



**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS**  
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO

YEIMY ANDREA MORENO MARTÍN  
DIANA CAROLINA RIVERA TRUJILLO

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LOS PROCESOS LICITATORIOS  
DERIVADA DE LA MODIFICACIÓN AL PLIEGO DE CONDICIONES.

MONOGRAFÍA DE GRADO  
PREGRADO EN DERECHO

DIRECTOR DE TESIS  
DR. ELLIOT PARRA ÁVILA  
ABOGADO

Bogotá, Colombia  
2011

## TABLA DE CONTENIDO

	PÁG.
INTRODUCCIÓN	1
1. LA CONTRATACIÓN ESTADUAL EN COLOMBIA	7
1.1. Legislación vigente	8
1.2. Licitación pública	9
1.3. Celebración de los contratos	11
1.3.1. Etapa precontractual	11
1.3.1.1. Procedimiento	12
1.3.1.2. Adjudicación	16
1.3.1.3. Declaratoria de desierta	18
1.3.1.4. Firma del contrato	18

## AGRADECIMIENTOS

Especial agradecimiento a *JOSÉ ANTONIO CHACÓN PRADA*, por sus consejos, colaboración, y buenos oficios en la consecución de este proyecto.

A *FILEMÓN TORRES VÁSQUEZ*, profesor de la cátedra de investigación asistida de la facultad de derecho de la Universidad Santo Tomás.

A *ELLIOT PARRA ÁVILA*, Director de tesis.

Agradecemos su tiempo, dedicación y esmero en la asesoría constante de éste trabajo.

1.4.	<b>Etapa Precontractual</b>	<b>19</b>
1.4.1.1.	<b>Ejecución del contrato</b>	<b>19</b>
1.5.	<b>Etapa Postcontractual</b>	<b>20</b>
1.5.1.1.	<b>Liquidación del contrato</b>	<b>20</b>
2.	<b>FUNDAMENTOS DEL CONTROL A LOS ACTOS ESTATALES</b>	<b>22</b>
2.1.	<b>Actos separables</b>	<b>23</b>
2.1.1.	<b>Acción procedente para la impugnación de los actos separables</b>	<b>25</b>
2.2.	<b>Naturaleza de los pliegos de condiciones y su relación con los principios de la contratación estatal</b>	<b>28</b>
2.2.1.	<b>Competencia</b>	<b>37</b>
2.2.2.	<b>Requisitos de los pliegos de condiciones</b>	<b>38</b>
3.	<b>MODIFICABILIDAD DEL PLIEGO DE CONDICIONES</b>	<b>45</b>
3.1.	<b>Límites a la modificación del pliego</b>	<b>47</b>
3.1.1.	<b>Límite respecto a su contenido</b>	<b>47</b>
3.1.2.	<b>Límite en relación a su alcance y finalidad</b>	<b>48</b>
3.1.3.	<b>Límite temporal</b>	<b>50</b>
3.2.	<b>Aspectos generales de la Responsabilidad</b>	<b>51</b>
3.2.1.	<b>Nociones básicas</b>	<b>52</b>
3.2.2.	<b>Responsabilidad Patrimonial del Estado</b>	<b>53</b>
3.2.3.	<b>Elementos de la Responsabilidad estatal</b>	<b>57</b>
3.2.3.1.	<b>Responsabilidad administrativa en la etapa precontractual</b>	<b>60</b>
3.2.4.	<b>Indemnización de perjuicios</b>	<b>62</b>

<b>3.2.5. Posibles hipótesis sobre la modificación del pliego de condiciones a la luz de la Responsabilidad administrativa</b>	<b>63</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>69</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>73</b>

# **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LOS PROCESOS LICITATORIOS DERIVADA DE LA MODIFICACIÓN AL PLIEGO DE CONDICIONES.**

## **INTRODUCCIÓN**

Colombia, al adoptar como sistema político la forma de Estado social y democrático de Derecho adquirió, entre otros, el deber de procurar el mínimo vital, brindando a los administrados todas aquellas prestaciones y servicios necesarios para asegurar las condiciones fundamentales de la existencia humana. Así, se establecieron en la constitución de 1991 diferentes obligaciones con sus ciudadanos, precisamente, el artículo 2º dispone que: *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”* [Cursivas añadidas]

Esta forma de Estado lo que busca es establecer una organización política que tiene como objetivo entre otros, el de combatir las desigualdades entre sus habitantes y procurar suplir las necesidades básicas de los individuos, por lo que este debe generar las condiciones indispensables para asegurar que todos los habitantes del país tengan una vida digna.

El cumplimiento de este deber, demanda que la administración deba ejecutar entre otras, obras de infraestructura, para lo cual debe acudir a particulares que cuenten con las herramientas necesarias a este fin, mediante la adjudicación de contratos.

Para la adjudicación de contratos, la Administración, realiza procesos de selección con el fin de adjudicar el contrato al mejor proponente; desde luego, los perjuicios derivados del proceso selectivo y posterior adjudicación del contrato, deben ser resarcidos, es decir, se configura responsabilidad, en cabeza de la administración.

Así, teniendo como base a Guillermo Ospina Fernández,(Cubides, 2005, p.287 ) la responsabilidad civil “se funda en el máximo postulado del derecho cual es el de no perjudicar a otro injustamente (*neminem laedere*) y que traduce en el deber que pesa sobre toda persona, por el hecho de vivir en sociedad, de observar una conducta prudente y cuidadosa para que en el ejercicio de sus numerosas actividades y de sus derechos no lesione injustamente a otro, deber que incluye el leal y diligente cumplimiento de las obligaciones concretas, voluntariamente contraídas o impuestas por ley. La violación de este deber compromete la responsabilidad del agente y le acarrea, en consecuencia, la obligación de indemnizar los daños causados”. Por supuesto la Administración en sus

actuaciones esta igualmente sujeta al cumplimiento de deberes constitucional y legalmente impuestos en pro del bienestar general y tratándose de un contrato del equilibrio en las prestaciones derivadas del mismo.

La contratación estatal (Palacio, 2006, p. 310) se “inicia con la apertura del proceso de contratación, continúa con la adjudicación del contrato, con su ejecución, hasta obtener la liquidación del mismo.”.En ella se distinguen tres etapas: la precontractual que va hasta la adjudicación del contrato, inclusive, la contractual, que se inicia con este acto unilateral de la Administración y comprende su ejecución, y la post-contractual que corresponde a la liquidación del contrato.

A propósito de la apertura del proceso de contratación, se estableció el trámite de la licitación en el art. 30 de la ley 80 de 1993 que consiste en “un procedimiento de formación del contrato, que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que se persiguen con la contratación estatal” (Consejo de Estado, Sección Tercera – Fallo 12037 de 2001). Conforme a la Ley 1150 de 2007, la licitación pública es una modalidad de selección a cuya celebración estará sujeta la escogencia del contratista por regla general. Desde luego, se deben tener presentes los principios de la contratación estatal (principios de transparencia, economía y responsabilidad) y los postulados que rigen la función administrativa entre otras disposiciones de la ley 80 de 1993 en su artículo 23. De la misma manera, el pliego de condiciones debe atenerse a estos mismos fundamentos, de modo que sea una garantía para la escogencia de la oferta más favorable a la administración.

Este trabajo analizará si es factible jurídicamente la modificación del pliego de condiciones. Con el fin de determinar si 1. ¿Es lícito que la administración modifique las condiciones inicialmente planteadas? 2. ¿Cuál es el régimen de responsabilidad aplicable? y 3. ¿Cuál es la acción procedente?

Se plantea como hipótesis que no es lícito que la entidad ofertante altere las condiciones del pliego, ya que estas mismas constituyen la razón de ser del contrato; como lo expresó el Consejo de Estado - Sección tercera en sentencia de 16 de enero. Expediente: 1.503. (1975) “el pliego de condiciones contiene las bases de la relación contractual” por lo que compromete a la Administración.

Habiendo señalado las generalidades del tema sub examine, se precisa la noción general de responsabilidad a desarrollar. El artículo 90 de la Constitución <sup>1</sup> consagra la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado, que comprende tanto la responsabilidad extracontractual como 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.

La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro sistema jurídico encuentra fundamento como lo dice la Corte Constitucional en Sentencia C-832-01 en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos.

---

<sup>1</sup> Art. 90 C.N. – El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

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

La misma disposición constitucional establece como requisitos que el daño sea antijurídico e imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Respecto del primero, la Corte Constitucional afirmó en sentencia de constitucionalidad 333 de 1996 que el Consejo de Estado en múltiples ocasiones lo ha definido como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”, por lo cual “se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo”. En conexidad, la imputabilidad quiere significar que debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública.

La responsabilidad del Estado consiste en la obligación de indemnizar los perjuicios que se causan a terceros ajenos a la administración, con ocasión de su actuar, bien sea a través de actos administrativos, hechos administrativos, operaciones administrativas, omisiones o vínculos contractuales.

Para la Corte Constitucional (1996, C-333-96) “en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo los mandatos de la buena fe, y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos” (art. 28, ley 80 de 1993)”.

Respecto del pliego de condiciones, este define los criterios de selección del contratista. El Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 27 de noviembre de 1986 (en vigencia de la Constitución de 1886) con ponencia del Dr. Jaime Betancur Cuartas. Radicación 79 expresó que “En el pliego de condiciones no sólo debe figurar una copia del contrato que se celebrará con el oferente favorecido, sino todas las

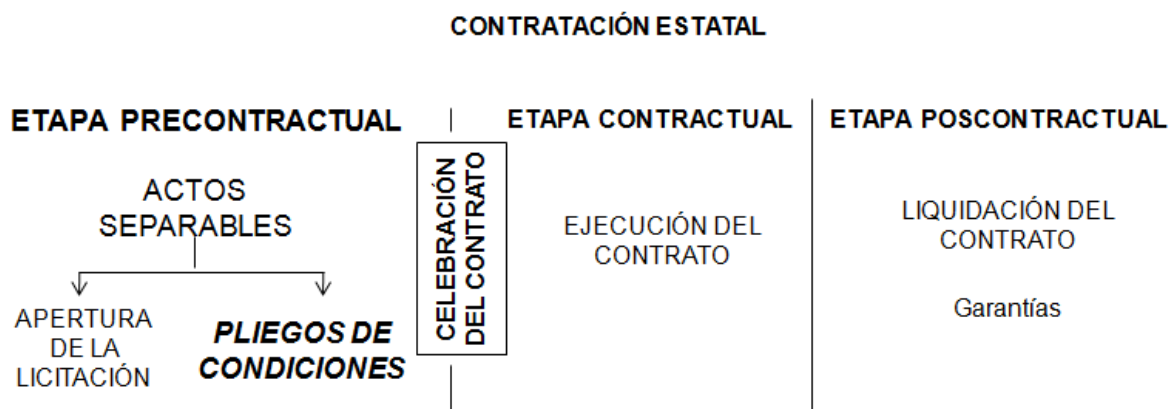
condiciones que en una u otra forma inciden en la adjudicación, en orden a mantener la igualdad jurídica de los oferentes en el concurso ( )”. Posteriormente, se selecciona al contratista y se adjudica el contrato, con lo cual se da inicio a la etapa contractual propiamente dicha.

En orden a establecer si es lícito que la administración modifique las condiciones planteadas en el pliego de condiciones, cuál es el régimen de responsabilidad imputable con ocasión de la modificación del pliego de condiciones y cuál es la acción procedente para su impugnación, este trabajo abordará como primera medida, los aspectos generales de la contratación estatal diferenciando sus etapas haciendo especial énfasis en la etapa precontractual. En segundo lugar, se involucrará la teoría de los actos separables, más exactamente el pliego de condiciones. Por último se abordará el tema de la responsabilidad en su generalidad, la responsabilidad patrimonial del Estado en especial en la etapa precontractual, para concluir con el estudio de la responsabilidad derivada de la modificación al pliego de condiciones.

## 1. LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

La administración pública en cumplimiento de las funciones constitucional y legalmente asignadas, necesita de particulares expertos en la ejecución de determinadas obras o en la prestación de ciertos servicios con el fin de potencializar su acción, por lo que se vincula mediante actos administrativos, hechos administrativos, operaciones administrativas, omisiones o vínculos contractuales<sup>2</sup>.

En la contratación estatal se aplican las disposiciones del Código civil y de Comercio, así como también las disposiciones especiales como la Ley 80 de 1993 (Estatuto general de la contratación Estatal) y demás, que posteriormente serán referidas y estudiadas. A continuación se esquematiza el proceso de contratación estatal en sus generalidades.



<sup>2</sup> **Ley 80 de 1993, Art. 3 – De los fines de la contratación estatal.** Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

## **1.1. Legislación vigente**

La contratación estatal se encuentra regulada por la Ley 80 de 1993 (Estatuto general de la contratación estatal), que fue reglamentada por los Decretos 855 de 1994, 2170 de 2002, 4375 de 2006, 2434 de 2006 y 2474 de 2008 (modificado por el Decreto Nacional 2025 de 2009 y este a su vez por el decreto 3576 de 2009). La ley 1150 de 2007, introdujo medidas para la eficacia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y establece otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.

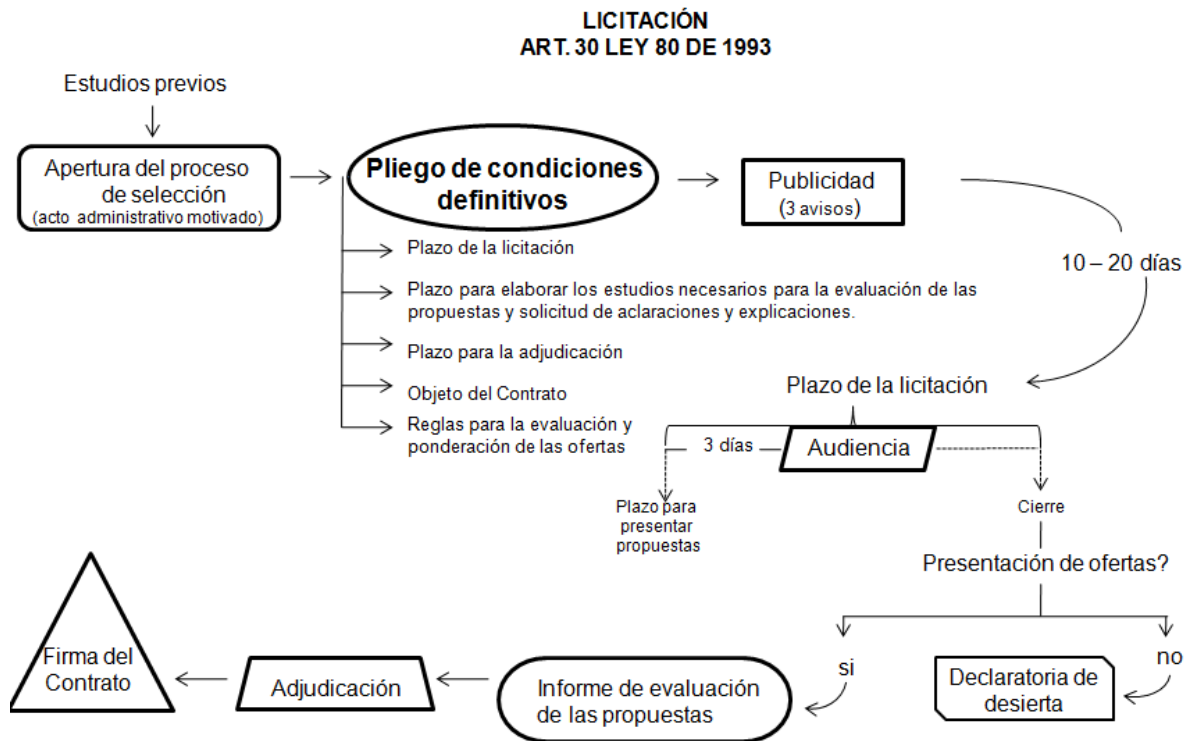
El Decreto 2178 de 2006, creó el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), como un instrumento de apoyo a la gestión contractual de las entidades estatales. La Directiva Presidencial número 12 de 2002, fijó los lineamientos, criterios, medidas y acciones de corto y mediano plazo, que deberán cumplir las entidades públicas en materia de lucha contra la corrupción en la contratación estatal.

La ley 80 de 1993 incorpora los mecanismos de selección del contratista entre ellos, la selección abreviada, el concurso de meritos, la contratación directa y licitación pública, siendo este el mecanismo de selección por excelencia. Para efectos de esta exposición ahondaremos en el estudio de este último.

## 1.2. Licitación pública.

El proceso licitatorio se compone de múltiples fases que se desarrollan en oportunidades distintas pero sucesivas, reguladas mediante normas que obligan y por lo tanto reglamentan la conducta de la entidad contratante como de los oferentes que intervienen en él.

De acuerdo al párrafo del artículo 30 de la ley estatutaria de la contratación estatal, debe entenderse “por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable”. Esta misma disposición señala la estructura del proceso licitatorio así:



Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación número 713 de 2006, expresó que “(...) la licitación es el procedimiento que permite satisfacer integralmente el interés público mediante la escogencia de la mejor oferta que reúna todas las condiciones previstas en los pliegos de condiciones; asegurando, por una parte, la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de las funciones administrativas de las entidades estatales; por la otra, constituyendo el instrumento idóneo para hacer efectivo la igualdad de trato y la vigencia en el trámite de la formación de la voluntad contractual”.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la licitación, la misma corporación, se refirió así: “es un procedimiento administrativo en el que concurren una serie de actos y trámites realizados por la administración y por los oferentes que, por regla general, concluyen en el adjudicación del contrato a la propuesta más favorable” (SU 713-06).

Al respecto, dice el Consejo de Estado que, “Marienhoff precisa que la razón de ser de la licitación pública debe analizarse desde dos aspectos: con relación al Estado y con relación a los administrados. En cuanto al primero, explica, “la ‘ratio iuris’ no es otra que conseguir que el contrato se realice de modo tal que la Administración Pública tenga las mayores posibilidades de acierto en la operación, en lo que respecta, por un lado, al ‘cumplimiento’ del contrato (calidad de la prestación, ya se trate de entrega de cosas o de la realización de servicios o trabajos; ejecución del contrato en el tiempo estipulado; etc) y, por otro lado, lograr todo eso en las mejores condiciones económicas.” Y en relación con los administrados afirma: “con el procedimiento de la licitación también se busca una garantía para los particulares o administrados honestos que desean contratar con el Estado” (Consejo de Estado – Sección Tercera, Sentencia 12037 de 2001).

### **1.3. Celebración de los contratos**

La doctrina coincide en afirmar que la contratación estatal, se compone de actividades previas y posteriores, por lo que usualmente se agrupan en:

- Actividades pre-contractuales
- Actividades Contractuales
- Actividades Post-Contractuales.

En lo concerniente limitaremos el estudio a la etapa precontractual del proceso de contratación estatal.

#### **1.3.1. Etapa precontractual**

En la etapa precontractual se “señalan las reglas imperativas que debe observar la administración pública para la preparación de la voluntad, delimita la competencia de los órganos estatales, establece la capacidad y las calidades que debe reunir que deben reunir los particulares que pretendan acceder a la contratación pública, fija condiciones de orden presupuestal para la consagración del gasto público y consagra un procedimiento para la selección del contratante más idóneo y conveniente ” (Escobar Gil.1999,p 64).

En esta etapa existen dos fases, la primera se encuentra relacionada con la formación de la voluntad administrativa y la segunda con la expresión de la voluntad contractual de la administración y particular. Así en la primera se refiere a las razones que llevan a involucrarse en el proceso de contratación, conformado por los actos preparatorios y unilaterales que hace la administración antes del procedimiento de selección objetiva, es

decir donde determina las necesidades o “las razones de interés público, la satisfacción de las necesidades colectivas o internas de la administración pública, las modalidades de selección objetiva del contratista y el logro de los fines estatales ”(Solano Sierra, 2010,p 174).

La segunda fase corresponde a la expresión de la voluntad contractual de la administración y el particular siendo “los actos y relaciones de las partes interesadas y que culmina con el acuerdo de voluntades o con la adjudicación del contrato según las modalidades de selección y de vinculación contractual” (Solano Sierra, 2010p 175).

Así mismo, concurren dos elementos a saber, de un lado la expresión de la voluntad administrativa y de otro, la selección del contratista por parte de la administración. Respecto del primero, se acogen los principios del derecho civil, acerca del consentimiento, objeto y causa.

En lo que hace referencia a “la selección del contratista constituye la fase inicial y esencial del proceso de contratación estatal; por ello, la regulación del procedimiento de selección supone el establecimiento de mecanismos enderezados a garantizar la libertad e igualdad de concurrencia de los interesados en la contratación e igualmente, la protección de los intereses públicos con la escogencia de la propuesta que más ventajas ofrezca a la entidad contratante”(Corte Constitucional, T-154-98).

### **1.3.1.1. Procedimiento**

Con antelación a la apertura de la licitación, la entidad debe realizar un estudio de conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión,

presupuesto y ley de apropiaciones, para obtener el certificado de disponibilidad presupuestal. El estudio deberá estar acompañado, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad y del proyecto de pliego de condiciones, y los respectivos soportes.

A continuación y antes de la publicación del proyecto de pliego de condiciones se envía la información sobre la licitación a la respectiva Cámara de Comercio con el fin de integrar el boletín mensual.

Para realizar la convocatoria, se debe publicar en el SECOP tanto el aviso de convocatoria pública como el proyecto de pliegos de condiciones (debe publicarse como mínimo 10 días antes a la expedición del acto de apertura y deberá contener la indicación del lugar físico o electrónico donde se pueden consultar los estudios y documentos previos), junto con la constancia de envío de la información referida y los estudios y documentos previos base.

Sobre el proyecto de los pliegos de condiciones tenemos que este es el” esquema que se elabora como muestra, prueba o información inicial para darle concreción al texto definitivo de aquellos en sus elementos, alcance solidez de contenido, mejoramiento de especificaciones técnicas o riesgos previsibles etc., y se ordena su publicación para que puedan aprovecharse las observaciones o sugerencias que se formulen si fueren pertinentes” (Solano Sierra, 2010, p. 197).

Ante la imposibilidad de publicar en el SECOP; la publicación deberá hacerse en un diario de amplia circulación nacional, departamental o municipal, según el caso, o en el medio disponible que tenga la misma difusión, dando a conocer la forma y lugar de consulta del proyecto de pliego de condiciones y de la versión definitiva de este y los demás actos del proceso.

En el transcurso del término previsto para la publicación del pre-pliego; los interesados podrán formular observaciones a los documentos y al proyecto del pliego, las cuales deberán ser publicadas en el SECOP.

Cumplido lo anterior, se procederá a expedir el acto de apertura que será publicado en el SECOP. Con posterioridad y antes del inicio del plazo de la licitación, en la fecha que indique el pliego de condiciones, se realizará la audiencia de distribución de riesgos de la cual se dejará constancia con el levantamiento de la respectiva acta y su publicación en el SECOP.

Se publicarán igualmente los pliegos de condiciones definitivos, las observaciones realizadas por los oferentes al proyecto del pliego de condiciones y la respuesta de la entidad. Con antelación al inicio del plazo de la licitación (10 a 20 días calendario), se debe publicar en un medio de comunicación expedito, hasta 3 avisos con intervalos entre 2 a 5 días entre cada uno.

Posterior a la expedición del acto de apertura de la licitación y antes del inicio del plazo de la licitación, se realizará en la fecha que determine el pliego de condiciones la audiencia de tipificación, estimación y distribución de riesgos previsibles. El acta de dicha audiencia, se debe publicar en el SECOP.

Una vez iniciado el plazo de la licitación, entendido éste como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre dentro de este plazo cualquier interesado puede solicitar aclaraciones adicionales, las cuales serán atendidas mediante comunicación escrita; copia de la cual se les enviará a todos los oferentes y se publicará en el SECOP), se deberá levantar un acta de apertura de la licitación. Dentro de los 3 días siguientes se celebrará una audiencia de aclaraciones, con el objeto de precisar el alcance y contenido del pliego de condiciones y de los documentos que sirvieron de base para su elaboración De esta audiencia se debe levantar un acta que se firmará por los intervinientes y se publicará en el SECOP.

Si como resultado de lo debatido en la audiencia anterior, se hace necesario efectuar modificaciones, el jefe del organismo mediante adenda lo hará y prorrogará, si fuere necesario, el plazo hasta por 6 días. La modificación al pliego se hará mediante adendas, las cuales se podrán expedir dentro del término máximo establecido en el pliego de condiciones. En ningún caso podrá expedirse o publicarse adendas dentro de los 3 días anteriores al día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para prorrogar el plazo el cual no podrá ser superior a la mitad del inicialmente pactado. La

publicación de estas adendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales (art. 89 – Ley 1474 de 2011).

Finalizado el plazo señalado para presentar ofertas, se hará la audiencia de cierre y se levantará el acta correspondiente.

Dentro del término establecido en el pliego de condiciones, el comité evaluará las propuestas. La falta de requisitos que no constituyan factores de escogencia podrán ser requeridos por la entidad a los oferentes, hasta la adjudicación; lo que se deberán allegar, so pena de rechazo de la propuesta.

Evaluadas las propuestas, se entregará el informe que contendrá el análisis efectuado por el comité asesor y el orden resultante del cotejo de las propuestas indicando los puntos que obtiene por cada factor de selección. Dicho informe permanecerá en secretaría por el término de 5 días hábiles previa publicación en el SECOP, para que los interesados presenten las observaciones que estimen pertinentes, sin que ello implique que el oferente pueda modificar, adicionar o mejor su propuesta.

#### **1.3.1.2. Adjudicación**

Una vez resueltas las observaciones antes mencionadas, se procederá a expedir el acto de adjudicación en favor del proponente que haya presentado la oferta más favorable a los intereses de la entidad, quien deberá suscribir el contrato so pena de que se haga

exigible la garantía de seriedad, la cual, deberá ser constituida por el oferente que pretenda participar en el procedimiento de selección objetiva, previo a la presentación de la oferta, con el fin de afianzar la obligación de formalizar el contrato, en caso que le fuere adjudicado.

De conformidad con el Art. 7º, de la ley 1150 de 2007, los proponentes prestarán garantía de seriedad de la oferta, mientras que los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. La garantía debe constituirse mediante póliza de compañía de seguros legalmente autorizada para operar en Colombia. En caso de no suscribir el contrato, además de hacer exigible la garantía de seriedad, conlleva inhabilidad para contratar por el término de 5 años y el contrato será suscrito con el segundo oferente en la lista de elegibilidad.

El acto administrativo de adjudicación, es un acto administrativo definitivo, por lo que ha de ser motivado. Al constituir “la manifestación de voluntad de la Administración Pública sobre la elección del proponente que presentó la oferta más favorable” (Consejo de Estado, Auto de 15 de agosto de 2002), es inmodificable e irrevocable, ya que otorga al favorecido el derecho a suscribir el contrato. Es irrevocable salvo cuando sobreviene inhabilidad o cuando se obtiene fraudulentamente. Contra este, no procede recurso alguno, de conformidad con el parágrafo 1º del artículo 77 de la ley 80. Sin embargo, podrá ser objeto de impugnación mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. El principio de selección objetiva cobra especial importancia al momento de la adjudicación

del contrato, ya que comporta una regla de conducta de la actividad contractual, “y un fin, pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos por la contratación”. (Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, 20 de mayo de 2010. Rad. 1.992) Luego, el acto de adjudicación encaja en la noción de acto reglado; ya que cualquier persona que evalúe las propuestas debe llegar a la misma conclusión sobre el adjudicatario del contrato.

Este acto, será notificado personalmente al proponente favorecido y a los demás por un medio idóneo.

#### **1.3.1.3. Declaratoria de desierta.**

El acto mediante el cual se declara desierta la licitación, corresponde a un acto administrativo definitivo, ya que genera efectos jurídicos extintivos y por ende debe ser motivado a fin de realizar el correspondiente control de legalidad. Su expedición obedece a una potestad reglada, que deja a la administración un amplio margen de libertad para la valoración de los presupuestos fácticos que le sirven de sustento. Contra dicho acto, procede únicamente el recurso de reposición.

La declaratoria de desierta se da cuando (i) no se pueden comparar las propuestas o cuando ninguna cumple el pliego, (ii) no se presentaron ofertas o (iii) porque se detectan

acuerdos de precios o similares entre los proponentes. Es decir, procede en el evento de que la selección objetiva no sea posible, quedando excluidos motivos de conveniencia.

#### **1.3.1.4. Firma del contrato**

Conforme lo dispone el artículo 41 de la ley 80 de 1993, los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, salvo aquellos para los cuales la ley exija esta solemnidad.

Los contratos estatales son *intuitu personae* y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

### **1.4. Etapa contractual**

Surtida la etapa precontractual, con la firma y perfeccionamiento del contrato se da inicio a la etapa contractual. En esta, se desarrolla el objeto contractual, por parte del contratista, y de la contraprestación por parte de la entidad contratante; en las condiciones, forma y plazos pactados.

#### **1.4.1.1. Ejecución del contrato**

“La ejecución del contrato deberá ser entendida como el término dentro del cual los contratantes realizan los actos necesarios para el cumplimiento de las prestaciones adquiridas por virtud del acuerdo respectivo” (Palacio, 1998, p. 38).

El art. 23 de la Ley 1150 de 2007, estipula que, para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

#### **1.5. Etapa post contractual**

A la etapa post contractual, corresponden las actuaciones posteriores al vencimiento del término establecido en el contrato, o al acto que lo da por terminado de manera anticipada. La etapa post contractual “comprende desde la expiración del término del contrato hasta que quede en firme su liquidación; o sea, una vez ocurrida la terminación normal o anormal del vínculo contractual, tiene lugar su consiguiente liquidación, con el objeto de finiquitar respecto de cómo se cumplieron, por las partes, sus correlativas obligaciones y determinar el estado económico en que se encuentre el contrato o si existe

equilibrio total entre obligaciones y prestaciones contractuales para poder declararse a paz y salvo ” (Solano Sierra, 2010, p. 628).

#### **1.5.1.1. Liquidación del contrato**

La liquidación del contrato es “el tramite que, a partir de la terminación del vinculo contractual y con la participación de las partes, tiene por objeto el reconocimiento, ajustes y revisiones de las prestaciones reciprocas que haya lugar” (Solano Sierra.2010.p 628) Esta se produce “con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes a favor o en contra de cada uno” (Hernández, “La liquidación del contrato estatal”, [versión PDF]).

Los contratos estatales, deben liquidarse de conformidad con lo señalado en los artículos 60 y 61 de la ley 80 de 1993. Conforme a estas disposiciones, los contratos deben liquidarse en un término máximo de cuatro (4) meses, después de su terminación. Para ello deberá suscribirse un Acta mediante la cual se establecerán las sumas que puedan resultarse a deber entre sí los Contratantes, incorporando de manera detallada la liquidación que arrojen los saldos correspondientes, o de no existir deuda alguna que reconocer, declararse a Paz y Salvo entre sí. Esta acta, es el acto que formaliza la terminación del contrato.

En el evento de que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su

contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A., conforme lo dispone el artículo 11 de la ley 1150 de 2007.

## **2. FUNDAMENTOS DEL CONTROL A LOS ACTOS ESTATALES**

En el contexto del Estado social y democrático de derecho las funciones ejecutiva, legislativa y judicial son asumidas por órganos y autoridades con competencias propias y separadas, con el fin de garantizar el respeto de los derechos y libertades del hombre, así como también evitar el ejercicio arbitrario del poder.

Sin embargo, debe existir colaboración entre estos, de modo que se hagan interdependientes y solamente puedan obrar contando con los otros. De modo tal, que el control de los actos emanados de los órganos y autoridades en ejercicio de sus funciones, encuentra fundamento en el contrapeso que ejercen cada uno de los órganos del Estado entre sí, con el fin de repartir el poder en beneficio de la sociedad nacional, así como también en que la acción estatal encuentra límite en el deber de salvaguardia de las libertades y derechos individuales.

Razón por la cual, todas las actuaciones de la administración incluidas, “Las actuaciones administrativas contractuales están sujetas al principio de legalidad previsto en los artículos 6° y 121 Constitución Política (...), conforme al cual, es legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, proscribiendo las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de las mismas; a la observancia del debido proceso, y a los principios de la función administrativa, desarrollados legalmente por el mismo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” (Consejo de Estado – sala de Consulta y Servicio Civil, 20 de mayo de 2010. Rad. 1.992).

Así las cosas, todo acto proferido por una entidad pública debe sujetarse estrictamente a una norma previa y expresa que lo autorice, ya que esta constituye la expresión de la voluntad general. De no ajustarse a la ley, el control judicial sobre tal acto debe ser inevitable.

Al respecto se han establecido mecanismos de control de legalidad como la vía gubernativa, la vía jurisdiccional o vía de acción, la vía de excepción, el control automático y la revocatoria directa de los actos administrativos.

Para efectos de esta exposición, ahondaremos en los mecanismos por vía de acción sobre los actos precontractuales o separables.

La expedición de dichos actos, puede ocasionar daños a los administrados y más específicamente en tratándose de actos precontractuales, a los oferentes o proponentes, lo cual genera para la administración la obligación de resarcirlos. A propósito, estudiaremos la responsabilidad atribuible a la administración por los perjuicios derivados de los actos precontractuales o separables.

## **2.1. Actos separables**

Los actos que son previos a la celebración y los que son expedidos después del contrato, generó muchas teorías sobre cómo se debían impugnar dichos actos. A través de la jurisprudencia y la doctrina se desarrolló la *teoría de los actos previos o separables del contrato y los actos derivados del contrato o propiamente contractuales*.

La teoría de los actos separables, de origen francés, surgió como respuesta a los problemas sobrevinientes de la teoría del todo indivisible (tout indivisible) que planteaba que tanto los actos previos como los posteriores al contrato, forman un todo indivisible junto con el contrato y contra ellos no procede recurso o acción alguna. De modo que, su demanda impugnación de manera separada no era posible, por lo que las partes contratantes eran las únicas legitimadas para su impugnación, excluyendo de ésta posibilidad a los demás licitantes. Así las cosas, esta teoría representaba para los licitantes la imposibilidad absoluta de accionar en contra de los actos previos que resultaran lesivos o viciados.

En respuesta a este inconveniente surgió la teoría de los actos separables (actes détachables), que viabiliza la impugnación de los actos unilaterales expedidos con ocasión de la actividad contractual de manera autónoma al contrato, incluso por aquellos que no son parte en el contrato, es decir, por los oferente o proponentes, revistiéndolos de un carácter individualizador. Así, cualquier administrado que tenga interés, o aun aquellos que aboguen en aras del interés general, puedan demandar las ilegalidades que pueden afectar tales actos.

Los actos preparatorios del contrato administrativo pertenecen a los denominados doctrinariamente “actos separables del contrato”, que han sido entendidos como aquellos que constituyen decisiones unilaterales y autónomas de la administración en las etapas precontractuales. La separabilidad de los actos se manifiesta en la posibilidad de ser individualizados frente al contrato respecto a su impugnación. Así, “los actos preparatorios o previos al contrato, de contenido decisorio, que conducen a la formación de la voluntad

contractual, serían actos separables para efectos de su impugnación” (Corte Constitucional, C-1048-01).

### **2.1.1. Acción procedente para la impugnación de los actos separables**

Las facultades que tienen los ciudadanos en un Estado Social de Derecho buscan que exista justicia y orden público, para lo que la administración usa mecanismos como las acciones contenciosas administrativas donde las personas ejercen el derecho y establecen facultades para acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado, para reclamar la satisfacción de una pretensión. En Colombia no ha existido una hegemonía en conceptos de actos administrativos y/o actos separables, vale precisar que en el Decreto 01 de 1984 existía un control judicial denominado actos previos o separables y otra etapa que se denominaba contractual. En la primera se utilizaba para su impugnación la nulidad y nulidad y restablecimiento de derecho y para la segunda la acción pertinentes era a través de la impugnación de los actos contractuales.

A través de la ley 80 de 1993 se unificó en actos administrativos aquellos que se producían con motivo u ocasión de la actividad contractual, donde se incluía como parte de dichos actos la apertura de la licitación, la adopción del pliego de condiciones y la adjudicación del contrato, en dicha ley el artículo 77 estipulaba que –los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual solo serán susceptibles del recurso de reposición y del ejercicio de la Acción Contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo .-, es así como esta ley consideraba la actividad contractual como una sola cuando la define como *actividad*

*contractual* poniendo de referencia una existencia única para los actos administrativos proferidos respecto de un contrato estatal y teniendo, como fundamento que *“para nadie es un secreto que esa actividad se inicia con la apertura del proceso selectivo y continúa hasta el vencimiento del contrato o hasta la liquidación definitiva del mismo, según el caso”* (Consejo de Estado, Sentencia 9118 de 1994, CP: Carlos Betancur Jaramillo)

La ley 446 de 1998 modificó el mencionado artículo 87, “al señalar que los actos proferidos antes de la celebración del contrato son demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, no hay duda que, contrario sensu, los actos que se expidan en la etapa de la actividad contractual propiamente dicha, esto es, los que se producen luego de la adjudicación y celebración del contrato, durante su ejecución y liquidación, que es a los que se refiere el art. 77 de la ley 80 de 1993, son demandables a través de la acción contractual” (Consejo de Estado – Sección Tercera, Sentencia de 11 de diciembre de 2003, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque).

Buscando dar una mayor claridad el Consejo de Estado, en sentencia N° 9118 de 1997 con ponencia del Doctor Ricardo Hoyos Duque, sostuvo que esta distinción se realiza *a partir de un sentido puramente gramatical y lógico sólo cabe hablar de actos de la actividad contractual después de la celebración del contrato, y éste, en la Ley 80 de 1993, sólo nace a la vida jurídica con posterioridad a la notificación de la adjudicación y cuando el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación se eleve a escrito”*.

Con la distinción entre actos previos o separables y actos contractuales, se establece que las acciones procedentes son las de nulidad y de nulidad y restablecimiento de

derecho, las cuales podrán intentarse, según el caso, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación contados desde el día siguiente en que se ponga en conocimiento al interesado el acto, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato.

De no interponerse dentro del término de treinta días o de celebrarse el contrato como consecuencia de su adjudicación, opera la caducidad de la acción. Caso en el cual es procedente, la acción contractual en la cual la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

Si la demanda se presenta por quien pretende obtener la reparación de un daño derivado del acto administrativo previo y lo hace dentro de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del mismo, debe tenerse presente que la ley exige o impone una acumulación de pretensiones, deberá solicitar tanto la declaratoria de nulidad del contrato estatal como la declaratoria de nulidad del acto administrativo precontractual, que a su vez le servirá de fundamento a aquella y como consecuencia de tal declaratoria, podrá pedir la indemnización de los perjuicios que tal decisión le haya infringido.

Frente al tema la Corte Constitucional en sentencia C - 1048 – 01, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra dispuso que:

“(…) De esta manera la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y

nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento los referidos actos previos solo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada entre otras por los terceros con interés directo-interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes, En este caso la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. ” (Sentencia 22 de abril de 2009 expediente 14667).

El pliego de condiciones, constituye un acto separable del contrato según se estudio anteriormente, y constituyendo este parte esencial del objeto de estudio de esta exposición procederá a continuación se examen.

## **2.2. Naturaleza de los pliegos de condiciones y su relación con los principios de la contratación Estatal.**

Aunque no existe una definición legal que determine cual es el concepto y la naturaleza general del pliego de condiciones, la jurisprudencia al igual que la doctrina han estudiado y enfocado sus esfuerzos en delimitar dichos conceptos.

Para dar inicio a un contrato administrativo, es necesario que las entidades públicas elaboren pliegos de condiciones, estos son, actos unilaterales que como lo afirma Solano

Sierra son los que “ fijan las competencias y reglas generales e impersonales, especiales y técnicas que rigen los procedimientos de selección del posible contratista, la adjudicación y las bases del futuro vínculo contractual ”. (Solano Sierra. 2010 p, 198).

El Consejo de Estado, Sección tercera en Auto del 10 de Octubre de 1991 con ponencia del Doctor Juan de Dios Montes, determinó que el pliego de condiciones “era un acto administrativo mediante el cual la administración en forma previa y unilateral, establece las reglas para determinar la necesidad del servicio público que pretende satisfacer”. Dichos pliegos establecen actos previos al contrato que determinan lo referente al proceso de contratación, señalando cuales son las condiciones que deben tener las propuestas, con el propósito de que los posibles oferentes conozcan y tomen la decisión de ser participes. Por su parte, Rodrigo Escobar Gil lo considera “como el conjunto de reglas elaboradas por la administración pública para disciplinar el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el contenido y alcance del contrato” (Escobar Gil, 1999. p 72).

Dentro del pliego de condiciones hay dos tipos de regulaciones, como primera medida están las condiciones contractuales es decir donde se reseñan cláusulas que se aplicaran en la ejecución del contrato, que busca formalizarse por ejemplo: el objeto y especificaciones, límites a su cuantía contenidos en el presupuesto inicial de la entidad así como los derechos y las obligaciones de las partes.

La segunda clase, son las reglas y condiciones del proceso de selección objetiva, donde se tiene en cuenta la naturaleza normativa, además, se estipularán las etapas y las

distintas fases y fechas del proceso de selección. Para citar algunos ejemplos se puede mencionar, etapa de evaluación y de eventuales aclaraciones o solicitudes de subsanación de requisitos de la oferta, la etapa de selección y la adjudicación a la oferta más favorable.

Al ser los pliegos de condiciones, una elaboración unilateral no se puede caer en el error de suponer que esto genera arbitrariedad por parte de la administración, ya que la esencia de dichos documentos debe desarrollarse a partir de una perspectiva objetiva que cumpla con el ejercicio de una planeación debida por la entidad estatal “para especificar el suministro, obra o servicio que se licita, las condiciones que se han de seguir en la preparación y ejecución del contrato y los derechos y obligaciones de los oferentes y futuro contratista” (Gonzales. 2010. p 44). La administración tiene la responsabilidad de señalar las reglas y criterios objetivos y razonables que habrán de orientar el proceso licitatorio; no obstante debe sujetarse a los parámetros generales que señalan las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes. Así, la administración se encuentra investida de discrecionalidad entendida según lo afirma el Consejo de Estado, Sección tercera en sentencia de 30 de noviembre de 2006, con ponencia del Doctor Alier Hernández, como “el margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos en que se basa la

decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico”.

Esto se debe también a la complejidad que contiene el pliego de condiciones como lo advirtió el Consejo de Estado, sección tercera, con ponencia del Doctor Ramiro Saavedra, en sentencia del 28 de abril de 1995 expediente 12025, así: “(...) la Sala ha reconocido la imposibilidad que existe para la administración de regular al detalle todas las circunstancias que se puedan presentar en dicho proceso, por lo cual resulta importante analizar las disposiciones de pliego de una manera integral, para desentrañar a partir de su estudio la finalidad perseguida por la entidad con el procedimiento de selección y las características que surgen como relevantes para ella a la hora de tomar la decisión de adjudicación.”

Las normas legales o reglamentarias consagran el contenido mínimo y los criterios a observar en la elaboración y expedición del pliego de condiciones y queda al arbitrio de la administración la adopción de las reglas y criterios que regirán el proceso licitatorio de manera completa, precisa y detallada. La omisión de los actos preparatorios, conlleva la nulidad de la adjudicación; “si por ejemplo, se da inicio al proceso de selección sin que se haya expedido el pliego de condiciones o el pliego no fue suscrito por funcionario competente, ocasionará la invalidez del contrato”. (Gonzales. 2010. p 44). Al respecto el numeral 3 del artículo 26 del estatuto de la contratación, se establece que los servidores públicos responderán cuando hubieran abierto licitaciones o concursos sin elaborarse con anterioridad los pliegos de condiciones. Así mismo cuando elaboren dichos pliegos de manera incompleta, ambigua o confusa.

Dentro de las teorías para establecer la naturaleza jurídica del pliego de condiciones, están las posturas que lo consideran, como acto unilateral de la administración, como reglamento en su carácter contractual, o de naturaleza mixta.

La sección tercera del Consejo de Estado en la sentencia de 4 de Diciembre de 2006 expediente 32871 con ponencia del Doctor Mauricio Fajardo se inclinó por la naturaleza mixta, ya que en un primer estadio se considera un acto administrativo de carácter general que a partir de la celebración del contrato se transforma en cláusula contractual, encontrando así destinatarios específicos.

Así mismo lo contempla el Doctor Hugo Martínez Hernández quien menciona que “vienen provistos de una doble naturaleza jurídica, de manera que la misma muta según el momento en el cual se analizan los efectos que despliegan, pues si bien es cierto que durante la etapa precontractual y hasta producirse la adjudicación del contrato constituyen un clásico acto administrativo general –y no un reglamento, habida cuenta de que el pliego carece de vocación de permanencia indefinida en el tiempo y su vigencia se extiende sólo hasta tanto se profiere el acto de adjudicación o hasta ejecutarse y liquidarse el contrato–, no lo es menos que una vez celebrado el convenio, buena parte de las previsiones contenidas en ese primigenio acto administrativo tienen la virtud de convertirse en estipulaciones o cláusulas contractuales, con lo cual la naturaleza jurídica del pliego es mixta: en determinados aspectos y hasta cierto momento dentro del procedimiento administrativo de selección de contratistas, se trata de un acto administrativo general; en otros extremos y a partir de la celebración del contrato, pasa a formar parte del clausulado del mismo” .(Martínez Hernández..sf. p 3.)

Es necesario mencionar que las bases para que exista el pliego de condiciones, al igual que la actividad contractual de la administración pública deben ser los principios que con la gran consigna de la objetividad deben regir su tratamiento, los cuales comparten una gran conexidad entre sí. Los principios de selección son de gran relevancia, pues su violación involucra la validez del pliego de condiciones y del proceso contractual.

Conforme al artículo 23 del estatuto general de contratación estatal, las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa, además de los principios generales del derecho, en particular los de: Publicidad, contradicción, igualdad, legalidad y eficacia.

A propósito, en virtud del principio de transparencia, se busca garantizar que la escogencia del contratista se haga de manera imparcial, objetiva y en igualdad de condiciones; por lo que los pliegos de condiciones deben indicar los requisitos y reglas objetivos para participar en el proceso selectivo, además de definir las condiciones de costo y calidad, así como también las reglas de adjudicación. De modo que “la administración no tiene plena libertad para seleccionar a la persona con quien celebrará el contrato,” (Consejo de Estado, consulta 1011 de 1997) ya que debe por imperativo legal y constitucional escoger el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, dando

aplicación al principio de selección objetiva siendo imparcial y observando los requisitos establecidos objetivamente, lejos de consideraciones subjetivas de cualquier índole.

Al constituir la contratación pública una de las principales formas de ejecución del presupuesto, estos recursos requieren una protección tratándose del patrimonio del Estado; así, los principios de libertad de concurrencia e igualdad de oferentes buscan proteger estos intereses mediante la máxima competencia posible, a partir de reglas claras e idénticas condiciones que permitan un manejo transparente y una racionalización de los recursos evitando el despilfarro y la corrupción. La concurrencia de oferentes solo es posible en la medida en que la administración de a conocer la apertura de la licitación en atención al – principio de publicidad – el cual pretende impedir que “las actuaciones de la administración sean secretas” pues es necesario que se propenda por una vía de comunicación por parte de la administración con los administrados, los interesados ya sea la ciudadanía o los oferentes (...). (Solano Sierra, 2010 p 119). A partir de la ley 1150 de 2007 – artículo 8º, se dio una mayor aplicabilidad, pues desde la actuación administrativa previa a la expedición del pliego de condiciones y la apertura del proceso precontractual, se permite conocer y recibir opiniones así como observaciones de su contenido. Al conocer los documentos se genera una mayor receptividad por parte de la ciudadanía. De forma tal que este principio se relaciona estrechamente con el de igualdad y libre concurrencia, pues busca poner a todos en el mismo conocimiento de las pautas, y condiciones a desarrollar.

En concordancia el principio de economía pretende que el proceso de contratación se desarrolle de manera ágil, eliminando trámites, requisitos y autorizaciones innecesarias que dilaten y encarezcan el proceso. Al ser uno de las bases del pliego de condiciones éste debe estar conforme a la mayor austeridad posible en tiempo y gastos, en beneficio de ambas partes procurando además la celeridad, la reducción de costos y una mayor eficiencia. Consecuentemente, el principio de equilibrio en la ecuación contractual, impone la equivalencia entre lo que recibe la entidad de derecho público y lo que paga por ello, que se traduce también en la igualdad de derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar. De verse afectado por circunstancias sobrevinientes e imprevistas éste debe restablecerse.

La prevalencia del interés general, debe tenerse como principio orientador en la interpretación de las reglas contractuales. Así, el artículo 28 del estatuto general de la contratación estatal establece que, en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos. Cuando los pliegos de condiciones se elaboren de manera incompleta, ambigua o confusa pudiendo ocasionar una interpretación o decisiones de carácter subjetivo, la administración es responsable, pues la carga de claridad para la elaboración y contenido son responsabilidad de la administración, si dichas cláusulas son confusas o pobres, el Consejo de Estado, sección

tercera con el Consejero Ponente Julio Cesar Uribe, Sentencia 3.577 del 30 de mayo de 1991 estipulo que “...En la interpretación de la conducta humana que en más de una ocasión resulta de mayor interés que de la propia ley, debe aceptarse que las clausulas pobres o confusas, que en tales piezas contractuales aparezcan, deben interpretarse en contra de la administración, que fue la que en su momento tuvo todo el tiempo y el equipo de técnicas necesarias para hacer las cosas bien. El contratista, al fin y al cabo, llega a la contratación administrativa dominado por los poderes exorbitantes de la administración y haciéndole venia a la filosofía que informa los contratos de adhesión”. (González, 2010, p. 95).

Al ser la buena fe uno de los criterios a observar en la interpretación de las reglas contractuales, procede entonces el examen del principio de buena fe, que, más que un principio es un presupuesto que consagra el artículo 83 de la Constitución Política así: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”, así mismo lo incorpora la ley 80 de 1993 en su artículo 23 y 28.

El principio de responsabilidad encuentra fundamento tácito en la buena fe, ya que la reciprocidad en su aplicación es la regla, pues la confianza debe ser mutua tanto para la entidad contratante como para el particular colaborador de la administración. Este valor ético es base de las relaciones jurídicas. Al estar expresamente consagrado en la Constitución, “... por un lado permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro

de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados”. (Corte Constitucional, C-892-01)

El Doctor Rodrigo Escobar Gil sobre el tema explico que “El principio de buena fe tiene una extraordinaria importancia en los contratos administrativos, principalmente por dos razones: la primera de ellas consiste en que constituye un límite a la supremacía jurídica de la Administración Pública en garantía de la posición patrimonial del contratista puesto que le señala unas reglas de conducta para el ejercicio de los derechos y de las potestades exorbitantes (terminación, modificación , interpretación unilateral, etc.) y el cumplimiento de las obligaciones; la segunda estriba en que contribuya elevar el tono moral de la gestión contractual pública y a humanizar las relaciones entre las entidades públicas y los contratistas. La bona fide es el fundamento, orienta la labor interpretadora y preside la integración normativa de los contratos del Estado”. (Escobar Gil.1999. p 456)

El principio de responsabilidad, busca establecer una actitud de rectitud, lealtad y transparencia por parte no solo de las entidades estatales, de los servidores públicos sino también de los contratistas interventores y asesores.

### **2.2.1. Competencia**

El funcionario que expedita el pliego de condiciones, debe ser competente esto es quien debe orientar y determinar el proceso precontractual y el proceso de ejecución del

contrato. Este debe ser expedido por el representante o la entidad sin perjuicio de la delegación total o parcial, esto permite concluir que si no aparece, la declaración escrita de voluntad del representante legal antes de que se ordene la apertura del proceso acarrearía un vicio por falta de competencia el cual no es saneable.

En el artículo 8 de la ley 1150 de 2007, extendió la aplicación para los principios de publicidad y transparencia, con la reforma que se hace a esta ley se puede visualizar una etapa anterior al proceso precontractual, que comienza con la convocatoria pública y la elaboración del proyecto de pliego de condiciones y su publicación en el Sistema Electrónico para la Contratación pública (Secop) como actos preparatorios.

Esto permite vislumbrar que se trata de un proceso previo que no genera compromiso o manifestación de voluntad, al inicio del proceso precontractual se busca dar publicidad a los proyectos de pliegos de condiciones y estudios previos de esta manera la información puede tener observaciones de quienes están interesados permitiendo la veracidad, imparcialidad y correcta elaboración del acto que desarrolle el proceso contractual.

### **2.2.2. Requisitos de los pliegos de condiciones**

Los pliegos de condiciones deben redactarse; como lo dispone el estatuto de contratación, la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008 de la siguiente manera:

El artículo 24 - numeral 5° literal **a** de la ley 80 de 1993 dispone que:

“Se indicaran los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección”.

Entre estos requisitos se encuentran los relativos a la capacidad, existencia y representación legal, idoneidad profesional, inhabilidades e incompatibilidades; registro único de proponentes, cámara de comercio, de su jurisdicción, clasificación y calificación según las actividades y especialidades requeridas, garantía de seriedad de los ofrecimientos, capacidad mínima de contratación.

En el literal **b**, señala que:

“Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación”.

A partir de este literal se busca que exista una terminación exitosa de la adjudicación del contrato, ya que en los pliegos de condiciones no deben existir ambigüedades sino por el contrario estas estipulaciones y reglas deben ser claras y concretas promoviendo una selección objetiva del contratista. Estas reglas, entre otras, pueden tratarse de las descripciones del proyecto por adquirir, los bienes o servicios, los documentos fundamentales de la propuesta así como el cronograma donde se estipule la ejecución e inversiones, información de la organización administrativa, técnica, operativa, específica y financiera, se debe definir las causales para la declaratoria de desierta así como la evaluación y comparación de las propuestas.

En el literal **c**, se estipula que:

“Se definirán, con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.”.

Al respecto es importante resalta que estas deben quedar determinadas y consignadas.

El literal **e** señala que:

“Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad”.

Facilitando la información necesaria para los oferentes, desde una redacción que permita ser coherente en su estructura.

El literal **f** contempla que:

“Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía”

Esta es un imperativo que debe fijar con base al objeto de la contratación, complejidad naturaleza y cuantía estipulando el término perentorio.

Por su parte, el artículo 24 de la ley 80 de 1993, numeral 6, se refiere a que “se señalaran las reglas de adjudicación del contrato”. Entre estas reglas se encuentra el marco de referencia de los pliegos de condiciones pues estas se deben ajustar a lo que allí se disponga, así mismo los elementos de evaluación para la

selección objetiva del más favorable, los plazos, el orden de elegibilidad y el perfeccionamiento del contrato.

En concordancia el artículo 30 de la ley 80 de 1993 - numeral 2, estipula que:

se detallaran los aspectos relativos del contrato, señalando la obra que ha de realizarse, el bien o servicio además de identificar las especificaciones técnicas. Así mismo las condiciones y formas de pago. Los numerales 5, 7 y 9, hacen alusión a propósito del pliego de condiciones así; debe contener los plazos de preclusión y perentorios para la licitación, el estudio técnico, jurídico y económico para la evaluación de la propuesta.

El decreto 287 de 1996, art 4 inciso 1 contempló que:

“Cuando la entidad estatal establezca que el plazo del numeral 7° del artículo 30 de la ley 80 de 1993, previsto originalmente en los pliegos de condiciones (...), no garantice el deber de selección objetiva podrá modificarlo determinando un nuevo plazo que no podrá exceder el termino inicialmente definido”.

Conforme a la ley 1150 de 2007:

El artículo 4 estipula - Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

El artículo 5 dispone sobre la selección objetiva y como se debe entender el ofrecimiento más favorable; de este modo dispuso que :

“La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los **factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones** o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.”

Teniendo en cuenta el Decreto Reglamentario 2474 de 2008, en su artículo 6 dispone que:

Sin perjuicio de las condiciones especiales que correspondan a los casos de licitación, selección abreviada y concurso de méritos, y de los requisitos exigidos en el numeral 5 del artículo 24 de la *Ley 80 de 1993*, el pliego de condiciones deberá detallar claramente los requerimientos para la presentación de la propuesta. El pliego contendrá, cuando menos:

1. La descripción técnica detallada y completa del objeto a contratar, la ficha técnica del bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización, o los requerimientos técnicos, según sea el caso.
2. Los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos, y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas así como la evaluación y ponderación de las mismas, y la adjudicación del contrato.
3. Las razones y causas que generarían el rechazo de las propuestas o la declaratoria de desierto del proceso.
4. Las condiciones de celebración del contrato, presupuesto, forma de pago, garantías, y demás asuntos relativos al mismo.

La información a que se refiere el numeral 1 del presente artículo, se presentará siempre en documento separable del pliego de condiciones, como anexo técnico, el cual será público, salvo expresa reserva.

Al pliego se anexará el proyecto de minuta del contrato a celebrarse y los demás documentos que sean necesarios.

Por su parte el artículo 9 en su inciso final dispone “El pliego de condiciones definitivo podrá incluir los temas planteados en las observaciones, siempre que se estimen relevantes”

Es necesario mencionar que además de los requisitos estipulados en la ley 1150 de 2007 y en el decreto reglamentario 2474 de 2008, de conformidad con el Decreto 2025 de 2009 artículo 9 en el pliego de condiciones se indicaran los medios de comunicación sea fax, teléfono, correo electrónico mediante los cuales se puede manifestar su interés conformando la lista de posibles oferentes, tendrá además el termino para presentar las propuestas así si ha de realizarse sorteo de consolidación de oferentes, este plazo comenzara a partir del día en que se efectuó el sorteo, el plazo para la adjudicación de la contratación finalmente se indicara, si fuere decisión de la entidad podrá establecer que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa.

### 3. MODIFICABILIDAD DEL PLIEGO DE CONDICIONES

En relación con los procesos licitatorios, el pliego de condiciones, debe ser claro y completo, y debe relacionar todos los elementos indispensables para que los licitantes no tengan duda alguna sobre el objeto de la licitación, ni sobre el alcance, número y calidad de sus posibles obligaciones, ya que este constituye lo que la doctrina ha denominado “la ley del contrato”, como quiera que define los criterios de selección del contratista, con arreglo a los cuales habrá de adelantarse la correspondiente evaluación de las distintas ofertas.

En pronunciamiento de 26 de marzo de 1992, la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo; dejó en claro que una vez hecha la invitación a contratar por parte de la Administración el pliego de condiciones no puede ser alterado ni modificado.

La misma Corporación, en sentencia de 8 de Junio de 2006, expresó que, los contenidos del pliego de condiciones, son de obligatorio cumplimiento tanto para la Administración como para los oferentes (licitantes y futuros contratistas), dentro del marco de la licitación.

Igualmente, observó que “en el pliego de condiciones o en los términos de referencia se distinguen con claridad dos grupos de normas; el primero: tiene por objeto regular el procedimiento de selección del contratista; y el segundo grupo de normas: se ocupa de fijar el contenido obligacional del contrato que habrá de suscribirse” (Consejo de Estado – Sección Tercera, Sentencia 15005 de 2006).

Respecto al primer grupo, la Sala afirmó que “la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección.” Concluye la Sala referente a esto que: “no resulta admisible - una vez hecha la invitación a contratar - alterar o modificar el pliego de condiciones - dentro del plazo de la licitación - en lo que hace a las reglas que rigen el procedimiento de selección del contratista y mucho menos, valerse de dicha enmienda, a todas luces ilegal, para declarar desierta la licitación, situación que únicamente puede tener lugar cuando se presenten verdaderos motivos que impidan la escogencia objetiva, evento que no se presenta cuando la Administración acude en forma ilegal a modificar **aspecto intangible del pliego.**”(Consejo de Estado, Sentencia 15005 de 2006)

Así las cosas debe concluirse que la regla general es la observancia del pliego de condiciones, y su modificación procede de forma excepcional. Por lo que, el Decreto 066 de 2008 (derogado por el Decreto 2474 del mismo año), consagró en su artículo 7° la posibilidad de modificar los pliegos de condiciones, mediante adendas. La entidad señalará en el pliego de condiciones el plazo máximo dentro del cual puedan expedirse adendas, o a falta de estas, señalará al adoptarlas la extensión del término de cierre que resulte necesaria, en uno y en otro caso, para que los proponentes cuenten con el tiempo suficiente que les permita ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas. Esta disposición fue posteriormente modificada por el Decreto Nacional 2025 de 2009, complementando el texto anterior consagrando que “Salvo en el evento previsto en el segundo inciso del

numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 para la prórroga del plazo en la licitación pública, en ningún otro caso podrán expedirse y publicarse adendas el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello”.

Así tenemos, que una adenda corresponde a una ampliación o modificación que se realiza al pliego de condiciones de la licitación expedida conforme a ley y *dada a conocer a todos los oferentes que hayan retirado los pliegos*. En referencia, el párrafo 2° de la norma en comento prescribió que para efecto de la audiencia que se lleva a cabo dentro del proceso licitatorio (art. 30 Núm. 4 Ley 80 de 1993) y el plazo de la licitación y su prórroga (Núm. 5), se entenderá que han retirado el respectivo pliego de condiciones del proceso licitatorio, quienes hayan presentado observaciones al proyecto de pliego de condiciones, o hayan asistido a la audiencia de reparto de riesgo a que se refiere el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

### **3.1. Límites a la modificación del pliego**

La facultad de la administración de modificar los pliegos de condiciones no es absoluta, esta debe sujetarse a tres límites:

#### **3.1.1. Límite respecto a su contenido:**

El primero de estos límites, refiere que las modificaciones al pliego, no pueden alterar, adicionar, cambiar o transformar el OBJETO INICIAL del proceso de contratación en sus condiciones determinantes y sustanciales. De modo tal, que el objeto de la licitación

constituye lo que en la teoría general de los contratos se conocen como elementos esenciales, ya que al ser reformado este deriva inmediatamente en un proceso licitatorio distinto, lo que conlleva la invalidez de la selección. La identificación clara y precisa del objeto es requisito fundamental del pliego, ya que el propósito de la administración, es el de seleccionar la oferta que mejor satisfaga el requerimiento a propósito del cual se adelanta el proceso selectivo. El objeto del contrato se erige entonces como de obligatoria observancia, tanto en la etapa de selección como en la ejecución del contrato, de modo que el núcleo esencial del objeto del contrato resulta inmodificable, pues de ser variado ello implicaría una novación del vínculo contractual. Tenemos entonces que el objeto se conforma por su núcleo esencial y sus elementos accesorios; el primero corresponde a la descripción de la necesidad de la administración, relacionado con el servicio público que presta, es decir, la prestación concreta que requiere la entidad. Así, “el núcleo esencial del contrato resulta inalterable una vez consagrado en el pliego de condiciones” (González, 2010, p.198), mientras que los elementos accesorios pueden sufrir variaciones en la ejecución del contrato.

### **3.1.2. Límite en relación a su alcance y finalidad**

La finalidad de la modificación a los pliegos, puede ser: 1. Aclarar, 2. Completar y 3. Dar reglas justas y objetivas.

En lo que refiere a la posibilidad de 1. Aclarar los pliegos, las reglas deben ser claras para evitar interpretaciones ambiguas, y tanto las propuestas como la evaluación sea conforme a la intención de la entidad ofertante. Así las cosas, pueden modificarse aspectos

que sirvan para dar mayor claridad, y que no hayan quedado bien elaborados en el documento inicial, tales como:

- La estructura del pliego, el cual podrá ser dividido en capítulos temáticos, con el fin de facilitar la lectura del documento, evitando o corrigiendo la dispersión.

En general, para organizarlo.

- Precisar palabras o textos que puedan resultar sean confusos o imprecisos, para delimitar su sentido y restringir su interpretación.

- Si el tema es muy amplio pueden incluirse glosarios, para facilitar la comprensión de las reglas.

- Corregir la redacción.

El pliego de condiciones se puede 2. Completar, en el entendido de que las reglas han de ser completas, es decir, deben ser suficientes para atender y comprender el requerimiento de la Entidad ofertante, lo que ésta solicita quiere que se ofrezca y las condiciones, plazos y lugares donde deba presentarse. Las reglas deben ser completas para evitar recurrir a la interpretación y la remisión a otras normas o textos.

3. Dar reglas justas y objetivas: Si se encuentran reglas que dificulten la evaluación o restrinjan injustamente la participación, deben corregirse para garantizar la recepción de los ofrecimientos que llenen los requerimientos de la Entidad y que puedan ser

evaluados y comparados para seleccionar el mejor. La selección del contratista debe ser objetiva, sólo puede justificarse en las razones y criterios conocidos en el pliego.

Únicamente el incumplimiento de condiciones o requisitos esenciales para la evaluación y comparación de las propuestas es justificante de rechazo de la oferta y la exclusión del proponente.

### **3.1.3. Límite temporal**

La modificación de los pliegos de condiciones puede darse en cualquier tiempo, hasta antes de la presentación de las ofertas. No obstante, se encuentra proscrito la expedición y publicación de adendas el mismo día que se tenga previsto el cierre del proceso selectivo. Desde luego toda modificación debe ser conocida por los proponentes antes de la fecha prevista para el cierre y entrega de ofertas.

En el evento en que la modificación tenga lugar en día cercano al cierre o en éste, ésta es violatoria de los principios de selección del contratista, por cuanto impide el conocimiento oportuno de su contenido (publicidad) y por ende imposibilita la preparación de las ofertas con sustento en la variación. Si bajo este supuesto se presentó una propuesta anterior a la modificación, el oferente puede adecuar su propuesta a las nuevas reglas, siempre que esta se dé dentro del plazo de la licitación. Una vez cerrado el plazo de la licitación, el oferente no podrá adicionar, modificar o reemplazar las oferta presentada, esto según lo dispone el numeral 8° del artículo 30 de la ley 80 de 1993.

En lo que refiere a la modificación del plazo del proceso de selección (prórroga), ésta puede darse hasta el mismo día de cierre, ya que esta posibilidad se configura como un derecho de los oferentes cuando las dos terceras partes de quienes han retirado el pliego lo solicitan.

No obstante la permisión legal de modificación a los pliegos de condiciones, si esta no atiende los límites anotados anteriormente y como consecuencia de esta se produce un daño a un oferente, éste debe resarcirse.

### **3.2. Aspectos generales de la responsabilidad.**

Al hablar de responsabilidad, se hace alusión a la obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro a consecuencia de una casusa legal. En el ámbito jurídico, se configura responsabilidad, cuando es posible atribuirle tal a una persona bien sea natural o jurídica, en virtud de la ocurrencia de un daño a un bien jurídico cuyo titular sea una persona distinta de quien se predica responsable, y cuyo advenimiento sea imputable a una acción u omisión al cumplimiento de un deber legalmente impuesto.

De modo que, la noción de responsabilidad, se erige como una de las bases de la estabilidad que requiere la convivencia armónica entre los ciudadanos, en el marco del Estado Social de Derecho. Por lo que el derecho positivo cobija el concepto de responsabilidad primero como medida contra la injusticia pues si la ley no obliga a

reparar el daño causado por una conducta ilegítima, estaría de cierto modo autorizando el mantenimiento de conductas indebidas.

Para que exista responsabilidad se hace necesario que “exista la ocurrencia de un daño que afecte la integridad física moral o patrimonial de la persona, la actuación de un sujeto y la existencia de un nexo causal. En la responsabilidad del Estado por su parte requiere la existencia de un daño o perjuicio, la actuación de la Administración y un nexo causal entre el daño y la actuación administrativa”. (Saavedra, 2003, p. 185)

Esta responsabilidad puede apreciarse a partir del Preámbulo de nuestra constitución política donde se establece a la justicia como interdicción de la arbitrariedad y como parte de todo sustrato jurídico.

Se configura responsabilidad pública, cuando el daño es cometido por “un órgano del poder público o por un particular que colabora cumpliendo funciones públicas” (Yong, 2009, p. 28). La responsabilidad del Estado permite generar al individuo un instituto protector frente a los daños generados en la actividad o la inercia de la administración pública.

### **3.2.1. Nociones básicas.**

El principio de la responsabilidad, implica que todo aquel que cause un daño a otro debe repararlo. Al respecto, se han considerado tres elementos: un hecho generador, un daño o perjuicio y un nexo causal entre el daño y la actuación.

El hecho generador, debe constituirse necesariamente por una conducta, sea omisiva o de acción imputable a un sujeto de derecho. La cuál debe comportar un daño, que es el detrimento que sufre una persona en sus derechos o en sus sentimientos, por esta razón, es la medida de la responsabilidad. Este debe ser directo, ya que debe provenir claramente del hecho generador; actual, ya que para reclamar la indemnización el perjuicio debe existir el mismo; y cierto o real, es decir, efectivo. Por último, es necesario que entre el hecho generador y el daño, exista una relación de causalidad.

### **3.2.2. Responsabilidad patrimonial del Estado.**

El Estado, tiene entre otros, el deber de procurar el mínimo vital, brindando a los administrados todas aquellas prestaciones y servicios necesarios para asegurar las condiciones básicas de la existencia humana. En cumplimiento de este deber, la administración debe ejecutar entre muchas otras, obras de infraestructura, para lo cual debe acudir a particulares que cuenten con las herramientas necesarias a este fin, mediante la adjudicación de contratos. De ahí emana la responsabilidad contractual tanto de la administración como de los contratistas. Así Tenemos que dentro de la responsabilidad patrimonial como lo afirma Samuel Yong Serrano “La obligación recae en una persona pública o privada de indemnizar, por su comportamiento activo u omisivo, los daños materiales e inmateriales que hayan irrogado a una persona de manera antijurídica”.(Yong, 2009, p 28 ).

La Corte Constitucional en Sentencia C - 333 - 96 procedió a establecer si efectivamente el artículo 90 constitucional consagra la cláusula general de la responsabilidad estatal. Y precisar que se debe entender por daño antijurídico.

La ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, consagra en el artículo 50 que “las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”.

La parte subrayada de la anterior disposición fue demandada parcialmente mediante acción de inconstitucionalidad, por considerar que contraria el artículo 90 constitucional.

Para la Corte Constitucional, el inciso primero del mencionado artículo consagra la cláusula general de la responsabilidad del Estado, tanto en el ámbito contractual como extracontractual. Y establece a su vez como único fundamento la existencia de un daño antijurídico imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

Teniendo en cuenta que el precedente normativo de la consagración constitucional de la responsabilidad estatal es el artículo 106 de la Constitución española, la Corte adopta la definición de daño antijurídico de la doctrina española, según la cual, es aquel perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Este mismo criterio ha sido acogido por el Consejo de Estado.

Es de resaltar que la Corte no desconoce la posibilidad de que haya casos en materia contractual que implican un daño antijurídico sin que se pueda establecer la existencia de una conducta antijurídica de la administración. Si se aplicara la disposición acusada como fundamento único de la responsabilidad contractual, se vulnera el artículo 90 constitucional. Al respecto, advirtió la Corte que se aplica prevalentemente la prescripción del artículo 90 constitucional, sobre normas de inferior jerarquía como la disposición demandada.

Así, la Corte Constitucional en sentencia C- 892-01 concluye que la expresión acusada no vulnera en sí misma la Constitución, siempre y cuando se entienda que ella no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Carta al ámbito contractual.

En consecuencia, declaro exequible el aparte de la norma demandado.

“Dentro del sistema jurídico que nos rige, la responsabilidad contractual se constituye en el único mecanismo de defensa con que cuenta el particular que colabora en la gestión de los servicios públicos, para exigir la tutela de sus derechos vulnerados o amenazados y lograr que se reemplace la prestación o prestaciones que no efectuó la Administración, por el reconocimiento y pago de una indemnización que lo ubique en la situación patrimonial que habría tenido de haberse dado estricto cumplimiento al contrato - utilidades y ganancias no percibidas-, complementada a su vez con el resarcimiento de los perjuicios directos que también se pudieron derivar del incumplimiento -pago de los mayores costos que se causen-.”

El fundamento de la responsabilidad contractual del Estado es la garantía patrimonial de los particulares. Ya que por ser los contratos estatales sinalagmáticos, se presupone, la reciprocidad en las prestaciones. A propósito, el artículo 27 del estatuto general de la contratación estatal, estipula que: *En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompa por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.* [Cursivas fuera del texto original]

El carácter sinalagmático de los contratos estatales, explica en sentencia C-892-01, la Corte Constitucional, corresponde al desarrollo del principio de justicia conmutativa. “En materia contractual, igual a lo que ocurre con el principio de reciprocidad, la buena fe comporta entonces uno de los criterios de imputación dentro de la teoría de la equivalencia de los contratos estatales y, por ese aspecto, se convierte en la causa jurídica de la que surge la obligación para la Administración Pública de reconocerle al contratista los mayores costos y las pérdidas que haya podido sufrir, como consecuencia del surgimiento de algunas contingencias extraordinarias o anormales que alteran la ecuación financiera prevista en el acuerdo de voluntades.”

La buena fe incluye la obligación de la administración de reparar los daños antijurídicos que el contratista sufra, con ocasión de la ejecución del contrato. De ahí que todo comportamiento contrario a la buena fe, en cuanto ilícito, conlleva la obligación de pagar perjuicios causados.

### **3.2.3. Elementos de la responsabilidad estatal.**

Tradicionalmente se han considerado tres elementos: una actuación de la administración, un daño o perjuicio y un nexo causal entre el daño y la actuación.

Para que una persona pública pueda ser considerada responsable de algo, debe haberse producido ante todo una actuación que le sea imputable, es decir, una conducta de la cual esa persona haya sido autora. Actualmente, se encuentran dos modalidades de responsabilidad extracontractual del Estado, una basada en la culpa o falla del servicio (responsabilidad subjetiva) y la otra en el riesgo (responsabilidad objetiva).

El daño, es “el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las aflicciones legítimas (daño moral)” (Rodríguez, 2008, p. 507).

En algunas ocasiones, como en la violación de un derecho humano el dinero no es suficiente para resarcir el daño sino que también se hace necesario procurar una compensación en el ámbito inmaterial como es el caso de los perjuicios morales o del daño a la vida en relación; por esto, el Consejo de Estado ha tomado como asiento el principio de reparación integral que con base en los principios de equidad, exista no solo un resarcimiento de tipo económico.

El daño se divide en material o inmaterial, este se presenta cuando existe una lesión a los bienes que pueden ser cuantificados económicamente a través de dinero. A su vez el daño material se divide en daño emergente y lucro cesante.

El daño emergente se entiende como el patrimonio que da o dará la víctima por un bien o servicio, el Doctor Samuel Yong considera el siguiente ejemplo “los gastos médicos que paga la persona lesionada, o los pagos que por reparación realiza el dueño del vehículo accidentado, o los perjuicios que sufre el pequeño productor que se le pudren las frutas por el incumplimiento del encargado de transportarlas al lugar donde se debían comercializar” (Yong Serrano. 2009, p. 67).

El lucro cesante propone el Doctor Samuel Yong cuando cita a Tamayo se presenta cuando “un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingreso ni ingresará en el patrimonio de la víctima” (p. 67).

Es necesario aclarar que tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser tanto presente como futuro, aunque se piense que al daño emergente corresponda al presente y el lucro cesante al futuro, esto dependerá del momento en que se produzca sentencia judicial. De este modo, por ejemplo “habrá lugar a cobrar el daño emergente presente, cuando la persona herida en un accidente de tránsito cubre los gastos de atención médica. Podrá cobrar los futuros, en el evento de estar probado que deba ser sometida, después del fallo, a cirugías por razón del accidente. Igualmente habrá lugar a cobrar lucro cesante presente, si las lesiones producidas le generan incapacidad laboral desde el día del accidente hasta el día de la sentencia. Y podrá exigir el lucro cesante futuro, si se demuestra que la incapacidad laboral se prolongará después del juicio”. (p. 68)

Los daños inmateriales, por su parte, se refieren a los perjuicios que no son evaluables en dinero; de forma que se busca “indemnizar a manera de compensación” (p.

69). Dentro de los daños inmateriales no solo se encuentra los perjuicios morales sino también el perjuicio estético, alteraciones en las condiciones de existencias así como el daño a la vida de relación

En la responsabilidad contractual de la administración se reconoce la indemnización de daños inmateriales de carácter extrapatrimonial como puede ser “el detrimento que puede ocasionar al buen nombre y al prestigio profesional de un contratista una situación prolongada de incumplimiento por parte de la administración que lo avoque a su vez a no cumplir los compromisos contraídos con sus acreedores” (Escobar Gil. 1999, p. 521)

Dentro del contexto del artículo 90 constitucional, se requiere a demás de otros elementos que el daño sea antijurídico, es decir, que quien lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo.

Finalmente, debe existir una relación de causalidad entre la actuación imputable a la administración y el daño causado, lo que quiere decir que, este último debe ser efecto o resultado de aquella actuación. Esta, se establece cuando el hecho o la omisión de la administración es la causa directa y necesaria del daño, cuando sin éste el perjuicio no se hubiera producido.

La Corte Constitucional señaló en sentencia C-965-03 que, “La institución constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado se configura con base en un criterio netamente objetivo, fundada en el daño antijurídico sufrido por la víctima”. Sin embargo, el mismo constituyente, “consagró también un régimen de responsabilidad de los

servidores públicos que se estructura a partir de unos criterios normativos de imputación que le dan un carácter subjetivo, como son la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público”.

### **3.2.3.1. Responsabilidad administrativa en la etapa precontractual.**

Al hablar de responsabilidad de la administración en la etapa precontractual, por supuesto, se hace alusión a la Responsabilidad patrimonial del Estado.

La Responsabilidad Patrimonial del Estado como noción amplia encuentra fundamento en el principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos; este mismo postulado sirve de base a la responsabilidad administrativa en la etapa precontractual, además de los principios de buena fe, transparencia y no abuso del derecho, cuya observancia constituye un imperativo para ambos extremos tanto en el proceso selectivo como en la posterior relación contractual. El principio de buena fe busca que la selección sea objetiva, conforme a los postulados de libre concurrencia, igualdad de los proponentes y el principio de legalidad, en todas las actuaciones administrativas como son los pliegos de condiciones. De esto modo el procedimiento de la adjudicación debe ser conforme a las reglas previstas en la ley así como en los pliegos de condiciones., adecuando sus actuaciones al marco normativo de la gestión contractual.

Teniendo como base la vulneración de los principios de buena fe y de legalidad es posible formular un juicio de imputabilidad transfiriendo el daño del proponente al de la entidad licitante.

Si la administración pública como consecuencia de una acción u omisión durante la selección o la adjudicación irregular de la licitación, causa una lesión o un daño antijurídico a los oferentes o al adjudicatario se establece la responsabilidad hacia la administración, teniendo como presupuesto la aplicación de la teoría de Rudolf Von Ihering del daño in contrahendo esta se configura “cuando se declara la nulidad de un contrato por motivo imputable a una de las partes, lo que compromete la responsabilidad de ésta, porque en todo procedimiento de formación de la voluntad existe un pacto tácito entre los negociantes en el sentido que han adoptado las previsiones necesarias para asegurar que no existe una circunstancia inherente a su personalidad al objeto del negocio jurídico que pueda posteriormente afectar su existencia o validez”. (Escobar Gil.1999. p. 227)

La doctrina amplía el daño in contrahendo a toda la etapa del contrato, sea por una causa conocida por una de las partes, y que no ha sido advertida a la otra así como cuando sea imposible el perfeccionamiento del negocio jurídico consecuencia de una de las partes. El Doctor Rodrigo Escobar Gil contempla a propósito de esta teoría citando al profesor Adriano De Cupis que “la razón jurídica de la culpa in contrahendo, no se basa en un pacto tácito de responsabilidad como lo señalaba Ihering, sino en la violación de la obligación genérica del *neminem laedere*, en virtud, a que todo individuo cuando se propone contratar, debe emplear las mismas cautelas que cualquier miembro de la comunidad observa respecto a los demás cuando efectúa sus propios actos” (p. 228).

La responsabilidad de la entidad licitante frente al proponente determina la imputación de la responsabilidad patrimonial, para dar cumplimiento a la garantía que deben tener los administrados en su patrimonio.

#### **3.2.4. Indemnización de perjuicios**

Los criterios por los cuales se debe indemnizar al proponente, yacen en los principios de buena fe y legalidad teniendo como máxima el deber de “obrar con diligencia, lealtad y probidad durante el *iter* de formación de la voluntad realizando todo lo que sea necesario para la adjudicación y el perfeccionamiento del contrato y absteniéndose de lo que pueda afectar la transparencia, igualdad e imparcialidad del procedimiento de selección del contratista, o de lo que pueda frustrar los fines de la licitación pública “ (p. 229).

Como se expuso, tenemos como premisa mayor que la administración, tiene la obligación de resarcir patrimonialmente los daños antijurídicos que ocasione a los administrados por su acción u omisión. Cuando la reparación pretende volver las cosas al estado en que se encontraban antes, corresponde a una reparación in natura, que por ejemplo tratándose de un contrato real, donde la cosa debida es un género y este se pierde en manos del deudor, éste debe reparar al acreedor dándole una cosa de la misma cantidad, calidad y género. En caso de que la cosa debida, sea un cuerpo cierto, la reparación debe corresponder al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor, en cuyo caso nos encontramos ante una reparación por equivalente.

La reparación in natura podría implicar propiamente el restablecimiento del derecho violado por el acto administrativo que se anula. Sin embargo, no siempre es posible volver las cosas a su estado anterior, como es el caso de la interposición de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos separables del contrato que no interrumpe el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato, bajo éste supuesto se debe proceder a reparar con base en criterios de equidad.

La indemnización que surja como consecuencia de la declaratoria de Responsabilidad de la administración varía según el avance del proceso licitatorio, puesto que no es igual la situación del oferente que tiene un simple interés jurídico o expectativa a la del adjudicatario del contrato que posee ya un derecho.

### **3.2.5. Posibles hipótesis sobre la modificación del pliego de condiciones a la luz de la responsabilidad administrativa.**

“La formación del contrato depende del concurso entre una oferta y su aceptación. Para que una oferta tenga eficacia vinculante debe estar dirigida a una persona determinada y contener los elementos esenciales del negocio. Es decir que a la luz de la teoría tradicional, una propuesta dirigida al público de modo indeterminado, no es considerada oferta. La tendencia moderna es la de establecer que dichas propuestas estén dotadas de eficacia contractual.” (Rengifo, (s. f.), p. 6)

Al explicar la dinámica de la licitación como una oferta (acto de apertura – pliego de condiciones) que hace la administración, cuya aceptación corresponde a la propuesta

hecha por parte de un oferente a partir de la cual se entiende celebrado un precontrato, que confiere al particular el derecho de ser adjudicatario del contrato si su postura cumple con los requisitos de los pliegos de condiciones y resulta la más conveniente a la administración.

- Si la administración requiere implementar una modificación fundamental en los pliegos de condiciones, ésta debe proceder a revocar el acto de apertura de la licitación e iniciar un nuevo proceso ajustado a las condiciones reales en aras de satisfacer a cabalidad la necesidad de la administración. El decreto 2474 de 2008 en su artículo 3° - parágrafo 2°, autoriza la revocatoria del acto de apertura cuando se produzca un cambio fundamental en los elementos mínimos de los estudios previos con fundamento en el numeral 2 (cuando no esté conforme al interés público o atente contra este) del artículo 69 del C.C.A. Lo anterior no exime que el interesado que haya sufrido un daño con ocasión de la revocatoria del acto, procure la indemnización de este, es decir, que si algún proponente afirma y demuestra que su oferta era la más favorable a la administración, porque cumplía a cabalidad las exigencias del pliego de condiciones, por razones de fondo, surge para la administración la obligación de reparar el daño que le causó al oferente. Dicho particular, pierde la oportunidad de ejecutar el contrato y por ende de recuperar los recursos invertidos en la elaboración de la propuesta y de obtener la utilidad esperada con la ejecución. Por tanto la indemnización debe corresponder a la pérdida de oportunidad.

Al respecto de la pérdida de oportunidad, el Consejo de Estado en pronunciamiento de 27 de noviembre de 2002, sostuvo que frente a la declaratoria de desierta de un proceso licitatorio que priva ilegalmente al mejor proponente de la adjudicación del contrato, que “no son indemnizables los gastos en que incurrieron los licitantes para la preparación de sus respectivas propuestas, pues éstos están referidos al costo de oportunidad que se tiene para participar en la licitación.”

En esta misma providencia, se ilustra la forma como ha evolucionado el criterio del Consejo de Estado en cuanto al quantum indemnizatorio, así:

En un primer momento (1988), que frente a la privación injusta de ejecutar el contrato que sufre el mejor proponente, la indemnización debía corresponder al valor que hubiese percibido por utilidad (lucro cesante), de haber celebrado el contrato. Posteriormente (1999), este criterio cambió y el monto de dicha indemnización debía corresponder ya no al 100% de las utilidades dejadas de percibir sino al 50% de estas, esto con fundamento en la incertidumbre de la utilidad que hubiere obtenido el contratista si se hubiere ejecuta el contrato.

Esta última posición sobre la estimación del quantum indemnizatorio con base al principio de equidad, fue reiterada en múltiples providencias posteriores, donde el fundamento de este razonamiento, se encuentra en que el oferente “NO PERDIÓ EL DERECHO a ser adjudicatario SINO LA OPORTUNIDAD de que se estudiara su propuesta económica, se le calificara ésta y se le adjudicara el contrato”. Así lo confirma el Doctor Samuel Yong: “Cuando se hace referencia a la oportunidad, la víctima se encuentra sometida a ella,

esperando su ocurrencia; en consecuencia el elemento aleatorio, no es la pérdida del proceso judicial sino su resultado favorable, no es mantener una enfermedad sino sanarla, no es la vida sino sobrevivir, no es perder el concurso de belleza o la licitación, sino ganarlo.

En la chance el paso para la pérdida de la ventaja deseada generalmente ya se ha iniciado; por ello, cuando se hace referencia a la pérdida de una oportunidad de sobrevivir o de ganar el litigio o la licitación, se está apuntando a aquellas personas que en su caso, no tienen sino oportunidades de no morir, de no perder el pleito o la adjudicación” (Yong, 2011), como sería el mejor proponente.

- Si luego de surtido el plazo de la licitación y elaborado el informe de evaluación de las propuestas, la entidad pública adjudica el contrato al que fue seleccionado como la mejor oferta, pero, el correspondiente no se suscribió con fundamento en que alguno o algunos de los requisitos del nuevo pliego contraría normas superiores y por tanto, la adjudicación debe ser declarada nula, ya que como lo afirma el Consejo de Estado – Sección tercera en sentencia 15963 de fecha 21 de mayo de 2008 *“Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato.”*

Bajo este supuesto la reparación será al lucro cesante siendo las ganancias o utilidades que le habría reportado la ejecución de las prestaciones a su cargo.

Teniendo en cuenta que con el acto de adjudicación surge como lo afirma el Consejo de Estado en sentencia de 15 de agosto de 2002 – expediente 20.923 “para el adjudicatario el derecho subjetivo de que sea con él y no con ningún otro que se celebre el contrato, dentro del término establecido en las condiciones generales de la invitación o pliegos de condiciones, para que aquél se ejecute en la forma y condiciones allí establecidas y de acuerdo con la propuesta que le fue aceptada. Y para la entidad contratante, el deber jurídico correlativo de contratar en tales condiciones con el adjudicatario”.

- Si la administración se abstiene de adjudicar el contrato al proponente que presentó la oferta más favorable y procede a adjudicar a otro, o declara desierta la licitación sin que medie causal objetiva para dicha determinación. Debe indemnizar al proponente con el equivalente al lucro cesante y no así al daño emergente por cuanto no se pueden reconocer gastos en la presentación de la propuesta ya que estas necesariamente las debería haber realizado para tener acceso al contrato. Así lo ha sostenido en reiteradas ocasiones el Consejo de Estado – “el perjuicio material que padece el sujeto privado injustamente del derecho a ser adjudicatario, está definido a partir de la utilidad proyectada en su propuesta”. (Consejo de Estado – Sección tercera, Sentencia 15963 de 21 de mayo de 2008, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra). Sobre los presupuestos de prosperidad de las pretensiones de nulidad de la adjudicación y la correspondiente indemnización de perjuicios sostuvo en la misma providencia que esta “está condicionada a que el demandante demuestre: *i*) que el acto de adjudicación es contrario al ordenamiento

que rige la selección del contratista porque no contiene la escogencia de la mejor propuesta y *ii*) que se demuestre que, mediante el sometimiento estricto a las normas que rigen la escogencia del contratista, se deduce que el actor hizo la mejor propuesta.”

No obstante, si la administración seleccionó al proponente de manera ilegal, esta nulidad impide la adjudicación del contrato por lo que aún cuando demuestre que su oferta era la más favorable, este no tiene derecho a que se reconozca las utilidades que hubiera dejado de percibir.

## CONCLUSIONES

- En cumplimiento de los fines esenciales del Estado social y democrático de derecho; la administración, debe entre otras, desarrollar actividades contractuales, a fin de mejorar y asegurar la calidad de vida de los administrados. Estas actividades contractuales, están sometidas al régimen de responsabilidad consagrado en el artículo 90 constitucional y a las disposiciones relativas del estatuto general de la contratación estatal.

- Respecto a la selección de los contratistas, el mecanismo por excelencia, es la licitación pública, a propósito de la cual, la entidad contratante debe desarrollar un pliego de condiciones, que contenga los requisitos y circunstancias necesarias para la realización del contrato. El pliego de condiciones se entiende como las circunstancias, reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras a las cuales debe sujetarse tanto el proceso licitatorio como la posterior relación contractual. De ahí que su naturaleza jurídica se conciba como mixta ya que en su inicio es un acto administrativo contractual de carácter general para posteriormente transformarse en una cláusula contractual. De modo que este documento constituye la hoja de ruta del proceso de contratación, por lo que en un primer momento la sujeción a este debía ser absoluta y no se permitía su modificación.

Al respecto, nos preguntamos si, ¿Es lícito que la administración modifique las condiciones inicialmente planteadas?

La modificación de los pliegos está permitida legalmente, el artículo 7 del decreto 2474 de 2008, permite su modificación mediante adendas, configurándose como un acto separable al ser el instrumento idóneo para su modificación, lo anterior no exonera ni a la administración ni a los oferentes de la sujeción estricta al pliego de condiciones. Se establecieron límites a su contenido, alcance y finalidad; puesto que la modificación no puede alterar el objeto inicial del proceso, y dicha variación puede darse exclusivamente para aclarar con el fin de corregir ambigüedades, completar de modo que su comprensión se ajuste a los requerimientos de la entidad, y establecer reglas justas y objetivas. Subsiguientemente, no es lícito que la administración cambie las condiciones iniciales, ya que si bien está consentida su modificación, esta no puede alterar lo que en la teoría general de los contratos se conoce como los elementos esenciales.

Así, cuando de la modificación deriven perjuicios a los proponentes, éstos deben ser resarcidos. ¿Cuál es el régimen de responsabilidad aplicable? y ¿Cuál es la acción procedente?

En tratándose de la etapa previa de un contrato estatal, quien se encuentra legitimado por pasiva es la entidad pública ofertante, de modo que se ha aceptado la teoría de los actos separables como presupuesto para establecer la acción procedente para su demanda, con la ley 446 de 1998 se revivió la distinción entre actos contractuales y separables, los cuales serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según los móviles o finalidades que persiga el demandante.

Siendo la finalidad del demandante la declaratoria de nulidad del acto y la condena al pago de perjuicios (indemnización), la acción procedente es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. De suerte que al proferirse sentencia estimatoria de las pretensiones, se configura la Responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud de la clausula general establecida en el artículo 90 constitucional.

No obstante, una vez celebrado el contrato su impugnación será procedente únicamente a través de la acción de controversias contractuales como causal de nulidad absoluta del contrato.

- Con la modificación al pliego de condiciones algunos proponentes que no se allanen a cumplir las nuevas exigencias o que están imposibilitados a ello pueden resultar excluidos, y para otros, la modificación puede posibilitar su participación. De modo que, no siempre la modificación del pliego implica un daño para el oferente.

Para establecer los supuestos bajo los cuales se casusa efectivamente un daño al oferente producto de la modificación al pliego, se examinaron tres hipótesis a saber: 1. La administración revoca el acto de apertura, causando la pérdida de la oportunidad para el oferente, 2. Adjudica el contrato y luego no lo suscribe con fundamento en la ilegalidad del nuevo pliego y 3. Se adjudica irregularmente el contrato en detrimento del derecho que le asiste al mejor oferente. Para cada hipótesis se plantean soluciones diferentes a la luz de la noción de daño, lucro cesante, daño emergente y la teoría de la pérdida de oportunidad.

- El tema de la contratación estatal, pese a su amplia regulación normativa, requiere de un mayor esfuerzo legislativo, ya que las constantes y numerosas derogatorias, generan vacíos e inseguridad jurídica. De modo que, consideramos que para que exista dinamismo en los procesos, es propicia la estructuración de una compilación de las normas reglamentarias en armonía con lo que aún queda del estatuto general de la contratación.

- Igualmente, es necesaria la implementación de mecanismos de control efectivo en el inicio y durante los procesos de selección del contratista; ampliando el marco de operación de los organismos de control. A la Procuraduría General de la Nación, se le atribuye una función preventiva que se limita a la vigilancia y advertencia sobre cualquier hecho violatorio de las normas vigentes, no obstante, es insuficiente ya que el contexto demanda la intervención de las autoridades en la etapa pre-contractual, contractual y post contractual del contrato. Debe exigirse la elaboración real y rigurosa de los estudios previos, con el fin de garantizar la culminación exitosa de la licitación y de la ejecución del contrato. De igual manera, es ineludible que a la Contraloría General de la República, se le dé injerencia en los asuntos de selección de los contratantes, en cumplimiento de la función de vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de las entidades que manejan fondos o bienes de la Nación.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alcaldía Mayor de Bogotá (2009), Secretaría General. Concepto 140 de 1998. Recuperado el 14 de Noviembre de 2009] Disponible en la Web: en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=201#0>
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 15 de junio de 2000. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque (radicación 10963)
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 19 de junio de 1996. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo. (Sentencia 9860).
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 26 de marzo de 1992. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo (Expediente 6353).
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2002. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque (Expediente 20.923)
- COLOMBIA CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2002. Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez (Sentencia 13792)
- COLOMBIA CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez (Sentencia 32871).
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 21 de mayo de 2008. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra (Expediente 15963).
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. SALA DE consulta y Servicio civil. Consulta de 14 de agosto de 1997. Consejero Ponente: Cesar Hoyos Salazar. Radicación: 1011.

- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Auto de 10 de octubre de 1991. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes.
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 19 de julio de 2001. Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez. (Sentencia Número 12037).
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL (2006), Sentencia SU 713 agosto 23 de 2006. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL .Sentencia C-333-96. Expediente D-1111. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-574-98, Expediente D-2026. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO Sección tercera. Septiembre de 1997. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. ( Sentencia Expediente N° 9118)
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Diciembre 11 de 2003, Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente 15.796
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Auto de agosto 15 de 2002, expediente: 20.923. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta de 27 de noviembre de 1986. Consejero Ponente: Jaime Betancur Cuartas. Radicación 79.
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio civil. Consulta de 20 de mayo de 2010. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Radicación 1.992.
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera .Enero de 1994. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. (Sentencia. Ref. Expediente 9118)

- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera Sentencia 16 de enero de 1975. Expediente: 1.503 .Consejero Ponente: Gabriel Rojas Arbeláez.
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 28 de abril de 1995 ref.: expediente 12025. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 03 de diciembre de 2007. Consejero Ponente: Ruth Correa Palacio (Sentencia 24715).
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2006. Consejero Ponente: María Giraldo Gómez (Sentencia Número 15005)
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia ref.: 3.577 del 30 de mayo de 1991. Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe,
- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Septiembre 19 de 2007 Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. (Sentencia. Ref. Expediente 13416.)
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1048-01. Expediente D-3471. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-832-01. Expediente D-3388. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-965-03. Expediente D-4539, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713-09. Magistrada Ponente: María Calle Correa.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-892-01. Expediente D-3404, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-154-98. Expediente T-150254. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.
- Cubides Camacho, J. (2005) Obligaciones (5ª ed.). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

- Escobar Gil, Rodrigo.(1999) Teoría general de los contratos de la administración pública.(1ª ed. ). Bogotá. Legis.
- Gonzales López, E (2010). El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. (1ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández, A. (2009).La liquidación del contrato estatal. Recuperado de la Revista digital de Derecho Administrativo Universidad Externado de Colombia, el 26 de Noviembre de 2009 en <http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs//documents/UExternado/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/A%C3%ADa%20Patricia%20Hern%C3%A1ndez%20Silva.pdf>
- Martínez Hernández, H (s.f). Naturaleza jurídica de las facultades de la administración para confeccionar pliegos de condiciones. Recuperado el 15 de Julio de 2011 Disponible en <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/Deradm/article/viewFile/2593/2232>
- Normas Sistema Jurídico (s.f) Recuperado el 25 de Noviembre de 2010 en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13311>
- Palacio Hincapié, J. (1998). La contratación de las entidades estatales. Bogotá: Librería jurídica Sánchez R. Ltda., 1998.
- Palacio Hincapié, J. (2006). Derecho procesal administrativo. Bogotá: Librería jurídica Sánchez R. Ltda., 2006.
- Parra Gutiérrez, W. (2003) Responsabilidad patrimonial estatal: Daño antijurídico. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia.
- Rengifo García, E (s.f.). El deber precontractual de información. Recuperado el 17 de Julio de 2011 en [http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/documentos/deber\\_informacion.pdf](http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/documentos/deber_informacion.pdf)

- Rodríguez Rodríguez, L. (2005). Derecho administrativo: general y colombiano. Bogotá: Editorial Temis.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2008). Derecho administrativo: general y colombiano. Bogotá: Editorial Temis.
- Saavedra Becerra, R. (2003). La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Bogotá: Gustavo Ibáñez. Ltda.
- Solano Sierra, J(2010). Contratación Administrativa. (4ª ed.). Bogotá. Ediciones Doctrina y ley.
- Vidal Perdomo, Jaime. (2005) Derecho administrativo. Bogotá. Editorial Legis.
- Yong Serrano, S. (2009). Introducción a la responsabilidad pública y privada. Bogotá. Editorial. Universidad Santo Tomás.
- Yong Serrano, S. (2011). Pérdida de oportunidad. Revista IUSTA. Décimo segunda edición – Reflexiones académicas. Disponible en la web: [http://viei.usta.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=142:perdida-de-oportunidad&catid=37:reflexiones-academicas&Itemid=57](http://viei.usta.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=142:perdida-de-oportunidad&catid=37:reflexiones-academicas&Itemid=57)