

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



**FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACION ESTATAL**

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

LIZNEYDE LORENA OCAMPO MOSQUERA

C.C. 22.517.134

MARTHA EUGENIA CORTES BAQUERO

C.C. 51.584.885

LUCILA SALAMANCA ARBELÁEZ

C.C. 24.573.914

Proyecto presentado para optar al título de Especialistas en Contratación Estatal

Asesor

DR. DAVID GARCIA VANEGAS

BOGOTÁ D.C.

2015

INDICE

Planteamiento del problema.

Categorías del problema

Proposiciones Problemáticas

Formulación del Problema

Hipótesis

Objetivos

General

Específicos

ESTADO DEL ARTE.

RAI 1

RAI 2

RAI 3

ENFOQUE METODOLÓGICO

Cronograma

Presupuesto Global.

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

**INSTITUCIONES JURÍDICAS DEL DERECHO CONTRACTUAL PRIVADO AL
DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO**

Clausula general de responsabilidad.

El daño

Nexo causal

La Culpa / Hecho Generador del Daño:

Delimitación de la etapa precontractual en el derecho contractual civil

Fase de idea.

La oferta.

Los precontratos.

Delimitación de la etapa precontractual en el derecho público.

Figuras Jurídicas Del Derecho Civil Aplicadas a La Contratación Estatal.

Conclusiones.

RÉGIMEN CONTRACTUAL EN COLOMBIA

Antecedentes históricos

Fines de la contratación estatal

Principios de la contratación estatal

1. Principio de transparencia:

2. Principio de planeación:

3. Principio de Economía:

4. Principio de responsabilidad

5. Principio de Selección Objetiva:

6. Principio de Publicidad:

6.1 Información sobre los procesos de contratación de las entidades estatales.

6.2 Documentos.

7. Principio del debido proceso:

Partícipes de la contratación pública

Etapas del proceso contractual

1. Planeación en la Contratación Estatal

2. Etapa precontractual

3. Etapa Contractual

4. Etapa Post-contractual

Conclusiones del presente capítulo.

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y MEDIOS DE CONTROL

Cláusula General De Responsabilidad

Funciones de la responsabilidad

TIPOS DE RESPONSABILIDAD

Concepto de responsabilidad

Clases de responsabilidad

Responsabilidad Civil Contractual

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Resumen

La responsabilidad por la actividad contractual en la etapa precontractual ha revestido tal importancia que ha sido objeto de estudios doctrinarios y de desarrollo jurisprudencial, ante la precaria consagración legal establecida, enmarcada y desarrollada a partir de la cláusula general de responsabilidad del estado consagrada en el Art 90 de C.N.

El presente documento jurídico aborda desde distintos aspectos la responsabilidad del servidor público en la etapa precontractual partiendo de figuras jurídicas del derecho civil aplicadas a responsabilidad contractual estatal, resaltando las características de la etapa previa al contrato estatal para centrar el estudio en la responsabilidad de la administración pública y medios de control, ilustrando con ejemplos los errores en los que incurre el servidor público en la actividad contractual generadores de los diferentes tipos de responsabilidad.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Palabras Claves: responsabilidad, daño, resarcimiento, servidor público, etapa precontractual.

Abstract

Responsibility for activity in the pre-contractual stage has been of such importance that has been the subject of doctrinal and jurisprudential development studies, given the precarious legal consecration established, framed and developed from the general state liability clause enshrined in Art 90 NC.

This legal document addresses from different aspect accountability of public servants in the pre-contractual stage based on civil law legal concepts applied to state contractual liability, highlighting the features of the pre-state contract to focus the study on the responsibility of management public and media control, illustrating with examples errors incurred by the public servant in the contracting activity generators of different types of liability.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

Planteamiento del problema.

Son aplicables de forma positiva las instituciones del derecho privado al derecho contractual en la etapa precontractual del derecho público, o por el contrario es necesario partir desde el derecho público.

Como se ve afectada la administración pública con la actuación irregular de los servidores públicos que intervienen en la formulación y estructuración de los estudios previos para una licitación que impiden la pluralidad de proponentes para el proceso contractual.

La atribución de responsabilidad por daño in contrahendo de la administración pública, cuando los proponentes sufren un daño antijurídico durante la etapa precontractual ante la negativa injustificada de celebrar el contrato cuando este ha sido adjudicado.

Categorías del problema

- Instituciones del derecho privado al derecho contractual
- Afectación de la administración pública
- Etapa precontractual
- Actuación irregular de los servidores públicos.
- Responsabilidad por daño in contrahendo de la administración pública
- Daño antijurídico a los proponentes. Impedimento a la pluralidad y negativa injustificada de perfeccionar y legalizar el contrato cuando ha sido adjudicado.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Proposiciones Problemáticas

Es posible evitar la afectación de la administración pública en la etapa precontractual, a fin de que la actuación irregular de los servidores públicos no cause daño a los proponentes por la negativa del perfeccionamiento y legalización del contrato respectivo ante la expectativa de la utilidad futura del contrato.

Es la Administración Pública, responsable por las acciones u omisiones en las actuaciones de los servidores públicos que intervienen en las etapas previas a la celebración del contrato estatal e implican estas actuaciones el resarcimiento o la indemnización por daños o perjuicios a los particulares colaboradores de la administración, cuando han ofertado y tienen una expectativa de utilidad frente al futuro contrato.

Es posible evitar la afectación de la administración pública en la etapa precontractual, a fin de que la actuación irregular de los servidores públicos no cause daño a los proponentes en el perfeccionamiento y legalización del contrato respectivo.

Formulación del Problema

En qué medida debe responsabilizarse la administración pública por la acción u omisión de los servidores públicos que intervienen en las etapas previas a la celebración del contrato estatal, afectando la expectativa de los proponentes del proceso contractual.

Hipótesis

La responsabilidad de la administración pública en el contexto de la etapa previa del proceso contractual, no solo debe determinarse por la acción u omisión de los servidores que

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

intervienen en la misma, sino también por cuanto dicha conducta puede afectar las expectativas de los proponentes.

Objetivos

General

Analizar la responsabilidad de la administración pública por las actuaciones u omisiones de sus servidores en la etapa precontractual.

Específicos

Identificar el alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado en la etapa precontractual cuando en forma injustificada se abstiene de adjudicar un contrato o lo adjudica en forma irregular.

Determinar la configuración de la responsabilidad precontractual por parte de la administración pública cuando se causa daño a los proponentes durante la etapa de formación de la voluntad.

Analizar las medidas de control que existen para minimizar el riesgo de la responsabilidad por parte de la administración pública ante la acción u omisión de sus servidores en la etapa precontractual.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

ESTADO DEL ARTE

Para el desarrollo del Estado del Arte se han escogido tres investigaciones sobre el tema, de los que se han elaborado sendos resúmenes analíticos de investigación, los cuales se reseñan a continuación.

RAI 1

Tema: Análisis de las diferencias en la responsabilidad en el derecho civil y en la responsabilidad contractual del Estado.

Investigadora: Pantoja Meza Lady Airensa.

Institución donde se llevó a cabo la investigación: Universidad de la Sabana, Instituto de Postgrado Fórum Bogotá.

Año de realización: 2010.

Tipo de trabajo: Ensayo para optar al título de Especialista en Contratación Estatal.

Problema planteado:

Determinar si la responsabilidad en el derecho civil y público ha dado contribuciones positivas al ordenamiento jurídico o por si el contrario es un óbice para un ambiente creativo del derecho.

Hipótesis:

No aplica

Objetivos generales y específicos

General.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Conocer las tendencias y las críticas actuales que se han plasmado al establecer las diferencias dentro de cada régimen de responsabilidad, para lograr un debate que abra nuevos paradigmas en el derecho colombiano.

Específico:

Hacer críticas y algunas anotaciones que permitan ilustrar el panorama actual de la responsabilidad contractual.

Fuentes bibliográficas consultadas:

Se consultaron 6 sentencias de la sección tercera del Consejo de Estado, 9 autores, entre ellos, 9 consultas de Tamayo Jaramillo. Javier. 2 consultas de Ospina Fernández, Guillermo. 2 consultas de Navarro, Adriana y Rivera, Ana María.

Metodología O Enfoque Metodológico:

Se trata de una investigación basada en el paradigma cualitativo, que a su vez es fundamento del paradigma socio-crítico. El modelo de investigación es socio-jurídico de carácter analítico-descriptivo-interpretativo.

Desarrollo:

El presente ensayo jurídico establece el contexto de la culpa, expone lo referente al principio general de la responsabilidad analizando su contexto histórico; manifestando las críticas realizadas en la actualidad y las transformaciones en la responsabilidad contractual del estado así como el rol desempeñado por los principios y la jurisprudencia constitucional.

Contexto histórico de la responsabilidad

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Los orígenes de la responsabilidad se ubican en el derecho romano, vinculada al concepto “nexum” como forma de vincular al que incumplía una sanción más concretamente la responsabilidad contractual obedece al pensamiento justiniano que valora la conducta subjetiva del deudor refiriéndola a lo objetivo del incumplimiento. Se establecieron dos formas de responsabilidad la derivada de la stipulatio en la cual se miraba al Factum debitoris y en las demás obligaciones se analizaba el dolo y la culpa ambos criterios como parte de la responsabilidad subjetiva.

En la edad media surge el criterio de la trinidad de las culpas esto es lata o grave, leve y levísima, aplicada a los contratos.

Lo anteriormente expuesto llevó a la definición de dos teorías así:

1. La responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación proveniente de un contrato anteriormente celebrado.
2. La responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación emanada no solo del contrato sino cuando se incumple una obligación derivada de un vínculo anterior o de la ley.

La responsabilidad civil

La responsabilidad civil se puede definir como la consecuencia jurídica, en virtud de la cual quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a los terceros.

Principio general de la responsabilidad

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Este principio se encuentra contenido en el artículo 2341 del C.C., consistente en que el que haya cometido un delito o culpa que cause daño le surge la obligación de indemnizar el daño causado sin perjuicio de la pena que se le imponga.

La culpa es utilizada en materia extracontractual como contractual expresando un juicio de valor respecto a la conducta concreta que es desaprobada, la culpa aquí resulta residual ya que tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual se aplican primero normas indemnizatorias especiales.

El principio general de la responsabilidad en el derecho colombiano ha sido controvertido por cuanto se ha evolucionado en las normas de indemnización de perjuicios generando diversos regímenes de responsabilidad que excluyen la figura de la culpa como requisito en la responsabilidad contractual y extracontractual.

La responsabilidad civil contractual y la diferencia entre el perjuicio y el daño.

El perjuicio en la responsabilidad civil contractual para que esta se origine tiene dos elementos vitales como son: 1. Existir un contrato valido 2. Violación al cumplimiento del contrato, surgiendo de lo anterior tres requisitos para la responsabilidad civil contractual el perjuicio, la culpa contractual, y el nexo causal entre la culpa y el perjuicio.

El Consejo de Estado ha establecido una diferencia entre el perjuicio y el daño, definiendo el primero como el menoscabo que se proyecta en el tiempo mientras que el daño es una afectación que se desarrolla e inclusive se vuelve más gravosa con el tiempo.

En todos los casos la responsabilidad civil, necesita de un perjuicio esto es una exigencia legal para la indemnización. Los perjuicios indemnizables han sido clasificados así:

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

1. Daños o perjuicios patrimoniales como aquellos que influyen negativamente en el patrimonio económico de la víctima, entre ellos el daño emergente y el lucro cesante.
2. Daños o perjuicios extra patrimoniales divididos en morales y fisiológicos.

La culpa en la responsabilidad contractual del estado.

La culpa a nivel contractual, se causa en la inejecución de la obligación contraída, se basa en el no cumplimiento de una obligación preexistente o cumplirla mal, lo que conlleva a expresar que en materia de responsabilidad la culpa equivale a la llamada culpa civil o social ya que se violan normas de comportamientos por la conducta impropia de una persona prudente.

El concepto de la culpa a nivel jurisprudencial se ha mantenido en la concepción tripartita de la culpa, mientras que a nivel doctrinal existe una tendencia hacia una concepción unitaria de la culpa, resultando inoficiosa dentro del campo de la responsabilidad la graduación y la separación del entre el dolo y la culpa. La concepción más aceptada de la culpa es la que distingue obligaciones de medios y resultados siendo la primera aquella que impone el deber de emplear los medios disponibles y observar la diligencia y el cuidado para lograr un fin sin asegurar un resultado y la segunda corresponde a una obligación específica determinada consistente en el compromiso de producir un resultado, si este no se da se habrá incumplido lo pactado.

Relación de causalidad

Como tercer elemento esencial de la responsabilidad se encuentra la causalidad, siendo esta la demostración efectiva del hecho generador que creó un daño en la víctima, su consagración legal se encuentra en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Responsabilidad contractual y extracontractual del Estado

El tratadista Javier Tamayo Jaramillo, relaciona la división de la responsabilidad del estado en contractual y extracontractual, la primera derivada del incumplimiento de un contrato que puede ser total parcial o defectuoso; la segunda se genera cuando se presentan hechos que generan un menoscabo a un tercero.

Estos dos tipos de responsabilidad civil se encuentran diferencias tales como:

1. PRESCRIPCIÓN

- Contractual. 10 años art 2536
- Extracontractual. Varios tipos de prescripción 3 años para las acciones originadas por el hecho ajeno; en materia comercial en lo relacionado con aeronaves la prescripción es de 2 años.

2. CAPACIDAD

- Contractual. 18 años y sano mentalmente, para cometer el hecho ilícito.
- Extracontractual. Más de 10 años y sano mentalmente.

3. SOLIDARIDAD

- Contractual. En la acción subrogatoria, la cuantía se determina con relación al contrato o la ley.
- Extracontractual. La cuantía de la acción subrogatoria, es por la totalidad de lo indemnizado al menos que exista concurrencia de culpas caso en el que se graduara la cuantía entre ambos.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

- En otros tipos de responsabilidad extracontractual, la graduación de la cuantía se puede regir por la gravedad de las culpas, siempre que estén probadas.

4. MONTO INDEMNIZABLE

- Contractual. Sin dolo solo se pagara los perjuicios directos y previsibles si hubo dolo se pagara por los daños previsibles e imprevisibles.
- Extracontractual. La indemnización de todos los daños previsibles e imprevisibles.

5. JURISDICCION Y COMPETENCIA

- Contractual. la acción se interpone en el domicilio del demandado pero también en lugar del cumplimiento del contrato.
- Extracontractual. En lugar donde ocurrieron los hechos.

6. CULPA

- Contractual. No hay ausencia de culpa.
- Extracontractual existencia de ausencia de culpa

7. CONCEPCION

- Contractual. división tripartita.
- Extracontractual. Unitaria

Esta clasificación la doctrina la ha calificado como inútil entre ellos el tratadista Ospina Fernández en su obra Régimen General de las Obligaciones en donde se expone que existe un error doctrinario y legislativo el cual se refleja en la existencia de otras fuentes que difieren del contrato.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Frente a los errores legislativos se critica los títulos denominados “del efecto de las obligaciones” y “de la responsabilidad común por los delitos y por las culpas” se visionan como un esquema de dos aparentes responsabilidades, dejando de lado figuras en la responsabilidad extracontractual como: la exoneración de la responsabilidad por el caso fortuito; la apreciación del daño emergente y del lucro cesante causados por el hecho ilícito; la exclusión de los perjuicios indirectos.

En la contractual se dejan de un lado la apreciación de la culpa para la determinación del quantum de la indemnización, o las que atribuyen responsabilidad por los hechos dependientes o cuando se realiza otro pago.

La responsabilidad contractual del Estado en el derecho colombiano.

La responsabilidad contractual tiene como parámetros el respeto al patrimonio público y el ~~cumplimiento~~ cumplimiento ~~ade~~ los fines del estado y la limitación a la autonomía de la voluntad dentro del contrato estatal. Lo que trae consecuencias de tipo penal civil y disciplinaria para todos aquellos que intervienen en la actividad contractual, la responsabilidad en materia contractual se encuentra establecida como principio en el Art 26 de la ley 80 de 1993. Teniendo como pilar fundamental el Art 90 de la C.N. y desarrollado en los artículos 50 a 59 y 62 al 67 de la misma norma superior.

La cláusula general de responsabilidad establecida en el Art 90 de la C.N. abarca la responsabilidad patrimonial del estado y las distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas incluyendo la responsabilidad contractual siendo pilar fundamental de este concepto el daño antijurídico.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Diferencias responsabilidad del Estado y la responsabilidad en el derecho civil.

1. En el perjuicio ocasionado por la acción u omisión del estado se indemniza la disminución patrimonial que ocasionen o su prolongación; y la ganancia, beneficios dejados de percibir por el contratista en la que se incluye el daño emergente y el lucro cesante. Pero se aleja de la concepción civil cuando establece que para la generación de la indemnización el incumplimiento no es lo fundamental como en la civil, lo fundamental es el daño patrimonial.
2. La mora en materia de responsabilidad civil se circunscribe a lo estipulado en el artículo 1615 del C.C. en la extracontractual la mora se concreta en el daño padecido por la víctima los perjuicios lo determina el juez.
3. Los intereses moratorios en materia civil se reconocen cuando se causan~~e~~, lo anterior se encuentra establecido en el art 884 del C.Co. y art 1609 y 2231 del Código Civil.

En el contexto contractual estatal se estableció que para evitar la distorsión de precios por el incumplimiento en los pagos, las entidades del estado reconocerán un interés al DTF. (Artículo 4 núm. 8 – ley 598 de 2000).

4. Cláusula penal civil se encuentra estipulada en el art 1592 del C.C., sin embargo en contratación estatal no se encuentra tipificada en el estatuto general de contratación, en caso de aplicación se requiere hacer remisión al código civil y código de comercio. Así en derecho contractual estatal la cláusula penal cumple una función resarcitoria mas no tiene un fin de apremio como en la responsabilidad civil.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

5. Las cláusulas excepcionales entendidas como la potestad del estado de pactar obligaciones sin el libre consentimiento de la otra parte, mientras que en la responsabilidad civil estas cláusulas están ausentes resultando ilícitas.
6. Caducidad. es una medida de sanción propia del derecho público entre ellos el contractual es una sanción de orden público no proveniente de la autonomía de la voluntad de las partes eje fundamental del derecho privado. Esta es irrenunciable imprescriptible unilateral.
7. La multa es una medida de apremio propia del derecho contractual cuyo objetivo en conminar al contratista a que cumpla lo pactado en el contrato no atiende al carácter de perjuicio propio de la responsabilidad civil. Este tema tuvo a nivel normativo y jurisprudencial varias posturas:
 1. Las entidades públicas no podían imponer multas debido a que esta potestad no estaba establecida en la ley 80 de 1993.
 2. La multas no eran clausulas excepcionales y por tanto en virtud del principio de autonomía de las partes que rigen los contratos estas podían ser pactadas en el mismo.
 3. Con la expedición de la ley 1150 de 2007 el vacío normativo fue superado y se estableció en el artículo 17 de la referenciada ley la facultad de las entidades públicas para la imposición de multas.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

CONCLUSIONES

Los cambios normativos y jurisprudenciales en la responsabilidad contractual del Estado han generado cambios que le han generado cambios que han permitido fijar sanciones y medidas, las cuales pertenecen al derecho privado que no son suficientes para la necesidad surgida en el derecho público colombiano.

Se deben discutir en la academia los pronunciamientos planteados por la doctrina y el Consejo de Estado para construir nuevos paradigmas respecto a la responsabilidad contractual tanto en el derecho privado como en el público.

Se plantea un gran interrogante sobre la técnica jurídica, por lo que es necesario reforzar los criterios en toda la materia.

Se deben modernizar elementos de la indemnización adoptándose a situaciones propias de la contratación estatal.

RAI 2

Tema: La Responsabilidad de la Administración Pública en la Etapa Precontractual. Actos y hechos administrativos, fundamentos de reparación y acciones judiciales.

Investigador: Jorge Eduardo Caviedes Devia.

Institución donde se llevó a cabo la investigación: Universidad del Rosario

Año de realización: N/F

Tipo de trabajo. Tesis de grado Maestría en Derecho Administrativo

Problema planteado: Determinación del quantum indemnizatorio proveniente de la actuación irregular de la administración pública en el curso de un proceso licitatorio.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

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

Objetivos

General. Advertir sobre la responsabilidad que se genera para los servidores públicos, producto de las actuaciones en la etapa precontractual de los procesos de selección que adelantan las entidades del Estado para la adquisición de bienes y servicios que requiere la administración pública para el cumplimiento de sus fines y funciones.

Específicos:

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

2. Identificar con apoyo en la teoría de la culpa in contrahendo, como se configura la culpa y su aplicación en la etapa precontractual de la administración pública tomando como modelo el procedimiento de licitación con las modificaciones pertinentes introducidas por la Ley 1150 de 2007.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

3. Realizar un paralelo con las fases que transcurren en la etapa precontractual en el derecho privado, abordando el concepto y alcance de los actos preparatorios, del acto de apertura de la licitación, de los pliegos de condiciones, de las propuestas comunicadas por cada participante, del acto que declara desierta la licitación y del acto de adjudicación.

Fuentes bibliográficas consultadas: En la presente investigación hubo consultas de la siguiente manera, 36 autores citados y 4 relaciones jurisprudenciales, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Código Civil, Código del Comercio.

Metodología: En esta investigación se utiliza el método de análisis histórico, lógico, teórico jurídico ya que se investiga con base en el surgimiento de la Legislación Contractual en Colombia a partir de la Ley 80 de 1993 y teniendo en cuenta toda la normatividad que respecta a la selección de contratistas de la Administración Pública.

Desarrollo:

La investigación partió haciendo un recuento frente a los cambios en la postura de las Altas Cortes con relación a la responsabilidad que se genera para la Administración Pública, producto de las actuaciones de los funcionarios públicos que se encargan de la etapa precontractual, en la cual se surten los estudios previos, el acto de apertura de la licitación, el proyecto de pliego de condiciones hasta llegar al pliego definitivo, la presentación de ofertas, la evaluación de las mismas y la adjudicación.

Hace la delimitación de la etapa precontractual en el derecho privado, indicando el sentido que se les da a la buena fe y a los deberes de conducta que de ella se derivan, para luego hacer un análisis comparativo frente a lo que pasa en el derecho público en esa misma etapa,

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

concluyendo que en el derecho privado se da el vínculo negocial desde que una de las partes acude a la otra para proponer el negocio, mientras que en el derecho público la contratación es más rígida por cuanto debe seguirse el procedimiento que establece el Estatuto General de Contratación Ley 80 y las demás normas que la han reglamentado, adicionado, o, modificado.

Ubica en el derecho privado la responsabilidad derivada de los daños cometidos en la etapa precontractual, como consecuencia de la violación de la buena fe y los denominados deberes secundarios de conducta, en paralelo con la forma como dichos temas son tratados en el Código de Comercio.

Mientras que en el derecho público, la responsabilidad extracontractual, se da por la omisión o por la acción indebida de la administración en la identificación de una necesidad de interés público que requiere satisfacción, en orden al cumplimiento de los fines constitucionales y legales para los cuales ha sido creada la entidad.

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

Entre particulares incluso cuando el proceso negociador no se haya realizado según la secuencia de oferta y aceptación, llega un momento en el que las partes dejan de tener la libertad de romper abruptamente sus negociaciones y deben guardar respeto por el cumplimiento de la

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

obligación que asumió uno frente al otro, pues de lo contrario se genera responsabilidad y se llega hasta el grado de tener la parte incumplida que indemnizar al otro.

La responsabilidad de la Administración frente a sus contratistas surge como consecuencia de un comportamiento culposo en la formación de la voluntad contractual, manifestado en el quebrantamiento de principios generales del derecho, y que se traduce en la causación de un daño, que amerita ser indemnizado.

Durante la etapa precontractual, los intervinientes deben actuar observando diligencia, transparencia y buena fe. Por lo tanto, si se iniciaron conversaciones de cara a la configuración de un negocio jurídico determinado, con el propósito de causar daños a su destinatario, de obtener información confidencial, o simplemente, haciendo uso de la libertad de no contratar, se rompen injustificadamente las relaciones produciéndose un daño, se ha establecido que quien incurre en esas conductas, es sujeto de responsabilidad in contrahendo.

En síntesis, nace para la administración la obligación de indemnizar los daños ocasionados durante la etapa precontractual como resultado de la falta de observación de los deberes de transparencia y debido proceso, selección objetiva, los cuales tienen su fundamento en los principios de la buena fe, no abuso del derecho, reproche del enriquecimiento sin causa, y el que sustenta cualquier tipo de responsabilidad: el imperativo de no causar daño a nadie.

Advierte el investigador, que en materia de contratación pública, el fundamento de la responsabilidad del Estado en la etapa precontractual, se ha identificado con la obligación constitucional para éste de reparar los daños antijurídicos causados por la acción y omisión de las autoridades públicas.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

La responsabilidad civil tiene como propósito la reparación de los daños causados a una persona en su integridad física y moral o en su patrimonio, bien sea que se originen en el incumplimiento de una obligación contractual, o en la vulneración del imperativo de no causar daño a nadie. A su vez la responsabilidad patrimonial del Estado tiene por fin reparar el daño que un agente suyo con su accionar doloso, o gravemente culposo causa al particular.

En el trabajo igualmente se identifican las situaciones con las que se vulneran y se rompen los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y buena fe, en la etapa precontractual por parte de la Administración para con los proponentes, las cuales son:

1. Se revoca el acto de apertura luego de que han sido presentadas algunas propuestas.
2. Se modificación sustancialmente los pliegos de condiciones, para favorecer una propuesta o direccionar el proceso para un solo proponente.
3. Se declara desierta la licitación pública, sin motivar el acto administrativo y sin que exista razón legal para ello.
4. Se hace adjudicación ilegal del contrato.

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

La posición actual del Consejo de Estado, consiste en que los únicos requisitos para el perfeccionamiento del contrato, y con ello para su existencia, son los establecidos en el inciso

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

primero del artículo 41 de la ley 80 de 1993, a saber: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación que debe ser elevado ha escrito. El registro presupuestal, junto con la aprobación de la garantía, continúan siendo una exigencia para la ejecución del contrato, según lo establece el inciso segundo 41 de la ley 80 de 1993.

Conforme el ordenamiento jurídico Colombiano tratándose del cuestionamiento sobre la legalidad de los actos previos a la celebración del contrato, expedidos con ocasión de la actividad contractual, la acción contractual se torna indispensable cuando quiera que ha expirado el término de caducidad de 30 días establecido en el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, o cuando antes de su vencimiento, la entidad y el proponente adjudicatario han celebrado el contrato definitivo. La ilegalidad de los actos previos sólo podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. Así las cosas, el proponente que presentó el mejor ofrecimiento a la entidad pública, pero que no fue beneficiario del acto de adjudicación, sólo podrá canalizar sus pretensiones indemnizatorias a través de la acción contractual, invocando como causal de nulidad absoluta del contrato, la ilegalidad del acto con el cual se puso fin a la licitación, de conformidad con el numeral cuarto del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Conclusiones del investigador que llevó a cabo el trabajo

Con fundamento en el artículo 860 del Código de Comercio, cada postura comunicada por un proponente implica la aceptación de la oferta formulada por el Estado a través del pliego de condiciones, y por lo tanto la celebración de un contrato sometido a condición resolutoria.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

El pliego de condiciones es en sí mismo una oferta de contrato; afirmación que encuentra su respaldo en el nivel de precisión que le es exigido por el numeral quinto del artículo 24 de la ley 80 de 1993, y por el carácter vinculante para los proponentes.

Con el acto de adjudicación se perfecciona un verdadero contrato preparatorio que impone para las partes una obligación de hacer, cuya finalidad consiste en dar nacimiento a las prestaciones inherentes del objeto materia de licitación, es decir, al contrato estatal propiamente dicho, mediante la suscripción conjunta de un documento en el que se plasmarán todas las condiciones del mismo. La obligación de indemnizar los daños ocasionados durante la etapa precontractual tiene su fundamento en los siguientes principios: buena fe, no abuso del derecho, reproche del enriquecimiento sin causa, y el que sustenta cualquier tipo de responsabilidad: el imperativo de no causar daño a nadie.

La entidad estatal no puede separarse de las tratativas de manera arbitraria, injustificada, o argumentando razones que se refieren a hechos que en su momento fueron superados, y de los cuales se tenía un convencimiento pleno, tales como, la repentina inocuidad o falta de utilidad del objeto que se pretendía contratar.

En el procedimiento de licitación pública, la presentación de las posturas por los participantes, crea en su favor situaciones jurídicas concretas y particulares que les confieren el derecho a que sus ofertas sean evaluadas por la entidad y a que se adjudique el contrato a quien confeccionó la mejor de ellas. Por esta razón, si la entidad incumple con su oferta plasmada en los pliegos de condiciones, y de manera ilegal rechaza una postura, modifica sustancialmente el pliego de condiciones, declara desierta la licitación, adjudica el contrato o se abstiene de hacerlo,

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

el interés que se le debe tutelar al proponente que presentó el mejor ofrecimiento es el positivo en su equivalente económico.

Cualquier estipulación contenida en el pliego de condiciones que prevea la limitación de responsabilidad de la entidad pública como consecuencia de una adjudicación ilegal del contrato, de la declaratoria de desierta de la licitación, o del rechazo de una propuesta válida, debe ser considerada ineficaz. A través de un acto administrativo precontractual, no es posible que se restrinja, limite o anule, el derecho de los proponentes a exigir la indemnización de los perjuicios antijurídicos que sufran como resultado de una acción u omisión de la entidad pública en esta fase de formación del contrato.

Propuesta del Investigador que llevó a cabo el trabajo.

El investigador que llevó a cabo el trabajo como tesis para obtener el título de Magister en Derecho Administrativo, no hizo ninguna propuesta con relación al tema de la responsabilidad de la Administración Pública en la etapa precontractual.

RAI 3

Tema: Tratos preliminares y responsabilidad precontractual

Investigador: Jorge Oviedo-Albán

Institución donde se llevó a cabo la investigación: Universidad de la Sabana.

Año de realización: 2008

Tipo de trabajo. Artículo científico, producto de investigación aplicada.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Problema planteado:

En ocasiones los contratos se forman sin que las partes contratantes concurren en un mismo tiempo y lugar a su celebración, caso en el cual se pueden separar las diferentes etapas que serán analizadas; pero en otras, también frecuentes, no es posible establecer en qué momento se gestó cada una. Es de indicar por esto, que en algunos casos no se sigue el proceso de “formación sucesiva”, o no se puede identificar de manera clara la presencia de las etapas señaladas. Ello, no obsta, como se indica en la doctrina en materia de compraventa internacional, para considerar que dicho proceso quede regido por las normas relativas al proceso de formación del contrato

Hipótesis:

Ha de interpretarse de una forma amplia el artículo 23 de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, que dispone: “El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención”.

Objetivo:

Analizar el *status questionis* a nivel legal, doctrinal y jurisprudencial de los tratos preliminares y la responsabilidad derivada de los daños cometidos en la etapa precontractual, como consecuencia de la violación de la buena fe y los denominados deberes secundarios de conducta, en el derecho privado colombiano en paralelo con la forma como dichos temas son tratados en los instrumentos que conforman el Derecho Mercantil Internacional, reguladores de los contratos internacionales

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Fuentes bibliográficas consultadas

Se consultaron 58 obras, entre ellas 2 de Atilio Alterini, 3 de Luis Diez Picazo, 3 de María del P. Perales Viscasillas.

Metodología O Enfoque Metodológico:

Se trata de una investigación basada en el paradigma cualitativo, que a su vez es fundamento del paradigma socio-crítico. El modelo de investigación es socio-jurídico de carácter analítico-descriptivo-interpretativo.

El método comparativo de trabajo y el planteamiento conceptual, descripción y análisis de los temas tratados ha llevado a la necesidad de hacer referencias a legislación, doctrina y jurisprudencia extranjeras, con el fin de ilustrar las tendencias que se viven en diferentes latitudes, para de esta manera lograr una visión general del tema expuesto.

Desarrollo:

Concepto y Alcance

El perfeccionamiento de los contratos, requiere el agotamiento de dos etapas previas, a saber: la oferta y la aceptación. No obstante se observa que aún antes de la oferta, en el período precontractual, se da una fase en la cual, se surten sus primeros acercamientos entre los interesados en la celebración de un contrato. Estos diálogos preliminares no obligan a la celebración del contrato pero sí obliga a las partes, a actuar de buena fe y en el caso de causar daños, ante la inobservancia de ese deber, puede acarrear la obligación de indemnizar perjuicios; situación que es concebida por el sistema europeo continental y en el Derecho Colombiano, acorde con lo establecido en el Código de Comercio Colombiano, en la Convención de Viena

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

de 1980 y los principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado “UNIDROIT” para los contratos comerciales internacionales.

El Derecho Colombiano le ha reconocido valor a los tratos preliminares de la buena fe y los deberes de conducta, al considerar que en la fase precontractual, las partes buscan conocerse para poder conocer las eventuales condiciones, objetivas y subjetivas que regirían el contrato, lo que, va a permitir en un futuro, interpretar el eventual negocio celebrado.

En el sistema europeo continental, como lo observa Francesco Messineo “... las negociaciones obligan en otro sentido: esto es, que, cuando han llegado a tal punto que permita prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las parte rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (culpa in contrahendo, es decir, culpa en el curso de negociaciones contractuales; responsabilidad precontractual), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño -o sea, el llamado interés contractual negativo, ...” De allí que se diga que la relevancia de los tratos preliminares está dada por el grado de responsabilidad que se puede imputar al sujeto que viola tal obligación que se predica de quien comete un daño por la frustración del negocio sobre el que las partes se intentaban acercar, por servir para la interpretación del acuerdo que se perfecciona, no sólo para determinar cuál fue la voluntad de las partes en la ejecución contractual como en el caso que surja entre ellos un conflicto posterior a la perfección.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Deber de actuar de buena fe:

La buena fe como el deber de obrar de manera leal y correcta. Fue reconocida en el derecho europeo continental, y también es acogida en el Derecho Privado Colombiano y debe observarse en todas las etapas de negociación, celebración y ejecución del contrato.

En Estados Unidos, las Cortes venían reconociendo que las partes tienen libertad de negociar sin quedar incurso en responsabilidad en la etapa precontractual, pero, últimamente, se notó cambio y reconoció responsabilidad precontractual, en eventos como enriquecimiento ilícito sin causa, declaraciones erróneas o falsas.

Es así como el Código Civil Colombiano, establece que todo el que cause un daño está obligado a repararlo. Evento este que puede presentarse también en la etapa precontractual. Igualmente, el Código de Comercio Colombiano, en forma taxativa, en el artículo 863 dispone: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia de agosto 12 de 2012, también se pronunció a este respecto, manifestando que los actos, tratos y conversaciones preliminares para perfeccionar el acuerdo de voluntades, resultan trascendentales para interpretar la verdadera intención de las partes y saber cuáles fueron las reglas del juego a las que se iban a someterse.

El deber de actuar de buena fe y lealtad negocial, debe observarse en todas las etapas del contrato, asumiendo una doble naturaleza: es una obligación específica impuesta a la actuación de los contratantes y una norma imperativa consagrada en los principios del Instituto

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Internacional para la Unificación del Derecho Privado “UNIDROIT”, así: “Artículo 1.7. Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber.”

Deberes secundarios de conducta:

De la obligación de actuar de buena fe, se derivan para los particulares una serie de deberes consistentes en los principios de lealtad y corrección de la conducta, que exigen la clara manifestación de “... las circunstancias personales u objetivas de cada una de las etapas, y un deber de informar sobre todas las circunstancias que puedan interesar a la contraparte: las peculiaridades de la legislación; las circunstancias específicas que no puedan ser concebidas por el futuro contratante luego de un estudio profesional adecuado y que constituyen en cierta forma extensión de las obligaciones pre y pos contractuales”

Deberes genéricos derivados de la obligación de buena fe en la etapa precontractual:

- a. **Deber de Información:** las partes deben manifestarse mutuamente las circunstancias que se asumen para la celebración del contrato, en relación con el objeto o particularidades del acuerdo.

En el derecho colombiano ejemplos de este deber se encuentra en las normas que prohíben publicidad engañosa y las que consagran el derecho del consumidor a estar informado. Así lo manifestó la Corte Suprema de Justicia de Colombia: “... Ya incluso existen normas positivas...verbigracia los artículos 20 y 78 de la Carta Política, donde

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

de un lado se confiere rango constitucional al derecho a recibir información veraz y, de otro, se confiere a la ley la misión de controlar la información dada en la comercial.

Algunos contratos, como el de seguro, el omitir algún tipo de información sobre el objeto, la calidad o identidad del mismo, o incluso del oferente, podría hacer incurrir en error al destinatario cuando aquellos hayan sido los motivos que lo llevaron a contratar, de tal forma que de haber conocido la información que se le ocultó, no habría contratado, lo que puede acarrear una nulidad relativa del seguro.

En los Principios de UNIDROIT, el no revelar la información necesaria, constituye dolo y por ende afecta la validez del contrato

- b. **Deber de secreto consiste** en guardar la reserva sobre toda la información bien sea personal o con relevancia patrimonial que se haya conocido del otro en los acercamientos previos. En Colombia se encuentra regulado en la ley de competencia desleal.

Es desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos.

- c. **Deber de protección y conservación:** Consiste en asumir la custodia o conservación de los bienes objeto de negociación.

En Colombia se aplica este deber en el art. 2151 Código Civil.

- d. **Deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa:** Este principio obliga a no generar falsas expectativas sobre un contrato que nunca se perfeccionará. Habría culpa cuando se induce a otra parte a confiar en la conclusión del contrato, sin verificar la real posibilidad en la perfección del contrato. Por ello se exige que al negociar se actúe con

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

la intención real de celebrar el contrato, aunque en la práctica no se realice el mismo. Se considera que hay mala fe cuando no se tiene la intención de llegar a un acuerdo.

Responsabilidad en la etapa precontractual

La inobservancia de los deberes antes aludidos, acarrea la obligación de reparar los perjuicios cometidos. Esto es conocido como la *culpa in contrahendo*, de la que hablaba Ihering, por lo que, quien genera daños en la negociaciones preliminares.

Se atribuye a Saleilles, haberle asignado categoría de “deber derivado de la buena fe, el no terminar las negociaciones de manera arbitraria e indemnizar los perjuicios causados cuando ello ocurriere”

En el derecho colombiano, además de la responsabilidad patrimonial en la que incurra por transgredir el deber de buena fe y los deberes derivados de este principio, pueden derivarse sanciones por infracción de las normas sobre publicidad y prácticas de competencia desleal.

Al constituir el deber de buena fe, una obligación que atañe a las partes desde los acercamientos previos hasta la perfección del contrato, su inobservancia, adquiere connotación de incumplimiento de obligaciones contractuales, por lo que le resultan aplicables las normas que regulan acciones derivadas del incumplimiento, como la indemnización de perjuicios.

Los daños indemnizables en la etapa precontractual compensan el interés negativo, consistente en la pérdida que se origina al violar la expectativa que se tenía en no ser lesionado en el ejercicio de la libertad contractual, por haber confiado en la conclusión del contrato que no se celebre o que sea declarado nulo. No habría lugar a perseguir indemnización por las ganancias dejadas de percibir por el contrato que no se realizó.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Conclusiones

-En el derecho privado europeo continental, y enmarcado dentro de él, el derecho colombiano, los tratos preliminares se conciben como los primeros acercamientos de los posibles contratantes, con el fin de conocer las condiciones objetivas y subjetivas que rigen la eventual celebración de un contrato, al igual que servir para la interpretación del contrato que eventualmente llegare a celebrarse.

- Los tratos preliminares no son obligatorios, pero sí obliga a las partes a actuar de buena fe, es decir, en forma correcta y leal, de ahí que se deriven una serie de deberes secundarios de conducta.

- La indemnización de perjuicios por los daños cometidos en la etapa precontractual, según la interpretación generalizada comprende sólo el interés negativo o de confianza en la celebración del contrato frustrado.

-En los instrumentos del Derecho Mercantil Internacional, no obstante que no hay un claro reconocimiento de la etapa de tratos preliminares, sí se reconoce la obligación de actuar de buena fe e indirectamente regula obligaciones de corrección y lealtad y deberes secundarios de conducta.

ENFOQUE METODOLÓGICO

El enfoque metodológicos del presente trabajo se basa en el paradigma socio-crítico, el cual surge como respuesta a las tradiciones positivistas e interpretativas y pretenden superar el reduccionismo de la primera y el conservadurismo de la segunda, admitiendo la posibilidad de una ciencia social que no sea ni puramente empírica ni solo interpretativa.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

El paradigma crítico introduce la ideología de forma explícita la auto reflexión crítica de los procesos del conocimiento y tiene como finalidad la transformación de la estructura de las relaciones sociales y dar respuesta a determinados problemas generados por éstas. Sus principios son:

- Conocer y comprender la realidad como praxis
- Unir teoría y práctica (conocimiento, acción y valores)
- Orientar el conocimiento a emancipar y liberar al ser humano

En este orden de ideas, el tipo de investigación es de carácter socio-jurídico, y que consiste en examinar la ligazón entre el derecho y la sociedad. Así mismo, la función social del derecho, el proceso de transformación de las normas jurídicas en conductas sociales. En síntesis, el estudio del derecho en la vida social, en la práctica social (Vanegas Torres et al: 2004).

En lo que corresponde al carácter del trabajo proyecto, es de carácter descriptivo-interpretativo, con la posibilidad de efectuar un trabajo de campo encaminado a la entrevista abierta de personalidades versadas en el tema escogido.

Cronograma

Actividades	Meses	Agosto	Septiembre	Octubre	Noviembre
Desarrollo marco teórico-conceptual					
Trabajo de campo					
Análisis información					

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Conclusiones y propuestas				
Entrega y sustentación del proyecto				

Presupuesto Global.

RUBROS	FUENTES		TOTAL
	IE	INVESTIGACIONES	
PERSONAL		3.000.000	3.000.000
EQUIPOS		1.500.000	1.500.000
SOFTWARE		-0-	-0-
PAPALERÍA Y OTROS		500.000	500.000
SALIDAS DE CAMPO		200.000	200.000
MATERIAL BIBLIOGRÁFICO *		300.000	300.000
TOTAL		5.500.000	5.500.000

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

INSTITUCIONES JURÍDICAS DEL DERECHO CONTRACTUAL PRIVADO

AL DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO

Cláusula general de responsabilidad

La responsabilidad civil contractual encierra la totalidad de los comportamientos humanos que por generar un daño a terceros hacen recaer a quien los causó la obligación de repararlos o indemnizarlos, en materia contractual ese comportamiento consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el delito, el cuasi delito o la violación del deber de prudencia; esto conlleva a que el daño ocasionado sea resarcible siempre y cuando provenga del comportamiento antijurídico, lo que se conoce como principio general de responsabilidad civil y el cual se encuentra contenido en el artículo 2341 del Código Civil; de igual manera, en materia de responsabilidad del estado existe la cláusula general de responsabilidad consagrada en el Artículo 90 de la C.N, en la que consagra que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

La contratación estatal no es ajena a la causal general de responsabilidad del Estado consagrada en el Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, con influencia del principio general de responsabilidad del derecho civil y sus instituciones (Obdulio Velásquez P S/F).

De acuerdo con las precitadas nociones básicas el estudio del presente capítulo se centrará en lo referente a las instituciones que rigen la responsabilidad en el derecho civil y su

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

influencia en derecho contractual estatal por lo que se analizará aspectos tales como el, daño, nexos causal, la culpa, la oferta la indemnización, la buena fe y la jurisprudencia aplicada al tema.

El daño

Emerge este elemento como piedra angular de la responsabilidad civil siendo necesario mas no suficiente para que se configure la responsabilidad sea esta precontractual, contractual, o extracontractual, el daño debe ser el primer elemento que debe ser analizado en un juicio de responsabilidad para luego estudiar y analizar los demás elementos axiológicos que constituyen la responsabilidad (Díaz-granados Mesa Santiago,: 2001).

Tamayo (2009) entiende por daño el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima.

Ahora bien es necesario diferenciar el daño propiamente dicho con el perjuicio siendo el primero según el profesor Henao (1996) el hecho o lesión que se ocasiona en el mundo exterior que es comprobable y el segundo se traduce en el menoscabo del patrimonio de una persona en concreto que resulta del daño.

Rico (2009) considera que en contratación pública la materialización de la responsabilidad contractual del Estado se configura cuando concurren los siguientes elementos:

1) La existencia de un daño consistente en la lesión del derecho de crédito del contratista. Al respecto cabe recordar que el contrato es fuente de obligaciones y a la vez de derechos correlativos para cada una de las partes, denominados estos derecho de crédito que consisten en la facultad de exigir al otro sujeto contratante el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, el

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

daño debe ser cierto y su existencia establecerse plenamente en el respectivo proceso; en otras palabras, los perjuicios que alega el acreedor y que reclama del deudor deben estar revestidos de plena certeza. (p.1019)

A su vez, Martínez (2002), en lo que respecta al daño contractual señala que éste consiste en la lesión del derecho de crédito como consecuencia de un comportamiento del deudor contrario al programa de la prestación. En este tipo de responsabilidad el elemento central es el daño, de conformidad con el principio de garantía de la integridad del patrimonio de los particulares, según el cual la responsabilidad se fundamenta en la posición jurídica de la víctima, cuya esfera patrimonial ha sido lesionada y no sobre la conducta del autor del daño. (p.128)

El daño antijurídico para que sea indemnizable debe tener una existencia real y concreta y debe ser evaluable en términos económicos; es necesario entonces que el contratista acredite su existencia, lo cuantifique en dinero, de acuerdo con los parámetros del contrato celebrado o los factores objetivos existentes y además lo individualice” (Consejo De Estado. Radicación: 20001- 23-31-000-1998-04061-01(18499: 2010).

Ahora bien, en el entendido de que el daño que configura la responsabilidad contractual consiste en la lesión del derecho de crédito del contratista, resulta claro inferir que, para deducir su ocurrencia, debe demostrarse la existencia del derecho subjetivo que se afirma conculcado y, en tratándose del derecho de una de las partes del contrato a esperar la ejecución de la prestación debida que está a cargo de la otra (Consejo De Estado. Radicación: 20001- 23-31-000-1998-04061-01(18499: 2010), resulta imperativo probar como hechos fundamentales: Que exista el contrato fuente de la obligación debida; Que estén cumplidas las condiciones legales y

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

contractuales que condicionan la ejecución del contrato; y, que la obligación que se afirma incumplida sea exigible.

Nexo causal

Este elemento se refiere al vínculo que existe entre la conducta de un sujeto y el resultado imputable a este, relación causa-efecto el tratadista lo define como “la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado.” (Patiño, 2008, p. 28).

En tal sentido la doctrina ha precisado que para poder atribuirle la responsabilidad o resultado a una persona como consecuencia de una acción u omisión es indispensable definir si existe un nexo entre la relación causa –efecto si no es posible encontrar esa relación no podrá adelantarse ningún juicio de responsabilidad, con el nexo causal se demuestra si efectivamente el hecho generador creó un daño en la víctima su fuente normativa se encuentra en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

La Culpa / Hecho Generador del Daño:

Para Tamayo (2008), la culpa en materia civil se circunscribe a la inejecución de la obligación contraída, esta se basa en el no cumplimiento de una obligación preexistente o cumplirla mal, la doctrina civil la define como la configuración de violación de normas de comportamiento, en virtud de una conducta impropia de una persona prudente

En el derecho civil la culpa ha tenido una clasificación importante la primera de ellas hace referencia a la división tripartita (culpa leve, grave y gravísima). El concepto de la culpa a nivel jurisprudencial se ha mantenido en la concepción tripartita de la culpa, mientras que a nivel doctrinal existe una tendencia hacia una concepción unitaria de la culpa, resultando

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

inoficiosa dentro del campo de la responsabilidad la graduación y la separación entre el dolo y la culpa.

La concepción más aceptada de la culpa es la que distingue obligaciones de medios y resultados siendo la primera aquella que impone el deber de emplear los medios disponibles y observar la diligencia y el cuidado para lograr un fin sin asegurar un resultado y la segunda corresponde a una obligación específica determinada consistente en el compromiso de producir un resultado, si este no se da se habrá incumplido lo pactado. (Hoyos, 2002, p.1395)

Delimitación de la etapa precontractual en el derecho contractual civil

Mosset (2006), al tratar sobre el tema acota que en el derecho civil es claro que la etapa precontractual inicia con la invitación a negociar, desde ese mismo momento nace una relación jurídica para las partes consistente en el cumplimiento de ciertos deberes; la cual concluye con la celebración del contrato o la aceptación de la oferta por parte del destinatario, en el que se distinguen tres momentos: la idea, la cual hace referencia la necesidad que se quiere satisfacer, el medio utilizado para lograrlo y el momento de la concreción materializado con la oferta y la incorporación de la cláusulas generales que la regirán .

Por su parte en el derecho contractual estatal es necesario delimitar cada momento tanto el de la entidad estatal como el del posible oferente para ambos son distintos por cuanto sus efectos jurídicos son diferentes, pues las actividades desplegadas por la entidad pública y el proponente son distintos; es indispensable diferenciar el momento en el cual inicia el período precontractual para la entidad pública del que corresponde al contratista, ya que comporta, para

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

cada uno, el cumplimiento de deberes y obligaciones cuyo quebrantamiento configura responsabilidad precontractual.

Fase de idea.

Se origina o comienza, a partir del contacto que se tiene con otra persona para entablar e iniciar las negociaciones las cuales se deben desarrollar con base en el principio de buena fe, diligencia, previsión, cooperación, información, reserva y custodia.

En la V Jornada Bonaerense de Derecho Civil (1992) sobre esta fase concluyeron lo siguiente:

“La responsabilidad precontractual comprende dos etapas: la primera abarca desde el inicio de las tratativas preliminares hasta la emisión de la oferta; la segunda, desde la oferta formulada hasta la definitiva frustración del contrato o perfeccionamiento del acuerdo – contratos nulos o anulables”.

En esta etapa se pretende lograr un acuerdo de voluntades libre de vicios y ajustado a los intereses de las partes.

Ahora bien en el campo de la contratación estatal esta fase solo se encuentra en la etapa previa al acto de apertura del proceso contractual específicamente el instante en que la entidad estatal hace por primera vez pública su intención de contratar y publica los proyectos de pliego de condiciones y eventualmente también se puede advertir en la audiencia de distribución asignación tipificación de los riesgos contractuales.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

La oferta.

La oferta presupone los acercamientos previos entre las partes para llegar a un acuerdo de voluntades, así, la emisión de la oferta es la concreción de esos acercamientos y expresa la voluntad de la partes de contratar en condiciones plenas exentas de vicios con claridad de las condiciones que regirán la negociación (José Antonio Carrión: 2007); la emisión y aceptación de la oferta implica que se han superado toda duda sobre ella para ambas partes y están dispuesta a cumplirlas con lo que el ella se ha manifestado, la regulación normativa de la oferta en Colombia se encuentra regulada en los Artículos 845 y ss., del código de comercio.

Escobar (2006) considera que en el proceso contractual estatal la oferta se ve reflejada en el pliego de condiciones definitivo el que constituye en sí mismo una oferta, frente al proponente se entiende que acepta dicha oferta desde que exterioriza ante la entidad estatal su aceptación incondicional a todas la condiciones técnicas, jurídicas y financieras establecidas en el pliego de condiciones, siendo la oferta presentada por el proponente no una oferta en sí, sino la aceptación a la oferta pues, como ya se dijo la oferta la constituye el pliego de condiciones.

Los precontratos.

La aceptación de la oferta puede concluir con un precontrato o promesa de contrato, en el cual solo se fijan reglas generales, antes de perfeccionarlo con el contrato definitivo; en contratación estatal afirma Caviedes (2010) se puede hablar de precontrato con el acto administrativo de adjudicación el cual se acerca mucho al contrato definitivo teniendo en cuenta que desde la adjudicación ya se tiene el pleno consentimiento de las partes acerca de las

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

condiciones, y la obligación del acto de adjudicación como precontrato no es más que suscribir el contrato estatal.

En conclusión, el precontrato, puede estar alejado o muy cerca de la concreción de las cláusulas del contrato definitivo. Conrado (2012) señala que se deben fijar reglas sobre el comportamiento que deberán observar las partes durante las negociaciones, reglas sobre revelación y protección de la información suministrada, sobre transparencia y colaboración, o sobre la distribución de ciertas labores o estudios que se consideran indispensables para determinar la viabilidad del proyecto.

Delimitación de la etapa precontractual en el derecho público.

Desde la dinámica propia del proceso contractual y la doctrina se identificaban tres etapas en la contratación estatal: precontractual, contractual y pos contractual. Pero, con la expedición del decreto 1510 de 2013 se establece como una etapa más, por fuera de la precontractual, a saber: Etapa de Planeación.

En sentencia del Consejo de Estado radicación: 25000-23-26-000-1995-00867-01(2011-17767) se afirmó: Realizando una similitud con las etapas en derecho civil la etapa de la planeación en contratación pública se asemeja a la fase de idea en los contratos civiles, en virtud de la etapa de planeación, la entidad pública fija las necesidades que quiere satisfacer para cumplir los fines del Estado, en esta etapa de planeación se expiden actos preparatorios, hace verificaciones para fijar de forma precisa y eficaz la condiciones técnicas financieras y jurídicas dentro de la cuales se encuentran el análisis del sector trámites de licencias, elaboración de estudios y diseños,

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

La obtención del certificado de disponibilidad presupuestal, se determina la modalidad de selección, el valor del contrato, se estudian los riesgos previsible, las garantías etc. Es decir, de la etapa de la planeación se deriva la estructuración de los documentos y estudios previos de que trata el Artículo 15 del decreto 1510 del 2013, la característica principal de la etapa de planeación en contratación estatal es la no exteriorización de la voluntad de la administración al público para contratar. Esta etapa se convierte en un espacio propio de la administración para determinar la mejor forma para dar viabilidad al proceso contractual que permita cumplir con los fines del estado.

Figuras Jurídicas Del Derecho Civil Aplicadas a La Contratación Estatal.

Domínguez (2010) sostiene que la reparación integral tendrá lugar siempre que se compruebe por parte del juez o conciliador que existió un daño y un nexo causal, pero la llamada reparación integral del daño varía del derecho civil al derecho público, en el primero de ellos consagrado en el artículo 1616 del código civil se regula la indemnización sobre la base de la culpa del contratante incumplido.

Asimismo el artículo 1613 del código civil establece que la indemnización de perjuicios contiene el lucro cesante y el daño emergente, que si bien son figuras comunes tanto a la responsabilidad contractual civil y estatal se diferencian angularmente en que en la responsabilidad contractual estatal se deriva del daño y no del incumplimiento o mejor, del incumplimiento siempre que se genere un daño.

Respecto a las consecuencias del incumplimiento en materia civil se da la mora cuando no se cumplió la obligación dentro del plazo, sus efectos se circunscriben a lo consagrado en el

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Artículo 1615 del C.C. como son la indemnización de perjuicios, los intereses moratorios el cobro de la cláusula penal, la mora respecto a la contratación estatal se genera una vez se haya vencido el plazo de ejecución fijado en el contrato estatal sin que se hubiesen cumplido por parte de las partes las obligaciones, pero con la diferencia de que en lo estatal no es necesario para el contratista formular reconvencción o interpretación judicial pues la mora opera automáticamente mientras que en materia civil es necesario la reconvencción.

Existe también la figura del interés moratorio propio del derecho civil y reconocido por el derecho contractual estatal en los términos consagrados en el Art 1609 los cuales comprende el daño emergente y el lucro cesante, dichos intereses se pueden pactar en el contrato estatal y pueden ser cobrados con el fin de indemnizar el daño causado por la depreciación de la moneda. La ley 80 de 1993 en su artículo 4 Numeral 8 estableció que los mencionados intereses serán los pactados por las partes pero que en caso de que no sean pactados se aplicara la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado, sin embargo hay que aclarar que si el contrato administrativo es de naturaleza mercantil y se pactan intereses moratorios la tasa no podrá exceder una y media veces el bancario corriente de acuerdo al Artículo 884 del código de comercio, si por el contrario, el contrato estatal está regido por la legislación civil, la tasa de interés moratorio pactada puede exceder el interés corriente más la mitad del mismo, según lo consagrado en el 2231 del Código Civil.

Otra de las figuras comunes entre la responsabilidad contractual civil y estatal, es la Cláusula Penal, la cual es de naturaleza civil consagrada en el Artículo 1592:

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.

Esta cláusula se puede definir como una sanción pecuniaria de carácter reparatoria o indemnizatorio excepcionalmente es punitiva en la que se estipula de forma anticipadas el valor de la indemnización por incumplimiento del contrato, que puede reclamar la parte incumplida. En contratación estatal tiene las mismas características que en materia civil. Sin embargo, su regulación en lo estatal no se encuentra contemplada en el estatuto general de contratación sino que se rige por las normas comerciales por remisión expresa del Artículo 13 de dicho estatuto y se encuentra regulada como ya se indicó en el artículo 1502 del C.C. y 867 del Código de Comercio.

En diversas sentencias se ha pronunciado el Consejo de Estado (radicación: 2011- 2757) donde estableció como característica de la cláusula penal en contratación estatal su carácter reparatorio y de cómo la administración pública puede hacerla efectiva directamente, sin necesidad de acudir al juez natural del contrato cuando se declare la caducidad del mismo. Se diferencia de la multa, en el fin que cumple cada una. Mientras la multa sirve de apremio para conminar al cumplimiento del contrato, la cláusula penal es una sanción coercitiva, mientras que en materia civil la misma tiene como finalidad el apremio para el cumplimiento del contrato.

Según Jurisprudencia del máximo tribunal (1995), esta figura en materia civil debe ser declarada por el juez una vez quede probado en juicio el incumplimiento de la obligación principal y la existencia de la cláusula penal; en materia administrativa, la entidad contratante

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

lo hace mediante acto administrativo debidamente motivado, en el caso de declarar la caducidad, teniendo en cuenta la facultad de auto tutela de la que goza la administración, lo que no impide que se acuda en caso de controversia al juez natural del contrato.

Frente a la exigibilidad de la cláusula penal en materia de contratación estatal, el Consejo de Estado en radicación: (1995 – 7757) indicó que para hacerla efectiva se debe constituir en mora al contratista, y se puede declarar por parte de la administración antes del término de la liquidación del contrato, es decir que, se puede declarar con posterioridad al vencimiento del plazo contractual.

La cláusula penal y la indemnización de perjuicios como figuras aplicadas a la contratación estatal no son acumulables, ambas instituciones cumplen básicamente la misma función: la reparación o indemnización de los perjuicios que se causaron. Así las cosas, habrá que escoger entre si se aplica la cláusula penal una vez declarada la caducidad del contrato y si existen perjuicios que excedan la cuantía de la misma los debe demostrar. Una vez demostrados éstos, podrán cubrirse con la póliza de cumplimiento otorgada por el contratista.

Es de tener en cuenta que el Consejo de Estado, radicación: 1994- 9004 estableció frente a esta figura que si se pacta la cláusula penal, el acto que declara la caducidad del contrato estatal se toma como el acto que constituye el siniestro y se cobra la cláusula penal, por el contrario si no se declara la caducidad del contrato y existe la cláusula penal es el juez el que deberá declarar el incumplimiento y los perjuicios causados por el daño a través del medio de control como lo es la acción contractual.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

La figura de la imposición de multas está prevista en el derecho civil en los artículos 1592 del código civil y 867 del código de comercio, y pueden ser aplicadas en contratación estatal por remisión expresa del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

La multa cumple una función de apremio para conminar al contratista al cumplimiento a las obligaciones del contrato estatal, la imposición de las multas no requiere un proceso antes el juez de lo contencioso administrativo, esta es una potestad de la administración otorgada por la ley 1150 de 2007, en la cual de manera taxativa se dio esta prerrogativa a las entidades públicas, con la que se acabó la controversia que existía, por cuanto la ley 80 de 1993 no consagraba la imposición de multas como una prerrogativa de la administración y por tal se debía acudir al juez del contrato, sin embargo, existía una tesis encontrada en la que cierto sector avalaba la imposición de multas por parte de la administración en virtud de la autonomía de las voluntad de las partes, las cuales podían pactarlas y hacerlas efectivas sin acudir al juez natural del contrato, posteriormente y con la expedición de la ley 1150 del 2007 esta facultad fue otorgada a la administración. Lo cual puso fin a la dudas que generaba, es preciso aclarar sí que el procedimiento de imposición de multas por parte de la administración es ágil y sencillo ello no significa que no se deba respetar el debido proceso contractual siguiendo lo establecido en el Artículo 86 de la ley 1474 del 2011.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

RÉGIMEN CONTRACTUAL EN COLOMBIA

Antecedentes históricos

Inicialmente la figura del contrato fue un instrumento al servicio de los particulares, que se regía por las normas del derecho civil y del cual hizo uso la administración pública para garantizar la satisfacción de necesidades a sus habitantes, sin que se aplicaran normas de naturaleza diferente.

En la Constitución de 1886, se asignó a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer de los procesos contenciosos donde tuviera parte la Nación. Siendo así que esta norma determinó la competencia de la justicia ordinaria, concretamente de los jueces civiles: Corte Suprema de Justicia, Sala Civil o Sala de Negocios Generales; Salas Civiles de los tribunales Superiores de Distrito Judicial, y jueces civiles del circuito, para conocer de los conflictos surgidos de los contratos en los que las distintas entidades hacían parte (Corporación Excelencia por la Justicia: 2013).

Posteriormente con la expedición de la Ley 53 de 1909, se autorizó la inclusión de la cláusula penal para el incumplimiento imputable al contratista y la declaratoria de caducidad por incumplimiento del mismo (Carlos Javier Morales Castro: 2012).

Posteriormente el Código Fiscal Nacional, expedido mediante la Ley 110 de 1912, consagró la obligatoriedad de pactar la caducidad en los contratos de obra pública y de prestación de servicios.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

En el año 1941 se expide el Segundo Código Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 167 del mismo año, en donde la competencia para conocer de los conflictos en materia contractual, independiente de que fueran contratos administrativos o de derecho común de la Administración, eran de conocimiento de la justicia ordinaria. Para esta época la naturaleza administrativa o de derecho privado de los contratos, revestía gran importancia, puesto que, ello permitía determinar la posibilidad de aplicar o no cláusulas exorbitantes y de seleccionar al contratista a través del sistema de licitación o en forma directa.

Con la reforma constitucional del Acto Legislativo de 1945 se eliminó la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer de las controversias surgidas de los contratos suscritos por la Administración.

Con el Decreto 528 de 1964, se atribuyó a la jurisdicción contenciosa la competencia para conocer de las controversias relativas a los contratos administrativos, por la naturaleza del contrato se determinaba la competencia del juez que debía conocer de las controversias surgidas del mismo, fue entonces el Consejo de Estado a través de sus fallos y siguiendo la doctrina y la jurisprudencia francesa quien fijó los criterios de distinción entre una y otra tipología siguiendo los siguientes lineamientos: I) el empleo de la cláusula exorbitante, II) el criterio de los servicios públicos y III) un criterio mixto producto de los dos anteriores. Posterior al Código Fiscal de 1912, hay otras normas como la Ley 61 de 1921, la Ley 106 de 1931, la Ley 4 de 1964 que fue modificada por la Ley 36 de 1966, en la cual la licitación pública se hace obligatoria, salvo para casos particulares contemplados en normas especiales.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Siguiendo con la evolución normativa para los contratos administrativos, en el año 1975 se expide el Decreto 1670, en el cual se encuentra por primera vez una tendencia clara en legislar el tema de los contratos del estado, este decreto tuvo una vigencia de cinco (5) meses, puesto que funcionarios públicos, agremiaciones de profesionales y el propio Consejo de Estado, que habían participado en las discusiones previas a su expedición, propusieron ajustes y modificaciones basados en situaciones generadas en la práctica. Lo anterior conllevó a la expedición del Decreto 150 de 1976, quedando derogado el Decreto 1670 de 1975.

Lo relevante del Decreto 150 de 1976 y que merece atención es que reguló íntegramente la materia y adoptó el régimen de los contratos administrativos; se preocupó por determinar cuándo correspondía a la Administración celebrar contratos administrativos y cuando contratos de derecho privado; a su vez estableció los procedimientos para el perfeccionamiento y la legalización de los contratos, así como para la selección de contratistas y las cláusulas obligatorias que debían consignarse en su clausulado.

En el mismo sentido es importante tener en cuenta que esta norma definió un ámbito de aplicación, clasificó como contratos administrativos: obras públicas, suministro, compraventa de bienes muebles, compraventa o permuta de inmuebles, arrendamiento, prestación de servicios, venta de bienes muebles, donación, depósito, recuperación de bienes ocultos, siendo los demás de derecho privado de la administración.

Viene la etapa del Decreto 222 de 1983, que fue proferido con base en las facultades que le confirió el Congreso al Ejecutivo mediante la ley 19 de 1982. En esencia no hizo grandes cambios frente al anterior estatuto, consagró los principios de interpretación, modificación y

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

terminación unilateral que en determinadas situaciones podía ejercer la Administración, lo que constituyó la principal innovación.

Doctrinantes, catedráticos, litigantes, profesionales del derecho y servidores públicos, le dieron al Decreto 222 de 1983 el calificativo de ser un estatuto de contratación moderno, con importantes innovaciones normativas, pero que no obstante ello fue duramente cuestionado durante su vigencia que se extendió por una década, la principal crítica que se pregonó fue la de haber propiciado ambientes de corrupción dado el excesivo reglamentarismo, la desnaturalización del contrato y las múltiples instancias de control y revisión que fueron aprovechadas por los servidores públicos y los contratistas en un sin número de ocasiones para retardar, no terminar y sobre costear obras, bienes o servicios contratados con recursos públicos.

La situación anteriormente planteada fue la principal causa y razón para que se expidiera la Ley 80 de 1993, a la que se le llama Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esta norma extendió su ámbito de aplicación en forma obligatoria para todas las entidades estatales en sus diferentes órdenes, unificó todo lo referente a la contratación administrativa para acabar con la multiplicidad de estatutos existentes, imprimió como principios rectores de la contratación la transparencia, la planeación, la publicidad, la responsabilidad.

El hecho de ser la Ley 80 de 1993 una norma general, ha permitido su reglamentación a través de varios decretos entre los cuales son de trascendencia:

-El Decreto 679 de 1994 que se refiere al alcance de diferentes aspectos de la ley.

-El Decreto 855 de 1994 relacionado con la contratación directa.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

-El Decreto 856 de 1994 sobre el Registro de Proponentes.

-El Decreto 1985 de 1994 sobre delegación.

-El Decreto 287 de 1996 que precisa algunos conceptos de la Ley 80 de 1993.

-El Decreto 92 de 1994, que reglamenta la calificación y clasificación en el Registro Único de Proponentes y deroga el 1584 de 1994.

-El Decreto 2170 de 2002 que modificó parcialmente el 855 de 1994 y dictó normas sobre la publicación de los procesos de selección de contratistas y se fijan reglas sobre licitaciones públicas y contratación directa.

-El Decreto 2178 de 2006 que crea el SECOP, el 2346 de 2006 sobre el Portal Único de Contratación.

Se llega a la Ley 1150 de 2007, mediante la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993. Lo que hace la ley 1150 de 2007 es crear nuevos mecanismos de selección del contratista. Se escoge el mecanismo de selección del contratista basado en el objeto a contratar.

Antes de entrar en vigencia la ley 1150 de 2007, se tenían tres (3) modalidades para la selección de contratistas del estado: Licitación Pública, Concurso de Méritos y Contratación Directa.

La ley 1474 de 2011 trajo el último mecanismo de selección del contratista, como es la contratación por Mínima Cuantía, en tanto que hoy en día, se dispone de cinco (5) mecanismos, a saber: Licitación Pública, Concurso de Méritos, Contratación Directa, Selección Abreviada y Contratación de Mínima Cuantía.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

De igual forma se han sucedido una serie de reglamentaciones en materia de contratación pública en Colombia, tales como: el Decreto 4828 de 2008. Reglamentario del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, reguló el régimen de garantías en la Contratación estatal, fue reformado por el decreto 931 de 2009 y derogado en el 2012. (Ana María Pinto Silva: 2014)

La Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción), fue reglamentada mediante el Decreto 734 de 2012 y parcialmente por el Decreto Nacional 4632 de 2011 respecto de la Comisión Nacional para la Moralización y la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción.

La Ley 1474 dispuso controles y sanciones, para todos los partícipes en la gestión pública, consagró medidas administrativas, penales y disciplinarias modificando las leyes 80/93 y 1150/2007 por un lado, adicionalmente modifica el Código Único Disciplinario, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Estatuto de Control Interno de las Entidades Públicas (L. 87/93) como también la Ley de Acción de Repetición (L. 678/01); el Régimen de la Administración Pública (L. 489/98) y la Ley 43 de 1990, reglamentaria de la profesión de contador público, y de la reforma a la salud (L. 1438/11).

El Decreto ley 4170 de 2011 crea la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente–, como entidad encargada de articular y organizar a todos los actores en la contratación, concentrando, controlando y administrando los procesos de contratación pública, acorde con los principios de transparencia y publicidad.

Decreto 734 de 2012 (Actualmente derogado por el Decreto 1510 de 2013), Reglamentaba el Estatuto de Contratación Pública.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

En la actualidad, el cuerpo normativo que regula la actividad contractual incluida la etapa de planeación, la precontractual, la contractual y la post-contractual está conformado por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, decreto 1510 de 2013 y demás normas que la reglamentan, la contratación pública en Colombia.

Según la Constitución Política de 1991, Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en la prevalencia del interés general, entre cuyos fines esenciales se encuentra el servir a la comunidad y promover la prosperidad general, garantizar los principios, deberes y derechos consagrados constitucionalmente.

A través de los órganos públicos que están expresamente autorizados por la Ley el Estado hace el aprovisionamiento de bienes, obras y servicios para cumplir con los fines que le corresponde en forma legal, armónica y eficaz.

Fines de la contratación estatal

Conforme el artículo 3 de la ley 80 de 1993:

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, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Los contratos estatales entendidos como expresión de la función administrativa del Estado, son producto de la autonomía de la voluntad de dos partes, de un lado está la entidad pública que hace de contratante y del otro lado, la persona jurídica o natural que obra como contratista, de ese vínculo nacen obligaciones reciprocas unas veces de medios y otras de resultado pero siempre orientadas a procurar la satisfacción de los intereses de la colectividad.

Al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos la administración busca la prestación de servicios, el suministro de bienes o la ejecución de obras públicas en beneficio de los ciudadanos, siempre buscando la satisfacción de las necesidades de la comunidad y orientados al logro de los fines perseguidos por el Estado.

Los contratistas de la administración se convierten en colaboradores del Estado, puesto que dada la cantidad y complejidad de las necesidades que debe atender no le es posible el cumplimiento de las mismas con su personal, por ello a través de los contratos estatales se busca la ejecución de los recursos públicos para cumplir con los requerimientos que los asociados demandan. (Contratación visible. Manual para un buen control de recursos den la Contratación Pública. Iván Darío Gómez Lee. 2011)

Principios de la contratación estatal

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 dice:

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. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

El sentido de los principios contenidos en el Estatuto Contractual es el de servir de norma rectora para quienes intervienen en los procesos de selección con miras a la celebración y ejecución de un contrato, sin dejar de lado la aplicación de los postulados que rigen la función administrativa y que se encuentran consignados en el artículo 209 constitucional.

Los principios de la contratación relacionados con la actividad de quienes directa o indirectamente intervienen en la formación y ejecución de un contrato estatal, se refieren a la transparencia, economía y responsabilidad. No obstante, el mismo artículo 23 de la Ley 80 de 1993 añade que también se deben observar, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

1. Principio de transparencia:

Este principio indica que la actividad contractual debe realizarse siguiendo el procedimiento establecido en el estatuto contractual, es decir, se debe garantizar la publicidad, objetividad, pluralidad, imparcialidad y el debido proceso. Ello nos lleva a decir que se hace necesario por parte de la entidad pública que obra como contratante ser garantista del respeto por los procedimientos para escoger al colaborador de la administración que va a ejecutar una obra, a suministrar un bien o, a prestar un servicio.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

2. Principio de planeación:

La finalidad de este principio es lograr los objetivos institucionales que informan la contratación del Estado, lo que significa armonizar y articular los requerimientos técnicos del proyecto a desarrollar con miras a satisfacer las necesidades del Estado.

Ha recomendado la Procuraduría General de la Nación, que en los estudios previos se debe tener en cuenta la PLANEACION como la organización lógica y coherente de las metas y los recursos para desarrollar un proyecto y garantizar la debida inversión de los dineros públicos. (Procuraduría General de la Nación. 2010)

Con el principio de planeación se busca garantizar la escogencia del contratista de la administración, así como la celebración, ejecución y liquidación de los contratos, de tal suerte que los contratos no sean resultado de la improvisación, sino que, por el contrario obedezcan a una verdadera justificación técnica y económica que satisfaga las necesidades de la colectividad.

3. Principio de Economía:

Con la inclusión de este principio se buscó que los procesos de contratación se sometieran a procedimientos que agilicen las decisiones de la administración y se surtan las etapas estrictamente necesarias para asegurar que haya una verdadera selección objetiva, que los procesos de selección se adelanten en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de gastos de quienes intervengan en ellos y que no se exijan más documentos de los que sean estrictamente necesarios.

Cuando hablamos del principio de economía frente a la inversión de dineros públicos en la contratación estatal, se genera una obligación en términos sociales de que ellos se utilicen de

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

la mejor forma posible y se evite el despilfarro de los mismos. Es obligación de los servidores públicos proteger el patrimonio estatal siempre buscando la mejor relación costo/beneficio.

4. Principio de responsabilidad

Señala el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación y vigilar la correcta ejecución de los contratos. Así mismo el numeral 3 del mismo artículo consagra que tanto las entidades estatales como los servidores públicos responderán cuando hubieren abierto procesos de selección sin haber elaborado previamente los pliegos de condiciones, o cuando los elaboren en forma incompleta, ambigua o confusa, que conduzca a interpretaciones de carácter subjetivo.

Los servidores públicos que intervienen en la planeación, trámite, celebración, ejecución y liquidación de un contrato estatal, están obligados a proteger los derechos del Estado, del contratista y de terceras personas que pueden verse afectados con el mismo. Es así que los servidores públicos deberán responder por sus actuaciones y omisiones e indemnizar los daños que se causen por causa o razón de ellas. (Iván Darío Gómez Lee: 2011)

En las Entidades Públicas, conforme lo contempla la Ley 80 de 1993 y demás normas que le han modificado, adicionado o reglamentado, deben crearse los comités de evaluación los cuales se convierten en la instancia encargada de analizar que las propuestas presentadas en los diferentes procesos de selección se sujeten a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones que se elaboran en las entidades los cuales deben estar conforme al Estatuto General de Contratación Estatal en concordancia con el Manual de Contratación de la Entidad.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Todo servidor público que actúa en procesos de selección, es sujeto de las inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, razón que obliga en el evento de presentarse alguna de estas circunstancias que ese servidor lo informe al ordenador del gasto, para que se tome la medida que corresponde de manera oportuna y se eviten las consecuencias de orden penal, fiscal y disciplinario que correspondan. (Iván Darío Gómez Lee: 2011).

A su vez, los contratistas responden por las mismas circunstancias si han ocultado que se encuentran incurso en causal de inhabilidad, incompatibilidad o en conflicto de intereses. Igual suerte corren los interventores y los asesores externos que participan en los procesos de selección de la administración.

5. Principio de Selección Objetiva:

Respecto de todos los procesos de selección las Entidades Públicas a las que aplica el Estatuto General de Contratación, al hacer la escogencia de sus contratistas están obligadas a hacerlo de forma objetiva, significa ello que, en ningún caso en la selección del contratista pueda darse cabida al capricho o al favoritismo, ya que no puede tornarse subjetiva tal selección.

Textualmente señala el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

Del Deber de Selección Objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Acorde con lo anterior, al tenor del artículo 26 del Decreto 1510 de 2013, según la modalidad de selección de contratista se tienen establecidas las reglas para escoger la oferta más favorable, así:

...

En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la entidad estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio, si la entidad estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliego de condiciones:

1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.
2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencias, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.
3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio...
4. El valor en dinero que la entidad estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

La selección es objetiva cuando se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y La selección es objetiva cuando se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y en general, cualquier clase de motivación subjetiva, permitiendo así la obtención de mayores ventajas, de condiciones más favorables para la prestación o suministro del bien y servicio que requiere contratar la entidad. (Consejo de Estado concepto de agosto 23 de 2013.)

6. Principio de Publicidad:

Este principio tiene la finalidad de procurar la pluralidad de proponentes, esto es que haya un número mayor de interesados en hacer ofrecimientos y contratar con el Estado. Las Entidades que contratan en el Estado tienen la obligación de hacer públicos los documentos que forman el expediente contractual desde los estudios previos hasta la liquidación del contrato, con ello se quiere significar que toda actuación relacionada con los procesos contractuales debe ser pública. (Roque Luis Conrado Imitola: 2014)

6.1 Información sobre los procesos de contratación de las entidades estatales.

La entidad pública contratante debe garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva.

Conforme con el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007 la publicación del proyecto de pliego, del pliego de condiciones y de los estudios previos cumple el propósito de suministrar al público en general, la información que le permita formular observaciones a su contenido. La publicación

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

del proyecto de pliego de condiciones no obliga a la entidad a dar apertura al proceso de selección.

Los procesos de contratación deben ser publicados en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) a través del Portal Único de Contratación. Con base en lo anterior, se publicarán, entre otros: el proyecto del pliego de condiciones, la indicación del lugar físico o electrónico en el que se podrán consultar los estudios y documentos previos.

Así mismo deben publicarse las observaciones y sugerencias al proyecto de pliego de condiciones que presenten los posibles oferentes y el documento que contenga las apreciaciones de la entidad sobre las observaciones presentadas.

Con respecto a la publicidad del proyecto de pliego de condiciones en el caso de la licitación pública debe hacerse cuando menos diez (10) días, para el concurso de méritos cinco (5) días hábiles antes de la fecha del acto que ordena su apertura. En el concurso de méritos si la entidad estatal opta por el concurso de méritos con precalificación convocará a los interesados por medio de un Aviso publicado en el SECOP conforme con las exigencias del art. 69 del decreto 1510 de 2013 y en el evento que haya que modificarse se hará mediante otro aviso, pero antes que se expidan pliegos definitivos, ya que una vez expedido los pliegos definitivos no hay lugar a modificación alguna.

En la selección abreviada, tanto el proyecto de pliego como el pliego definitivo deben permanecer publicados durante cinco (5) días.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

6.2 Documentos.

Los documentos que se deben publicar por las entidades públicas cuando adelantan procesos de selección son:

1. El aviso de la convocatoria pública.
2. El proyecto de pliego de condiciones y la indicación del lugar físico o electrónico en que se podrán consultar los estudios y documentos previos.
3. Las observaciones y sugerencias al proyecto de pliego de condiciones, y el documento que contenga las apreciaciones de la entidad sobre las observaciones presentadas.
4. El acto administrativo general que dispone la apertura del proceso de selección.
5. El pliego de condiciones definitivo y la constancia de envío de información a la Cámara de Comercio para la licitación pública.
6. El acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones y en general las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas.
7. El acta de la audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsibles.
8. El acto administrativo de suspensión del proceso.
9. El acto de revocatoria del acto administrativo de apertura.
10. Las adendas a los pliegos de condiciones.
11. El informe de evaluación a las propuestas.
12. El informe de verificación de los requisitos habilitantes para acceder al proceso de la conformación dinámica de la oferta en la licitación pública.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

13. El acto administrativo de adjudicación del contrato. En los casos de licitación pública, también el acta de la audiencia pública de adjudicación.

14. El acto de declaratoria de desierta de los procesos de selección.

15. El contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a ésta.

16. El acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral.

7. Principio del debido proceso:

Conforme el sentido que se imprimió desde la Constitución de 1991 y que se reprodujo en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, hoy subrogado por el artículo 5 de la ley 1150 de 2007, las entidades públicas en su condición de contratantes garantizarán que en toda actuación relacionada con la actividad contractual se dé cumplimiento y se propenda por el respeto al debido proceso, lo cual se logra cuando se permite conocer y controvertir las decisiones de la administración.

En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal, esto nos indica que no puede rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta y que no constituyan los factores de escogencia establecidos en el pliego de condiciones. Señala la Ley que tales requisitos o documentos que no otorguen puntaje pueden ser requeridos por la

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación. (Roque Luis Conrado Imitola: 2014).

Igualmente el debido proceso es principio rector en materia sancionatoria para las actuaciones contractuales, que también opera cuando dentro del desarrollo de un proceso de selección se omite alguna de las etapas necesarias.

Partícipes de la contratación pública

Son partícipes del sistema de contratación pública y de compras del Estado:

1. Las Entidades Estatales que adelantan Procesos de Selección
2. Colombia Compra Eficiente
3. Los oferentes en los procesos de selección
4. Los contratistas
5. Los supervisores
6. Los interventores
7. Las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos cuando ejercen la participación ciudadana en los términos de la Constitución Política y de la Ley.

Etapas del proceso contractual

1. Planeación en la Contratación Estatal

Es la parte inicial y es en ella dónde se recopilan los aspectos de índole técnico, financiero y jurídico que respondan a los siguientes interrogantes: ¿Qué se quiere, cuándo se quiere y para qué se requiere ese bien o servicio?

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

En la planeación del proceso de selección para celebrar un contrato estatal se deben identificar de manera clara, la necesidad del contrato, los recursos disponibles para su financiación (CDP), su correspondencia con el Plan de Compras y con el Plan Nacional de Desarrollo, la elaboración y alcance de los estudios y diseños previos.

De acuerdo con el ordenamiento normativo que rige la materia contractual el proyecto de pliego se debe publicar y presentar al público para que los interesados lo conozcan, lo estudien y hagan las observaciones y preguntas que consideren del caso.

Ese proyecto debe ser lo más cercano posible al pliego definitivo y abarcar el contenido integral de ese pliego. El proyecto debe contener toda la información y las reglas de juego que regirán en el proceso contractual. Pero, no obliga a ninguna entidad pública a dar apertura al proceso.

2. Etapa precontractual

Nace desde la publicación del pliego definitivo y va hasta el acto de adjudicación o de declaratoria de desierta. Con el decreto 1510 de 2013 se identifica la etapa de planeación por fuera de la etapa precontractual, es decir se establece como una etapa más. En la etapa precontractual ya la entidad pública tiene que tener claro qué requiere, y así analiza la modalidad de selección de contratista a utilizar.

El pliego definitivo una vez publicado es la base para la conformación de propuestas, evaluación de las mismas, selección del proponente, adjudicación del contrato, celebración, ejecución y liquidación del mismo.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Las modificaciones al Pliego de condiciones se efectúan mediante adendas que deben publicarse en días hábiles entre las 7:00 a.m. y 7:00 p.m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas, excepto en la licitación que debe hacerse hasta tres (3) días antes de la fecha prevista para cierre. (Decreto 1510 de 2013. Art. 25)

3. Etapa Contractual

Nace con el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato y va hasta el vencimiento del plazo contractual o cuando se acaben los recursos, lo primero que suceda.

Para que el contrato estatal exista se requiere que sea elevado a escrito la voluntad de las partes y suscrito por las mismas. Como requisito de perfeccionamiento y legalización se tiene el registro presupuestal y la aprobación de la garantía. En esta etapa, el contratista de la administración cumple la obligación de ejecutar de manera completa y en los más altos estándares de calidad el objeto contractual.

4. Etapa Post-contractual

Se inicia vencido el plazo contractual o agotados los recursos y va hasta la liquidación del contrato.

No se hará análisis de esta etapa ni de las anteriores por cuanto no forman parte de la temática abordada en el presente trabajo de investigación.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y

MEDIOS DE CONTROL

Cláusula General De Responsabilidad

Antes de entrar en el análisis de aplicación de la Cláusula General de Responsabilidad, en la fase previa a la adjudicación y celebración de un contrato estatal, es necesario hacer claridad en cuanto que en la legislación colombiana no existe norma que contemple de manera individual la responsabilidad en la fase preparatoria o precontractual. No obstante ello, si se ~~debemos~~ precisar que vía doctrina y jurisprudencia el tema ha sido tratado, contemplando que la responsabilidad precontractual se asimila a la extracontractual y aún a la contractual, pues toda responsabilidad probada que se derive de la actividad contractual del Estado genera daños a terceros, los cuales en ejercicio de la acción de reparación reclaman indemnización por el resarcimiento del daño, el cual de manera general se enmarca en la reclamación de la utilidad esperada. (Inocencio Meléndez. 2013)

Se puede plantear que en la etapa precontractual a pesar de no encontrarse perfeccionado un contrato, sí se genera responsabilidad, porque los daños resultan de la actividad de los agentes del estado que se oponen, desconocen o niegan la formación del futuro contrato, enmarcándose ese accionar en un régimen autónomo de responsabilidad precontractual.

Ahora al hacer referencia a la responsabilidad precontractual, debe advertirse que si bien en esta etapa de formación del futuro contrato el oferente no tiene un derecho subjetivo a ser adjudicatario, puesto que no se ha trabado la relación jurídica generadora de derechos y obligaciones entre el interesado en ofertar y la entidad que pretende satisfacer una necesidad,

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

ello no es óbice para que los servidores públicos observen comportamientos antijurídicos, pues de probarse tales comportamientos indebidos, de inmediato surge el derecho para el interesado en ofertar a ser resarcido de los perjuicios que se derivan de la relación precontractual que lo liga al Estado, esto en el entendido que el oferente no fue quien provocó ni motivo el vicio para impedir, interrumpir o negar su participación en el proceso de selección de contratistas de la administración. (Tamayo Jaramillo, Javier. 2007, p.247)

Ninguna entidad de las cobijadas por el Estatuto General de Contratación Pública, en ejercicio de la actividad contractual puede prohibir, coartar ni viciar la participación de quienes como personas naturales o jurídicas estén interesados en contratar con el Estado, por ello es de recibo y aplicación la cláusula de responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de nuestra Carta Política, ya que en esta fase previa a la adjudicación y celebración del contrato, existe legalmente la obligación para la entidad estatal licitante de respetar la libre participación y concurrencia de los interesados.

El Artículo 90 de la Constitución Política Colombiana consagra. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.

Sabido es que el daño se define como aquel perjuicio que sufre quien es sujeto de derechos, cuando con la actuación culposa o dolosa de un agente del Estado se le ocasiona un perjuicio. (Corte Constitucional, expediente D-6536. 2007). Para el caso específico de la

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

contratación pública, cuando se impide o no se permite la participación del interesado en la presentación de propuesta, porque se amaña, o se direcciona el proceso desde la preparación de los pre pliegos, para que solamente una propuesta cumpla, se limita y sesga la participación del interesado, quien al probar tal situación obtiene el derecho a ser indemnizado por el Estado, puesto que se menoscabo un derecho subjetivo ya que no se le permite el ejercicio pleno de ofertar, ser calificado y seleccionado en igualdad de condiciones al postulante para el proceso licitatorio para el cual la administración a través de sus agentes adecuo el proceso en la etapa precontractual.

En el proceso contractual la buena fe es principio rector, que debe ser acatado y cumplido tanto por la entidad contratante como por quienes ofertan, razón por la que se puede afirmar que en la fase precontractual al ser violados o desconocidos los deberes derivados de la buena fe prenegocial se genera responsabilidad para el Estado por las actuaciones de sus agentes cuando obran por fuera del marco normativo al que se circunscribe la actividad de la contratación en el estado Colombiano. (Jesús González Pérez, 2014)

Hace ya algún tiempo, la doctrina y la jurisprudencia han hecho énfasis en que la fase precontractual es la preparación para que el futuro contrato se ejecute con los más altos estándares de calidad y a un precio justo, con miras a conseguir los fines perseguidos por el estado, 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.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Sobre la base de las anteriores consideraciones, el pliego de condiciones es el primer elemento a considerar siempre que se sientan vulnerados los derechos de participación y libre concurrencia para la presentación de propuestas. (Artículo 30 Ley 80 de 1993). El pliego recoge las condiciones jurídicas, técnicas y económico-financieras a las cuales debe sujetarse tanto el proceso de selección como la posterior relación contractual. Por ello la obligación para las entidades del Estado que contratan de fijar de manera previa en los pliegos de condiciones los criterios de selección y la forma de evaluarlos en condiciones de objetividad, igualdad y debido proceso para que la selección sea realmente objetiva. (Colombia Compra Eficiente, versión 2, modelo pliegos).

Las condiciones descritas en los pliegos deben ser claras, precisas y de posible cumplimiento para garantizar la libre concurrencia de los interesados, quienes de antemano deben conocer los criterios y reglas que regirán en el estudio de sus ofertas, todo ello conforme lo describe el numeral 2 del artículo 30 y numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Lo que se busca con la elaboración de un buen pliego de condiciones, es facilitar la conformación de las propuestas y permitir una evaluación en condiciones de igualdad y transparencia para que se adjudique y celebre el contrato con el oferente que haya presentado la oferta que resulte más ventajosa para la entidad contratante.

Cuando se da un proceder contrario en la conformación del pliego de condiciones, igualmente resulta una evaluación amañada que desconoce el principio de selección objetiva en condiciones de igualdad y por lo tanto se configura responsabilidad para la administración, por la actuación culposa o dolosa de sus agentes. Por lo que ese proceder contrario viola el principio

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

de responsabilidad de que habla el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual las entidades y los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación y responderán en el caso de que hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los pliegos, o cuando hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

A través del ejercicio profesional, se ha identificado que se presentan situaciones que difícilmente pueden enmarcarse en uno de los dos tipos de responsabilidad que están regulados normativamente en el derecho privado como son la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual; esas situaciones se refieren a actuaciones que son propias únicamente de la etapa previa a la formación del contrato y que en nada guardan similitud con la fase contractual y menos con la postcontractual, de donde es viable concluir que en verdad existen argumentos suficientes para concebir una tercera clase de responsabilidad y es la Responsabilidad Precontractual, como ya lo han aceptado los doctrinantes y la jurisprudencia. (Nicolás Parra Herrera, 2013)

Lo que genera la responsabilidad del Estado es la demostración del daño causado, valga decir que quien demanda en procura de ser indemnizado, está compelido a probar que sufrió el daño; no toda conducta culposa de los servidores públicos en ejercicio de la actividad contractual genera per se responsabilidad, en más de una ocasión quien demanda porque se le cercenó el derecho a ser proponente en una licitación pública, no logra probar el daño que estima se le

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

causó, dado que su capacidad organizacional, financiera o técnica no le hubieran permitido cumplir con las exigencias de participación en el proceso.

El profesor Tamayo Jaramillo, describe el daño indemnizable como "el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima" (Tratado de responsabilidad civil, tomo I, p 247, editorial Legis).

Igualmente, según el profesor Juan Carlos Henao, se debe diferenciar entre el daño propiamente dicho y el perjuicio. En sus palabras, el daño es el hecho o lesión del mundo exterior que se constata, mientras que el perjuicio es el menoscabo del patrimonio de una persona en concreto que resulta del daño. Añade el profesor Henao, que el perjuicio se clasifica en: material que es el que hace referencia al menoscabo patrimonial de la víctima, que a su vez se manifiesta en daño emergente y lucro cesante; e, inmaterial que se refiere a la parte subjetiva e interna de la víctima que se traduce en una alteración disvaliosa de los estados de ánimo o el *pretium doloris*, perjuicio moral, perjuicio fisiológico.

En términos generales se ha dicho que la manifestación de la responsabilidad en la contratación estatal, considerada la fase precontractual presenta particularidades que son comunes en cuanto el daño o perjuicio, el hecho perjudicial o hecho generador y la relación de causa a efecto, que igualmente son los elementos estructurales de la responsabilidad civil, en donde se habla de la responsabilidad subjetiva o con culpa y la responsabilidad objetiva o sin culpa. (Hugo A. Arenas. 2013)

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Conforme se ha dicho, el daño o perjuicio es un elemento común y fundamental en todos los casos de responsabilidad, pues de no existir daño, no se generara responsabilidad y de contera no habrá lugar a reclamar reparación por carencia del perjuicio demostrable.

Se puede decir entonces que en la etapa precontractual de los procesos de selección de qué trata el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, la responsabilidad del Estado se configura cuando el daño tiene origen en las actuaciones culposas o dolosas de los servidores del estado, y dan nacimiento a la indemnización del afectado.

Funciones de la responsabilidad

El Estado debe responder patrimonialmente por los daños que le cause a los particulares, siendo hoy uno de los pilares del derecho público, la primer vez que se reconoció la obligación resarcitoria a cargo del Estado fue en Francia, en el histórico fallo Blanco de 1987, en el que un padre reclamó de la justicia el resarcimiento de los daños padecidos por su hija como consecuencia del atropellamiento producido por un vehículo de una empresa tabacalera propiedad del Estado Francés.

En Colombia, la responsabilidad patrimonial del estado fue reconocida inicialmente por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; era la jurisdicción ordinaria la que tenía competencia para conocer de las acciones de reparación contra el Estado, los procesos se adelantaban con fundamento en las normas de derecho privado bajo los parámetros de la responsabilidad indirecta con culpa presunta por el hecho de terceros, posteriormente varió y se pasó a la responsabilidad directa con culpa probada, para finalmente elevar la responsabilidad patrimonial de Estado a rango constitucional en la Carta Política de 1991, artículo 90.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Al tratar el tema de la responsabilidad en la actividad contractual del Estado, ~~debemos~~ considerar~~se~~ que los contratos estatales son definidos por el estatuto General de contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, artículo 32, como "todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad".

La constitución política de 1991, elevó a rango constitucional la responsabilidad patrimonial del Estado, razón por la cual a partir de allí se ha desarrollado normativa, doctrinaria y jurisprudencialmente como garantía constitucional de los ciudadanos y a la vez se convirtió en fundamento para la reclamación de indemnización de perjuicios por la actividad estatal incluida la contractual.

En el derecho público colombiano han sido la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional quienes se han ocupado del tema de la responsabilidad del Estado, desarrollando el artículo 90 de la Constitución Política y de esta forma procurando la evolución del derecho público colombiano en este tema. ~~Debemos reconocer que~~ Los jueces en sus providencias han ido constitucionalizando la responsabilidad del Estado, separando la contractual y extracontractual de que trata el código civil de la generada por la actividad estatal.

El artículo 90 constitucional, aplica a todas las entidades y funcionarios de la administración pública e incluye la responsabilidad contractual y la extracontractual. ~~En~~ ~~contramos que el~~ texto del artículo en cita es claro, en el sentido que corresponde y es deber del estado reparar los daños antijurídicos que le sean imputables, sin embargo no definió que se

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

entiende por daño antijurídico, por lo que han sido la jurisprudencia y la doctrina las encargadas de hacerlo y que en palabras sencillas se entiende como en aquel daño que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. Así mismo, no se hizo mención a la conducta de la entidad estatal causante del daño, por lo que el Consejo de Estado en las primeras sentencias producidas bajo la Constitución de 1991 dijo:

La imputación es el elemento o vínculo que permite evidenciar la relación causal entre el daño y el sujeto que lo produce, prescindiendo en esa relación de la calificación de la ilegalidad de la conducta de un funcionario determinado o del servicio objetivamente considerado. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de julio de 1993).

El Consejo de Estado entendió que cuando el texto constitucional dijo que el Estado era responsable de los daños que causara y que le fueran imputables se estaba refiriendo no sólo a la imputación material, sino a lo que denominó imputación jurídica, la cual se concreta en la valoración de la conducta del estado, en busca de una falla del servicio, de un daño especial o de un riesgo excepcional. (García Vásquez, 2009, p. 118).

El tratadista García Vásquez (2009), citando al Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de julio de 2002, señaló:

Las imputaciones fácticas son las indicaciones históricas referidas a los hechos en los cuales el demandante edifica sus pretensiones; o el simple señalamiento de las causas materiales (...) En cambio, las imputaciones jurídicas aluden a la fuente normativa de deberes y de obligaciones (...) en las cuales se plasma el derecho de reclamación.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Rodrigo Escobar Gil apoyó la misma tesis, denominando las imputaciones fácticas como *imputatio facti* y las jurídicas como *imputatio juris*, y definió esta última como "... una razón de derechos que justifique que la disminución patrimonial sufrida por la víctima se desplace al patrimonio del ofensor".

De acuerdo con la legislación vigente, ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y demás normas que la reglamentan, la responsabilidad contractual del Estado, se define a la luz de las normas civiles y comerciales aplicables a los contratos que celebren, sin perjuicio de la utilización de normas propias de derecho público en materia de contratos.

El Estado es responsable de los daños antijurídicos que sean causados por sus agentes, siempre que se pruebe la comisión del ilícito por el particular que reclama, el instrumento a través del cual se materializa esa responsabilidad patrimonial del Estado, es la Acción de Reparación Directa. Esta acción le concede al particular la facultad de demandar la reparación del daño cuando la cusa del mismo sea un hecho, una omisión o una operación administrativa.

En la etapa previa a la celebración del contrato estatal, al igual que sucede en los contratos entre particulares, se realizan ciertos tratos preliminares que, aun cuando no alcanzan a configurar un acuerdo de voluntades, están orientados a la celebración del contrato. Entonces es posible que en estos tratos previos la administración por el accionar de un agente suyo haga fracasar el proceso y no se celebre el contrato, aquí es donde el proponente que se veía como futuro contratista, puede sufrir perjuicios dado que hizo gastos, dejó de llevar a cabo otro negocio, perdió tiempo, etc. (Diez, Picazo. 2001)

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

La Ley 1437 de 2011 contempla en el artículo 140 - Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

La función que cumple el Estado Colombiano frente a sus administrados, es la de enmendar o de reparar el daño causado con ocasión de la actividad administrativa de sus agentes, es por ello que la acción de reparación se enmarca como uno de los mecanismos principales de protección de los derechos que funcionan est post facto, por cuanto la acción no va dirigida a prevenir o evitar sino a reparar o enmendar por una transgresión a un derecho.

Para que se torne responsable patrimonialmente el Estado, por las acciones u omisiones de quienes a nombre de la administración actúan en la fase precontractual, es indispensable que la vulneración al derecho del posible oferente, haya acaecido y sea real, pero además que se ocasione un daño que cause un perjuicio real.

Partiendo de lo ya manifestado en relación con la falta de regulación normativa en el tema de la responsabilidad precontractual de la administración pública, la misma se enfoca con base en la responsabilidad extracontractual de que trata la legislación civil, por ser la más aproximada y sobre la cual se han basado los postulados, las tesis y los estudios existentes y de

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

los cuales ha tomado partido la jurisprudencia y la doctrina del derecho público para concluir que efectivamente existe una tercera forma de responsabilidad y es la generada en la actividad contractual del Estado, dentro de la cual se comprende la fase previa o precontractual.

En materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado. Esta reparación debe comprender tanto los perjuicios patrimoniales como extra patrimoniales. Sin embargo, en materia convencional, este principio general puede estar limitado ya sea por cláusulas legislativas razonables, o por estipulaciones de los contratantes, quienes autónomamente pueden decidir que el responsable se libere total o parcialmente de su obligación frente a la víctima, habida cuenta del interés privado que está inmerso en los derechos de crédito asociados a un contrato. (Corte Constitucional, Sentencia C-1008 de 2010, Exp.8146, MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

Colombia como Estado Social de Derecho, en el desarrollo de la actividad administrativa debe procurar la materialización de los derechos de sus ciudadanos y el respeto por las garantías constitucionales, de tal suerte que si la administración a través de sus agentes de manera injusta impide o coarta la libre participación en los procesos de selección de contratistas para la ejecución de las obras, el suministro de bienes o de servicios que requiere el estado para el logro de sus fines, nace la obligación de reparar el daño que se cause al particular que lo demande y logre probarlo.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

No obstante lo anterior, será el juez de conocimiento quien en cada caso concreto una vez analice la situación fáctica y jurídica en la que se encuentre el particular que se considera afectado, determine si realmente se causó un daño o lesión efectiva en un derecho producto de la acción u omisión desplegada por uno o varios servidores públicos, que impidió la libre concurrencia al proceso licitatorio y que en consecuencia produjo una afectación patrimonial a ese particular, la cual debe ser reconocida e indemnizada por el Estado.

La función que imprime la cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado, se orienta básicamente a prevenir, castigar y resarcir el daño que se causa por uno de sus agentes, así que los particulares que participan en una licitación, en una selección abreviada, o en un concurso de méritos y son privados de ser proponentes, o adjudicatarios, sufren un daño antijurídico en la medida que tienen una expectativa de negocio que de serle adjudicado le permitirá la celebración y ejecución del contrato, el cual persigue un fin de lucro pues lo lógico es que se tenga una utilidad al final del ejercicio, entonces de configurarse la ilegalidad surgida del accionar de la administración se vicia el trámite licitatorio y se incurre en la obligación de reparar el daño.

En materia contractual existe de parte de los particulares que se interesan en contratar con el Estado, obtener un resultado económico y tal resultado se garantiza con la celebración y ejecución del contrato, entonces la inejecución por la no adjudicación debido a tratos deshonestos y corruptos de los servidores públicos es la base para iniciar las demandas en aplicación de la cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado. Desde luego que se exige que el autor de la conducta dañosa haya ejecutado su accionar en ejercicio de su libre albedrío,

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

pues teniendo la posibilidad de actuar de manera correcta no lo hizo y más bien adecuo su conducta al desconocimiento del deber que como servidor público le correspondía, afectando el interés de un particular que pretendía colaborar con la administración en la consecución de sus fines. (Héctor Patiño. 2008).

Finalmente recordar, para que se configure la responsabilidad en materia contractual debe existir un daño, que consiste en el detrimento o lesión que como consecuencia de un evento determinado sufre una persona en su patrimonio, en sus bienes o en su propiedad. El perjuicio es una lesión a la persona o a su patrimonio, y cualquier perjuicio debe ser reparado, en aplicación del principio de reparación integral del daño, sin hacer ninguna distinción, pues basta que el perjuicio sea cierto y lesione un interés que se encuentra legalmente protegido ya que se trata de indemnizar el daño sufrido por alguien al verse privado de un beneficio del cual le es lícito disfrutar. (Art.6 C.P.)

TIPOS DE RESPONSABILIDAD

Concepto de responsabilidad

Es la capacidad que tiene toda persona para conocer y aceptar las consecuencias de un acto suyo, el cual ejecutó de manera libre y voluntaria. De la misma forma la responsabilidad podemos definirla como la relación de causalidad, que une al autor con el acto realizado libremente y con plena conciencia.

Los actos que hacen responsables a las personas, se dan por acción o por omisión y son conductas reprochables social y legalmente, las cuales al ser ejecutadas causan o producen un

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

daño. De tal suerte que al producirse el daño nace la obligación para el agente causante de responder de su acto y sufrir las consecuencias del mismo.

Conforme el Artículo 6 de nuestra Carta Política. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las Leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Dado que el tema que nos ocupa en el presente trabajo, se enmarca en la responsabilidad del Estado en la etapa precontractual, nos enfocaremos en el estudio y análisis de las clases de responsabilidad en las que se ven inmersos los servidores públicos, por ser quienes a nombre del Estado ejecutan las funciones que le son propias, en ejercicio de la actividad contractual.

Sabido es que tanto los servidores públicos, como los contratistas que colaboran con la administración son responsables y están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución de los contratos y a proteger los derechos de la entidad pública contratante, por lo anterior la responsabilidad contractual se predica no solo de los servidores públicos, sino también de los asesores, consultores, contratistas, interventores y particulares. (Ley 80. art. 51 - 52- 53)

Clases de responsabilidad

El artículo 51 de la Ley 80 de 1993, hace referencia a la responsabilidad disciplinaria, civil y penal consecuencia de las acciones y omisiones de los servidores públicos en la actuación contractual, esto significa que aquel servidor público que tenga dentro de sus funciones la vigilancia, el control y la ejecución de actividades en las diferentes fases de la contratación, está en el deber de proteger los derechos de la entidad, de los terceros interesados en los procesos de

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

selección y del contratista. Cuando se trasgreden por el servidor público los deberes que constitucional y legalmente le corresponden en el ejercicio de un cargo público nace la responsabilidad en una de sus modalidades.

Dispone el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, que 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 y de acuerdo con los postulados que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Desde esta visión, los principios de la contratación estatal son parte fundamental y su aplicación se hace obligatoria en las distintas etapas del proceso contractual, entonces desde antes de la celebración del contrato corresponde a los servidores públicos observar la aplicación rigurosa y velar por la legalidad en cuanto a la competencia del funcionario que obre como ordenador del gasto, o del que obre como delegatario, estudio de conveniencia y oportunidad, existencia de la disponibilidad presupuestal, estudios previos, convocatoria, pre pliegos, pliegos.

La responsabilidad es personal, y según la actividad, profesión, arte u oficio que desempeñe el servidor público, puede ser: Civil, Patrimonial, Penal, Disciplinaria, Fiscal y Administrativa.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Responsabilidad Civil Contractual

Se ha definido por los doctrinantes la responsabilidad civil contractual como el conjunto de consecuencias jurídicas que la ley le asigna a las obligaciones derivadas de un contrato. El tratadista Pablo Rodríguez, en su obra Responsabilidad Contractual, (2003, p.9) define este tipo de responsabilidad como el deber de indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación preexistente derivada de una relación contractual.

Al tenor del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, "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".

Debe insistirse que aun sin haberse celebrado el contrato, el servidor público puede encontrarse inmerso en conductas que trasgreden la ley y que le hacen responsable de su resultado, puesto que al presentarse irregularidades en los trámites previos a la adjudicación y celebración del contrato se alteran las condiciones de participación para terceros interesados y de ello ser probado, se configura la responsabilidad del agente del estado y la posibilidad de indemnizar al afectado.

Fueron las leyes civiles, las primeras en contemplar situaciones en las cuales podría surgir responsabilidad durante la etapa de negociación o tratativas preliminares, entre personas que habían entrado en contacto con miras a la celebración de un contrato. No obstante suponerse que antes de la celebración del contrato no existe un vínculo obligatorio entre las partes se debía negociar de buena fe, con el propósito efectivo de celebrar el contrato y comportarse de forma honesta y ser leal para con la parte que cumplió.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Siendo así, el fundamento para considerar que sí hay lugar a responsabilidad en la negociación previa o fase precontractual, es la violación al deber de negociar de buena fe, el cual se constituye en un deber de conducta que para el caso de los servidores públicos se traduce en una obligación de respeto por la legalidad.

Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil precontractual

El célebre jurista alemán Rudolf von Jhering, en su monografía sobre "la culpa in contrahendo" publicada hacia finales del siglo XX, fue el primero en tratar la responsabilidad civil originada en el período de formación del consentimiento, hasta ese momento no se encontraba contemplada esta responsabilidad, puesto que se entendía como ex ante de la formación del consentimiento y por esa razón no encuadraba dentro de las reglas que regían la materia contractual.

Es a partir de allí que el maestro Jhering elabora su doctrina sobre la culpa in contrahendo y la define como aquella que se comete mientras se contrae la relación contractual. Significa que en el período previo a la formación del contrato, uno de los sujetos intervinientes sufre un daño como consecuencia de la acción del otro. El actuar dañoso, comprende los gastos en que la parte damnificada incurrió, confiado en la validez de un negocio que finalmente no se concretó.

En Colombia, la responsabilidad precontractual no es típica, de tal suerte que no existe legislación al respecto, sin embargo han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han optado por su análisis y estudio. En criterio personal, creemos que en efecto, sí debe tenerse como posible que existe responsabilidad precontractual y que el hecho generador es el consentimiento

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

previo de las partes, de un lado la administración interesada en contratar bienes, obras y servicios y del otro lado los interesados en contratar con el Estado. Durante la etapa previa a la celebración del contrato surgen para las partes deberes de cuidado, además la administración es la responsable de la elaboración y fijación de las condiciones para que los interesados oferten, es por ello que el pliego de condiciones regula en principio los términos que las partes aceptan para trabar su relación negocial.

Fundamento de la responsabilidad precontractual.

Consiste en el quebrantamiento al deber de buena fe objetiva, la cual debe permanecer durante toda la actuación contractual, esto es, desde que nace la necesidad que pretende satisfacer la administración, hasta cuando se entrega y recibe a satisfacción el objeto y se liquida el contrato.

El maestro Rudolf von Jhering, expone en su teoría de la culpa in contrahendo, que el damnificado, no puede invocar lesión por incumplimiento, dado que antes de la celebración del contrato no existe un interés positivo para la parte que resulte afectada, de allí que advierte que solo es posible el resarcimiento en atención a un interés negativo o de confianza, ya que en su decir, este interés comprenderá en esencia el daño emergente y el lucro cesante. El jurista Jhering, analiza el período precontractual a partir de que la oferta ha sido emitida, o en los casos de los contratos nulos por incapacidad de alguna de las partes, o por vicios de la voluntad que igualmente vician el consentimiento.

Según la teoría de Jhering, la razón por la cual se impone el deber de resarcir el daño causado por un acto cometido en el período de formación del consentimiento, no debe ser

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

buscado en la buena fe de la víctima, pues el otro sujeto interviniente actúa también de buena fe y de acuerdo a derecho, cuando decide unilateralmente dar por terminadas las tratativas. La razón del deber de resarcir, reside en la culpa calificante de la acción de esta última.

Añade el jurista que venimos comentando que la culpa in contrahendo, consiste en la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no solo en el cumplimiento del contrato, sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo, a fin de que cada contratante no quede expuesto a la contingencia de constituirse en víctima de la negligencia del otro. Concluye el maestro Jhering, no es necesario que la obligación se estipule expresamente, pues la ley lo presume.

La teoría del maestro Rudolf von Jhering venía siendo aceptada sin reparos, hasta que en 1906 aparece un nuevo trabajo elaborado por el jurista italiano Gabriel Faggella, sobre responsabilidad precontractual titulado *"De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta construcción científica"*. En este trabajo, por primera vez se denomina responsabilidad precontractual a la responsabilidad que se genera en la etapa previa a la celebración del contrato, el maestro Faggella rechaza en su totalidad la tesis de la culpa in contrahendo como fundamento de la responsabilidad precontractual, a la vez que precisa la extensión que corresponde otorgar a ese período previo a la formalización del acuerdo contractual y lo divide en dos etapas, así:

La primera comprende las tratativas realizadas por las partes antes que se emita la oferta.

La segunda inicia con la emisión de la oferta y concluye con la formación del contrato, aunque también puede darse la cesación de las tratativas por no haber llegado a ningún acuerdo las partes.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

A contrario de lo que exponía el Jurista Jhering, el italiano Faggella, incluyó las tratativas como parte del negocio preliminar y por ende posible la generación de responsabilidad por el valor jurídico que tiene tanto la etapa de negociación anterior al contrato como el contrato mismo una vez celebrado.

Su doctrina expone que la naturaleza jurídica de estos dos momentos es la misma, solo que una vez surtido el acuerdo contractual, el nexo entre las partes firmantes del mismo por los derechos y las obligaciones que nacen se estrecha aún más, y de esa misma forma la responsabilidad es mayor.

Para el autor Faggella las consecuencias de lo actuado por las partes en la fase precontractual, así no se haya perfeccionado el acuerdo, produce unos resultados positivos o negativos, los primeros son consecuencia de las tratativas y constituyen el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad de cada una de las partes, los segundos son consecuencia de la retractación o negativa a concluir las negociaciones previas, puesto que mientras que no se haya celebrado el negocio las partes tienen derecho de revocar la oferta durante esa fase precontractual.

Es claro este jurista cuando dice que los resultados positivos se dan con el solo hecho de las tratativas con miras a celebrar un contrato, ya que las partes están colocando bajo la protección del derecho una manifestación de su voluntad, por ello cuando una de las partes interrumpe de manera intempestiva esa intención de la negociación, puede originar responsabilidad si se produce un daño para la parte cumplida. Considera que el retiro

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

intempestivo de las negociaciones se da cuando una de las partes pone fin a las tratativas sin que éstas hayan seguido su curso normal.

Entonces para el maestro Faggella el fundamento legal de la responsabilidad precontractual no se encuentra en la culpa, sino en la violación del acuerdo previamente concluido entre las partes y de tajo excluye el dolo, pues solo basta un rompimiento arbitrario, o la no existencia de un motivo para que la violación del acuerdo se produzca. Finalmente concluye que debe darse el resarcimiento por la ruptura intempestiva de las negociaciones.

Con posterioridad, otros autores al tratar el tema de la responsabilidad precontractual, la ubican dentro de la responsabilidad contractual y coinciden en que si puede concebirse como válida la obligación de resarcir los daños que se hayan causado en la etapa previa a la celebración del contrato, hoy llamada en el derecho moderno fase precontractual.

Como planteamiento producto del ejercicio de investigación, vale decir que la responsabilidad civil precontractual se configura para el servidor público o para el particular que cumple funciones públicas, cuando con su actuación en ejercicio de la actividad o función a su cargo, bien por negligencia, por extralimitación de funciones, o por abuso de poder, desconoce el principio de la buena fe, el cual es considerado como un deber general en la formación de los contratos del Estado y causa un daño o perjuicio al particular interesado, al no permitirle la participación en el proceso de selección, invalidarle la oferta sin justificación legal, o una vez adjudicado no permitirle la legalización del contrato, sustrayéndolo de la obtención de la utilidad esperada.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

En el evento que una Entidad Pública resulte condenada por la Jurisdicción de lo contencioso administrativo y deba indemnizar a un particular por los daños antijurídicos que le hayan causado sus agentes en ejercicio de funciones públicas o con ocasión de ellas, le asiste a la entidad el deber de iniciar contra el o los servidores públicos que dieron origen a la condena la acción de Repetición consagrada en el Artículo 90 de la Constitución Política para obtener la reparación del daño patrimonial que se causó a la Entidad Estatal.

El resultado de la sanción por responsabilidad civil contractual es de carácter pecuniario.

Responsabilidad penal

Las actuaciones de los servidores públicos deben estar investidas de ética, moral y legalidad; cuando esto no se cumple corresponde al Estado representado por la Fiscalía General de la Nación, adelantar la fase de instrucción, a través de ella ejerce control en relación con las conductas de los funcionarios públicos que por acción o por omisión les hace verse comprometidos en las conductas descritas en el código penal como delitos contra la administración pública y que le generan responsabilidad.

Dentro de esas conductas atípicas están aquellas relacionadas con irregularidades en los procesos de contratación pública, por ello cuando un servidor público actúa trasgrediendo los principios de la función administrativa, así como los propios de la contratación estatal surge el deber para el estado de actuar en ejercicio de la acción penal, ya que el funcionario público vulneró un deber de conducta impuesto por la norma penal y en consecuencia debe afrontar las consecuencias de esa violación. (Cesar, González. 1994)

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

El particular que se sienta lesionado por la actuación del servidor público y considere que la misma se enmarque en las conductas consideradas como delitos penales, está en la obligación de denunciar ante la autoridad judicial respectiva, para ello el accionante tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado, mediante prueba del elemento objetivo de dolo entre el hecho y el daño. (Héctor Patiño. 2008)

Entonces cuando el servidor público se aparta de la sujeción a los deberes de conducta que le implica el desempeño de un empleo público y su actuación se enmarca dentro de aquellas conductas que la norma penal consagra como delito, entra en la esfera de ser sujeto de investigación y por lo tanto está en la obligación de afrontar su responsabilidad y las consecuencias que de ella se deriven. Desde luego que el servidor debe ser vencido en juicio en el que se respetará el debido proceso, el derecho a la defensa y a la contradicción.

Producto de las conductas tipificadas como delito en la norma penal, el servidor público puede llegar a ser responsable y condenado por: peculado, cohecho, prevaricato, celebración de contrato sin el lleno de requisitos legales, interés ilícito en la celebración de contratos; este tipo de delitos se dan en provecho propio o de un tercero, en cualquier operación en que deba intervenir por razón de sus funciones; o cuando tramite actuación dentro del proceso de contratación sin dar cumplimiento a los requisitos legales que rigen en todas y cada una de las etapas previas hasta llegar a la celebración del contrato estatal.

Conforme lo dice el artículo 9 del código penal para que la conducta sea punible, se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

imputación jurídica del resultado. En igual sentido el artículo 12 ibídem, consagra que sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad, y queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva. La conducta punible según el artículo 21 de la norma en comento tiene tres modalidades, el dolo, la culpa y la preterintención, aclara este artículo que la culpa y la preterintención son punibles en los casos que expresamente señala la ley.

El Código Penal, trae en sus artículos 22 al 24, las siguientes definiciones, al respecto:

ARTICULO 22. DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

ARTICULO 23. CULPA. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo".

ARTICULO 24. La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.

En un artículo publicado en la Revista Jurídica Bonaventuriana, editada por la Facultad de derecho de la universidad San Buenaventura, Seccional Cali, sobre el Derecho Penal General, Aspectos teóricos, Segunda Parte, el docente, Doctor Antonio de Jesús Osorio Posada (ya fallecido), respecto a la culpabilidad dijo:

Culpabilidad es la afirmación de la voluntad de lesionar o poner en peligro el interés jurídico tutelado, o la voluntad de permanecer indiferente ante circunstancias

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

previsibles de resultados lesivos de bienes jurídicamente protegidos, en ocasiones confiándose en poder evitarlos, es decir, actuando con evidente imprudencia. La culpabilidad tiene como soporte la imputabilidad o señalamiento del sujeto activo de la infracción penal, es decir la persona en cabeza de la cual formulará el juzgador de derecho el juicio de reproche o afirmación de la antijuricidad.

Alfonso Reyes Echandía, al referirse en materia de culpabilidad penal sobre los generadores de la culpa, expone lo siguiente:

Puede afirmarse que la culpabilidad es la actitud consiente de la voluntad que da lugar a un juicio negativo de reproche, porque el sujeto actúa antijurídicamente pudiendo y debiendo actuar de otra manera, y que en nuestro derecho positivo puede adoptar la forma del dolo, de la culpa o de la preterintención; cuando de la primera de ellas se trata, el agente mediante un acto de acción o de omisión emanado con humana libertad de su propio psiquismo, realiza un hecho penalmente antijurídico con conocimiento de su típica ilicitud, con conciencia de su antijuridicidad y con voluntad de ejecutarla. (C.S. de J. Sala Penal Sentencia de 9 de agosto de 1983 M.P. Dr. Alfonso Reyes Echandía).

La Ley 80 de 1993 establece en su Artículo 57. *De la Infracción de las Normas de Contratación*. El servidor público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales. De otro lado, el artículo 56 del mismo estatuto consagra la responsabilidad penal de los particulares, en los

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

siguientes términos: Artículo 56. *De la Responsabilidad Penal de los Particulares que Intervienen en la Contratación Estatal.*

Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

La lectura de las anteriores disposiciones nos llevan a precisar que los delitos contra la administración pública tienen un sujeto calificado y es el servidor público, ello nos indica que este tipo de delitos solo son punibles en los que incurren los servidores públicos que se encuentran nombrados y posesionados en un cargo público y en ocasiones los particulares que colaboran con la administración para el cumplimiento de funciones públicas, por ello son penalmente responsables los servidores que hacen parte de la gestión contractual, además los contratistas, interventores, consultores y asesores, que intervienen en la contratación estatal.

De la misma forma en materia de contratos estatales, la responsabilidad penal supone la tipificación de alguno de los delitos previstos en los artículos, 408,409 y 410 de la Ley 599 de 200, los cuales se transcriben a continuación:

ARTICULO 408. VIOLACION DEL REGIMEN LEGAL O CONSTITUCIONAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

En criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de noviembre de 2001, proceso: 14243. M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar, este delito no se puede configurar en la etapa de formación del contrato, sino sólo en la etapa de la ejecución, toda vez que durante su formación no puede haber tentativa de inhabilidad o de incompatibilidad, ni tentativa del delito de celebración indebida de contrato.

Así, solamente se configurará el delito cuando hay una transgresión real de la inhabilidad o incompatibilidad, lo cual es posible sólo en el proceso de la ejecución del respectivo contrato. A manera de ejemplo, cuando un servidor conoce que el proponente está incurso en casual de inhabilidad y pese a ello sale favorecido en el proceso y después se descubre, habría delito de celebración indebida, pero se advierte, que en todo caso se requiere de la suscripción del contrato y no sólo que durante el proceso de selección hubiere inhabilidad, porque de lo contrario no habría responsabilidad penal alguna.

"ARTICULO 409. INTERES INDEBIDO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS.

Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

Como comentario a este artículo, doctrinalmente se habla de la dificultad para probar la conducta del servidor público, por cuanto las autoridades tienden a confundir la conducta dolosa del servidor con la ilicitud del contrato, en este sentido se han sentado tesis que señalan que la legalidad de ambos esa independiente y que las consecuencias jurídicas ligadas a su ilicitud son diferentes. Un ejemplo al respecto sería la conducta del servidor que busca obtener un beneficio económico personal con la adjudicación de un contrato y otra la del contratista que resultó adjudicatario.

ARTICULO 410. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Cuando la norma habla de requisito legal esencial, refiere a aquello que es absolutamente necesario, indispensable e imprescindible para la formación del acto jurídico o la ejecución del mismo, que sin su presencia no pudo haber nacido a la vida jurídica o no pudo haberse ejecutado, un ejemplo sería adjudicar el contrato y suscribirlo sin haber presentado el registro único de proponentes en una licitación pública.

Además de las sanciones derivadas de la declaratoria de responsabilidad penal por conductas tipificadas como delito en el código penal, la Ley 80 de 1993 dispuso en su artículo 58 que los responsables se harán acreedoras a:

(...)

3o. En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente.

4o. En los casos en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme, o elevado pliego de cargos, la autoridad competente podrá, con el propósito de salvaguardar la recta administración pública, suspender provisionalmente al servidor público imputado o sindicado hasta por el término de duración de la medida de aseguramiento o de la investigación disciplinaria.

5o. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme a un particular, por acciones u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual,

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

se informará de tal circunstancia a la respectiva Cámara de Comercio que procederá de inmediato a inscribir dicha medida en el registro de proponentes. El jefe o representante legal de la entidad estatal que incumpla esta obligación, incurrirá en causal de mala conducta.

6. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquella quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere Sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación

La sanción según la norma penal va desde la imposición de multas, pasando por la imposición de inhabilidad para ejercer cargo público hasta llegar a la privación de la libertad, ya sea con detención domiciliaria o la más grave en establecimiento carcelario.

Responsabilidad Disciplinaria

Dentro de los fines esenciales del Estado conforme el artículo 2 de la Constitución Política está 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

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

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.

En ese orden de ideas, lo que debe garantizar el Estado a sus administrados es la buena marcha de la administración, así mismo garantiza que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad para la protección de los derechos y las libertades individuales de los asociados. De allí que el legislador previó en el Estatuto Único Disciplinario un conjunto de normas que permiten exigir a los funcionarios del Estado un comportamiento ético, profesional en el que prime la legalidad independientemente del cargo, entidad, órgano o rama a que pertenezca.

Lo que se busca con el ejercicio de la potestad disciplinaria en cabeza del Estado, es ejercer la potestad sancionatoria frente a los servidores públicos cuando estos se apartan del cumplimiento de sus deberes en ejercicio de funciones públicas.

La responsabilidad disciplinaria, está regulada por la Ley 734 de 2002, y se configura cuando el servidor público, o el particular que cumple función pública incurren en falta por el incumplimiento de los deberes que sin tipificarse como un delito, si hacen que se perturbe la normal y adecuada prestación de un servicio público.

La responsabilidad disciplinaria es el producto de la acción u omisión de las funciones, cuando se perjudica el normal desarrollo de la gestión de la entidad, de manera tal, que la

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

graduación de la falta disciplinaria se da conforme las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se haya cometido y se clasifica en gravísima, grave y leve. Por la tanto tratándose de materia contractual es totalmente aplicable lo establecido en los artículos 42,43 y 44 de la Ley 734 de 2002.

Al tenor del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, el servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.

3. Suspensión, para las faltas graves culposas.

4. Multa, para las faltas leves dolosas.

5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

El artículo 4 de la Ley 734 de 2002, establece que el servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización.

Dice el artículo 23 de la ley 734 de 2002: "Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en el C.D.U. que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 de la ley en mención".

Son sujetos disciplinables, los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero del Código Disciplinario Único; los indígenas que administren recursos del Estado; finalmente, para los efectos de la Ley 734 de 2002, y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria. Los hallazgos disciplinarios, está determinados por la verificación de la existencia de conductas de los servidores públicos responsables de la gestión de la fase precontractual de los contratos, que se encuentren incurso en faltas disciplinarias gravísimas, graves y leves establecidas como tal en el CDU. (Alejandro Ordoñez. 2009).

La función disciplinaria se ejerce de conformidad con los principios de legalidad, debido proceso, reconocimiento de la dignidad humana, presunción de inocencia, culpabilidad, favorabilidad, igualdad, gratuidad y derecho a la defensa.

Al tenor de la Ley disciplinaria los servidores públicos responden exclusivamente por las acciones u omisiones que se realicen con dolo o culpa grave a título de dolo, por lo que al operador disciplinario le corresponde agotar el debido proceso respetando las garantías de defensa y contradicción para que el fallador de instancia pruebe la intención positiva y voluntaria que tuvo el servidor disciplinado de causar daño a la entidad pública o al particular, mediante fraude, simulación, engaño, deslealtad, con el ánimo de obtener provecho propio. Es decir se

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

debe probar que entre el resultado y la conducta desplegada por el servidor público existe un nexo causal. (Rosa Pineda de Martínez. 2002)

En conclusión desde la fase precontractual con sus acciones u omisiones los servidores que intervienen en los procedimientos previos a la celebración del contrato, pueden hacerse acreedores a sanción disciplinaria al incurrir en faltas disciplinarias de las consagradas en los artículos 34,35 y 48 numerales 30 y 31 de la Ley 734 de 2002, por infringir los deberes que corresponden a los servidores públicos y vulnerar los derechos de los particulares interesados en los procesos de selección y de los contratistas de la administración. Estas situaciones se presentan en aquellos casos en que se impide la participación en la fase precontractual con vulneración al régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades contractuales, se vulneran igualmente los principios de contratación, se permite la presentación de ofertas sin el cumplimiento de los requisitos excluyentes, se alteran y cambian las condiciones del pliego sin cumplir los requisitos de Ley, se omite la publicación de los estudios y documentos previos, se cambia el lugar y fecha de presentación de ofertas sin informar de manera previa y con tiempo suficiente a los interesados. (Alejandro, Ordoñez. 2009).

Responsabilidad Fiscal.

Tal como quedó establecido en la Constitución política de 1991, la Contraloría General de la República es la encargada de ejercer el control fiscal, a través de ese control vigila la gestión de las entidades del Estado y de los particulares que manejan bienes o fondos del erario público. (Auditoría General de la República. 2003). La importancia del control fiscal como función pública, se encuentra en la verificación de los resultados producto de la gestión

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

financiera, ambiental, administrativa y de resultados por cada vigencia fiscal de las entidades públicas, con el fin de revisar la legalidad, eficiencia, eficacia, efectividad, economía y equidad, frente a las políticas y planes de desarrollo del Estado.

El artículo primero de la Ley 610 de 2000, define el proceso de responsabilidad fiscal como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de gestión fiscal o con ocasión de esta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

Como atribución constitucional al Contralor General de la República le corresponde, establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal que adelanten los servidores públicos, producto de ello es competente para imponer las sanciones pecuniarias a que haya lugar producto del juicio fiscal que adelante, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva.

Lo que persigue la Contraloría cuando adelanta el juicio fiscal, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como producto de la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos encargados de la gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la entidad estatal.

Dentro del marco constitucional la Contraloría tiene competencia nacional, lo que significa que tanto las entidades del nivel central como las territoriales incluidas las descentralizadas y las adscritas, están sometidas a la vigilancia de la gestión fiscal, la cual es

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

ejercida en forma posterior y selectiva, una vez terminada la gestión del año fiscal por la entidad a ser auditada.

En pronunciamiento de la Corte Constitucional (Sentencia C-840/2001, expediente D-3389 M.P. Jaime Araujo Renteria), este alto tribunal dijo:

La responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la Ley. Lo cual implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hayan a su cargo a su cargo, el proceso a seguirle no será el de responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de estos y unos bienes o fondos específicamente definidos. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o un particular, concretamente identificados.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Control fiscal en la fase precontractual

Las entidades del Estado que son ejecutoras del presupuesto nacional están obligadas a planear la inversión de los recursos públicos con miras al logro de los fines esenciales del Estado, por lo que la Contraloría General como ente de control esta investida de competencia para hacer seguimiento a los procesos de contratación desde el estudio de conveniencia y oportunidad hasta la liquidación del contrato, todo, para tener certeza de la inversión y que la causación del gasto haya obedecido a un verdadero proceso de selección de contratistas ajustado a los requisitos del Estatuto general de Contratación del Estado.

Dentro del control fiscal, lo primero que examina la Comisión de la Contraloría cuando audita los procesos de contratación, es el cumplimiento del principio de planeación el cual a su vez se encuentra inmerso en el principio de economía consagrado en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, el cual señala que, con debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones.

El estudio previo debe comprender el análisis de conveniencia y oportunidad del objeto a contratar y su adecuación a los planes de inversión, o a los planes de compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. De allí que cuando el funcionario auditor al verificar los requisitos previos se encuentra con hechos que dejan ver que hubo improvisación, falta de planeación, descuido o negligencia de inmediato formula hallazgo y si el o los servidores afectados no logran desvirtuar el hallazgo de inmediato se compulsan copias a la procuraduría

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

por presunta responsabilidad disciplinaria y a la vez si se deduce afectación al presupuesto se da inicio al proceso fiscal conforme lo señalado en la Ley 610 de 2000.

Todo contrato estatal, debe agotar de manera previa la etapa precontractual, en la cual se expiden actos administrativos dependiendo de la tipología del contrato que se va a suscribir, no obstante ello en todo proceso de selección de contratistas de la administración en la etapa previa a la adjudicación del contrato se expiden:

- El estudio de conveniencia y oportunidad. Es un acto administrativo donde la administración de manera motivada justifica y expresa las razones por las cuales ha decidido iniciar un proceso de contratación.
- Los pliegos de condiciones. Son el acto administrativo que contiene las reglas del proceso selectivo o de escogencia del contratista.
- El acto administrativo, a través del cual se establece la distribución y asignación definitiva de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.
- El acto administrativo a través del cual se decide adelantar la audiencia de aclaración de pliego, de oficio o a petición de parte.
- El acto administrativo general que ordena la apertura del proceso selectivo
- El acto administrativo, denominado adenda a través del cual se modifican los pliegos de condiciones.
- El acto administrativo a través del cual se ordena se amplían los términos del proceso selectivo o de adjudicación de la propuesta.
- El acto administrativo que contiene la evaluación de las propuestas.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

- El acto administrativo que resuelve las observaciones realizadas a las evaluaciones por parte de los proponentes.
- El acto administrativo a través del cual se adjudica el contrato estatal
- El acto administrativo que declara desierto el proceso de selección.

La omisión o la falta de alguno de los actos administrativos mencionados anteriormente, hace que los servidores públicos responsables del proceso de selección incurran en posibles violaciones a la ley, las cuales al ser identificadas mediante el ejercicio del control fiscal serán consideradas como faltas cometidas por los funcionarios públicos generadoras de responsabilidad.

En la etapa precontractual el principio de legalidad en concordancia con el principio de transparencia se constituyen en las reglas mediante las cuales se disciplina la forma como se adelantará el proceso de selección de contratista, las cuales deben quedar consignadas de manera clara, precisa y consistente en el pliego de condiciones.

En virtud del principio de transparencia numeral consagrado en el numeral 5 del artículo 24 en consonancia con los artículos 26 ordinal 3, y 30 ordinal 2° de la Ley 80 de 1993; así como también en la Ley 1150 de 2007 y el decreto 1510 de 2013 que reglamentó parcialmente la Ley 1150 de 2007 y la Ley 80 de 1993, el pliego debe contener reglas claras, objetivas y completas, las cuales se convierten en la base de la relación contractual y aseguran la escogencia de la propuesta más favorable para la administración.

La violación al principio de transparencia, se manifiesta en la modificación de las reglas del proceso por parte de la administración licitante de manera caprichosa, es decir, cuando se

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

modifica el pliego sin que haya razón ni justificación legal para ello; idéntica situación se presenta cuando desde el principio el pliego no establece reglas claras para la selección del futuro contratista, cuando en las condiciones contenidas en el pliego se vulnera el derecho a algún posible proponente para que presente su oferta en igualdad de condiciones y en general cualquier regla que desconozca el principio de transparencia en la etapa precontractual.

Evidenciada cualquier irregularidad en el proceso de selección durante la fase precontractual por el Órgano de Control fiscal, de acuerdo con el artículo 65 de la Ley 80 de 1993, es viable dar inicio a la actuación para establecer la responsabilidad fiscal del servidor responsable de tal actuación.

La descoordinación del sistema de control fiscal facilita la permanencia de la corrupción en el sector público y en general el desgüeño administrativo. Investigadores como Fernando Cepeda (La corrupción en Colombia, 1997, pág. 49) en diferentes estudios, ha encontrado que una de las causas principales en la reproducción de los eventos de corrupción es la facilidad con la que pueden ocurrir y repetirse hechos parecidos en diferentes entidades del Estado, en cualquiera de sus niveles, por la carencia de un control oportuno, de cobertura general y sistémico, haciendo casi imposible que se obtenga éxito de las campañas y acciones tendientes a la moralización. (Héctor Ochoa Díaz y Sandra Charrys Rebellón. 2003).

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

MEDIOS DE CONTROL

Este capítulo tiene como objetivo abordar frente al derecho colombiano, cuales son los medios de control de los que puede hacer uso el particular que se sienta o resulte afectado por las actuaciones dolosas o culposas de los agentes del Estado en la etapa previa a la celebración del contrato estatal.

El nacimiento de la teoría de los actos separables del contrato se dio, cuando el Decreto Ley 528 de 1964 le otorgó competencia a la jurisdicción contenciosa para conocer de las controversias derivadas de los contratos administrativos, esto hizo que se emprendiera por el Consejo de Estado una amplia reflexión que justificó introducir cambios importantes y sustanciales en materia de contratación estatal, que permitió terminar con la teoría de que los actos previos un todo indivisible con el contrato. (Jorge E. Fandiño – 2014)

Citando al tratadista Dromi, el doctrinante Jorge Fandiño, en su texto sobre contratación estatal pág. 107, señala:

Los distintos tipos de actos que han intervenido en la formación del contrato son separables, susceptibles de ser aislados y atacados por los medios jurídicos que la Ley autoriza. Este criterio fue adoptado por el Consejo de Estado Francés (1903) en el arret commune de Gore, pero el fallo que sentó definitivamente la doctrina fue el de arret Martin (1905). Los mencionados fallos del Consejo de Estado Francés pusieron fin a la situación existente, por cuanto separó los actos previos al contrato y éste, con el objeto de permitirle a los proponentes inconformes, la demanda de los actos anteriores, es decir, que las personas que presentaban propuestas en una licitación podían

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

demandar tanto la resolución de adjudicación como todos los actos que se expidieran antes de la celebración del contrato.

Colombia de hecho no ha sido ajena a la evolución del derecho administrativo, por ende en la legislación nacional se incluyó la teoría de los actos separables del contrato, diferenciando los que se expiden antes y después de celebrado el contrato. Al mirar la historia más próxima y reciente, el Decreto 001 de 1984 en su artículo 87 se ocupó de regular las acciones relativas a contratos, excluyendo de la misma los actos separables, el inciso tercero de la citada disposición decía: Los actos separables del contrato serán controlados por medio de otras acciones previstas en este código.

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se abandona la tradicional denominación de acciones contencioso administrativas del Decreto 001 de 1984 y se pasa a llamarlas Medios de Control.

Los actos denominados previos o separables del contrato, son actos administrativos que pese a que se expiden con ocasión a la actividad contractual, no pueden ser demandados a través del medio de control de controversias contractuales. Para demandar estos actos se debe hacer uso del medio de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho de conformidad con lo señalado en el inciso segundo del artículo 141 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, el cual establece lo siguiente: “Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso”.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Cuando se pretenda demandar en acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho actos previos al contrato con la ley 1437 de 2011 código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo el término es de cuatro meses, los cuales se contarán a partir del día siguiente a su notificación, comunicación, ejecución o publicación.

En este orden de ideas es dable concluir que los actos previos a la suscripción del contrato, son demandables solo a través de la acción de nulidad o por medio de la nulidad y restablecimiento del derecho.

Cuando se configuran daños a terceros por la acción o la omisión de la entidad pública contratante la acción pertinente es la reparación directa.

El artículo 138 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (ley 1437 de 2011) es claro al señalar que a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se puede además de solicitar la nulidad del acto y que se restablezca el derecho, que se reparen los daños causados; dicho artículo en su primer inciso señala lo siguiente:

Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Este artículo señala que también se podrá solicitar que se repare el daño, por ende no debe interpretarse esta norma, en el sentido de que el daño se repara con la circunstancia de

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

restablecer el derecho que cercenó el acto administrativo; ya que si además el acto causo otro daño, a través de este medio se puede obtener su reparación. (Juan Carlos Expósito Vélez, 2011).

Cuando se pretenda en una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, además de que se anule el acto y se restaure el derecho conculcado, que se reparen los daños causados, es indispensable que se pruebe que efectivamente estos se causaron por el acto cuya nulidad se pretende.

Naturaleza jurídica de los actos preparatorios del contrato.

El Honorable Consejo de Estado, adoptó a través de sus providencias la definición de los actos preparatorios del contrato, o de la fase precontractual, como aquellos que constituyen decisiones unilaterales de la Administración. Precisa en sus tesis este alto Tribunal, que esos actos preparatorios que dan vida al contrato estatal, corresponden a actuaciones autónomas de la administración las cuales contienen decisiones, pero que si esas decisiones son contrarias a los ordenamientos legales y desconocen derechos y garantías de los administrados, estos pueden acudir a las vías judiciales en solicitud se les restablezca el derecho y en el peor de los casos se les repare el daño causado.

Los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, para el evento del particular que tenía interés en un proceso de selección y se le cercenó o negó su participación sin justificación legal alguna, persiguen que pueda demandar las ilegalidades que afectan la fase precontractual, sin inmiscuirse en las acciones contractuales que la legislación reserva a las partes del contrato.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Los doctrinantes del Derecho Administrativo Colombiano, entre ellos Juan Ángel Palacio Hincapié, afirman que la separabilidad de los actos previos al contrato, esto es ser individualizados frente al contrato, para efectos de su impugnación, es una garantía del interés general y de los derechos de las personas afectadas con ellos, quienes frente a las acciones contractuales serían terceros no revestidos de legitimidad en la causa para demandar.

La doctrina de la separabilidad de los actos previos se opone a la de la indivisibilidad de los actos preparatorios, que estima que los mismos forman con el contrato un todo inescindible, no pudiendo independizarse de él, por lo cual tampoco podrían ser demandados en forma autónoma por personas ajenas a la relación contractual. Quedarían excluidas de esta posibilidad, personas tales como los licitantes u oferentes. Esta posición toma pie en la consideración según la cual la ilegalidad y la consecuencial nulidad de un acto previo, se traduce en la ilegalidad y nulidad de los actos subsiguientes y por ende del contrato mismo. (Sentencia C-1048/01. Expediente D-3471. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Con la Ley 80 de 1993, los actos previos no eran demandables separadamente, salvo excepción del acto de adjudicación, del que declaraba desierto el proceso. Con la modificación que hizo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del derogado código contencioso administrativo, se permitió demandar independientemente por la vía de nulidad o de la nulidad y restablecimiento del derecho todos los actos previos separables del contrato administrativo.

Con ponencia del Magistrado Ricardo Hoyos Duque, sentencia del 20 de septiembre de 2001, expediente 9807, se dejó establecido que la acción de nulidad y nulidad y

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

restablecimiento del derecho, contra los actos separables del contrato, podía intentarse desde el momento mismo de la notificación, publicación o expedición del acto.

De esta manera, y siguiendo las tesis y posturas del Consejo de Estado, la Corte Constitucional entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.

Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. (Corte Constitucional. Sentencia C-1048/01)

Con la entrada en vigencia del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011), el artículo 141 dispone que los actos previos se pueden demandar a través de las pretensiones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dependiendo de la naturaleza del acto y de los legitimados para ello, además de la pretensión contractual.

Como principales actos separables a la celebración del contrato se mencionan:

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

1. El Acto de Adjudicación. El cual constituye la decisión de la administración con la que concluye cualquiera de las modalidades de selección del contratista y que debe ser expedido por el funcionario con competencia para adjudicar el contrato. Este acto no tiene control administrativo, es controlado por vía judicial y proceden en su contra las pretensiones de nulidad y nulidad y restablecimiento de derecho.

El medio de control de simple nulidad, está consagrado en el artículo 137 de CPACA, el cual establece que la nulidad como medio de control judicial, procede por regla general contra los actos administrativos de carácter general y, excepcionalmente, contra ciertos y determinados actos de naturaleza particular y concreta; tratándose del acto de adjudicación la acción solo puede ser interpuesta por quien se crea lesionado en sus derechos, por ser el único legitimado y no por alguien que sea ajeno al proceso de selección. Lo anterior significa que sólo puede acudir a la jurisdicción quién tenga interés legítimo por haber formulado una oferta y pretende se revise la legalidad del acto de adjudicación.

2. El Acto que revoca el acto de adjudicación. Procede en los eventos que sobrevenga una causal de inhabilidad e incompatibilidad en el adjudicatario del contrato o, se produzca por medios ilegales, decisión que debe ser impugnada a través de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad.

3. El Acto que declara desierto el proceso de selección. En el proceso de selección que se ha adelantado por convocatoria pública, únicamente es procedente la declaratoria de desierta, cuando existan causas o motivos que impidan la escogencia objetiva del contratista, tal es el caso cuando al hacer la evaluación de las ofertas por la entidad pública encuentra que ninguna

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

se ajusta a las exigencias del pliego de condiciones; también se declara desierto el proceso cuando no se presentan ofertas.

El término para demandar el acto que declara desierto el proceso de selección, según la Ley 1437 de 2011 es de cuatro meses, término superior al que consagraba el Decreto 01 de 1984 que era de treinta (30) días, lo que significa que con el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, se sigue la regla general de caducidad de la pretensión de nulidad y restablecimiento del Derecho. (Ley 1437 de 2011).

4. El Acto de inscripción en el registro de proponentes. Conforme el artículo 137 del CPACA, cualquier persona puede demandar la nulidad del registro de proponentes en cualquier tiempo, los efectos del mismo solo cesarán hasta que así lo declare un fallo.

5. El Pliego de condiciones. Como acto unilateral de la administración y que es expedido en la etapa precontractual, crea situaciones jurídicas generales, impersonales, abstractas y objetivas, está sujeto al control de legalidad por la jurisdicción contenciosa mediante la pretensión de nulidad dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su comunicación, notificación y publicación. Es objeto del medio de control el pliego de condiciones por contener cláusulas violatorias de la ley de contratación que restringen la participación de oferentes, convirtiéndose en obstáculo para la selección objetiva.

6. El Acto de apertura del proceso. Es un acto de trámite que como tal no tendría por qué ser enjuiciado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no obstante ello el Consejo de Estado ha sostenido que en algunas ocasiones dicho acto resulta susceptible de ser enjuiciado, como cuando contiene decisiones sobre el fondo del asunto o que puedan afectar los principios

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

que deben regir la actividad contractual del Estado. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 13495, Magistrado Ponente Carlos Betancur).

Errores más frecuentes en la etapa precontractual

Definida ya la etapa precontractual, en la cual se incluyen los actos preparatorios, de trámite o ejecución, del contrato caracterizado, como aquellos en que la administración toma decisiones unilaterales, resulta necesario ilustrar algunas conductas desplegadas por los servidores públicos que pueden llevar a la configuración de algún tipo de responsabilidad en la etapa precontractual.

Lo anterior, se desprende de la lectura de diferentes pronunciamientos judiciales en donde se pueden distinguir causas recurrentes por la administración, que conllevan a que las entidades públicas con ocasión al desarrollo de la actividad contractual sean condenadas en materia de responsabilidad en sede judicial.

La etapa de la planeación, tiene como fin que las entidades públicas verifiquen la conveniencia y requisitos para adelantar los procesos contractuales, por tal razón en esta etapa se debe:

1. Verificar la real satisfacción de la necesidad, para cumplir con los fines del estado y de la contratación estatal. (Disciplinaria-fiscal)
2. Contar con la existencia los recursos financieros suficientes, para respaldar la contratación que se pretende celebrar. (Penal - disciplinaria)
3. Realizar los estudios requeridos para la estructuración del proceso contractual, entre ellos, estudios técnicos, jurídicos, financieros y sectoriales, así mismo de acuerdo con el

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

objeto contractual, también se incluirán cuando sea necesario, los diseños y licencias si son requeridas para el desarrollo del proceso contractual. (Art 15 Decreto 1510 de 2013). (Disciplinaria –Penal)

4. Identificar, tipificar y asignar los riesgos en todas las etapas del proceso contractual. (Penal –Disciplinaria)

La ausencia de estas actividades por parte de las entidades públicas, en el desarrollo de la actividad contractual, implica el desconocimiento de los deberes legales y se vulneran los principios de la contratación, en especial el de planeación, y con éste, los principios de economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva. De igual forma, la conducta de los servidores que intervienen en la etapa precontractual puede generar algún tipo de responsabilidad ya sea penal, disciplinaria, fiscal y civil. Así mismo, el obviar las acciones descritas, conlleva a que el proceso contractual tenga consecuencias, tales como: la declaratoria desierta, la nulidad absoluta del contrato, la no selección objetiva del contratista, lo que a la postre se ve reflejado en la etapa de ejecución del contrato, en el reconocimiento de mayores cantidades de obra o el rompimiento del equilibrio económico o en declaratorias de incumplimiento totales o parciales o lo más grave aún, en declaratorias de caducidad del contrato, lo que trae como consecuencia la paralización del servicio público.

Lo anterior se puede identificar más específicamente en:

- Definición de la clase de contrato a celebrar
- Identificación de la modalidad de Selección.
- Publicación de procesos sin el respaldo del CDP

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

- Modificación en los términos establecidos en los pliegos de condiciones, cronograma de actividades.

- La realización de obras o servicios en la etapa de ejecución, que no fueron identificadas y previstos en los estudios previos, con lo que se concluye que estos fueron insuficientes, que generan mayores costos a lo presupuestado por la entidad y respaldado con el CDP. (penal, disciplinaria, fiscal)

En la etapa de la planeación se adelantan los trámites relativos al proceso de selección, elaboración del pre pliegos; y en la etapa precontractual, los pliegos de condiciones definitivos, la apertura del proceso, las evaluaciones definitivas, el acto de adjudicación, el acto que revoca la adjudicación, el acto de declaratoria de desierta, lo importante en esta etapa es que de la adecuada elaboración de los mencionados documentos y actividades se mide la responsabilidad, cuya consecuencia más importante es el daño antijurídico que debe ser reparado cuando se pruebe que el servidor público obró por fuera de los deberes legales de conducta que le exige la norma.

- Dentro de las conductas desplegadas por los servidores públicos que pueden generar responsabilidad en la etapa precontractual se encuentran: Ausencia del principio de legalidad en el acto de adjudicación o de declaratoria desierta, consistente en el desconocer los criterios y reglas fijadas en el pliego de condiciones para la evaluación de los oferentes, y en la normas vigentes (Penal - Disciplinaria).

- La elegibilidad del contratista sin tener en cuenta los criterios de elegibilidad. (Penal –Disciplinaria).

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

- Cuando las entidades públicas se excusan en razones de orden público o en factores no incluidos en los pliegos de condiciones para adjudicar o declarar desierto el proceso contractual. (Penal, Disciplinaria –fiscal)

- Prestación del servicio a la entidad pública sin el soporte contractual (contrato), cuando la administración ordena la prestación de un servicio sin contar con un contrato que lo respalde. (Disciplinaria- Penal).

- Incumplimiento de la solemnidad de la contratación. (Disciplinaria-Penal)

- Ausencia de los requisitos de perfeccionamiento. (Disciplinaria – Penal)

- Falta de registro presupuestal. (Disciplinaria - Penal – Fiscal)

- Celebración de contratos e inicio de actividad contractuales, realización de actividades no contempladas en el objeto del contrato que no son cubiertas por el presupuesto asignado al contrato como las llamadas mayores cantidades de obra sin respaldo presupuestal o cuando éste resulta ser insuficiente para cubrirlo en su totalidad. (Penal –Disciplinaria –Fiscal)

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

CONCLUSIONES

De lo expuesto en líneas anteriores es claro que la responsabilidad contractual del Estado ha tenido una evolución progresista, pero conservando siempre los principios fundamentales del derecho civil.

Siguiendo su evolución doctrinaria y jurisprudencial, se ha tratado de caracterizar introduciendo elementos propios de la responsabilidad administrativa, pasando desde la irresponsabilidad absoluta del Estado hasta llegar a la cláusula general de responsabilidad del Estado (Art 90 Constitución Política), en donde se enmarca tanto la responsabilidad extracontractual como contractual.

Así las cosas, la responsabilidad contractual del Estado se rige estructuralmente, por los elementos propios del derecho privado pero su diferenciación radica en los elementos propios autónomos que permiten garantizar la consecución de los propios fines estatales y de la contratación estatal.

En conclusión, la responsabilidad contractual estatal comporta lineamientos esenciales del derecho privado contractual, por tanto para su interpretación, aplicación y utilización de figuras jurídicas similares, debe tenerse en cuenta la Ley y doctrina privada, pero por el fin que persiguen los contratos estatales se distancian, razón por la cual se aplicará lo propio del régimen de responsabilidad del Estado.

Las entidades públicas a través de la contratación ya sea de bienes, servicios u obras buscan la satisfacción de las necesidades de la comunidad y el logro de los fines estatales.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Los servidores públicos que participan en el proceso de contratación deben realizar la actividad contractual sujetándose a la aplicación de los principios constitucionales que rigen la función pública, a los principios que rigen la contratación y en consecuencia la entidad estatal debe ser garantista del respeto de los procedimientos para escoger al colaborador de la administración dada la responsabilidad que le asiste al estado por los actos precontractuales de los funcionarios del estado que participan en el proceso

En Colombia existen diferentes posiciones con relación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los servidores públicos y particulares que ejerzan función pública en la etapa previa a la celebración del contrato estatal; no obstante ello hoy el tema ha sido decantado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, las cuales aceptan que la inobservancia a los deberes de conducta que han de tenerse en la etapa precontractual son generadores de responsabilidad por las acciones u omisiones en las que se obre con culpa o dolo por los agentes del Estado.

El artículo 6 de la Constitución Política Colombiana, es la norma base que sujeta al funcionario público como depositario de autoridad al cumplimiento de los deberes que la ley le impone y no puede arrogarse facultades por fuera de ella, de allí nace la obligación de reparar el daño que por acción o por omisión se cause al particular interesado en establecer relación contractual con la administración.

Una parte de la Jurisprudencia sigue calificando la responsabilidad que se da en la etapa precontractual como responsabilidad extracontractual y lo explican en el entendido que el contrato no se ha celebrado y por tanto la responsabilidad que se pueda configurar en la etapa previa no es derivada del contrato sino precisamente de los actos previos a su celebración.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

En la etapa previa a la celebración del contrato estatal, al igual que sucede en los contratos entre particulares, se realizan ciertos tratos preliminares que, aun cuando no alcanzan a configurar un acuerdo de voluntades, están orientados a la celebración del contrato. Entonces es posible que en estos tratos previos la administración por el accionar de un agente suyo haga fracasar el proceso y no se celebre el contrato, aquí es donde el proponente que se veía como futuro contratista, puede sufrir perjuicios dado que hizo gastos, dejó de llevar a cabo otro negocio, perdió tiempo.

Para que nazca la responsabilidad precontractual se debe probar la relación de causalidad entre el hecho y el daño, en donde la causa de la obligación es el incumplimiento a los deberes de conducta que debe observar el agente del estado ya sea el servidor público o el particular que ejerce función pública.

En la etapa precontractual el oferente o el particular interesado en contratar con el Estado, no tiene un derecho subjetivo a ser adjudicatario, puesto que no se ha trabado la relación jurídica generadora de derechos y obligaciones entre el interesado en ofertar y la entidad que pretende satisfacer una necesidad, sin embargo, esta situación no es óbice para que los funcionarios de la administración que participan en los actos previos a la celebración del contrato estatal, observen comportamientos antijurídicos, pues de probarse tales comportamientos indebidos, de inmediato surge el derecho para el interesado en ofertar a ser resarcido de los perjuicios que se derivan de la relación precontractual que lo liga al Estado.

La Buena Fe, es el principio rector de la actividad prenegocial ya que el funcionario público tiene el deber legal de obrar con el ánimo de no causar daño al otro, debe ser claro,

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

preciso, concreto, y oportuno sin aprovechar su posición dominante de administración para abusar del derecho del particular.

La responsabilidad del Estado se genera cuando se demuestra la causación del daño al particular por la actuación omisiva o desviada de un agente suyo, pero quien demanda en procura de ser indemnizado, está compelido a probar que sufrió el daño puesto que de no haber daño no se genera responsabilidad.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

PROPUESTAS

Con el fin de evitar la malversación de fondos, el estado colombiano debe liderar un plan de formación académica para los funcionarios públicos que se encarguen del manejo de los procesos contractuales.

Se debe procurar que la etapa precontractual, en cualquiera de las modalidades de selección existentes en el Estatuto General de Contratación vigente en Colombia, sea una misma, sin diferenciación por modalidad, para evitar que la administración pública amañe los procesos y los acomode evadiendo la licitación pública.

En Colombia se debe propender por un régimen único de contratación estatal para que se acaben los regímenes de excepción ya que el cambiante orden jurídico ha contribuido a la inestabilidad de la norma que regula la contratación estatal.

Deben generarse espacios de debate académico y en el sector judicial para presentar proyectos de ley, donde se prevea la forma de independizar las presunciones de responsabilidad en las diferentes etapas del proceso contractual.

Se hace necesario que por parte del H. Consejo de Estado, se expida sentencia de unificación que fije precedentes judiciales en temas de responsabilidad, de modo que hagan obligatorio el precedente judicial para que sea aplicado por las entidades públicas.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arenas Mendoza, Hugo Andrés (2013). *El régimen de responsabilidad subjetiva*, Primera edición - Legis.

Arias Henao Diana Patricia. Arias Henao Humberto Enrique (2011). *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual: una mirada a su regulación en Colombia, así como en otros países y la aplicación de la autonomía en negocios de ingeniería*. Tecnura Vol. 16 No.32 p. 118-143. Abril-Junio 2012.

Ariza, V. Víctor Manuel, (2012). Universidad de Costa Rica-Facultad de derecho. Trabajo de Grado para optar el título de licenciado. *Medios para cobrar los daños y perjuicios en la contratación administrativa: La estimación del daño y perjuicio y el procedimiento de cobro en sede administrativa*.

Atehortua, R., Carlos Alberto-Hernández Alier E., Ospina, M. Jesús Marino. (2010). Biblioteca Jurídica DIKE. *Temas en Contratos Estatales*.

Auditoría General De La República (2003). *El Nuevo Sistema de Control Fiscal Colombiano*, Bogotá,

Balcázar Moreno Ana Beatriz (2012). *La supervisión de los contratos estatales en las entidades autónomas del nivel nacional de la administración pública*. Presentado para optar al título de magíster en derecho administrativo. Universidad Colegio Mayor De Nuestra Señora Del Rosario. Facultad De Jurisprudencia. Bogotá, D.C.

Bastidas Bárcenas, Hugo Fernando. Magistrado del Consejo de Estado de Colombia. *Medios de control - Ley 1437 del 18 de enero de 2011, Síntesis de la conferencia dada en el Seminario*

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Internacional de Presentación de la Ley 1437 de 2011, Biblioteca Luis Ángel Arango, 2 de febrero de 2011.

Benavidez, José Luis, Santofimio Jaime Orlando. (2009). Universidad Externado de Colombia.

Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007.

Carrión José Antonio. Técnicas de Negociación. VI Encuentro de responsables de protocolo y

Relaciones Institucionales de las Universidad Españolas. Universidad de Alicante.

Caviedes Jorge Eduardo. *Responsabilidad de la administración pública en la etapa precontractual.*

Universidad del Rosario. Tesis Maestría. Bogotá D.C.

Conrado Imitola Roque Luis (2014). *Los Principios en la Contratación Estatal. Aspectos*

Constitucionales, Legales y Jurisprudenciales. Editorial Ibáñez.

Corporación Excelencia por la Justicia (2013). *Aproximación a una década de transformaciones en la*

justicia colombiana. www.cej.org.co

Díaz-granados Mesa Santiago (2001). *Responsabilidad del Estado por daño especial.* Trabajo de grado.

Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C.

Didier Morales Restrepo (2014.). *Régimen de la contratación estatal.* Vigésima tercera edición,

Editorial Leyer,

Díez Picazo, L. *Fundamentos del derecho civil Patrimonial.* Tomo I. Introducción a la teoría del

contrato. Editorial Civitas, Madrid. 2001

Díez Picazo, L. *Fundamentos del derecho civil Patrimonial.* Tomo I. Introducción a la teoría del

contrato. Editorial Civitas, Madrid. 2001.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Domínguez Águila Ramón Antonio. (2010). *Los límites al principio de la responsabilidad integral*,
Revista Chilena de Derecho Privado No. 15.

Fandiño Gallo, Jorge Eliecer (2014). *La Contratación estatal*. Editorial Leyer. Bogotá. D.C.

Fierro-Méndez, Heliodoro (2001). *La Responsabilidad Penal en los Contratos administrativos*.
Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá.

Fierro-Méndez, Heliodoro. *La Responsabilidad Penal en los Contratos administrativos*. Ediciones
Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2001. Pág. 15

García, Rubio María Paz-Otero Crespo Martha. (2010). Artículo publicado en la Revista para el análisis
del derecho INDRET. Universidad de Santiago de Compostela-Barcelona. *La responsabilidad
precontractual en el derecho contractual europeo*.

Gómez Lee Iván Darío (2011). *Contratación visible. Manual para un buen control de recursos en la
Contratación Pública*. www.auditoria.gov.co/index.php/biblioteca

González García, Cesar (1994). *Nuevo Régimen de Contratación Estatal*, Imprenta Ministerio de
Gobierno, Bogotá.

González García, Cesar (1994). *Nuevo Régimen de Contratación Estatal*, Imprenta Ministerio de
Gobierno, Bogotá.

González Pérez, Jesús (2014). *El principio general de la buena fe*, 340 págs. Editorial: S.L. Civitas
Ediciones,

González Pérez, Jesús (2014). *El principio general de la buena fe*, 340 págs. Editorial: S.L. Civitas
Ediciones,

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Henao Juan Carlos (1996). *Responsabilidad extracontractual del Estado del Estado en Colombia*.

Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ihering, Rudolf Von (2005). *Della Culpa In Contrahendo, Ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, Jovene Editore, trad. Federico Procchi,

López, Q. Jorge Iván-Azuero Oñate. Carlos Franciso, (2012). Universidad ICESI-Facultad de derecho y ciencias sociales. Santiago de Cali. Trabajo de Grado para optar el título de abogado. *La aplicación Teórico Legal del régimen de responsabilidad precontractual en Colombia*.

Martínez Rave, Gilberto (1998). *Responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Temis. Bogotá,

Martínez Rave, Gilberto (1998). *Responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Temis. Bogotá.

Martínez, G. (2002) *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis.

Meléndez Julio, Inocencio (2013). *La Responsabilidad estatal en el derecho público de los contratos estatales*. Tomo I. <http://es.slideshare.net/inocenciomelendezjulio1>

Meléndez Julio, Inocencio: (2013). *La Responsabilidad estatal en el derecho público de los contratos estatales*. Tomo I. <http://es.slideshare.net/inocenciomelendezjulio1>

Morales Castro Carlos Javier (2012). *Sanciones pecuniarias en la contratación estatal. Tesis de Maestría en Derecho Administrativo*. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Bogotá, D.C.

Mosset Iturraspe, Jorge; Piedecabras, Miguel A. Patiño, H. (2008). *Responsabilidad civil y contratos*.

Ordóñez Maldonado, Alejandro (2009). Procurador General de la Nación - *Justicia disciplinaria de la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud*. Ediciones IEMP.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Osorio Posada Antonio de Jesús (S/F). *Derecho Penal General, Aspectos teóricos, Segunda Parte*
Revista Jurídica Bonaventuriana. Facultad de derecho Universidad San Buenaventura,
Seccional Cali.

Oviedo Albán, Jorge (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. Revista No.115
Vniversitas, Bogotá.

Palacio, H. Juan Angel. (2010). Librería Jurídica Sánchez. *La Contratación de las entidades estatales.*

Patiño, Héctor. *Responsabilidad extracontractual y causal de exoneración: Aproximación a la
jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano.* Archivo electrónico:
<http://portal.uexternado.edu.co.../revista Derecho Privado/rdp1>.

Pineda De Martínez, Rosa (2002). Derecho Disciplinario Manual Práctico. Editorial Librería del
profesional.

Pinto Silva Ana María. (2014) *Transparencia en la contratación pública.* Universidad Militar. Ensayo.

Procuraduría General de la Nación. (2013) *Cartilla Estudios Previos en la contratación*

Ramos, A. Amparo-Ramos A. Jairo, (2014). Grupo Editorial Ibáñez. Medellín. *Contratación Estatal
Teoría General y especial.*

Responsabilidad precontractual. Responsabilidad extracontractual y causal de exoneración:
Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. Recuperado de:
<http://portal.uexternado.edu.co>

REVISTA DE ESTUDIOS SOCIALES No. 50-2013. Universidad de los Andes. Artículo de Nicolás
Parra Herrera, Pags.2-34.

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

REVISTA DIGITAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, No. 6, segundo semestre/2011, Pág. 25-

45. El Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,
Juan Carlos Expósito Vélez.

Rico, P. Luis Alonso. (2009) editorial Leyer. Bogotá. *Teoría general y práctica de la contratación estatal.*

Siglita G y Siglita R. (1992), Responsabilidad precontractual, Ed. Albeldó Perrot, Buenos Aires.

Stiglitz G Y Stiglitz R., *Responsabilidad precontractual*, Ed. Albeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp.
105.

Tamayo J. Javier. (2010). *Tratado de Responsabilidad Civil extracontractual y la contractual*. Editorial
doctrina y ley Ltda.

Tamayo, A. (2009). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogotá: Ediciones
Doctrina y ley LTDA.

Vanegas Torres Gustavo, Liliana Estupiñán Achury, Alejandro Castillo Rivas, Sergio Roberto Matias
Camargo Mary Luz Sandoval Robayo, Bersarión Gómez Hernández Rodrigo Santofimio Ortiz
Héctor Alfonso Barbosa Jacqueline Blanco Blanco Héctor Guillermo Sierra Cuervo (2004).
Guía para la elaboración de proyectos de investigación en Derecho. 2ª edición. Universidad
Libre. Facultad de Derecho. Bogotá D.C.

Velásquez Posada, Obdulio (S/F). *Responsabilidad civil en el contexto de la teoría del Derecho actual.*

<http://www.academia.edu/1442764>. Revisa N° 21

Vélez, P. Paulina, (2012). Universidad Complutense de Madrid-Facultad de derecho-Departamento de
derecho civil. Trabajo de fin de Máster Universitario en Derecho Privado-especialidad en

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

derecho civil. *La responsabilidad civil contractual y extracontractual: El seguro como criterio de imputación.*

Yong, S. Samuel (2013). Grupo Editorial Ibáñez. *El Contrato Estatal en el contexto de la nueva legislación.*

NORMATIVIDAD

Constitución Política de 1991

Ley 1150 de 2007 por la cual introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993.

Ley 80 de 1993, Régimen de la Contratación Estatal

Decreto 1510 de julio 7 de 2013 por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

JURISPRUDENCIA

Consejo De Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera

Sección Tercera-Subsección C- Consejero Ponente: Enrique Gil Botero- (2014)- Radicación número: 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324).

Sección Tercera, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá, 14 de abril de 2010. Radicación N° 25000-23-31-000-1993-09448-01.

Sección Tercera, Subsección C. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, 15 de febrero de 2012. Radicación N° 66001-23-31-000-1999-00551-01.

Sección tercera, MP Enrique Gil Botero, Sentencia del 14 abril 2010

Subsección C- Consejero Ponente: Enrique Gil Botero- (2014)- Radicación número: 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324).

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Radicación: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767) Consejero ponente: Olga Melida de la Hoz.

Radicación: 25000-23-26-000-1995-00867-01 (1995- 7757) Consejero ponente: Juan de Dios Montes.

Radicación: 10001-23-31-000-1994-9004-01 Consejero ponente: Myrian Guerrero Escobar.

Radicación: 20001- 23-31-000-1998-04061-01(18499). Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

Concepto Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: William Zambrano Cetina (E),
Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00212-00(2148).

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 6 de agosto de 1997, expediente 13495, Magistrado Ponente Carlos Betancur.

Corte Constitucional.

Sentencia C-333 de 1 de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero. . *Responsabilidad patrimonial del estado-alcance-Responsabilidad extracontractual-Responsabilidad Contractual.*

Expediente D-6536, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6 de la Ley 610 de 2000
“por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil siete (2007).

Expediente D-6536, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6 de la Ley 610 de 2000
“por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil siete (2007).

Lizneyde Lorena Ocampo Mosquera

Martha Eugenia Cortes Baquero

Lucila Salamanca Arbeláez

Sentencia C-1048/01. Expediente D-3471 Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy
Cabra. (2001). Acto preparatorio al contrato administrativo-naturaleza jurídica y control
judicial/Acto preparatorio al contrato administrativo-evolución legal y jurisprudencial