

EL PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL*

Germán Vallejo Almeida

Introducción

La regulación relativa a los contratos estatales tiene la difícil tarea de unificar “valores en principio antagónicos: intereses privados-intereses públicos; relaciones igualitarias-prerrogativas de poder público; rentabilidad-eficacia administrativa” (Benavides, 2004, p. 19). Estas dicotomías tan difíciles de domesticar hacen apasionante el estudio de la contratación de la Administración.

Este escrito fue estructurado con la intención de incentivar el estudio de un tema tan estimulante como lo es la contratación administrativa. Su objeto es precisar el contenido de la etapa precontractual en el contrato estatal y analizar la responsabilidad patrimonial que surge para la Administración como consecuencia de la elaboración de los procedimientos necesarios para celebrar, perfeccionar, ejecutar y liquidar el acuerdo de voluntades.

* Este capítulo es un resultado de investigación del grupo de investigación de Derecho Público y TIC, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Se explicará qué es un contrato estatal y luego se pondrán de manifiesto los procedimientos que se deben adelantar para celebrar el acuerdo de voluntades, así como cada una de las modalidades de selección de contratistas; en seguida, se expondrá el régimen de responsabilidad precontractual y, por último, se presentarán las conclusiones.

¿Qué es un contrato estatal?

El contrato estatal es un instrumento con el cual el Estado cumple con sus fines (Congreso de la República, 1993, art. 3). Esto quiere decir que el acuerdo de voluntades se celebra y ejecuta con el propósito de servir a la comunidad, asegurar la convivencia pacífica, garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y satisfacer una necesidad de interés general (Matallana, 2012).

La Ley 80 de 1993 define el contrato estatal como cualquier acto jurídico generador de obligaciones derivado del ejercicio de la autonomía de la voluntad que celebre una entidad estatal (art. 32). Respecto a su contenido, en el Artículo 40, el Legislador dispuso que las estipulaciones incluidas en él serán las que de acuerdo con el Derecho Civil correspondan a su esencia y naturaleza (Congreso de la República, 1993, art. 1501).

El Legislador estableció que el régimen aplicable al contrato administrativo estará sometido al régimen del Derecho Privado (Congreso de la República, 1993, art. 13). No se debe olvidar que los contratos estatales están incluidos en la categoría del contrato³³, es decir, son la especie de un género que se ha estructurado desde hace siglos en el Derecho Privado y, por consiguiente, salvo que se esté en presencia de un asunto especialmente regulado, se regirán por lo dispuesto en el Derecho Civil y Comercial (Escobar Gil, 1999).

33 Los profesores Laurence Koffman y Elizabeth Macdonald (2010) definen el contrato como "a legally enforceable agreement giving rise to obligations for the parties involved [...]. Under a contract, the parties voluntarily assume their obligations or undertakings: for example, S promises to supply a new car to B by the end of the month, whilst B promises to pay, on delivery, the price of the vehicle. Their agreement to perform these undertakings is a contract" (p. 1). Por otro lado, en el Derecho italiano, el contrato es definido como: "l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale" (Roppo, 2011, p. 3).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

Las materias especialmente reguladas, o sea, los temas en los que no aplica el Derecho Privado, son: i) el régimen de incompatibilidades³⁴, inhabilidades³⁵ y conflicto de interés³⁶; ii) las reglas relativas a las modalidades de selección; iii) las solemnidades y formalidades propias del contrato estatal; iv) el tratamiento dado al equilibrio económico del contrato; v) la existencia de cláusulas excepcionales; vi) las nulidades, y vii) la necesidad de amparar la actuación bajo los principios establecidos tanto para la función administrativa como para la celebración de contratos (Palacio, 2011).

La doctrina, también ha presentado una noción acerca del contrato estatal. El profesor Samuel Yong Serrano (2013) lo define:

[...] como un acto jurídico bilateral que puede tener origen en una entidad estatal o en un particular en los casos permitidos, generador de obligaciones, celebrado, de manera virtual o en documento físico, por una entidad pública o una persona particular que cumpla funciones administrativas con el oferente escogido de acuerdo al procedimiento establecido en el estatuto contractual (p. 34).

En la definición citada, resulta llamativo que el contrato estatal pueda tener origen en un particular. El profesor Yong Serrano (2013) se refiere a aquellos casos en los que un proyecto de APP es de iniciativa privada en los términos de los Artículos 14 a 21 de la Ley 1508 de 2012.

El contrato estatal posee una serie de características y elementos que le otorgan individualidad y, por consiguiente, lo diferencian de otras categorías jurídicas.

.....
34 Las incompatibilidades son un impedimento presente para que una persona ostente dos calidades simultáneamente, por ejemplo, no puede haber relación de parentesco entre el ordenador del gasto de una entidad estatal y un oferente dentro del marco de un proceso de contratación administrativa (Congreso de la República, 1993, art. 8, num. 2; Consejo de Estado, 2011b; Corte Constitucional, 2012; Solano, 2010).

35 La jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que las inhabilidades no son una sanción, sino una falta de capacidad surgida como consecuencia de un incumplimiento y consisten en la prohibición para que el inhábil contrate con una entidad estatal (Betancur Cuartas, 1993; Consejo de Estado, 1999c; Congreso de la República, 1993, art. 8, num. 1; Corte Constitucional, 2013).

36 La jurisprudencia del Consejo de Estado (2004b; 2011e) define el conflicto de interés como la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo que puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y llevar al funcionario a adoptar determinaciones de aprovechamiento particular, en detrimento del interés público (Escrihueta, 2007).

Respecto de los elementos del contrato

El Artículo 1501 del Código Civil establece cuáles son los elementos de los contratos. Son de la esencia aquellas cosas sin las cuales el acuerdo no existiría o derivaría en uno diferente. Son de la naturaleza los elementos que se entienden pertenecerle al contrato, sin necesidad de cláusula especial. Por último, son accidentales aquellas cosas que, por no ser de la esencia o de la naturaleza, requieren acuerdo expreso para su inclusión en el negocio.

Son de la esencia del contrato estatal que una de las partes del acuerdo sea una de las entidades calificada como estatal por la Ley 80³⁷ y que con él se satisfaga una necesidad de interés general. Son de la naturaleza, entre otras, las cláusulas excepcionales a Derecho común (Congreso de la República, 1993, art. 14; 2012, art. 22) en contratos de concesión, de obra, de prestación de servicios públicos, para el desarrollo de proyectos de APP y en los que el objeto del acuerdo sea el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal. Son accidentales, por citar un par de ejemplos, las cláusulas de multas³⁸ y la penal pecuniaria³⁹.

En relación con sus características

En términos generales, los contratos pueden ser unilaterales o bilaterales, gratuitos u onerosos, conmutativos o aleatorios, principales o accesorios y consensuales, reales o solemnes (Congreso de la República, 1993 arts. 1496-1500). Al contrato estatal, como categoría jurídica independiente, se le han atribuido las siguientes características: bilateral, oneroso, solemne, principal y nominado (Rico, 2007).

A pesar de que los contratos estatales suelen ser bilaterales, esto es, generadores de obligaciones recíprocas entre las partes, nada impide que la Administración celebre contratos unilaterales, como el de comodato o depósito gratuito, máxime

37 En los términos del Artículo 2.

38 Definida como una “coacción económica sobre el deudor, encaminada a persuadirlo de la necesidad de cumplir bien y oportunamente las prestaciones a su cargo” (Suescún, 2003, p. 16).

39 En el Derecho Privado, la cláusula penal puede cumplir la función de sanción (multa) y la de tasación o liquidación anticipada de perjuicios, más en el marco de la contratación estatal, estas dos figuras encuentran diferencias notorias: mientras la multa es conminatoria del cumplimiento, la penal pecuniaria es indemnizatoria y, en tanto aquella procede solo durante la ejecución del contrato, esta puede tener lugar en ese término y hasta la liquidación del acuerdo (Herrera Barbosa, 2004; Consejo de Estado, 1992).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

cuando el Legislador habilitó a las entidades a celebrar todos los acuerdos previstos en el Derecho Privado (Congreso de la República, 1993, art. 32).

Aun cuando en la mayoría de los casos el contrato estatal es oneroso —cada parte se grava en beneficio de la otra—, la Administración está habilitada para hacer aportes o dar auxilios mediante contratos gratuitos a entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad (República de Colombia, 1991, art. 210), con el fin de impulsar programas y actividades de interés público, siempre que exista un fundamento constitucional expreso como ocurre con la investigación científica, de conformidad con lo estatuido en los Artículos 65, inciso 2; 67; 69, inciso 3; 70, inciso 2 y 71⁴⁰.

Sobre su solemnidad no hay duda, toda vez que su perfeccionamiento⁴¹ tiene tres requisitos⁴²: “[...] el acuerdo de voluntades de las partes contratante y contratista, la elaboración de un contrato escrito sobre la misma, y la existencia de una reserva presupuestal” (Consejo de Estado, 2014; Castro, García y Martínez, 2010)⁴³.

En cuanto al carácter principal del contrato administrativo, es decir, aquellos que subsisten por sí mismos, no hay debate. En lo relativo a que es un contrato

40 Puede verse Corte Constitucional (1994a; 1994b; 1995a; 1995b; 1999).

41 Al respecto, el profesor Dennis Campell (2009) señala que “the contract is perfected wen there is an offer and a subsequent acceptance of the sale and purchase of certain goods” (p. 15).

42 El perfeccionamiento del contrato estatal requiere dos cosas: que conste por escrito y que el oferente seleccionado suscriba el documento. ¿Qué pasa si se abstiene de hacerlo? La entidad quedará habilitada para hacerle efectiva la garantía de seriedad de la oferta (Presidencia de la República, 2013, art. 115); asimismo, podrá inhabilitar al particular para contratar con el Estado por cinco años, siempre que dicha abstención no tenga una justa causa (Congreso de la República, 1993, art. 8) y, además, la Administración puede cobrar perjuicios mediante la reparación directa. El contrato se le adjudica al segundo mejor calificado, siempre y cuando su propuesta sea favorable para la entidad (Congreso de la República, 1993, art. 30, num. 12).

43 Disiento con la inclusión del registro presupuestal como requisito de perfeccionamiento por lo siguiente: i) antes que nada, se deben precisar los conceptos de disponibilidad presupuestal y registro presupuestal, mientras aquel es una certificación en donde se hace constar “que en el presupuesto existe dinero para atender una prestación económica futura y eventual” (Consejo de Estado, 2009) que debe expedirse en el momento de la apertura del procedimiento de selección; por otro lado, este es la “operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación” (Presidencia de la República, 1996, art. 20), el cual debe llevarse a cabo antes del inicio de ejecución del contrato; ii) el Artículo 41 de la Ley 80 dispone que el contrato estatal se perfecciona cuando hay acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y se eleve a escrito; iii) la jurisprudencia del Consejo de Estado (2000a; 2000b) ha aceptado exegéticamente lo estatuido en el citado Artículo 41; iv) el registro presupuestal es un trámite interno de la entidad contratante y por ello no puede constituir un requisito de perfeccionamiento, pues de serlo, la existencia del contrato pendería de la voluntad de una de las partes (Consejo de Estado, 2014; Castro, García y Martínez, 2010).

nominado⁴⁴, esto es, que está nombrado dentro del ordenamiento jurídico, considero que nada impide que la Administración celebre acuerdos innominados, más cuando la Ley 80 califica cualquier acto jurídico generador de obligaciones como un contrato estatal (Congreso de la República, 1993, art. 32). En lo relativo a si el contrato administrativo es conmutativo o aleatorio, si bien lo normal es que la Administración celebre acuerdos en los que las prestaciones de las partes se miran como equivalentes (Congreso de la República, 1993, art. 28), no es raro que las entidades estatales se vean inmersas en contratos aleatorios, como los de seguros. Por consiguiente, la calificación dependerá de cada caso concreto.

Formación del contrato

El contrato estatal tiene una serie de condiciones de existencia y validez que deben satisfacerse durante el nacimiento del contrato. Así, “la existencia se subordina a la capacidad del particular y a la competencia del representante legal de la entidad; al consentimiento, del que procede el acuerdo de voluntades, y al motivo que lleva a las partes a convenir” (Lamprea, 2007, p. 107). Los requisitos de validez se refieren al cumplimiento de formalidades, entre ellas, la existencia del consentimiento libre de vicios, la licitud del objeto de las obligaciones contractuales, la plenitud de formalidades diferentes a las *ad substantiam actus* y a la ausencia de lesión enorme cuando se trate de una venta de bienes inmuebles.

Sobre la ejecución del contrato

Los requisitos de ejecución del contrato estatal son los siguientes: i) el registro presupuestal; ii) la aprobación de las garantías⁴⁵ (única de cumplimiento, todo riesgo y responsabilidad extracontractual); iii) la acreditación (Congreso de la República, 1993, art. 41) de que el contratista está al día en el pago de los aportes parafiscales relativos al sistema de seguridad social integral, así como las

44 “Los contratos —afirma el profesor Jeremias Bentham— ‘se dividen en nominados e innominados, nominados son los que tienen un nombre particular, como la compra y venta [...]. Los innominados son aquellos que sin tener un nombre particular, tienen una causa civil de obligación” (Dumont, 1822/1822).

45 En caso de que la entidad no apruebe las garantías que constituyen un requisito de ejecución, podrá hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta y declarar la caducidad del contrato, en caso de que esté habilitada para hacerlo, de conformidad con el Artículo 14 de la Ley 80. En cualquier evento, podrá cobrar perjuicios por el medio de control de controversias contractuales.

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

contribuciones especiales al SENA, ICBF y a las cajas de compensación familiar, y iv) la publicación del documento que contiene el contrato (Consejo de Estado, 2014).

Proceso de formación de la voluntad de la Administración

Para estudiar la etapa de formación de la voluntad de la Administración en la contratación estatal, es importante precisar que si bien “existe la tendencia de identificar la etapa precontractual con el procedimiento administrativo de selección del contratista, es pertinente afirmar que dicha etapa va más allá de la simple selección de la persona con quien se va a celebrar el contrato” (Lamprea, 2007, p. 111).

Este proceso puede dividirse en dos etapas:

[...] la primera relativa al orden interno de la Administración pública, y es la que se refiere [...] a la decisión de contratar en sí misma y a la forma y condiciones de esa contratación [...]. La segunda, en cambio, atañe al conjunto de las relaciones de la Administración con los particulares, y es la que se refiere a la formación del contrato como tal y a las formas y modalidades de selección del cocontratante particular (Escola, 1977, pp. 287-288).

Etapa de planeación⁴⁶

El proceso de formación de la voluntad de la Administración inicia con la etapa de planeación⁴⁷, la cual constituye un principio y un deber a cargo de los servidores públicos e impone que los contratos estatales siempre correspondan a:

[...] negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público [...] se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales (Santofimio Gamboa, 2009, pp. 42-43).

46 “La planeación es un concepto propio del Estado Social de Derecho, como criterio garantizador de la legalidad y del interés general, pilares fundamentales dentro de la sociedad actual. La planeación se utiliza en todos los niveles del Estado para garantizar la macro estructura de las naciones y su forma de cumplir con los fines previstos por ella en beneficio de los administrados” (Expósito, 2005, p. 601).

47 Sobre planeación puede verse Consejo de Estado (2006a; 2008a; 2013a).

A diferencia de lo que sucede entre particulares, la Administración no está habilitada para contratar caprichosamente o para improvisar; por el contrario, está sujeta a lo dispuesto por el Legislador, que ha sido claro en señalar la modalidad de selección que se debe seguir para escoger al contratista, según el objeto del contrato (Rodríguez Tamayo, 2013).

En virtud de la planeación, se debe identificar la necesidad que se va a satisfacer con el contrato. Para ello, se debe acudir a los planes de desarrollo nacionales, departamentales o municipales y al plan anual de adquisiciones de cada entidad (Presidencia de la República, 2013, art. 4).

Identificada la necesidad, la entidad debe iniciar los trámites pertinentes para satisfacerla y desplegar una serie de procedimientos tendientes no solo a determinar la modalidad de selección del contratista, sino también a precisar el contenido del futuro contrato. Es en ese recorrido previo al perfeccionamiento del contrato en donde surge la responsabilidad precontractual por los daños que se causen (Borja Ávila, 2009).

Toda la labor de planeación encaminada a identificar la necesidad y a escoger la modalidad de selección, las características de bienes, obras o servicios que se van a contratar, los costos, valores y precios que podrían requerirse para la celebración y ejecución del contrato, los criterios para seleccionar la oferta más favorable⁴⁸, el análisis del riesgo⁴⁹ y la forma de mitigarlo, la indicación de si el

.....
48 La Ley diferencia entre los requisitos habilitantes y los de calificación; mientras aquellos se refieren al oferente (a su capacidad organizacional, jurídica, financiera o residual) y pueden ser subsanados, estos están estructurados para analizar la oferta y no pueden ser subsanados. Los requisitos de calificación dependerán de la modalidad de selección: en la licitación se ponderan los elementos de calidad y precio; en el concurso de méritos se observa la experiencia del interesado y de su equipo de trabajo; en la subasta inversa, el menor precio y la menor cuantía se siguen las reglas de la licitación; en la contratación directa solo se analiza que la adquisición corresponda a las condiciones del mercado y en la mínima cuantía se mira el precio, siempre que cumpla con las condiciones de la invitación (Presidencia de la República, 2013, art. 26, 85).

El Artículo 29 de la Ley 80 de 1993 establece que “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”. La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2004a) considera que “la selección objetiva comporta: i) la obligación de fijar previamente los criterios de selección (art. 24 ord. 5°), ii) el llamado público para que, en igualdad de oportunidades, se presenten las ofertas (principio de concurrencia (art. 30 núm. 3), y iii) la transparencia (art. 24)”.

49 El análisis del riesgo consiste en tres etapas: tipificación —se identifica el riesgo—, cuantificación —se determina la probabilidad y el impacto del riesgo— y la asignación —depende de quién esté mejor capacitado para mitigar el riesgo— (Roppo, 2011).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

proceso está cobijado por un TLC⁵⁰ y las garantías que se van a exigir durante el procedimiento de selección⁵¹ deberán quedar consignadas en los estudios previos (Presidencia de la República, 2013, art. 20).

Uno de los aspectos más importantes que debe incluirse en este documento es la escogencia de la modalidad de selección. Es importante identificar cuáles son las opciones que tiene la Administración para elegir al contratista; hecho esto, se deben mencionar las características de cada una de las modalidades y precisar las causales que permiten acudir a una o a otra.

Las modalidades de selección que están a disposición de la Administración son la licitación, el concurso de méritos, la mínima cuantía, la contratación directa y la selección abreviada, dentro de la cual encontramos la subasta inversa, la menor cuantía, los acuerdos marco de precios y la bolsa de productos.

Licitación

La licitación consiste en “una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas señaladas [en pliego de condiciones], formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa [adjudicación], con lo cual el contrato queda perfeccionado” (Sayagués, 2002, p. 543).

La licitación es un procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual de la Administración, cuya finalidad es seleccionar al oferente idóneo que proponga las condiciones más favorables para la entidad (Dromi, 2002).

Esta es la modalidad de selección aplicable cuando la ley no dispone expresamente que procede la selección abreviada, el concurso de méritos, la contratación directa o la mínima cuantía. Por ello, se la califica como la regla general que se

.....
50 Aun cuando cada tratado de libre comercio incluye normas propias, como regla general, para saber si el proceso está cobijado por un acuerdo comercial hay que verificar: i) que la entidad contratante esté incluida en la lista fijada en el TLC; ii) que el objeto del contrato no sea de aquellos bienes o servicios excluidos; en estos casos, la lista suele ser de exclusión, por lo que si el objeto no está en ella, se entiende que aplica el TLC, y iii) que la cuantía del proceso esté dentro de las cuantías fijadas en el TLC, las cuales se miden en dólares (como pasa con el TLC de Colombia y Estados Unidos) o en derechos especiales de giro (como ocurre con el suscrito entre Colombia y Chile).

51 Durante la etapa precontractual, se exige la garantía de seriedad de la oferta, la cual deberá estar vigente desde la presentación de la propuesta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato (Presidencia de la República, 2013, art. 118). En esa etapa, la entidad exige la garantía única de cumplimiento, la de responsabilidad civil extracontractual y la de todo riesgo (Presidencia de la República, 2013, art. 116, 117). Las modalidades de garantía aceptadas son la póliza de seguros, la fiducia mercantil y la garantía bancaria.

debe seguir para seleccionar a los colaboradores de la Administración (Congreso de la República, año, art. 2).

Esta impone la realización de dos audiencias: la de asignación de riesgos y la de adjudicación (Presidencia de la República, 2013, art. 39). La primera tiene lugar dentro de los tres días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de las ofertas (Congreso de la República, 2013, art. 30, num. 4); en ella, a solicitud de los interesados, la entidad podrá aclarar el contenido del pliego de condiciones y luego deberá presentar el análisis de riesgo⁵² y hacer la asignación definitiva.

En cuanto a los plazos del proceso, cuando la entidad lo estime conveniente, bien sea de oficio o a solicitud de los interesados y antes de su vencimiento podrá prorrogar el lapso para presentar ofertas, por un término que no puede ser superior a la mitad del fijado en principio. Al constituir una modificación, esta situación se debe materializar mediante una adenda y, en el caso de la licitación, se debe expedir tres días antes del cierre (Congreso de la República, 1993, art. 30, num. 5; Presidencia de la República, 2013, art. 25).

Las entidades estatales pueden utilizar el mecanismo de subasta inversa para la conformación dinámica de las ofertas. En este caso, se debe precisar en los pliegos de condiciones las variables técnicas y económicas sobre las cuales los oferentes pueden pujar. Durante la subasta, los oferentes deben presentar su oferta inicial con las variables dinámicas, de conformidad con los pliegos de condiciones, la cual puede ser mejorada con los lances hasta la conformación de la oferta definitiva. Se tomará como definitiva la oferta inicial realizada por el oferente que no presente lances en la subasta (Presidencia de la República, 2013, art. 38).

Igual que ocurre con la selección abreviada y el concurso de méritos, se admite que la entidad limite la convocatoria a mipymes nacionales⁵³, siempre que reciba la solicitud de, al menos, tres de ellas un día hábil antes de la apertura

52 El riesgo es definido por el Legislador como cualquier evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del proceso de contratación o en la ejecución de un contrato (Presidencia de la República, 2013, art. 3).

53 De conformidad con lo estatuido en el Artículo 2 de la Ley 905 de 2004, serán calificadas como mipymes las unidades de explotación económica que reúnan dos de los siguientes parámetros: micro: i) máximo diez empleados, y ii) activos totales inferiores a 500 SMMLV. Pequeña: i) entre once y cincuenta trabajadores, y ii) activos totales entre 501 y 5.000 SMMLV. Mediana: i) entre 51 y 200 trabajadores, y ii) activos totales por valor entre 100.000 y 610.000 UVT.

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

del proceso y el mismo tenga un valor inferior a US\$125.000 (Presidencia de la República, 2013, art. 152).

Selección abreviada

La selección abreviada es la modalidad de selección prevista para aquellos casos en los que, por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación, la cuantía o la destinación del bien, se pueden adelantar procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual. Dentro de esta encontramos: la subasta inversa; la menor cuantía, la compra en bolsa de productos y los acuerdos marco de precios.

Sin importar de cuál de estas modalidades de selección se trate, el contenido del pliego de condiciones deberá incluir la ficha técnica del bien o servicio⁵⁴, si el precio del objeto es regulado, la variable sobre la cual se va a hacer la evaluación de las ofertas y, en caso de que la adquisición se haga por partes, se deberá definir el contenido de cada una de ellas (Congreso de la República, 2007, art. 2, num. 2).

Esta modalidad de selección, junto con la licitación y el concurso de méritos, admite la limitación de la convocatoria a las mipymes nacionales, siempre que se cumplan con los requisitos estatuidos en el Artículo 152 del Decreto 1510.

- Reglas para la subasta inversa

La subasta inversa es la modalidad de selección que procede para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes⁵⁵.

En los pliegos de condiciones de la subasta inversa, además de lo ya expuesto, se deberán incluir la fecha y hora de la subasta, la periodicidad de los lances y el margen mínimo de mejora durante la subasta⁵⁶. En estos casos, la oferta estará estructurada en dos partes: en la primera, se deberá acreditar la capacidad para participar en el proceso de contratación y el cumplimiento de la ficha técnica y la

54 Deberá incluir la clasificación, de acuerdo con el clasificador de bienes y servicios; la identificación adicional requerida; la unidad de medida; la calidad mínima y los patrones de desempeño (Presidencia de la República, 2013, art. 40).

55 De conformidad con lo estatuido por el Artículo 3 del Decreto 1510, se calificarán como tales los bienes y servicios de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares que, en consecuencia, pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición.

56 La entidad deberá precisar si adelantará la subasta inversa electrónica o presencial. Si se decide por aquella, fijará en los pliegos el sistema que se utilizará y los mecanismos de seguridad para el intercambio de mensajes de datos (Presidencia de la República, 2013, art. 44).

segunda, debe contener el precio inicial propuesto por el oferente (Presidencia de la República, 2013, art. 41).

Vencido el término para la presentación de las ofertas, la entidad deberá publicar un informe de habilitación de los oferentes, en el cual indicará si los bienes o servicios ofrecidos cumplen con los requisitos establecidos en la ficha técnica y si el oferente está habilitado para participar. En los términos del Decreto 1510, hay subasta siempre que haya, al menos, dos oferentes habilitados cuyos bienes o servicios ofrecidos cumplan con la ficha técnica (Presidencia de la República, 2013, art. 41)⁵⁷.

La subasta inicia con el precio más bajo ofrecido y solo valdrán los lances en los cuales la oferta sea mejorada en, al menos, el margen mínimo de mejora establecido en el pliego. En caso de no presentarse lances, la entidad debe adjudicar el contrato al oferente que haya presentado el precio inicial más bajo. Si se presenta un empate, la Administración deberá celebrar el contrato con quien presentó el menor precio inicial.

En el acto administrativo de adjudicación, la entidad contratante deberá indicar el nombre de todos los proponentes y el precio más bajo ofrecido por cada uno de ellos (Presidencia de la República, 2013, art. 43).

- Régimen para los acuerdos marco de precios

Los acuerdos marco de precios son los contratos celebrados entre uno o varios proveedores y Colombia compra eficiente⁵⁸, con el objeto de proveer a las entidades estatales bienes y servicios de características técnicas uniformes, en la forma, el plazo y las condiciones fijadas en él (Presidencia de la República, 2013, art. 3).

Colombia compra eficiente efectúa periódicamente procesos de contratación para suscribir acuerdos marco de precios, de acuerdo con los bienes y servicios

57 En caso de haber un único oferente habilitado, la entidad podrá adjudicarle el contrato, siempre que el valor de la oferta sea igual o inferior a la disponibilidad presupuestal para el contrato (Presidencia de la República, 2013, art. 41).

58 Colombia compra eficiente es el ente rector encargado de desarrollar e implementar políticas públicas orientadas a la organización de los participantes en los procesos de compras y contratación pública, con el fin de lograr mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado (Presidencia de la República, 2011, art. 2). De su estructura se debe mencionar que es una unidad administrativa especial denominada Agencia Nacional de Contratación Pública, entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación (Presidencia de la República, 2011, art. 1).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

de características técnicas uniformes contenidos en los planes anuales de adquisiciones de las entidades estatales. Asimismo, las entidades están habilitadas para solicitar a Colombia compra eficiente la celebración de acuerdos marco de precios; hecha la solicitud, la Agencia Nacional de Contratación Pública verifica su pertinencia y determina la oportunidad para adelantar el proceso de contratación (Presidencia de la República, 2013, art. 49).

En cuanto a la modalidad de selección de contratistas aplicable a la celebración de acuerdos marco de precios, Colombia compra eficiente debe adelantar el procedimiento de contratación y aplicar las reglas de la licitación pública. Surtida la licitación, el acuerdo marco de precios celebrado deberá incluir la forma en la que Colombia compra eficiente evaluará el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los proveedores, el procedimiento a seguir cuando se presenten incumplimientos de las órdenes de compra realizadas por la Administración al proveedor de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y las reglas que definirán el actuar de Colombia compra eficiente frente a los reclamos de calidad y oportunidad de la prestación (Presidencia de la República, 2013, art. 49).

Celebrado el acuerdo marco de precios, Colombia compra eficiente deberá publicar el catálogo de los bienes y servicios de características técnicas uniformes incluidos en él⁵⁹. En consecuencia, durante la etapa de planeación de los procedimientos de contratación que adelanten, las entidades estatales deberán verificar si existe un acuerdo marco de precios que incluya el bien o servicio objeto del procedimiento de selección y con el cual puedan satisfacer la necesidad que se pretende con el contrato.

En caso de que un acuerdo marco de precios incluya el bien o servicio requerido, la entidad deberá suscribir el contrato en la forma dispuesta por Colombia compra eficiente⁶⁰ y podrá hacer la orden de compra al proveedor, de conformidad con lo dispuesto en él (Presidencia de la República, 2013, art. 48).

.....
59 El catálogo es la ficha que contiene la lista de bienes o servicios, las condiciones de su contratación que están amparadas por un acuerdo marco de precios y la lista de los contratistas que son parte del acuerdo marco de precios (Presidencia de la República, 2013, art. 2).

60 De conformidad con lo estatuido en el Artículo 46 del Decreto 1510, las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional obligadas a aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 también están conminadas a adquirir los bienes y servicios de características técnicas uniformes por medio de los acuerdos marco de precios vigentes. Por otro lado, las entidades territoriales, los organismos autónomos y los pertenecientes a la Rama Legislativa y Judicial no están obligados, pero están facultados para hacerlo.

- Reglas para la compra en bolsa de productos

Es la modalidad de selección que procede para la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria, de conformidad con el Decreto 2555 de 2010. De su régimen se debe destacar que no se requiere que el oferente esté inscrito en el Registro Único de Proponentes (Congreso de la República, 2011, art. 6).

La etapa de planeación de esta modalidad requiere que la entidad estudie⁶¹, compare e identifique las eventuales ventajas de utilizar la bolsa de productos para la adquisición de los bienes y servicios de características técnicas uniformes, frente a los demás procedimientos de selección incluidos en la selección abreviada, esto es, la subasta inversa y el acuerdo marco de precios.

Verificadas las ventajas, la entidad deberá seleccionar un comisionista⁶² de acuerdo con el procedimiento aplicable en la bolsa de productos, el cual, en cualquier caso, deberá ser competitivo (Presidencia de la República, 2013, art. 53). Seleccionado el comisionista⁶³, la Administración celebrará el contrato⁶⁴ y lo publicará junto con sus modificaciones en el Sistema Electrónico de Contratación Pública.

Las bolsas de productos deben elaborar y actualizar una lista de los bienes y servicios de características técnicas uniformes susceptibles de ser adquiridos por las entidades estatales. Esta lista deberá mantenerse a disposición de la Administración y del público en general, para lo cual se mantendrá publicada en las páginas web de las bolsas de productos (Presidencia de la República, 2013, art. 55).

Sobre la ejecución del contrato, la entidad deberá designar un supervisor para las operaciones que hacen por su cuenta los comisionistas en las bolsas de productos y el contrato de comisión mismo. En caso de presentarse inconsistencias

61 El estudio deberá incluir el análisis del proceso de selección del comisionista, los costos asociados con la selección y el valor de la comisión y de las garantías (Presidencia de la República, 2013, art. 51).

62 Para actuar como comisionista de una entidad estatal, los interesados deberán cumplir con los requisitos habilitantes fijados por la Administración, los cuales deberán ser adecuados y proporcionales al objeto a contratar y al valor del contrato (Presidencia de la República, 2013, art. 52 del Decreto 1510).

63 El Decreto 1510 exige que el comisionista constituya a favor de la entidad contratante la garantía única de cumplimiento, previa ejecución del contrato (Presidencia de la República, 2013, art. 56).

64 Para celebrar el contrato de comisión, la entidad contratante debe acreditar que cuenta con la disponibilidad presupuestal para el contrato, la operación que por cuenta suya adelantará el comisionista en la bolsa de productos, las garantías y los demás pagos que se deban realizar como consecuencia de la adquisición de los bienes y servicios de características técnicas uniformes en la bolsa de productos (Presidencia de la República, 2013, art. 54).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

en la ejecución, la entidad pondrá en conocimiento de la bolsa de productos tal situación para que esta adopte las medidas necesarias para resolver la situación.

- Régimen de la menor cuantía

La menor cuantía es la modalidad que procede para la contratación de servicios de salud (Presidencia de la República, 2013, art. 60; Congreso de la República, 2011, art. 2, num. 2); una licitación haya sido declarada desierta⁶⁵; la contratación de empresas industriales y comerciales del Estado, las de economía mixta y las empresas en las cuales el Estado tenga más de 50% del capital social que no se encuentren en situación de competencia y siempre que el objeto contractual sea de su actividad comercial o industrial⁶⁶; la contratación de entidades dedicadas a la protección de derechos humanos y población con alto grado de vulnerabilidad (Presidencia de la República, 2013, art. 64; Congreso de la República, 1994, art. 2, num. 2, lit. h); la selección del intermediario para la enajenación de bienes del Estado (Presidencia de la República, 2013, arts. 88, 92) y para la adquisición de bienes y servicios para el sector defensa, siempre que no requiera reserva⁶⁷.

Junto con el concurso de méritos, es una modalidad de selección en cuyo trámite se admite la precalificación. Así, en caso de que la entidad reciba once o más manifestaciones de interés, con posterioridad a la apertura del proceso de contratación, mediante sorteo⁶⁸ podrá seleccionar diez de ellas con las que continuará el proceso (Presidencia de la República, 2013, art. 59).

Acercas de los requisitos de calificación, la entidad deberá determinar la oferta más favorable, según la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en porcentajes o fórmulas o la ponderación de calidad y precio que represente la mejor relación costo/beneficio, en cuyo caso se deberá incluir en los pliegos de condiciones las condiciones técnicas y económicas

.....
65 Siempre que expida el acto administrativo de apertura dentro de los cuatro meses siguientes a la declaratoria de licitación desierta (Presidencia de la República, 2013, art. 61; Congreso de la República, 1994, art. 2, num. 2, lit. d).

66 Salvo los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia, para los cuales aplicará la modalidad de selección correspondiente (Presidencia de la República, 2013, art. 63).

67 Si son de características técnicas uniformes, deberán acudir a la subasta inversa, al acuerdo marco de precios o a la bolsa de productos. Si la adquisición requiere reserva, se tramitará por medio de la contratación directa (Presidencia de la República, 2013, art. 65, 78).

68 La entidad deberá establecer en los pliegos si hay lugar a sorteo y la forma como lo efectuará (Presidencia de la República, 2013, art. 59).

adicionales que representen ventajas para la ejecución del contrato (Presidencia de la República, 2013, art. 26).

Concurso de méritos

El concurso de méritos es la modalidad de selección para la prestación de servicios de consultoría⁶⁹ y para los proyectos de arquitectura. Al igual que sucede con los demás procedimientos de escogencia del contratista, todo inicia con los estudios previos, los cuales deberán contener los aspectos ya explicados. Como regla especial, el Decreto 1510 dispone que, en este caso, la entidad no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato (Presidencia de la República, 2013, art. 20, num. 4).

Cuando el proceso de contratación tiene un valor inferior a US\$125.000 y la entidad ha recibido solicitudes de mínimo tres mipymes, al menos un día hábil antes de su apertura, deberá limitar su convocatoria a las mipymes nacionales con mínimo un año de existencia (Presidencia de la República, 2013, art. 152).

Los pliegos de condiciones en el concurso de méritos deberán indicar la forma como se calificará la experiencia del interesado y del grupo de trabajo y la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo. Presentadas las ofertas, la entidad deberá asignar a cada una de ellas una calificación técnica y, con base en esto, estructurar un orden de elegibilidad. Todo ello quedará consignado en el informe de evaluación. Este informe deberá publicarse por tres días hábiles en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública.

Surtido este trámite la entidad deberá revisar si la oferta económica del primero de la lista del orden de elegibilidad está dentro del rango del valor estimado del contrato. De igual modo, se verifican la coherencia y consistencia entre la necesidad identificada por la entidad y el alcance de la oferta, entre la consultoría requerida y el precio ofrecido y entre el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal.

.....
⁶⁹ Son de consultoría los contratos que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Asimismo, son de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos (Congreso de la República, 1993, art. 32, num. 2). De conformidad con el numeral 4 del Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en ningún caso se podrá incluir el precio como factor de calificación.

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

Si se llega a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, la entidad y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad celebrarán el contrato. En caso contrario, la entidad revisará y verificará los mismos aspectos con el oferente calificado en el segundo lugar. Si no se llega a un acuerdo con este, la entidad deberá declarar desierto el proceso de contratación.

Este procedimiento es una de las modalidades que admite precalificación; por ello, durante la etapa de planeación, la entidad podrá publicar un aviso de convocatoria para la precalificación en el concurso de méritos, siempre que la complejidad de la consultoría lo considere pertinente. Una vez los interesados manifiesten su interés, la entidad deberá publicar un informe de precalificación para que, dentro del término de dos días hábiles, hagan las observaciones que consideren pertinentes.

Finalizado ese trámite, se deberá adelantar una audiencia de precalificación en la cual la entidad contestará los comentarios hechos por los interesados. Además, deberá conformar la lista de precalificados para participar en el proceso de contratación y notificar sobre esta a los interesados. Por último, es preciso aclarar que la elaboración de la precalificación no obliga a la entidad a abrir el proceso de contratación.

Contratación directa

La modalidad de selección de contratación directa, al igual que las demás, inicia con la etapa de planeación. Dentro de ella tienen lugar los estudios previos, que deberán seguir las reglas ya explicadas. Sin embargo, estos no son públicos cuando se trata de procesos de contratación de empréstitos, misma regla en el caso de los contratos celebrados entre el Ministerio de Hacienda y el Banco de la República y cuando versen sobre contratación de bienes y servicios en el sector defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad de Protección, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura, siempre que requieran reserva (Presidencia de la República, 2013, art. 75).

En la etapa de planeación tiene lugar el acto administrativo de justificación, en el que la entidad deberá indicar la causal que invoca para contratar directamente, el objeto del contrato, el presupuesto para la contratación y el lugar en

donde los interesados pueden consultar los estudios previos (Presidencia de la República, 2013, art. 73).

Este acto administrativo de justificación no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, de empréstito o de bienes y servicios en el sector defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia, la Unidad de Protección, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura, cuando requiera reserva y contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda con el Banco de la República. En estos procesos, la contratación debe hacerse en condiciones de mercado, sin que sea necesario recibir varias ofertas (Presidencia de la República, 2013, art. 73, inc. final, art. 78).

Cuando la causal que se invoque para contratar directamente sea la urgencia manifiesta, la resolución que la declare hará las veces de acto administrativo de justificación. En estos casos, la entidad no estará obligada a elaborar estudios previos (Presidencia de la República, 2013, art. 74).

Las causales que le permiten a la Administración acudir a la contratación directa son (Congreso de la República, 2007, art. 2, num. 4): i) la urgencia manifiesta; ii) la contratación entre entidades estatales; iii) la falta de pluralidad de oferentes⁷⁰; iv) la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión⁷¹; v) la ejecución de contratos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales; vi) las adquisiciones de bienes inmuebles; vii) el arrendamiento de inmuebles; viii) empréstitos; ix) bienes y servicios del sector defensa que necesiten reserva; x) el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; xi) los servicios y las actividades de telecomunicación (Congreso de la República, 1993, art. 33), y xii) encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inicien el acuerdo de reestructuración de pasivos.

En esta modalidad de selección, la exigencia o no de garantías depende de la entidad y, en cualquier caso, la justificación para hacerlo deberá estar incluida

70 No existe pluralidad de oferentes cuando solo hay una persona que pueda proveer el bien o servicio, bien sea por ser el titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor o por ser el proveedor exclusivo en el territorio nacional (Presidencia de la República, 2013, art. 80).

71 Son aquellos de naturaleza intelectual que se derivan del cumplimiento de funciones de la Administración, como los relacionados con actividades operativas, logísticas o asistenciales (Presidencia de la República, 2013, art. 81).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

en los estudios previos (Presidencia de la República, 2013, art. 77). No requiere que los oferentes estén inscritos en el Registro Único de Proponentes.

Mínima cuantía

Esta modalidad de selección es aplicable a los contratos cuyo valor no excede un 10% de la menor cuantía, con base en el presupuesto de cada entidad individualmente considerada, sin importar su objeto⁷². En lo relativo a la planeación, los estudios previos son simplificados, toda vez que su contenido se debe limitar a la descripción de la necesidad y del objeto, de las condiciones técnicas exigidas, del valor estimado de contrato, del plazo de ejecución y del certificado de disponibilidad presupuestal (Presidencia de la República, 2013, art. 84). Surtida la elaboración de los estudios previos⁷³, la entidad debe publicar una invitación para participar en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública⁷⁴, con el fin de que los interesados presenten las observaciones que consideren pertinentes y soliciten las aclaraciones necesarias. Este documento deberá contener la forma en la que el interesado debe acreditar la capacidad jurídica, la experiencia mínima —si se exige— y el cumplimiento de las condiciones técnicas (Presidencia de la República, 2013, art. 19, 85). La invitación para participar deberá extenderse al menos por un día hábil. En caso de que los interesados presenten observaciones o soliciten aclaraciones, se les deberá contestar antes del vencimiento del plazo para ofertar.

Presentadas las ofertas, la entidad revisará la propuesta económica y verificará que la de menor precio cumpla con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple, la entidad deberá analizar la segunda y así sucesivamente⁷⁵. Este trámite

72 El establecimiento de esta regla conlleva a que en razón de su precio un contrato de interventoría se adelante según las reglas de la modalidad de selección de mínima cuantía y eso trae como consecuencia que un contrato en el que por su naturaleza se debiera calificar la experiencia, solo se califique el precio de la oferta. Esta regla estaba contenida en el Artículo 3 del derogado Decreto 2516, pero fue nuevamente establecida en el Artículo 94 de la Ley 1474.

73 En la mínima cuantía no es necesario que la entidad expida y publique el aviso de convocatoria (Presidencia de la República, 2013, art. 21).

74 En la mínima cuantía no hay prepliegos ni pliego de condiciones.

75 Si hay un empate entre ofertas económicas, la entidad deberá aceptar la propuesta que haya sido presentada primero (Presidencia de la República, 2013, art. 85).

quedará consignado en un informe de evaluación que deberá publicarse al menos durante un día hábil (Congreso de la República, 1994 art. 94)⁷⁶.

Transcurrida esta etapa, la entidad deberá aceptar la oferta de menor precio que cumpla con las condiciones fijadas en la invitación, al tenor de lo dispuesto en el numeral 7 del Artículo 85 del Decreto 1510. La oferta y su aceptación constituyen el contrato y, con base en este, se hace el registro presupuestal para iniciar con su ejecución.

La Administración es libre para exigir o no garantías, lo cual dependerá de la naturaleza del objeto y de la forma de pago. En caso de haber anticipo, no se requiere la constitución de una fiducia para el manejo de recursos (Presidencia de la República, 2013, art. 87; Congreso de la República, 1994 art. 91).

De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, en esta modalidad de selección no se requiere Registro Único de Proponentes.

Terminada la explicación de las modalidades de selección de contratistas, se pormenoriza el proceso de formación de voluntad de la Administración, que tiene lugar con posterioridad a la elaboración de los estudios previos y siempre que estos permitan concluir que la satisfacción de la necesidad identificada es viable económica y jurídicamente.

El siguiente documento elaborado con ocasión a la etapa de planeación es el prepliego de condiciones. Si bien no es un acto administrativo, permite a los interesados manifestar sus oposiciones a las reglas que regularán tanto el proceso de selección de contratistas como el contrato mismo y que formarán parte del pliego de condiciones definitivo. Este documento deberá publicarse por diez días hábiles, si se trata de la licitación o por cinco, cuando se esté en presencia de una selección abreviada o un concurso de méritos (Presidencia de la República, 2013, art. 23).

Luego de los prepliegos, la entidad debe publicar el aviso de convocatoria⁷⁷, en el que, además de lo contenido en los estudios previos, deberá incluir nombre y dirección de la entidad; dirección, correo electrónico y teléfono en donde se atenderá a los interesados; plazo estimado del contrato; fecha, lugar y forma de

76 Para la modalidad de selección de mínima cuantía no es necesario que la entidad conforme un comité de evaluación para calificar las ofertas o estructurar el informe (Presidencia de la República, 2013, art. 27).

77 No será necesario en las modalidades de selección de contratación directa y mínima cuantía (Presidencia de la República, 2013, art. 21).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

la presentación de la oferta; disponibilidad presupuestal; si la convocatoria es susceptible de ser limitada a mipymes; las condiciones para participar en el proceso de contratación; si hay lugar a precalificación; cronograma y la forma como los interesados pueden consultar los documentos del proceso (Presidencia de la República, 2013, art. 21).

En resumen, la etapa de planeación abarca el plan anual de adquisiciones, los estudios previos, el prepliego de condiciones y el aviso de convocatoria. Ninguno de los anteriores constituye un acto administrativo y, por consiguiente, la entidad no está obligada a expedir el acto administrativo de apertura.

Etapa precontractual

La etapa precontractual propiamente dicha va desde el acto administrativo de apertura hasta la resolución de adjudicación o la declaración de proceso de contratación desierto.

Mediante acto administrativo de carácter general, la entidad ordenará la apertura del proceso de selección, en el que incluirá el objeto de la contratación; la modalidad de selección; el cronograma; el lugar en donde se pueden consultar los pliegos de condiciones y los estudios previos; el CDP y la convocatoria para las veedurías ciudadanas (Presidencia de la República, 2013, art. 24).

Al ser un acto administrativo general, contra él no caben los recursos de reposición o apelación (Congreso de la República, 1993, art. 75). El siguiente documento que tiene lugar durante la etapa precontractual es el pliego de condiciones definitivo, pero modificable. Es un acto prenegocial que contiene un conjunto de cláusulas con efectos obligatorios tanto para la entidad como para los interesados u oferentes, elaborados unilateralmente por la Administración, para disciplinar el desarrollo y las etapas del proceso de selección y el contrato ofrecido (Consejo de Estado, 2013b). Debe contener reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de proceso de contratación desierto (Congreso de la República, 1993, art. 24, num. 5; art. 25, num. 3; art. 26, nums. 1, 3; art. 29; art. 30).

Sobre la naturaleza del pliego de condiciones, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2006b) ha sido muy clara al establecer que este documento ostenta:

[...] una naturaleza mixta, en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general —naturaleza que conserva hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección—, pero a partir de la celebración del contrato cambia, al menos en muchas de sus estipulaciones, esa naturaleza y se convierte en “cláusula contractual”, porque no pocas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras otras han perecido, a medida que avanza el proceso de selección.

El pliego recibe la calificación de definitivo, pero modificable, en tanto está cubierto por el principio de intangibilidad⁷⁸, el cual impone una prohibición para alterar o inaplicar las reglas previstas en él. No obstante, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2012a) considera procedentes las modificaciones de aspectos puntuales del pliego, siempre que los cambios sean razonados y objetivos, se comuniquen oportunamente a todos los interesados, se sometan a la ley que rige la selección y, sobre todo, si se producen antes del vencimiento del plazo del proceso, esto es, antes de que se cumpla el término dispuesto para la presentación de las propuestas.

Las modificaciones deben realizarse mediante adendas que están a disposición de la Administración para que explique, aclare, agregue o modifique el pliego de condiciones. Si estamos frente a una licitación, las adendas deben ser expedidas hasta tres días hábiles antes del cierre del proceso y un día antes en las demás modalidades de selección. Una vez publicadas, se integran al pliego y tienen la misma validez y el mismo carácter vinculante que este⁷⁹.

El Artículo 22 del Decreto 1510 dispone que el contenido del pliego de condiciones debe llevar, al menos, la siguiente información: la descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato; la modalidad

78 Afirma el Consejo de Estado (2007a) que la intangibilidad del pliego se desprende de los siguientes principios: igualdad (arts. 13 y 209 de la Constitución Política); transparencia (arts. 209 de la Carta Política y 23 y 24 de la Ley 80); economía y publicidad (art. 209 de la Constitución Política); de responsabilidad (art. 26 de la Ley 80); del deber de selección objetiva (art. 28 del Estatuto Contractual). Constituye una garantía en virtud de la cual la entidad no puede modificar a su arbitrio las reglas del procedimiento de selección de contratistas.

79 La Administración puede expedir adendas con posterioridad al cierre del proceso para modificar el cronograma respecto a plazos no vencidos hasta antes de la adjudicación del contrato (Presidencia de la República, 2013, art. 25).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

del proceso de selección y su justificación; los criterios de selección, incluidos los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar; las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato; las causas que dan lugar a rechazar una oferta⁸⁰; el valor y el plazo del contrato, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a entrega de anticipo; los riesgos asociados con el contrato, la forma de mitigarlos y su asignación; las garantías exigidas; la mención de si el contrato objeto de los pliegos de condiciones está cubierto por un TLC; la minuta del contrato; los términos de la supervisión o de la interventoría del contrato; el plazo dentro del cual la Administración puede expedir adendas y el cronograma.

Del contenido del pliego se desprende que el Legislador autorizó a las entidades para estructurar un procedimiento que les permita asegurar la participación, evaluación, calificación y adjudicación de los procesos de selección de contratistas. No obstante, la Ley fijó un marco jurídico dentro del cual deben crear dichos procedimientos y abarca (Consejo de Estado, 2007a): i) el principio de legalidad que, además de otorgarle a la Administración una serie de prerrogativas, le impone sujeciones. En la etapa previa a la celebración del contrato, la entidad tiene la facultad de elaborar unilateralmente el pliego, pero una vez elaborado y adquirido por los interesados, tiene la sujeción de actuar en consonancia con las reglas que consagró en amplio margen de discrecionalidad; ii) el principio de intangibilidad del pliego, que sostiene que una vez abierta la licitación y adquirido por los interesados, las disposiciones señaladas se tornan obligatorias e inmodificables, salvo las excepciones legales; iii) el principio de economía, que instituye que en los pliegos de condiciones se deben señalar los términos preclusivos y perentorios para las etapas del proceso de selección (Congreso de la República, 1993, art. 25). Los plazos dentro de los procesos de selección son preclusivos y perentorios⁸¹, por lo que una vez vencidos, les queda vedado a las partes desplegar la conducta que se dejó de ejecutar durante su vigencia. Por ello, si se presenta una oferta por fuera del término fijado, será rechazada por extemporaneidad y, si la entidad

.....
80 Generalmente, se incluyen como causales de rechazo la presentación de ofertas condicionadas o allegadas después de la oportunidad para hacerlo, casos de inhabilidad e incompatibilidad o cuando no se aporta la garantía de seriedad de la oferta.

81 Esto quiere decir que transcurrido el tiempo indicado en los pliegos para realizar determinada actividad sin que esta se hubiere cumplido, se habrá perdido la oportunidad para efectuarla, por cuanto el término una vez vencido no puede revivirse.

decide adjudicar o declara desierto el proceso por fuera del plazo determinado para ello, dicho acto quedará viciado de nulidad por falta de competencia⁸²; iv) el principio de transparencia, que pugna porque la actividad contractual se cumpla de manera pública e imparcial para garantizar la igualdad de oportunidades de los oferentes y la moralidad administrativa (Rodríguez Rodríguez, 2005); v) el principio de libre concurrencia, “el cual persigue una doble finalidad: proteger los intereses económicos de la administración suscitando en cada caso la máxima competencia posible y garantizar la igualdad de acceso a la contratación con la administración” (García de Enterría y Fernández, 2004, p. 716); vi) el principio de buena fe, que exige que cada parte haga honor a la confianza depositada en ella, que su actuar sea leal y que deseche cualquier tentativa de enriquecimiento injusto a costa de su cocontratante (González Pérez, 1983), y vii) el principio de organización en el trámite de los procesos administrativos de selección de contratistas, el cual brinda a los participantes seguridad y certeza sobre las condiciones y los términos de dicho trámite. Las entidades no pueden obrar con arbitrariedad y deben cumplir estrictamente las etapas en las que se dividen los procedimientos.

Luego de la publicación del pliego de condiciones, los interesados podrán presentar sus ofertas hasta antes del cierre del proceso, esto es, el último instante en el que se puede allegar una propuesta. A continuación, sigue un período de evaluación de las ofertas por parte de un comité evaluador⁸³, que hace una recomendación para contratar con quien, a su juicio, presentó la mejor propuesta.

82 “[...] la incompetencia está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder por parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse” (Giraldo, 1995, p. 94). La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2007a) califica de incorrecto afirmar que la existencia de estos plazos perentorios y preclusivos en el procedimiento de selección de contratistas no implica que su vencimiento impida a la Administración decidir válidamente, sobre la base de que la consagración de dichos términos tiende a producir consecuencias distintas —como las de índole disciplinaria— o que la competencia no se pierde por la prevalencia de la finalidad de los procedimientos de contratación estatal. No resulta acertado, por cuanto, si bien el principio de eficacia (art. 209 de la Constitución Política) impone a los encargados de adelantar procedimientos administrativos tener en cuenta que estos deben lograr su finalidad y remover de oficio los obstáculos puramente formales, la aplicación de este principio no puede conllevar al desconocimiento flagrante del principio de legalidad (art. 6 de la Carta Política), el cual constituye uno de los pilares del Estado de Derecho y el cimiento principal de las garantías de los administrados frente al poder público.

83 Conformado mediante acto administrativo, por personal de la entidad o particulares vinculados mediante contrato de prestación de servicios, adelantado bajo la modalidad de selección de contratación directa. A los miembros del comité se les aplica el régimen de incompatibilidades, inhabilidades y conflictos de interés (Presidencia de la República, 2013, arts. 27, 81).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

Durante la evaluación de las ofertas, el comité podrá solicitar a los oferentes que subsanen sus propuestas por la ausencia de requisitos o la falta de documentos no necesarios para la comparación de las mismas. Por consiguiente, no se podrá rechazar ninguna oferta por la ausencia de requisitos o documentos que no constituyan requisitos de calificación, según las reglas de la modalidad de selección de la que se trate (Congreso de la República, 1991, art. 5, par. 1). Sobre la subsanabilidad de los requisitos de la oferta, diferentes a los de calificación, incluidos los de desempate, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que esta tiene como sustento la primacía de lo sustancial sobre lo formal, que lo subsanable es la prueba del hecho y la condición habilitante o un elemento de la propuesta y que, en cualquier caso, la potestad de pedir que se subsane es una facultad de la entidad y no un derecho del proponente (Consejo de Estado, 2008c; 2010).

La labor del comité evaluador queda consignada en un informe de evaluación (Consejo de Estado, 2012b). Incluye un orden de elegibilidad que es puesto a disposición de los interesados para que hagan las observaciones que consideren pertinentes y que suelen estar encaminadas a defender la oferta presentada y a arremeter contra las demás propuestas. Presentadas las observaciones, la entidad podrá contestarlas antes o durante la audiencia de adjudicación.

El último paso en la etapa precontractual es la audiencia de adjudicación. Mediante acto administrativo de carácter particular⁸⁴, la entidad podrá aceptar alguna de las propuestas presentadas o, por acto administrativo general, declarar desierto el proceso de contratación en caso de que no se hubieran presentado ofertas o particular, si se presentaran propuestas, pero durante el proceso surgieran motivos que impidieran la escogencia objetiva⁸⁵.

84 Este acto administrativo es irrevocable, salvo cuando sobrevenga una inhabilidad o incompatibilidad entre el acto de adjudicación y la celebración del contrato, el adjudicatario no suscriba el contrato o haya obtenido la adjudicación por medios ilegales.

85 La entidad puede incluir en los pliegos de condiciones las causales de rechazo que considere pertinentes; sin embargo, en cuanto a las causales para declarar desierto el proceso de selección, la entidad está imposibilitada para incluir causales diferentes a las legales en los pliegos de condiciones. Puede verse Consejo de Estado (2011a; 2012a; 2013c). La selección objetiva es uno de los principios fundamentales en el marco de la contratación estatal e impone que el contrato se celebre con el contratista que haya presentado el ofrecimiento más favorable a los intereses de la entidad y a los fines de la contratación, sin que intervengan factores de índole subjetiva (Consejo de Estado, 2007b).

Sobre el acto administrativo de carácter particular con el cual la Administración acepta una de las propuestas presentadas, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2011d), ha precisado que este:

[...] supone —desde una faceta positiva— la selección y por lo mismo la aceptación de la oferta que se estima la más conveniente y favorable con arreglo a lo dispuesto en los pliegos de condiciones y —desde una faceta negativa— la no adjudicación a los otros proponentes.

En resumen, la etapa precontractual abarca el acto administrativo de apertura, el pliego de condiciones, las adendas, el informe de evaluación y la posibilidad de subsanación, el traslado del mismo a los oferentes y la audiencia de adjudicación.

El Estatuto de Contratación Pública fija en detalle tanto las pautas que la Administración debe seguir en la etapa precontractual como la conducta que se debe seguir durante la ejecución y la liquidación del contrato (Dussán, 2005). Luego de la adjudicación del contrato tiene lugar un sinfín de variables que, en su mayoría, están expresamente regladas dentro del régimen de contratación pública; sin embargo, su estudio excede el objeto del presente escrito.

Responsabilidad patrimonial de la Administración en la etapa precontractual

Antes que nada, se debe explicar cuáles son las herramientas de las que disponen los administrados en el marco de la contratación estatal, para solicitar judicialmente la indemnización de los perjuicios que cause la entidad estatal durante la etapa de formación de la voluntad de la Administración.

En primer lugar, habrá que ubicarnos en la hipótesis de que la Administración adjudicó el contrato y uno de los oferentes, que no resultó beneficiado, desea controvertir la legalidad del acto administrativo de adjudicación. Esta resolución no es susceptible de recursos por la vía gubernativa (Congreso de la República, 1993, art. 77, par. 1).

Ante esta situación, las personas que tienen un interés directo, esto es, los oferentes del proceso, las partes del contrato o el Ministerio Público podrán acudir a la jurisdicción por los medios de control de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y al de controversias contractuales. Acudir a uno o a otro dependerá del momento en el que se utilice el medio de control y de las pretensiones del demandante.

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

Los medios de control de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho buscan la declaratoria de invalidez de los actos administrativos que se estiman contrarios a normas superiores (Chávez Marín, 2005). Cada uno posee características diferenciales: la de simple nulidad⁸⁶ se ejerce exclusivamente en interés general, con el fin de salvaguardar el orden público, no tiene término de caducidad, la sentencia tiene efectos *erga omnes* y procede, sobre todo, contra los actos administrativos de carácter general y, en ocasiones, contra los de carácter particular cuando: i) con la demanda no se pretenda o de la sentencia no se genere el restablecimiento de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero, pues en ese caso, la demanda se tramitará conforme a las reglas del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; ii) cuando se trate de recuperar bienes de uso público; iii) cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten con gravedad el orden público, político, económico, social o ecológico, y iv) cuando la ley lo consagre expresamente (Congreso de la República, 1993, art. 137; art. 164, num. 1, lit. a).

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no solo se ejerce para garantizar la legalidad en abstracto, sino también para obtener el reconocimiento de una situación jurídica particular y la adopción de las medidas adecuadas para su plena reparación. Tiene un término de caducidad de cuatro meses contados a partir del día siguiente a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo; procede, esencialmente, contra los actos administrativos de carácter particular y, excepcionalmente, contra los de carácter general, siempre que la demanda se presente dentro los cuatro meses siguientes a su publicación. La Sentencia tiene efectos *erga omnes* en lo relativo a la declaratoria de nulidad, pero respecto al reconocimiento del derecho subjetivo, solo tiene efectos interpartes (Congreso de la República, 1993, art. 138; art. 164, num. 2, lit. d).

En el marco de la contratación estatal, el legitimado en la causa por activa⁸⁷ podrá interponer el medio de control de simple nulidad cuando, a su juicio, la resolución de adjudicación fuera expedida con infracción de las normas en las

.....
86 Véanse Consejo de Estado (2003) y Corte Constitucional (2002).

87 La legitimación en la causa "alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no" (Galindo, 2006, p. 22).

que debería fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien la profirió. En tal caso, deberá hacer uso de este medio dentro de los cuatro meses siguientes a la audiencia de adjudicación, sin que sea relevante la celebración o no del contrato (Congreso de la República, 1993, art. 137; art. 138; art. 164, num. 2, lit. c).

En cuanto al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, las personas con interés directo, que se consideren lesionadas en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrán solicitar la nulidad del acto administrativo de adjudicación por las mismas razones ya expuestas, el restablecimiento del derecho y la reparación del daño. Deberán interponerlo dentro de los cuatro meses siguientes a la audiencia de adjudicación, sin importar si se celebró o no el contrato (Congreso de la República, 1993, art. 164, num. 2, lit. c; art. 138).

De conformidad con lo estatuido en el Artículo 141 de la Ley 1437, el medio de control de controversias contractuales procede para solicitar que se declare la existencia o nulidad del contrato, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento o la nulidad de los actos administrativos contractuales y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, así como para solicitar la liquidación del contrato que no ha sido liquidado de común acuerdo o lo fue unilateralmente por la Administración. Respecto a los actos proferidos antes de la celebración del contrato con ocasión de la actividad contractual, el Legislador dispuso que podrán demandarse en los términos de los Artículos 137 —nulidad— y 138 —nulidad y restablecimiento del derecho— de la Ley 1437.

Una de las causales de nulidad absoluta del contrato estatal es que se declaren nulos los actos administrativos en los que se fundamente, como el de adjudicación (Congreso de la República, 1993, art. 44). Por ello, parece que quienes tienen un interés directo pudieran acudir al medio de control de controversias contractuales pasados los cuatro meses siguientes a la audiencia de adjudicación y solicitar la nulidad absoluta del contrato por ser nulo el acto administrativo de adjudicación. Sin embargo, a mi juicio, esa pretensión no podría prosperar, toda vez que pasados los cuatro meses habría caducado la oportunidad para solicitar la nulidad de la resolución de adjudicación y la correspondiente indemnización de perjuicios.

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

Precisadas las posibilidades de las que disponen los oferentes que no resulten favorecidos con el acto administrativo de adjudicación, es menester indicar que la responsabilidad del Estado está estatuida en la regla consignada en el Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, la cual establece que este es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, siempre que sean causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas⁸⁸. Esta norma fue desarrollada en los Artículos 4, 26, y 50 a 59 de la Ley 80 de 1993.

El Artículo 4 define una serie de derechos y deberes que deben cumplir los representantes de las entidades estatales para la consecución de los fines perseguidos por la Administración al celebrar negocios jurídicos con los particulares, quienes son, en cualquier caso, sus colaboradores.

El Artículo 26 manifiesta el principio de responsabilidad, por lo cual los servidores públicos responderán por sus actuaciones u omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por estas. No por expresar un principio general el Artículo en cuestión, carece de carácter obligatorio; por el contrario, “debe reconocérseles no sólo alcance normativo, sino que además, deberá tenerseles como orientadoras de la interpretación general de la ley” (Atehortúa Ríos, 1995, p. 83).

El Artículo 50 materializa el Artículo 90 de la Constitución Política, en la medida en que establece que las entidades responderán por las actuaciones, las abstenciones, los hechos y las omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. Por ello, estarán en la obligación de indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione y la ganancia o provecho dejados de percibir por el colaborador de la Administración.

En lo concerniente a las disposiciones normativas que desarrollan la regla de responsabilidad del Estado, encontramos los Artículos 51 a 59, los cuales regulan la responsabilidad de los servidores públicos, de los contratistas y de los consultores, interventores y asesores; la prescripción de las acciones de responsabilidad contractual; los tipos de sanciones que proceden y el contenido de las providencias que las imponen.

.....
88 En sentencia de la Corte Suprema de Justicia (1896) surge la responsabilidad estatal, pues en ella se expresó que “todas las Naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros y, si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes (Arenas Mendoza, 2013).

En cuanto al título de imputación, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2001) ha precisado que:

[...] la responsabilidad por los daños causados en la etapa precontractual no se hace con fundamento en la culpa⁸⁹, ni en el riesgo⁹⁰, ni en el enriquecimiento injusto⁹¹, o la reciprocidad de prestaciones del contrato bilateral, sino en los principios de la buena fe y de legalidad⁹². En la etapa de formación de la voluntad contractual las partes deben obrar de buena fe en la preparación del contrato, en el procedimiento de selección y en la fase de perfeccionamiento del mismo, no sólo porque así lo manda la Constitución (art. 83), sino porque es principio general que domina las relaciones jurídicas bilaterales como dan cuenta los artículos 1603 del Código Civil y 863 y 871 del C. de Comercio.

La prosperidad de las pretensiones indemnizatorias de los oferentes que no resultaron adjudicatarios dentro de un procedimiento de selección dependerá del supuesto fáctico en el que se produjo el aparente daño.

Así, cuando se pretenda la nulidad del acto administrativo que puso fin al procedimiento de selección de contratistas —sea por adjudicar o declarar desierto el proceso— y el restablecimiento del derecho por haber sido privado injustamente de la ejecución del contrato pese a haber presentado la oferta más favorable para la Administración, procederá la indemnización de perjuicios materiales

89 La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2005) ha manifestado que la responsabilidad del Estado con fundamento en la teoría de la falla del servicio tiene aplicación “a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero”.

90 Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (1984) ha precisado que la teoría del riesgo excepcional tiene lugar cuando “el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a ‘un riesgo de naturaleza excepcional’ (Laubadere) el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio”.

91 Teoría que exige la acreditación de los siguientes presupuestos: enriquecimiento de la parte beneficiada, correlativo empobrecimiento de la afectada, relación de causalidad entre este y aquel y ausencia de causa jurídica (Consejo de Estado, 2013d).

92 El profesor Ramiro Borja Ávila (2009) la define como aquella teoría según la cual “se presume que las autoridades y los particulares obran con la convicción de estar actuando dentro del derecho y sin la intención de causar daño” (p. 173). La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2007c) entiende que la buena fe se “expresa en la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente que supone necesariamente no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, guardar fidelidad a la palabra dada y conducirse de forma honrada en cada una de las relaciones jurídicas”.

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

consistentes en un porcentaje de la utilidad que debió percibir el demandante si hubiera ejecutado el contrato (González Rodríguez, 2004)⁹³. Se trata de un porcentaje de la utilidad esperada, toda vez que no aplicó su fuerza de trabajo y su organización empresarial como contratista de la obra, lo que justifica reducir el monto indemnizatorio. En ese caso, el demandante no podrá obtener, a título de indemnización, el daño emergente equivalente a los gastos en los que incurrió para estructurar la propuesta con la que participó en el procedimiento de selección, toda vez que constituye un costo de oportunidad.

El demandante que pretende la nulidad del acto de adjudicación y, en consecuencia, el restablecimiento del derecho consistente en el reconocimiento de la indemnización deberá cumplir con una doble carga procesal: por una parte, acreditar que el acto administrativo de adjudicación violó normas superiores del ordenamiento jurídico y, por otra, probar que su propuesta era la mejor, para lo cual deberá allegar al proceso copia de todas las ofertas que fueron presentadas en el marco del proceso de contratación⁹⁴.

Cuando se pretende la nulidad de la resolución que adjudicó el contrato o declaró desierto el proceso de selección, sobre la base de que tuvo lugar una irregularidad que lo vicia hasta el punto de hacerlo ilegal, el demandante solo podrá obtener como indemnización de perjuicios el monto equivalente a los gastos realizados para participar en el proceso. Habría incurrido en vano en ellos, pues el trámite no podría terminar en una adjudicación válida, toda vez que la irregularidad que vicia el procedimiento de selección afecta a todos los oferentes por igual y ninguno de ellos podría obtener una adjudicación ajustada a Derecho. Por consiguiente, no puede prosperar una pretensión indemnizatoria consistente en la utilidad que se habría percibido en caso de resultar ganador del trámite licitatorio.

Conclusiones

Los contratos administrativos se erigen como una herramienta puesta al servicio de la Administración para cumplir con los fines del Estado, entre ellos, servir a la comunidad y satisfacer necesidades de interés general. Si bien el contrato estatal

.....
93 En estos casos, el daño padecido por el proponente se traduce en la privación del derecho a celebrar y a ejecutar el correspondiente contrato y, por ende, en la privación de percibir las ganancias esperadas con ocasión del mismo (Consejo de Estado, 1999b).

94 Puede verse Consejo de Estado (1995a; 1995b; 1999a; 2006c; 2008b; 2011b).

es una especie del género contrato, el cual ha sido desarrollado extensamente en el Derecho Privado, ostenta unas características propias. Así, además de requerir un procedimiento previo de naturaleza administrativa para seleccionar al contratista, tiene unos requisitos de perfeccionamiento y ejecución singulares.

Aunque su contenido y el régimen que resulta aplicable es el derecho privado, existen materias respecto de las cuales prima el Derecho Público, entre ellas, la existencia de cláusulas excepcionales y el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés.

El proceso de formación de voluntad de la Administración inicia con la etapa de planeación, encaminada a identificar la necesidad que se va a satisfacer con la ejecución del futuro contrato. En esta etapa tienen lugar el plan anual de adquisiciones, los estudios previos, el prepliego de condiciones y el aviso de convocatoria.

Más adelante surge la etapa precontractual. Generalmente, la entidad debe publicar el acto administrativo de apertura, el pliego de condiciones, las adendas, el informe de evaluación y la resolución de adjudicación o de declaratoria de proceso de selección desierto.

Se dice “generalmente” porque la estructura del proceso de selección de contratistas dependerá de la modalidad de selección con la cual se escogerá al contratista. La Administración deberá acudir a la licitación, la subasta inversa, la compra en bolsas de productos, el acuerdo marco de precios, la menor cuantía, el concurso de méritos, la contratación directa o a la mínima cuantía; precisar una u otra modalidad depende del objeto del contrato o de su cuantía, sin olvidar que en ocasiones una situación fáctica —la urgencia manifiesta— impone un procedimiento determinado.

Durante el trámite de ese procedimiento administrativo, la Constitución (art. 90) y la Ley (arts. 4, 26 y 50 a 59 de la Ley 80) han consagrado el principio de responsabilidad. Según este, los servidores públicos responderán por sus actuaciones u omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que causen.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado (2011) ha estimado que este principio impone la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de hacer evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones.

Cuando la Administración cause un perjuicio a los particulares que han participado en el procedimiento de selección de contratistas, deberá indemnizarlo, bien sea por la utilidad dejada de percibir al ser privado de la adjudicación del contrato pese a haber presentado la mejor propuesta, bien sea con el pago de los costos en los que incurrió para la estructuración de la oferta cuando, durante el procedimiento, hubiera surgido un vicio que impidiera la selección objetiva.