *Vniversitas. Bogotá (Colombia)* (No. 126), 39 – 64.
<http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n126/n126a03.pdf>

Berrocal, L. (2016). Capítulo VI. Clasificación del acto administrativo. (Séptima Edición). *Manual del acto administrativo según la ley, la jurisprudencia y la doctrina*. (pp. 144 – 220). Bogotá D. C., Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Borda, A. (2014). La buena fe en la etapa precontractual. *Vniversitas*, No. 129, pp. 39 – 79.
<https://www.redalyc.org/pdf/825/82534126003.pdf>

Buitrago, A. (2019). Responsabilidad extracontractual del estado y constitución democrática. *Revista Verba Iuris*, 14 (No. 41), 15 – 45. <file:///D:/Datos%20Usuario/Downloads/4646-Texto%20del%20art%C3%ADculo-7816-1-10-20181212.pdf>

Canosa, F. (2013). Capítulo IX. Incumplimiento imputable al deudor. (Sexta Edición). *La resolución de los contratos. Actualización con el Código General del Proceso Ley 1564 de 2012*. (pp. 369 – 442). Bogotá D. C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Carretero, A. (1970). Teoría de los actos separables. *Revista de administración pública*, ISSN 0034-7639 (No. 61), 83 – 120.

<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=61&IDA=22647>

Caviedes, J. (s.f.). *La responsabilidad de la administración pública en la etapa precontractual: actos y hechos administrativos, fundamentos de reparación y acciones judiciales*. [Tesis de Maestría en Derecho Administrativo].

https://www.researchgate.net/publication/50204844_La_responsabilidad_de_la_administracion_publica_en_la_etapa_precontractual_actos_y_hechos_administrativos_fundamentos_de_reparacion_y_acciones_judiciales

Centro Nacional de Memoria Histórica. (2013). Los orígenes, las dinámicas y el crecimiento del conflicto armado. *¡Bata ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad. Informe general* Grupo de Memoria Histórica.

<http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf>

Cobos, P. (s.f.). Antecedentes históricos y evolución en la regulación de las diferentes formas de colaboración público-privada. Novedades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. *Revista española de control externo*, Vol. 10 (No. 28), 15 – 34. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2702955>

Código Civil de los Estados Unidos de Colombia (1873, 31 de mayo). Ley 84 de 1873. Artículos citados: 63, 1602, 1603, 2341, 2347, 2349, 2356.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2011, 18 de enero). Ley 1437 de 2011. Artículos citados: 137, 138, 140, 141, 164, 230.

Código de Comercio (1971, 27 de marzo). Decreto 410 de 1971. Artículos citados: 863, 871.

Congreso de la República de Colombia (1993, 28 de octubre). Ley 80 de 1993. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Artículos citados: 5, 23, 24, 26, 30, 31, 40, 77.

Congreso de la República de Colombia (2007, 16 de julio). Ley 1150 de 2007. *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*. Artículos citados: 5, 8, 13.

Colombia Compra Eficiente. (2020, 13 de febrero). *Síntesis 14: Etapa Precontractual: Interpretación de los pliegos de condiciones*. Colombia Compra Eficiente. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/14-etapa-precontractual-interpretaci%C3%B3n-de-los-pliegos-de-condiciones>

Colombia Compra Eficiente. (2020, 13 de febrero). *Obligatoriedad audiencia de asignación de riesgos*. Colombia Compra Eficiente. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/obligatoriedad-audiencia-de-asignaci%C3%B3n-de-riesgos>

Colombia Compra Eficiente. (2020, 12 de junio). *Síntesis Contratación Estatal: Etapa Precontractual*. Colombia Compra Eficiente. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/s%C3%ADntesis-contrataci%C3%B3n-estatal-etapa-precontractual>

Corte Constitucional. Sentencia C - 333 de 1996. (M. P.: Alejandro Martínez Caballero; 01/08/1996). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C - 892 de 2001. (M. P.: Rodrigo Escobar Gil; 22/08/2001).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-892-01.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C – 1048 de 2001. (M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra;

04/10/2001). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1048-01.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T - 209 de 2006. (M. P.: Jaime Córdoba Triviño; 17/03/2006).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-209-06.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia C – 1008 de 2010. (M. P: Luís Ernesto Vargas Silva;

09/12/2010). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-1008-10.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia C – 254 de 2013. (M. P: Marco Gerardo Monroy

Cabra; 25/03/2003). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-254-03.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia C - 259 de 2015. (M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado;

06/05/2015). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-259-15.htm>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia SC5170-2018, Radicación número:

11001-31-03-020-2006-00497-01. (M. P: Margarita Cabello Blanco; 03/12/2018).

<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/01/SC5170-2018-2006-00497-01.pdf>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación número: 5556. (C. P.: Julio Cesar Uribe Acosta;

05/07/1990). <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=492-CE-SEC3-EXP1990-N5556>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación número: 5825. (C. P.: Carlos Betancur Jaramillo;

03/03/1991). <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=CE-SEC3-EXP1991-N5825>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación número: 6740. (C. P.: Julio Cesar Uribe Acosta; 25/03/1993). <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=CE-SEC3-EXP1993-N6740>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación número: 9899. (C. P.: Carlos Betancur Jaramillo; 18/04/1996). <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=0-CE-SEC3-EXP1996-N9899>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación número: 10038. (C. P.: Ricardo Hoyos Duque; 06/07/1997). <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/?q=25804&de=3&se=3&ac=0&ca=0&rs=1900%2F01%2F01&re=2020%2F08%2F23&st=0>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación número: 10399. (C. P.: Ricardo Hoyos Duque; 03/02/2000). <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=CE-SEC3-EXP2000-N10399>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación número: 23001-23-31-000-1995-7068-01(13405) (C. P.: Ricardo Hoyos Duque; 07/07/2001). [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=23001-23-31-000-1995-7068-01\(13405\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=23001-23-31-000-1995-7068-01(13405))

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04175-01(19932). (C. P.: Mauricio Fajardo Gómez; 27/01/2012). [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-26-000-1997-04175-01\(19932\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-26-000-1997-04175-01(19932))

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043). (C. P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 19/11/2012).

[http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-26-000-1998-00324-01\(22043\)A](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-26-000-1998-00324-01(22043)A)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Radicación número: 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059). (C. P.: Mauricio Fajardo Gómez; 14/03/2013).
[http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=44001-23-31-000-1999-00827-01\(24059\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=44001-23-31-000-1999-00827-01(24059))

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642). (C. P.: Enrique Gil Botero; 24/07/2013).
[http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=05001-23-31-000-1998-00833-01\(25642\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=05001-23-31-000-1998-00833-01(25642))

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00330-01(23827). (C. P.: Hernán Andrade Rincón; 02/09/2013).
<http://relatoria.consejodeestado.gov.co/?q=25804&de=3&se=3&ac=0&ca=0&rs=1900%2F01%2F01&re=2020%2F08%2F23&st=0>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02053-01(30250). (C. P.: Mauricio Fajardo Gómez; 29/01/2014).
[http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-26-000-1999-00330-01\(23827\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-26-000-1999-00330-01(23827))

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Radicación número: 13001-23-31-000-1999-00113-01(25804). (C. P.: Enrique Gil Botero; 26/02/2014).
<http://relatoria.consejodeestado.gov.co/?q=25804&de=3&se=3&ac=0&ca=0&rs=1900%2F01%2F01&re=2020%2F08%2F23&st=0>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Radicación número: 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324). (C. P.: Enrique Gil Botero; 12/06/2014).

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co/?q=25804&de=3&se=3&ac=0&ca=0&rs=1900%2F01%2F01&re=2020%2F08%2F23&st=0>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Radicación número: 66001-23-31-000-2009-00087-02(47830). (C. P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 09/07/2014).

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co/?q=47830&de=3&se=3&ac=0&ca=0&rs=1900%2F01%2F01&re=2020%2F08%2F23&st=0>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-10866-01(26332). (C. P.: Enrique Gil Botero; 12/08/2014).

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co/?q=26332&de=3&se=3&ac=0&ca=0&rs=1900%2F01%2F01&re=2020%2F08%2F23&st=0>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Radicación número: 76001-23-31-000-1998-01093-01(31297). (C. P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera; 26/11/2014).

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co/?q=31297&de=3&se=3&ac=0&ca=0&rs=1900%2F01%2F01&re=2020%2F08%2F23&st=0>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Radicación número: 47001-23-31-000-2001-00842-01(31618). (C. P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 18/03/2015).

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co/?q=31618&de=3&se=3&ac=0&ca=0&rs=1900%2F01%2F01&re=2020%2F08%2F23&st=0>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Radicación número: 85001-23-31-000-2011-00109-01(51376). (C. P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 26/11/2015).

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co/?q=51376&de=3&se=3&ac=0&ca=0&rs=1900%2F01%2F01&re=2020%2F08%2F23&st=0>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Radicación número: 54001-23-31-000-2006-01194-01(38936). (C. P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 03/12/2015).

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co/?q=38936&de=3&se=3&ac=0&ca=0&rs=1900%2F01%2F01&re=2020%2F08%2F23&st=0>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Radicación número: 85001233100020020036201 (35763). (C. P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera; 14/07/2016).

https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/13-09-2017_85001233100020020036201.pdf

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Radicación número: 11001-03-26-000-2011-00028-00(41217). (C. P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 01/04/2017).

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co/?q=41217&de=3&se=3&ac=0&ca=0&rs=1900%2F01%2F01&re=2020%2F08%2F23&st=0>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Radicación número: 05001-23-31-000-1997-02686-01(59530). (C. P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 05/07/2018).

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co/?q=59530&de=3&se=3&ac=0&ca=0&rs=1900%2F01%2F01&re=2020%2F08%2F23&st=0>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00481-02 (46075). (C. P.: Alberto Montaña Plata; 07/10/2019).

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co/?q=46075&de=3&se=3&ac=0&ca=0&rs=1900%2F01%2F01&re=2020%2F08%2F23&st=0>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42003). (C. P.: Alberto Montaña Plata; 03/09/2020).

https://www.d1tribunaladministrativodelmagdalena.com/images/Whatsapp_2020/d250002326000200900131011fallo2020911103133.pdf

Constitución Política de Colombia de 1991 (1991, 04 de julio). Artículos citados 6, 13, 29, 83, 90.

Dávila, G. (2006). El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales. *Revista Laurus*, Volumen 2, 1 – 27.
<https://www.redalyc.org/pdf/761/76109911.pdf>

Dávila, L. (2017). Contrato estatal. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. (pp. 522 – 601). Bogotá D. C., Colombia: Editorial Legis.

Decreto Ley 019 de 2012 (2012, 10 de enero). *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*. Artículo 217.

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2018). *Manual de Contratación*. Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP
<https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/1035318/Manual+de+Contrataci%C3%B3n+V12.pdf/bd03b7b9-b76b-49c0-a762-bda48c6f5a59>

Esguerra, J. (s.f.). La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional. *Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, 881 – 906. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/34.pdf>

- Expósito, J. (2011). El Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1.437 de 2.011). *Revista Digital de Derecho Administrativo*. 6 (dic. 2011), 25 – 45. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3079>
- Expósito, J. (2013). Forma y formalidades del contrato estatal. *Forma y contenido del contrato estatal*. (pp. 23 – 106). Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Galindo, R. (2002). Los títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-27.pdf>
- González, R. (2013). Responsabilidad extracontractual y contractual: Barrera entre ambas. *Anuario jurídico y económico escurialense XLVI (2013) 203-214* (No. 46), 203 – 213. <http://www.rcumariacristina.net:8080/ojs/index.php/AJEE/article/view/152>
- González, E., Autores, Montaña, A. y Rincón, J. (2017). Los derechos y los deberes de los oferentes en el proceso de selección. *Principia IURIS*, Vol. 6, 241 – 283. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad. Externado de Colombia.
- Gil, E. (2015). Sección XXI. Principio de planeación. *Tesaurus de responsabilidad contractual de la administración pública. Tomo I. Responsabilidad Precontractual*. (pp. 491 – 508). Bogotá D. C., Colombia: Editorial Temis.
- Güechá, C. (2012). La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del estado. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores, Volumen XV* (No. 29), 95 – 109. <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2371/2069>
- Gutiérrez & Vásquez (2013). *Los títulos de imputación utilizados por el consejo de estado para atribuir responsabilidad en eventos médico – hospitalarios: el precedente en materia*

- contencioso administrativo como mecanismo para unificar la jurisprudencia*. [Tesis para optar al título de abogado]. Universidad EAFIT Medellín, Colombia.
<https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/5262/LOS%20T%CDTULOS%20DE%20IMPUTACI%3N%20UTILIZADOS%20POR%20EL%20CONSEJO%20DE%20ESTADO%20PARA%20ATRIBUIR%20RESPONSABILIDAD%20EN%20EV.pdf?sequence=2>
- Henao, J. (1999). Responsabilidad patrimonial del estado en Colombia. “*Seminario internacional sobre responsabilidad patrimonial del Estado*”, organizado el 04 y 05 de diciembre de 1999, 105 – 146. Coordinación: Instituto nacional de administración pública y del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1392/12.pdf>
- Henao, J. (2007). *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Hernández, A. (2008). La responsabilidad contractual del Estado: ¿una responsabilidad sin imputación? *Revista de Derecho Privado* (No. 14), 171 – 192.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/554>
- Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: en negocio jurídico. Volumen I*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Isaza, J. (2011). *Inducción a la responsabilidad civil. (Primera Edición)* Bogotá D. C., Colombia: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Rodrigo Lara Bonilla.
<https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/tree/content/pdf/a1/5.pdf>

- Jiménez, L. (2010). Vigencia de la ley aquilia en el derecho civil colombiano. *Criterio jurídico garantista* (No. 2), 124 – 141. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28405.pdf>
- Jiménez, W. (2013). Origen y evolución sobre las teorías de responsabilidad estatal. *Diálogos de saberes* (No. 38), 63 – 78. URL: [file:///D:/Datos%20Usuario/Downloads/Dialnet-OrigenYEvolucionDeLasTeoriasSobreLaResponsabilidad-4696257%20\(1\).pdf](file:///D:/Datos%20Usuario/Downloads/Dialnet-OrigenYEvolucionDeLasTeoriasSobreLaResponsabilidad-4696257%20(1).pdf)
- Koteich, M. (2006). El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento, Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias. *Revista de derecho privado* (No. 10), 1 – 35. <https://www.redalyc.org/pdf/4175/417537586006.pdf>
- López, M. (2006). La línea jurisprudencial: análisis dinámico de precedentes. *El derecho de los jueces*. (pp. 139 – 192). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Legis.
- Marín, G. (2003). La responsabilidad precontractual en Colombia. *Opinión Jurídica*, Vol. 13, No. 5, 57 – 78. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5238039.pdf>
- Mendieta, J. (2011). La culpa in contrahendo. *Revista e – Mercatoria*, Vol. 10 (No. 2), 40 – 74. URL: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3048/2697>
- Meza, L. (2010). *Análisis de las diferencias en la responsabilidad en el derecho civil y en la responsabilidad contractual del Estado*. [Tesis de especialización] Universidad de la Sabana, Bogotá D. C., Colombia. <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/3851/132307.pdf?sequence=1>
- Monsalve, V. (2007). Disertación para una nueva construcción en Colombia de la culpa in contrahendo. *Revista de Derecho* (No. 27), 41 – 73. <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewArticle/2648>

- Monsalve, V. (2010). *Responsabilidad precontractual – la ruptura injustificada de las negociaciones*. Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Neme, M. (2009). Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. *Revista de Derecho Privado* (No. 17), 45 – 76.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/410>
- Oviedo, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Vniversitas* (No. 115), 83 – 116. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14577/11759>
- Quintero, A. (2013). El daño especial como título jurídico de imputación de responsabilidad extracontractual por actos terroristas: si transición a fundamento de compensación. URL:
<http://www.bdigital.unal.edu.co/9910/1/06702132.2013.pdf>
- Presidente de la República (2013, 17 de julio). Decreto 1510 de 2013. *Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*. Artículos citados: 19 - 22.
- Presidente de la República (2015, 26 de mayo). Decreto 1082 de 2015. *Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional*. Artículo citado: 2.2.1.1.2.4.3.
- Real Academia Española (RAE). *Diccionario de la lengua española*. (23.^a ed.), Asociación de Academias de la Lengua Española.
<https://dpej.rae.es/lema/epistemolog%C3%ADa#:~:text=Teor%C3%ADa%20de%20los%20fundamentos%20y%20m%C3%A9todos%20del%20conocimiento%20cient%C3%ADfico.&text=Parte%20de%20la%20filosof%C3%ADa%20que,metodolog%C3%ADa%20o%20en%20la%20met%C3%B3dica>.
- Relatoría de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. (2019). Responsabilidad Civil. Compendio jurisprudencial 1886 – 2019.

https://www.andresorionabogados.com/wp-content/uploads/2019/10/RESPONSABILIDAD-CIVIL-COMPENDIO-JURISPRUDENCIAL-30-08-19_compressed.pdf

Restrepo, C., & Londoño, S. (2015). *La vigencia de la distinción entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual*. [Tesis de pregrado] Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8268/Camila_RestrepoUribe_Susana_Londo%C3%B1oToro_2015.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Rodríguez, F. (s. f.). Editorial ¿la investigación jurídica o socio jurídica? <http://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/download/671/659/>

Rosito, G. (1994). Teoría de los actos separables en el derecho administrativo venezolano. *Revista de la facultad de ciencias jurídicas y políticas* (No. 93), 135 – 170. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/93/rucv_1994_93_133-170.pdf

Ruíz, W. (2007). *Responsabilidad del estado. (Primera Edición)*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Rodrigo Lara Bonilla. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/tree/content/pdf/a3/7.pdf>

Salgado, C. (2014). Breve introducción a la responsabilidad precontractual en la teoría de Rodolf Von Jhering. *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa. Tomo I. Universidad Externado de Colombia*, 721 – 758. https://www.academia.edu/6708637/Breve_introducci%C3%B3n_a_la_responsabilidad_precontractual_en_la_teor%C3%ADa_de_Rudolf_von_Jhering. En *Estudios de Derech*

- [o Civil en memoria de Fernando Hinestrosa. Tomo I. Universidad Externado de Colombia 2014 p. 721-758](#)
- Sánchez, N. (2015). Los motivos y las finalidades de la acción de nulidad y de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. *El debate subsiste. Universidad Santo Tomas, Vol. 10* (No. 1), 119 – 152. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/27235>
- Sandoval, D. (2013). Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3602/3780>
- San Martin, L. (2013). Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones. *Revista Chilena de Derecho, Vol. 40* (No. 1), 317 - 324. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000100012
- Santaella, M. (2018). El daño y la liquidación de los perjuicios en la responsabilidad precontractual y contractual del Estado. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (No. 19), 291 – 315. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5149/6217>
- Santos, J. (2013). La teoría de los actos separables del contrato estatal: distinción de la ley 1437 de 2011. *Revista Academia & Derecho 4* (No. 7), 133 – 144. <file:///D:/Datos%20Usuario/Downloads/2530-Texto%20del%20art%C3%ADculo-3894-1-10-20180908.pdf>
- Santofimio, J. (2017). Las víctimas y la responsabilidad del estado. *Compendio de derecho administrativo, Primera Edición*. (pp. 741 – 828). Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Sarmiento, et ál. (2017). Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios.

<file:///D:/Datos%20Usuario/Downloads/Dialnet-SobreLaResponsabilidadYSuRelacionConElDanoYLosPerj-6084900.pdf>

Scognamiglio, R. (1968). Responsabilidad contractual y extracontractual. *Ius et veritas* 22, 54 –

70. <file:///D:/Datos%20Usuario/Downloads/15988-Texto%20del%20art%C3%ADculo-63512-1-10-20161212.pdf>

Tamayo, A. (2009). La responsabilidad civil extracontractual y la contractual. *El Perjuicio o Daño*.

Tercera Edición. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.

Valdivieso, M. (30 de enero de 2019). ¿Cómo se clasifica el perjuicio inmaterial en Colombia,

actualmente? *Asunto: legales*. [https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/como-se-](https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/como-se-clasifica-el-perjuicio-inmaterial-en-colombia-actualmente-2821836#:~:text=Por%20un%20lado%2C%20la%20Corte,que%20gozan%20de%20especial%20protecci%C3%B3n)

[clasifica-el-perjuicio-inmaterial-en-colombia-actualmente-](https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/como-se-clasifica-el-perjuicio-inmaterial-en-colombia-actualmente-2821836#:~:text=Por%20un%20lado%2C%20la%20Corte,que%20gozan%20de%20especial%20protecci%C3%B3n)

[2821836#:~:text=Por%20un%20lado%2C%20la%20Corte,que%20gozan%20de%20especial%20protecci%C3%B3n](https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/como-se-clasifica-el-perjuicio-inmaterial-en-colombia-actualmente-2821836#:~:text=Por%20un%20lado%2C%20la%20Corte,que%20gozan%20de%20especial%20protecci%C3%B3n).

Varacalli D., & Picasso S. (s.f.). Responsabilidad precontractual y poscontractual.

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/60-61/responsabilidad-precontractual-y-postcontractual.pdf>

Vélez, H. (2016). ¿Diversas concepciones sobre la configuración de la responsabilidad civil?,

¿cuáles concepciones sobre la configuración de la responsabilidad civil diferentes a la de

'hecho ilícito - causalidad - daño' se presentan en el Derecho Privado? *Revista Facultad de*

Derecho y Ciencias Políticas - UPB, Volumen 46 (No.125), 411 – 441. Recuperado el 12

de julio de 2020 de la base de datos vlex.

Vidal, F. (2001). La responsabilidad civil. *Derecho PUCP*, (No. 54), 389 – 399.

<file:///D:/Datos%20Usuario/Downloads/Dialnet-LaResponsabilidadCivil-5084757.pdf>

Villabella, C. (2012). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. *Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 921 – 953.

<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3983/46.pdf>

Zeno, C. (2015). *La responsabilidad civil extracontractual de los empresarios: especial referencia a España y a Puerto Rico*. [Tesis Doctoral]. Universidad Complutense de Madrid, España.

<https://eprints.ucm.es/28122/1/T35648.pdf>