

La responsabilidad precontractual en la actividad contractual del Estado

JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ¹

RESUMEN

En el presente escrito se estudia la responsabilidad que se deriva para quien ha frustrado las tratativas por su acción, omisión o extralimitación en la etapa precontractual, y que, de esta manera, ha causado un daño. De este modo se intenta responder importantes interrogantes: ¿dónde se ubica la responsabilidad precontractual del Estado?, ¿cuál es el fundamento de dicha responsabilidad? y, aún más, ¿dónde empieza y dónde termina la responsabilidad precontractual de la Administración pública? Para esto, se revisan los antecedentes históricos de la institución, pasando por sus fundamentos mediatos e inmediatos, así como su radio de acción en situaciones concretas de responsabilidad precontractual en las que puede incurrir la Administración pública o el proponente.

Palabras clave: responsabilidad precontractual del Estado, contratación estatal, tratativas, daño antijurídico, perjuicio reparable.

1 Doctor en Derecho Administrativo con énfasis en contratación estatal de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España. Docente de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: juan.exposito@uexternado.edu.co. Enlace Orcid: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0001-6164-9055&justRegistered>. Fecha de recepción: 12 de septiembre de 2021. Fecha de modificación: 30 de septiembre de 2021. Fecha de aceptación: 11 de octubre de 2021. Para citar el artículo: EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS, "La responsabilidad precontractual en la actividad contractual del Estado", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, 2022, pp. 73-133. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n27.04>.

Precontractual Liability in Relation to State Contracts

ABSTRACT

This document studies the liability that arise to parties who have frustrated contractual negotiations due to their absence/omission, actions, or otherwise excessive or negative gesturing that can be damaging to the negotiation process in the pre-contractual stage. In relation to this, an attempt will be made to answer the following important questions: where is the pre-contractual liability of the State located? What is the basis of such responsibility? Finally, and perhaps most importantly, where does the pre-contractual liability of public administrations begin and where exactly does it end? To answer these questions, the historical antecedents of this liability will need to be reviewed, from the foundations upwards, as well as its' radius of action in specific situations of pre-contractual liability, in which public administrations are involved.

Keywords: Pre-contractual Responsibility of the State, Public Contracts, Negotiations, Unlawful Damage, Repairable Damage.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad²⁻³ se concibe desde su concepción genérica como una de las instituciones más incipientes y trascendentales debido a su influencia, por un lado, en la promulgación de fuentes del derecho, y por otro lado, al irradiar las diferentes disciplinas objeto de este.

2 Para extenderse en el tema y aunque no es muy prolija la doctrina sobre la materia, a manera de referencia, en el derecho colombiano se han producido varios artículos que redondean el título aquí expuesto, véanse, entre otros, GUSTAVO SUÁREZ CAMACHO, "La responsabilidad precontractual del Estado", *Revista Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, vol. 87, n.º 565, 1994; SUSANA MONTES DE ECHEVERRI, "Responsabilidad del Estado", *Revista Temas Jurídicos*, n.º 5, 1993, pp. 61-108; DIONISIO GÓMEZ PUENTE, "La responsabilidad en la actividad contractual del Estado", *Revista Cámara de Comercio de Bogotá*, n.º 50, 1983, pp.147-167.

3 JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, "Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia", *Memorias Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*, 1996, p. 729.

Desde su adopción terminológica, que se constata desde el siglo XVIII en Inglaterra por los filósofos Necker y el abate Féraud⁴, han sido profusas las teorías que se han planteado a su alrededor con ocasión de los presupuestos, requisitos y fundamentos que le dan origen, lo anterior sin perjuicio de sus antecedentes históricos.

Etimológicamente la palabra *responsabilidad* proviene del latín "*respondere*", que significa prometer o merecer⁵. A la postre, siguiendo a Pablo Rodríguez Grez, la responsabilidad es: "la aptitud de la persona o sujeto de derecho para asumir las consecuencias de sus actos. Es responsable aquel que frente a un daño proveniente de su actividad (activa o pasiva), está forzado a repararlo; ello obedece al incumplimiento de una obligación preexistente"⁶; en últimas, en lenguaje sencillo, la responsabilidad se contrae al deber de reparar un daño que se ha causado. Entonces, la responsabilidad es un principio general del ordenamiento jurídico que no se ciñe con exclusividad al derecho privado, aunque sea pilar de este y por tanto se manifiesta en todas las ramas del derecho, con independencia de sus matices como es el caso de derecho público, siendo, en definitiva, el punto neurálgico común de todas las disciplinas.

Ahora bien, la responsabilidad de la Administración pública es un tema que sin lugar a dubitaciones abarca un sin número de aristas como son: la responsabilidad política, la responsabilidad fiscal, la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad "civil" contractual y extracontractual, solo por mencionar algunas. Pero ¿dónde se ubica la responsabilidad precontractual del Estado? ¿Cuál es el fundamento de dicha responsabilidad? Y aún más, ¿dónde empieza y dónde termina la responsabilidad precontractual de la Administración pública? No faltarán "algunos" para quienes resulta inútil, irrelevante o artificioso hablar de la responsabilidad precontractual, porque consideran "que hay contrato o no lo hay". Sin embargo, de manera preliminar debemos decir que en ese primer estadio de aproximaciones entre las partes de un negocio contractual público que todavía se encuentra en plena precariedad, incipiente si se quiere, donde las tratativas se pueden ver

4 El origen del término apenas si nos informa sobre ello, porque, si es de uso corriente en la actualidad, no ha entrado sino recientemente en nuestro lenguaje jurídico. No se encuentra en la obra de Domat, y en cuanto a Pothier, no la emplea más que excepcionalmente. Sin duda, la expresión fue tomada de Inglaterra, por los filósofos del siglo XVIII.

5 GASTÓN SALINAS UGARTE, *Responsabilidad civil contractual*, t. 1, Santiago: Thomson Reuters, Abeledo Perrot, 2011, p. 31.

6 PABLO RODRÍGUEZ GREZ, *Responsabilidad contractual*, Santiago: Editorial Jurídica, 2003, p. 9.

frustradas y con ello la confianza por una de las partes, generando un daño⁷ que debe ser reparado⁸, puede verse comprometida la responsabilidad para quien haya desplegado en dicha etapa contractual una conducta nociva, bien por acción, bien por omisión o bien por extralimitación.

Lo anterior se constituye, sin duda, en el germen del instituto que de manera precisa se va a analizar aquí en el campo del derecho administrativo, toda vez que al ser la responsabilidad una figura propia del derecho privado, se aplicará bajo las propias especificidades del derecho administrativo, con base en el fenómeno de la incorporación normativa, a la luz del inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993^[9]. De ahí que el eje central del

7 “El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene por qué ser favorecida con una conducta que no correspondería, sino que iría a enriquecerla sin justa causa. Él es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad”. JUAN CARLOS HENAO. *El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá: Universidad Externado, 2003, p. 37.

8 La génesis de la responsabilidad aparece como una premisa de validez de la actuación administrativa con entidad constitucional y posteriormente desarrollado por la ley administrativa. Si ello es así, su consagración sin duda, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-004 del 18 de enero de 1996, expediente D-863, obedece a la necesaria articulación y armonía que debe existir para garantizar la efectividad y vigencia de los principios de transparencia, economía, de mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato y de selección objetiva, así como a la necesidad de asegurar un equilibrio o balance entre la mayor autonomía y libertad de gestión contractual que se otorga a las entidades estatales, las potestades o privilegios que se les reconocen, y la finalidad de interés público o social a que debe apuntar la actividad contractual de dichas entidades, cual es la de procurarse la satisfacción de los objetos contractuales (obras, bienes, servicios, etc.), bajo una gestión signada por la eficiencia, la economía, la celeridad y la moralidad. Esto, para que garantice no solo los intereses de la Administración sino de los contratistas que intervienen en la actividad contractual. Esta interpretación sobre el principio de responsabilidad, presente en la actividad contractual del Estado, demuestra que, además de fundamentar la relación como un verdadero contrato, no se aleja de la consideración de que también estamos frente a una típica actuación administrativa, lo que le otorga al postulado una doble condición de importancia que merece ser tratada aquí, debido en últimas al motivo que envuelve la causa del contrato, cual es la protección del fin público o, en palabras de José María de Solas Rafecas “El interés público se incorpora a la causa del contrato administrativo *ex lege*. Se convierte en motivo causalizado”. JOSÉ MARÍA DE SOLAS RAFECAS, *Contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración*, Madrid: Tecnos, 1990, pp. 200 y ss.

9 Artículo 13 de la Ley 80 de 1993: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2.º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del

presente estudio sea la responsabilidad precontractual¹⁰ al interior de la actuación contractual del Estado, desde sus antecedentes históricos, pasando por sus fundamentos mediatos e inmediatos, así como su radio de acción en situaciones concretas de responsabilidad precontractual en las que puede incurrir la administración pública o el proponente.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El artículo 90 de la Constitución de 1991 se erige en el ordenamiento colombiano como la cláusula general de responsabilidad del Estado a partir de la cual se zanjó la discusión antiquísima en torno al deber de reparar o no de la Administración, que trajo consigo posturas disidentes entre los doctrinantes clásicos, fruto de la tradicional concesión al monarca de privilegios máximos, especiales o, como los llama José Luis Villar Palasi¹¹, “sumisiones de las cosas publicas o de los mismos oficios públicos”. Esto implicó que durante muchos años los conceptos de soberanía y responsabilidad se excluyeran entre sí y con ello se descartara *ipso facto* la responsabilidad del Estado muy a pesar de que los daños eran múltiples y cuantiosos. Lo inmediatamente anterior, entonces, significa que en un principio la irresponsabilidad del

país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia”. En el mismo sentido: “Lo anterior se explica en que el eje central tanto de la contratación civil como de la estatal es la buena fe, y de allí que en virtud de la incorporación normativa, tal como ya se manifestó líneas atrás, el artículo 1603 del Código Civil preceptúe que: ‘Los contratos deberán ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obliga no solo a lo que en ello se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella’, lo que se reitera en el artículo 871 del Código de Comercio. Este principio trasciende a la proposición, celebración y ejecución de todo contrato y se extiende hasta el campo de los efectos de la nulidad, pues debe mantenerse el criterio de la igualdad de las partes en todo momento y es por ello que para evitar enriquecimientos injustificados o inaceptables, los códigos tienen establecido el principio de las restituciones mutuas que están encaminados a evitar el enriquecimiento de una parte, a costa de la ruina de la otra, bajo diversas modalidades, pero que de manera genérica dice en relación con las devoluciones que tendrán que hacerse los que hayan intervenido en un contrato, siempre que el acto negocial sea aniquilado por disposición de las partes, o por determinación judicial”. Laudo arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá de Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S. A. contra el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, del 28 de mayo de 2018.

- 10 “La responsabilidad precontractual es aquella que se genera en el período previo de formación del contrato y con motivo del desenvolvimiento de esa etapa antecedente”. JUAN MANUEL APARICIO, *Contratos*, t. I, Buenos Aires: P. G. Hammurabi, 1997, p. 356.
- 11 JOSÉ LUIS VILLAR PALASI, *La intervención administrativa en la industria*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964, pp. 189 y ss.

Estado era total (*the king can do no wrong*). Este definitivamente no respondía por los daños causados y solo en una segunda etapa de la historia se admitirá su responsabilidad sobre la propiedad, principalmente por su inicial sacralización, para posteriormente admitir su incidencia en los daños causados a las personas y, de manera paulatina, ir abarcando más títulos de imputación.

Esto, por supuesto, se reflejaba en las incipientes relaciones contractuales de estos comienzos. La norma pública se posicionaba en concreto en lo que se llamó *exorbitans a iure commune, regula fallens, fallenti regulae*.

Ahora bien, volviendo al planteamiento general de la cuestión, al ser la cláusula de responsabilidad de carácter general (artículo 90 de la Constitución Política), ella es aplicable a todo el actuar de la Administración, dentro del cual se encuentra la actividad contractual del Estado, tesis que fue acogida por la Corte Constitucional desde la sentencia C-333 del 1.º de agosto de 1996 al indicar que la disposición normativa no restringe la responsabilidad patrimonial solo al campo de la responsabilidad extracontractual, sino también al sistema de responsabilidad precontractual, el cual deriva de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual¹².

Así las cosas, en el panorama actual del Estado constitucional moderno (aunque con tendencias a eliminarlo por los aires renovadores de la política globalizada, de la integración comunitaria de las naciones y, ante todo, de los acuerdos económicos supranacionales), el Estado, en cualquiera de sus manifestaciones y actuando hasta dentro de su actividad contractual, debe responder por regla general por todos los daños causados a sus asociados, porque de no hacerlo, siguiendo a Luis Humberto Pérez, "la sociedad llegaría a desquiciarse y podría destruirse; por ello la responsabilidad del Estado corresponde a una concepción política y con ello a una regulación jurídica"¹³.

12 El *iter contractus* o recorrido contractual está presente también en la contratación estatal: una fase previa (tratativas—*pour parler*) o de formación de la voluntad, fase contractual (etapa de ejecución) y fase poscontractual (liquidaciones y perjuicios causados, garantías de estabilidad de las obras, etc.). Todo el recorrido del *iter contractus* es potencialmente dañino para con los particulares y también para el Estado, es así como si durante esta etapa de formación de la voluntad contractual se presenta una situación irregular que cause un daño a otro, se debe indemnizar a aquel que se encuentra en la posición de víctima con el acaecimiento del hecho: "Quiérese poner de presente, entonces, que esas negociaciones preliminares no son jurídicamente irrelevantes, toda vez que los interesados se encuentran apremiados a comportarse con lealtad y buena fe, acatando la ética social existente en el entorno dentro del cual actúan, comprometiendo su responsabilidad patrimonial por transgredir esos particulares deberes de conducta". Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 28 de julio de 1998, Ordinario de Inversiones Iberia contra Corporación Financiera Popular.

13 LUIS HUMBERTO PÉREZ SINITABÉ, *Elementos de la responsabilidad extracontractual*, Bogotá: Leyer, 2002, p. 5.

Se debe agregar que el sistema de contratación pública en Colombia no establece de manera expresa un principio de responsabilidad precontractual específico, como sí lo hace el Código de Comercio en la materia: en el artículo 863 se refiere al deber de actuar con buena fe exenta de culpa en la fase precontractual, así como en el artículo 846 impone la responsabilidad por la revocación de la oferta¹⁴.

Sin embargo, haciendo una atenta lectura de algunas de las normas contenidas en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, relativo al principio de responsabilidad, podemos colegir que hay una previsión acerca de la materia en la fase precontractual, cuando el legislador señala que: (1) si se abren licitaciones sin haber elaborado los pliegos, estudios, planos o diseños, o cuando estos documentos hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa, que conduzca a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de los servidores públicos estos serán responsables; (2) cuando prohíbe de manera expresa que el jefe o representante legal de la entidad traslade la responsabilidad a las juntas o consejos directivos de la entidad, a las corporaciones de elección popular, a los asesores o a los organismos de control y vigilancia de la misma; y (3) cuando se señala la responsabilidad de los proponentes por haber formulado propuestas artificialmente bajas, ocultando inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o haber suministrado información falsa.

En este mismo sentido, el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 consagra de manera expresa el principio de responsabilidad de las entidades estatales, al replicar el texto del artículo 90 de la carta fundamental, aunque limitando su aplicación a los contratistas. En este punto, es menester precisar que si bien la responsabilidad contractual pareciera recaer exclusivamente en los contratistas porque solo a partir del perfeccionamiento del contrato, en sentido estricto, el particular colaborador de la Administración adquiere el título de contratista del Estado¹⁵, esto no es así, ya que tomar partido por esta tesis extrema rompe con el querer del legislador que al utilizar el vocablo

14 La prolija jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia coincide en la consagración legal que se hace del principio de la buena fe en la primera etapa de los contratos, así: "En todo caso, durante toda esta etapa precontractual deben actuar con lealtad y buena fe exenta de culpa 'so pena de indemnizar los perjuicios que se causen' (art. 863 ibíd.), como acontece, por ejemplo, cuando alguna de ellas, traicionando la confianza que la otra ha depositado en la seriedad de las conversaciones, las interrumpe injustificada y abruptamente". Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 28 de julio de 1998.

15 Para extenderse en el tema de "los sujetos intervinientes en dichos procedimientos y la clasificación en la primera etapa del contrato tanto en derecho colombiano como en derecho español". Cfr. JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *La configuración del contrato de la Administración pública en derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 504 -508.

contratista lo hizo de manera genérica frente a toda clase de responsabilidad, incluida la precontractual; o como lo dice Luis Guillermo Dávila Vinuesa¹⁶, no se refiere a una fase concreta de la actividad contractual, "sino para evocar el extremo contrario al estatal del vínculo negocial", donde se encuentra también el proponente, particular, interesado u oferente, título otorgado en la primera fase del procedimiento de selección.

Al respecto, nótese que el espectro en el que nos estamos moviendo incluye tanto la actuación del Estado que genere con su conducta un daño a la otra parte, como la del particular oferente que de igual forma lesione los intereses de la Administración; esto, como muy bien lo ha sostenido la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, al señalar:

A las claras se observa que esta norma obedece a dos finalidades: la primera, proteger los derechos de quienes contratan con la entidad estatal; la segunda, determinar que en principio y para los efectos fiscales y presupuestales la responsabilidad que se deduzca a tales entidades se refleja en primer lugar en su patrimonio, si se trata de personas jurídicas, o en los recursos que le están especialmente asignados¹⁷.

Sin embargo, el régimen jurídico que de manera somera se ha mencionado fue producto de diferentes hechos históricos que vale la pena resaltar debido a su connotación jurídica en la responsabilidad precontractual.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Como se indicó líneas atrás, el Estado en sus comienzos no admitió su responsabilidad, aunque en época posterior fue proclive a la responsabilidad sobre la propiedad y luego sobre los daños que se causaren a las personas. Esta tesis primaria de la irresponsabilidad se mantuvo vigente, inclusive hasta la última mitad del siglo XIX¹⁸, y ello en gran parte se debió a la aparición

16 LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUESA, *Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*, 2.ª ed., Bogotá: Legis, 2003, p. 220.

17 Corte Constitucional, sentencia C-734 de 1994 y sentencia del 14 de julio de 2005, Exp. D-5552.

18 De nuevo nos tenemos que remitir obligatoriamente al fallo Blanco de la jurisprudencia administrativa francesa de 1873. Como muy bien sostiene Michel Paillet, dicho fallo devino así en el símbolo de la autonomía de la responsabilidad. JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS (trad.). *La responsabilidad administrativa*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 47.

en escena de los servicios públicos¹⁹ que dieron lugar a una de las mayores transformaciones del derecho administrativo y que en consecuencia conllevaron un retraimiento de la acción directa del Estado en la prestación de los servicios que eran de su competencia, y que para su buena utilización y racionalización dejaba en manos de los particulares su ejecución, materializando así el postulado de la subsidiariedad de la acción del Estado respecto de la iniciativa y la gestión privada²⁰. Ahora bien, su aparición es consecuencia de la teoría real del Estado. Su origen, como lo recordamos en nuestra obra sobre la configuración del contrato de la Administración pública en derecho colombiano y español²¹, se da con el nacimiento del Estado de derecho, de la Administración reglada, y el rechazo de las facultades discrecionales o políticas absolutas de los gobernantes²².

Anterior a esta postura, la división de las fuentes de las obligaciones es un tema que funda sus orígenes en el mismo derecho romano, con la clasificación gayana y la posterior compilación justiniana. Desde ese entonces

- 19 "La expulsión de los jesuitas y la confiscación de sus bienes planteó al Gobierno directamente la urgente necesidad de sustituir la gestión de los centros de enseñanza, colegios, y residencias, hospitales y otros servicios sociales dependientes de la Orden suprimida. [...] Al chocar dichas instituciones con el espíritu revolucionario que se enciende en Francia en 1789, se producen dos consecuencias de enorme interés para el futuro de la acción social: primero, la sustitución por las Administraciones públicas de toda la actividad desplegada por las corporaciones e instituciones religiosas y laicas en este ámbito. Y, segundo la proscripción de las asociaciones y fundaciones". SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, t. 1, *La formulación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho*, 3.ª ed., Madrid: Lustel, 2011, pp. 152-155.
- 20 RAMÓN PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo*, t. 1, 7.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 264.
- 21 JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *La configuración del contrato de la Administración Pública en derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 560.
- 22 "En efecto, el Estado de derecho se caracteriza no solo por su elemento sustantivo (el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales), sino también por la forma en que ese objetivo se alcanza: el sometimiento del Estado, y dentro de él de la administración, a la Ley, de donde deriva la individualización del principio de legalidad". CARLOS E. DELPIAZZO, "Afirmación y evolución del principio de juridicidad. Vigencia del pensamiento de Maurice Hauriou", en Andry Matilla, Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Héctor Santaella (Eds.), *Ensayos de derecho público. En memoria de Maurice Hauriou* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p.201. En este sentido, véase JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, "Manifestaciones del debido proceso en el derecho administrativo sancionatorio contractual", en Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba (Eds.), *El poder sancionador de la Administración pública: Discusión, expansión y construcción*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 461-519.

ha ocupado un lugar importante el daño²³ (aún no ser en esos términos-maleficio) como una de las fuentes de obligación, en este caso de dar (suma de la indemnización), lo que no excluye que la obligación de indemnizar el daño —responsabilidad— se concrete en un hacer: piénsese en la realización de las reparaciones de la cosa dañada o, por qué no, un no hacer: garantizar que no se repetirá el evento dañino que imprudentemente se avino. Es ahí mismo, en el derecho romano, donde las ideas de responsabilidad penal y civil se confunden en principio, para luego encontrar cierta claridad con la expedición de la Lex Aquilia, que reguló la responsabilidad por los daños causados por fuera del marco de un contrato denominada desde la romanística *responsabilidad alquiliana* o en términos modernos *responsabilidad extracontractual* o *por encuentro social ocasional*. Nace así la división de la responsabilidad en contractual y extracontractual (o aquiliana) que se mantiene en la actualidad²⁴, a pesar de que hoy por hoy el tema de la delimitación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual continúe siendo objeto de interesantes discusiones. Por ejemplo: la eliminación del principio del efecto relativo de los contratos en determinados aspectos; la aplicación de las normas de la responsabilidad contractual y las pretensiones contractuales a perjudicados, con los cuales no se tenía estructurada una relación contractual en la forma de una acción directa; la regla de la no acumulación de la responsabilidad contractual y extracontractual; y otros temas que por sí mismos escapan del objeto del presente estudio.

Con todo, a pesar de la distinción entre estas dos categorías, varios doctrinantes cuestionaron el vacío de esta clasificación respecto de los daños causados en la etapa previa a la celebración del contrato, pues escapan del ámbito de aplicación de la responsabilidad contractual o extracontractual. Puede ser la hipótesis en la que el contrato no llegaba a concluirse por la negligencia, imprudencia o impericia de una de las partes, que no puede ser calificada de contraparte contractual, en perjuicio del otro frente al negocio en ciernes, o aquella hipótesis en la cual a pesar de celebrarse el contrato, este era declarado nulo por una causa que, al menos con culpa, no fue advertida por uno de los extremos de la relación, crítica a partir de la cual nace la teoría de R. von Jhering en su monografía "*De la culpa in contrahendo* o de los daños y perjuicios en las convenciones nulas o que permanecieron imperfectas", quien previó estas dos situaciones, es decir, del contrato que celebrado es declarado nulo, y del contrato que nunca llegó a perfeccionarse. En palabras de R. von Jhering: "lo que rige teniendo en cuenta el grado

23 Artículo 1494, Código Civil: "Las obligaciones nacen [...] ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos".

24 CLARA I. ASÚA GONZÁLEZ. *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Bilbao: Universidad del País Vasco, 1989, p. 236.

de culpa por el que hay que responder durante la ejecución del contrato, se aplica también en caso de que uno de los contratantes haya descuidado las obligaciones que le corresponden durante la realización del contrato".

3. LA CULPA IN CONTRAHENDO

La tesis original de Jhering, que data de 1861, se funda en un elemento esencial que se explica en el momento histórico en el que vivió el autor. La culpa *in contrahendo* exigía como uno de los elementos esenciales de la estructura de este tipo de responsabilidad que el daño hubiera sido ocasionado como resultado de una actividad culposa de la contraparte prenegocial. Si la culpa es ausencia de diligencia, este elemento se entiende incluido dentro del primero, es decir, el incumplimiento de esa "tácita obligación de diligencia".

La culpa *in contrahendo* se define, entonces, como el error de conducta, violación al deber de diligencia que se presenta en la etapa de contracción del negocio-etapa *in contrahendo*, o como todas aquellas situaciones perjudiciales para los contratantes cuando la conducta de las partes no se ajusta a la buena fe. De esta tesis se deduce que la responsabilidad en esta primera etapa supone la existencia del elemento subjetivo. En palabras de Luis Claro Solar²⁵, esta teoría aparece en la escena jurídica cuando se declara la nulidad de un contrato por un motivo imputable a una de las partes, lo que compromete la responsabilidad de esta, porque en todo procedimiento de formación de la voluntad existe un pacto tácito entre los negociantes, en el sentido que han adoptado las previsiones necesarias para asegurar que no existe una circunstancia inherente a su personalidad o al objeto del negocio jurídico que pueda posteriormente afectar su existencia o validez. Es así como, al tenor de lo manifestado por Clara I. Asúa González²⁶, "quien incurre en culpa en el proceso de formación —en la fase *in contrahendo*— de un contrato (y parece que tal culpa se predica de la propia nulidad) debe indemnizar a la otra parte los daños sufridos, constituyendo el fundamento de tal reparación el contrato que, a pesar de su nulidad, despliega efectos al menos en este sentido". En otras palabras, podemos determinar que bajo esta tesis no solo se designaba un criterio de imputación (la culpa), sino que se englobaba una idea de antijuridicidad basada en la conducta del agente provocador del perjuicio; construcción dogmática que sirvió de fundamento para referirse a la responsabilidad derivada de la invalidez de un contrato, y más tarde a una responsabilidad específica por actuaciones en el periodo

25 LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil y comparado*, vol. IX, Santiago: Jurídica de Chile, 1979, pp. 530 y ss.

26 CLARA I. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, *op. cit.*, p. 27.

de formación del contrato. Precisamente, al basarse la teoría de Jhiering en el establecimiento de una forma de responsabilidad contractual, en estricto sentido precontractual, por fuera de lo extracontractual, porque el contrato nacía a la vida jurídica con independencia de que deviniera en nulo, María Paz García Rubio²⁷ señala tres críticas a Jhiering: (1) solo se basa en hipótesis donde el contrato deviene nulo; (2) no logra explicar que un contrato declarado nulo reviva para que surta efectos, o sea, se pregunta por qué un comportamiento precedente al contrato podría ser considerado violación a las obligaciones nacidas del propio contrato; y (3) el hecho de apoyarse en una idea de culpa cuando parece contemplar verdaderos supuestos de responsabilidad objetiva.

Por su parte, la doctrina italiana, en cabeza de Faggella²⁸, igualmente criticó a Jhiering, porque su tesis no cobijaba la fase de formación del vínculo, dejando por fuera las tratativas previas, v. g, la emisión de la oferta. La doctrina italiana rechazaba el concepto de interés negativo. Por demás, estipulaba que el fundamento de esta responsabilidad no se hallaba en la culpa, como lo suponía Jhiering, sino en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar las negociaciones. En este sentido, esta violación podía existir sin la presencia de dolo o negligencia. Solo bastaba una separación arbitraria, sin motivo de las tratativas, para que ello ocurra. De ahí que la tesis de Jhiering fuera complementada y hasta modificada a través del tiempo, desde el abandono de la culpa como el fundamento de la responsabilidad precontractual y la ampliación de la teoría, a hipótesis no previstas por el romanista alemán, amen de que dicha teoría se ha podido comprobar que no solamente se basa en un pacto de responsabilidad, en tanto que al estar en esta primera fase de negociaciones se debe emplear las mismas precauciones, medidas y garantías que cualquier miembro de la comunidad observa respecto de los demás cuando efectúa sus propios actos²⁹. Es más, Siber³⁰, en 1914, al examinar el tema de la responsabilidad en la formación del contrato, planteó la misma como derivada de la violación de deberes de información precontractuales, existentes con independencia

27 Cfr. MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Madrid: Tecnos, 1991.

28 GABRIELE FAGGELLA, "Dei periodi precontrattuali e della esatta costruzione scientifica", en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, t. III, Roma: L. Pierro, 2012, pp. 271 y ss.

29 Así lo recuerda Rodrigo Escobar Gil cuando cita a ADRIANO DE CUPIS, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona: Bosch, 1975, pp. 165 y ss. De la misma manera nos lo recuerda Asúa González cuando nos traslada a la teoría de Heinrich Stoll de 1923 que señalaba que los deberes precontractuales tenían su causa en una relación obligatoria: relación obligatoria nacida de las conversaciones contractuales.

30 HEINRICH SIBER, *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II*, I, 4.ª ed., Berlín: De Gruyter, 1914, pp. 114 y ss.

de la celebración o no de un contrato posterior válido. A partir de esta nueva construcción se comienza a hablar de una única responsabilidad derivada de comportamientos lesivos durante la preparación del contrato.

En la doctrina jurídica colombiana, tal responsabilidad o culpa *in contrahendo* se verifica "cuando la Administración pública o los proponentes sufren un daño antijurídico como consecuencia de una acción u omisión atribuible a la otra parte, durante la etapa de la formación de la voluntad, que determina la imposibilidad de seleccionar al proponente o la adjudicación irregular de la licitación, o la falta de perfeccionamiento del contrato"³¹.

A su vez, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido la culpa *in contrahendo* como la "Interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo y que puede dar derecho a una indemnización por el daño que sea consecuencia de la defraudación de la confianza en la seriedad de los tratos que venían realizándose"³². En un pronunciamiento más reciente, el máximo tribunal administrativo sostuvo que:

Los tratos preliminares no son indiferentes o intrascendentes para el derecho, no solo porque formado el contrato lo integran y orientan su interpretación (1618 y siguientes del CC), sino porque quienes se encuentran en su fase de formación deben observar las reglas de conducta inspiradas en los deberes de lealtad y corrección en el tráfico jurídico. Durante el desarrollo de esos actos, tratos o conversaciones las partes están obligadas por unas reglas jurídicas que tiene como fin asegurar protección contra la mala fe, la ligereza de su contraparte o el abuso de su libertad para concluir o no el contrato. Esa reglas suponen que una interrupción intempestiva o una ruptura abrupta y sin justificación alguna de las negociaciones previas al contrato pueden genera una responsabilidad extracontractual por culpa *in contrahendo*, que da derecho a una indemnización por el daño consecuencia de la frustración del negocio jurídico por la violación del "principio y deber" de actuar de buena fe" lograr³³.

Ahora bien, volviendo al planteamiento inicial, la tesis de Rudolf von Jhering se funda en dos elementos esenciales: de un lado la "tácita" obligación de diligencia a la que deberían concurrir los interesados en la celebración de un contrato; y de otro lado la confianza que esas etapas previas generan en el otro; de ahí que la ruptura de las tratativas preliminares se entiende como un incumplimiento de la obligación de diligencia que defrauda la confianza y debe ser indemnizado a título de interés negativo o interés de confianza,

31 RODRIGO ESCOBAR GIL, *Teoría general de los contratos de la Administración pública*, Bogotá: Legis, 2000, p. 228.

32 Consejo de Estado, sentencia del 26 de septiembre de 1996, Exp. 10290.

33 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de febrero de 2020, Exp. 31.628.

limitado por el positivo. Precisamente la confianza, y por ende la indemnización de perjuicios que se causen a la otra parte por la frustración del negocio jurídico tenido en mente y al cual inequívocamente se referían las partes, debe ser protegida por la vía del derecho de daños aun en la etapa de los denominados tratos preliminares. Es por ello que para determinar el concepto de interés negativo es necesario diferenciarlo del interés positivo.

Siguiendo este hilo conductor, el interés positivo es aquel que se presenta en un negocio celebrado válidamente y se concreta en la expectativa de cumplimiento de las prestaciones que surgen del contrato válido³⁴ y los eventuales beneficios que le pueda reportar la cabal ejecución de las prestaciones; de ahí que el incumplimiento contractual sea determinante de la defraudación del interés positivo o en la ejecución "exacta" del contrato. En la práctica implica ser colocado patrimonialmente como si el contrato hubiera desplegado su efecto principal: el cumplimiento. Es lo que llamamos el lucro cesante como "aquel equivalente a la lícita utilidad que [...] dejó de percibir al no contratarse con ella"³⁵.

Por su parte, el interés negativo o también llamado costo de oportunidad, es el que se frustra cuando un negocio no resulta celebrado exitosamente "porque no alcanzó a perfeccionarse o, porque celebrado, se declaró nulo, [en cuyo caso] ya no puede pedirse su cumplimiento, sino la reparación del daño sufrido por confiar en la validez de este"³⁶. En otras palabras, el interés negativo es el interés en la celebración del negocio y en la validez del mismo³⁷, en tanto que el interés positivo es la esperanza del cumplimiento exacto del contrato ya celebrado.

De entrada, conforme a la lógica, debe pensarse que el monto del interés positivo es mayor que el interés negativo, aunque muchas veces se pretenda

34 En contratación estatal y a la luz de lo normado en el régimen presupuestario colombiano, la relación negocial que concreta la Administración pública con el particular contratista es válida en tanto en cuanto se entienda perfeccionada, es decir, a partir de la aprobación del registro presupuestal, tema que se explicará con mayor precisión infra.

35 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de mayo de 2000, Exp. 11.725

36 GABRIEL ESCOBAR SANÍN, *Negocios civiles*, vol. 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1965, p. 391.

37 Da cuenta Escobar que se han elaborado adiciones y glosas a la tesis de la culpa *in contrahendo*, algunas para superar la necesidad de un régimen basado en la culpa, por lo que se requiere otra fundamentación ahora objetiva, dentro de las cuales es interesante la inspirada por Chironi de la garantía recíproca de las partes, la cual en caso de incumplimiento da lugar a una constatación objetiva, haya o no culpa: "se puede afirmar que desde el mismo momento en que una persona invita a celebrar un negocio está garantizando la validez de este, la capacidad suya para celebrarlo y la licitud del objeto". Citado por GABRIEL ESCOBAR SANÍN, *Negocios civiles*, op. cit., p. 401.

equipararlos bajo la idea de completar el lucro cesante-utilidad esperada en tratativas frustradas³⁸.

4. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

4.1. FUNDAMENTO MEDIATO DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

El fundamento mediato de la responsabilidad precontractual del Estado no es otro que el artículo 90 de la Constitución Política, que como lo hemos expresado previamente dejó a un lado la clasificación tradicional entre la responsabilidad contractual y extracontractual para fungir como pilar axiológico de la responsabilidad en su sentido más amplio. Es decir, sin someter su aplicación a una categoría o régimen.

Al unísono de lo anterior, la Corte Constitucional, en sentencia C-333 de 1996, expresó que "el inciso 1.º del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no solo la responsabilidad extracontractual, sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual". Lo dicho hasta aquí supone que, con independencia del hecho generador y del tipo de responsabilidad, deben concurrir tres elementos esenciales: el daño, el nexo causal y el fundamento de la responsabilidad, los que pasaremos a estudiar con mayor detenimiento.

4.2. FUNDAMENTOS INMEDIATOS DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Bien sabido es que la estructura de la responsabilidad se conforma con un trípode ordenado, así: daño, nexo de causalidad y fundamento de la responsabilidad (falla del servicio, riesgo excepcional, etc.). En la responsabilidad patrimonial del Estado es requisito que existan algunos elementos, como el que la Administración esté frente a un acto administrativo, un hecho o una omisión, que esa actuación sea antijurídica e imputable a la Administración y que cause un daño al contratista³⁹.

38 En el derecho civil alemán existe norma del BGB que prohíbe de manera expresa que el interés negativo supere el interés positivo. ¿Nos hace falta norma similar?

39 FRANCISCO CUELLO DUARTE, *Contratos de la Administración pública*, 2.ª ed., Bogotá: Ecoe, 2002, p. 121.

En el campo de la responsabilidad precontractual, resulta un tema interesante el determinar si el fundamento específico de la responsabilidad precontractual se funda en un régimen subjetivo de responsabilidad, o en regímenes objetivos de responsabilidad, tan temidos por tantos ortodoxos. Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado especificando que: "en el ámbito del derecho administrativo la imputación de responsabilidad por los daños causados en la etapa precontractual no se hace con fundamento en la culpa, ni en el riesgo ni en el enriquecimiento injusto, o la reciprocidad de prestaciones del contrato bilateral, sino en los principios de la buena fe y la legalidad"⁴⁰. Esto podría dar lugar —*prima facie*— a pensar que se trata de un régimen objetivo de responsabilidad al que le es extraña toda idea de culpa; o en términos propios del derecho administrativo, falla del servicio probada o presunta. Sin embargo, si tenemos en cuenta que en la relación precontractual se está concibiendo la formación de la voluntad de un verdadero negocio jurídico realizando todo lo necesario para la adjudicación y perfeccionamiento del contrato, que por causa imputable a una de las partes intervinientes en el precontrato se fragua; concluimos que la responsabilidad precontractual no puede subsumirse en una especie de la responsabilidad extracontractual.

A esta tesis jurisprudencial se suma parte de la doctrina en cabeza de Rodrigo Escobar Gil⁴¹, en la que se afirma contundentemente que "los criterios normativos de imputación no son la culpa, el dolo, el riesgo creado o riesgo beneficio, el enriquecimiento sin causa, o la reciprocidad de prestaciones del contrato bilateral, sino los principios de buena fe y de legalidad".

Esta es una de las principales diferencias con la teoría de la culpa *in contrahendo* de Jhering, según la cual, para que exista responsabilidad, la conducta ha de ser reprochable; es decir, que la parte culpable debe responder por los daños ocasionados a la parte afectada que confió en la validez del contrato. Lo que al unísono contrasta con la interpretación que en su momento la Corte Constitucional hizo sobre el alcance del daño antijurídico como fundamento de cualquier tipo de responsabilidad. Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, los mandatos de la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos (artículo 28 Ley 80 de 1993); en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio, que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema

40 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2001, Exp. 3405.

41 RODRIGO ESCOBAR GIL, *Teoría general de los contratos de la Administración pública*, op. cit., p. 229. En la doctrina extranjera así lo sentencia JOSÉ ROBERTO DROMI, *La licitación pública*, Buenos Aires: Ediciones Argentina, 1995, p. 521.

que para su prueba se adopte; el riesgo excepcional, el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (artículos 40 CPC y 414 CPP, etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente y los principios de justicia y equidad como el no enriquecimiento sin justa causa.

Conviene aclarar que la responsabilidad precontractual es un tipo de responsabilidad patrimonial o administrativa, pero nunca responsabilidad civil, como se deduce de la afirmación hecha por la Corte expuesta en líneas anteriores, ya que afirmar que el Estado es "civilmente responsable" sería negar la autonomía del derecho administrativo y el especial estatus en que se encuentra la Administración respecto del administrado, lo cual conduciría a negar la existencia de las *puissance public*. Entonces, los fundamentos inmediatos de la responsabilidad precontractual se constituyen en los dos criterios de imputación.

El primero se constituye en la buena fe que se afina en la contratación administrativa como la compensación a los poderes exorbitantes de que es poseedora la Administración, y atiende al carácter colaboracionista que tiene el contratista⁴². Es así que aparece como conciliadora entre las prerrogativas del poder público y la libertad de los ciudadanos.

El principio de la buena fe en el derecho administrativo, según expresa el tratadista español Jesús González Pérez⁴³, juega en el ámbito del ejercicio de derechos y potestades, en la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes. Este no hace referencia al comportamiento general de la persona, sino a su posición en una relación jurídica concreta, la cual tiene una mayor trascendencia cuando la persona con quien se traba la relación es la titular de un órgano de la Administración pública. A su vez, desde su previsión constitucional en el artículo 83 se invoca que la buena fe debe presidir todas las actuaciones, incluidas las administrativas; y en este sentido, es aplicable a todo el *iter* contractual al ser esta típica actividad administrativa. Al respecto, el Consejo de Estado se ha manifestado señalando que: "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 solo porque así lo manda la Constitución (artículo 83), sino porque es principio general que domina las relaciones jurídicas bilaterales, como dan cuenta los artículos 1603 del C. C. y 863 y 871 del C. de Co"⁴⁴.

42 GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968, p. 294.

43 JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid: Civitas, 1983, pp. 44-48.

44 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2001, Exp. 3405. También en la sentencia del 29 de enero de 1998, Exp. 11099, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha sentenciado:

Es preciso subrayar que el principio de la buena fe se erige como uno de los fundamentos de la responsabilidad precontractual, ya que en esta etapa su incidencia se manifiesta con mayor ímpetu. De esta se desprende una "carga" negocial cuyas expresiones prácticas son el deber de decir la verdad (carga de claridad), no guardarse elementos para sorprender a la contraparte y, en términos generales, actuar de tal manera que las negociaciones estén encaminadas hacia la conclusión de un negocio provechoso, ante todo válido, con la escogencia de la mejor propuesta y que satisfaga las necesidades para las cuales fue pensado, necesidades que se concretan en el interés general en el caso del contrato estatal y necesidades que previamente debieron ser definidas en desarrollo del principio de planeación⁴⁵.

"Recuérdese que, con la mejor doctrina, la confianza y por ende la indemnización de perjuicios que se causen a la otra parte por la frustración del negocio jurídico tenido en mente y al cual inequívocamente se referían las partes debe ser protegida por la vía del derecho de daños aun en la etapa de los denominados tratos preliminares [...] la ruptura injustificada por una de las partes de los tratos que preceden al perfeccionamiento del negocio jurídico, que por cierto en el presente proceso ya se encontraban bien adelantados, es el fundamento de la obligación indemnizatoria, precisamente en aplicación del principio de la buena fe, entendida naturalmente como corrección y lealtad, que imponía en el desarrollo de las negociaciones un deber de información de una parte a la otra sobre las circunstancias que pudieran dar al traste o frustrar el negocio proyectado. La parte demandada en momento alguno advirtió o informó de la imposibilidad de suscribir el contrato, y más bien por el contrario de su conducta se infiere desidia y falta de seriedad, lo que desde luego constituye un comportamiento contrario a la buena fe que ha de presidir dicha etapa negocial, por ende fundamento suficiente para reconocer la indemnización de perjuicios causados a la otra parte". Cfr. AGUSTÍN VIGURI PEREA, *Los tratos preliminares: Las cartas de intenciones y otros documentos legales precontractuales. Análisis del derecho norteamericano y británico. Impacto en otros ordenamientos jurídicos. Método del caso*, Barcelona: PPU, 1994, p. 62. En el mismo sentido, CLARA ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, op. cit., p. 61.

- 45 Para extenderse sobre este principio, véase JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, "La planeación y validez del contrato Estatal", en Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba, *Contratos públicos, problemas, perspectivas y prospectivas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 65-110. En el mismo sentido, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *La configuración del contrato de la Administración pública en derecho colombiano y español*, op. cit., pp. 586 y ss. Acudiendo a la base iuscivilística que posee el contrato del Estado, nos remitimos a la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que, en sentencia del 13 de diciembre de 2001, afirmó que el secular principio de la buena fe exenta de culpa debe presidir el período precontractual, porque de lo contrario se deberán indemnizar los perjuicios que se causen, en virtud de lo dispuesto en el artículo 863 del C. de Co. Y en sentir de la Corte, no sólo se queda en esta etapa, sino que debe estar presente de principio a fin, como un todo indivisible. Si no es así, queda desnaturalizada cuando se cumple por partes o pedazos, o fraccionadamente. Esto último lo aseveró la misma corporación en sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001, expediente D-3404.

Además, la buena fe debe ser recíproca⁴⁶ y de esta manera generar confianza en el otro extremo de la relación, por lo que un asalto a la buena fe en esta etapa es una afrenta a la convicción que se había generado en la contraparte: ¿por qué no confiar más si de quien se trata la contraparte es el Estado? Desde el derecho comunitario europeo, lo anterior se ha denominado la protección de la confianza legítima. Al respecto, mediante la sentencia del 13 de julio de 1965^[47], el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas utilizó por primera vez el término ya existente en el derecho alemán, *Vertrauensschutz*, para definir una situación digna de ser amparada al haber sido violada la confianza puesta en la actuación de la Administración pública, que, mediante actos propios, produjo perjuicios a las personas destinatarias de la actuación.

Dicho principio, desarrollado posteriormente por el Tribunal de la Comunidad Económica Europea, ha sido igualmente aceptado por la jurisprudencia de los tribunales españoles⁴⁸. A su vez, el Consejo de Estado colombiano se ha manifestado precisando que:

La jurisprudencia constitucional ha enseñado, en vigencia de la nueva Carta Política, que el principio de confianza legítima que el Estado propugna con sus conductas tiene que tener un efecto vinculante en las relaciones sociales. Dicho de otro modo, este principio conduce a que no resulta justo desamparar a quienes, actuando de buena fe, creen, dada la conducta del Estado, tener legitimidad.

46 El principio de la buena fe obliga a la Administración pública y a los contratistas a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos. Corte Constitucional, sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001, expediente D-3404.

47 Asunto 111-1963, Lemmerz-Werke, GmbH, sentencia del 13 de julio de 1965.

48 Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo del 1.º de marzo de 1991 (RJ-2502) señaló: "El conflicto que se suscita en orden a la prevalencia de los principios de 'legalidad' y de 'seguridad jurídica', ambos garantizados por el artículo 9.3 de la Constitución, en relación con la conformidad a derecho y efectos de los actos formalmente producidos por la Administración pública, tiene primacía aquel último, seguridad jurídica, cuando concurre la circunstancia propia de otro que, aunque no extraño a la *bona fides* que informa a nuestro ordenamiento jurídico, ha sido acuñado por reiteradas sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de la que España forma parte, y también asumido por la jurisprudencia de esta Sala que ahora enjuicia en numerosas sentencias de las que son una muestra las del 28 de febrero de 1989 (RJ-1458) y 1.º de febrero de 1990 (RJ-1258), entre otras; que consiste en el denominado 'principio de protección a la confianza legítima' al que tiene derecho todo ciudadano en sus relaciones con la Administración, no tan sólo porque se produzca en el mismo cualquier tipo de convicción psicológica, sino únicamente cuando la creencia del ciudadano se basa en signos o actos externos, que la Administración produce, lo suficientemente concluyentes para inducir razonablemente a aquel a realizar u omitir una actividad que directa o indirectamente habría de repercutir en su esfera patrimonial o sus situaciones jurídicas individualizadas".

El Consejo de Estado, y desde antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991, ha tenido en cuenta la conducta de buena fe no solo para valorar los comportamientos de los particulares y el Estado en las relaciones contractuales como en las extracontractuales; ese principio, ha dicho, ampara las relaciones y conduce a terrenos de justicia⁴⁹.

Llegados a este punto, es menester precisar que en lo que respecta a la contratación estatal, la buena fe es objetiva, la cual consiste fundamentalmente, en palabras de Neme Villareal, en: "Respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia"⁵⁰.

Dicho lo anterior, a continuación, entraremos a estudiar el segundo de los fundamentos de la responsabilidad precontractual del Estado: la legalidad.

La contratación estatal y, por ende, los procedimientos de selección de contratistas del Estado comportan una actividad reglada, donde la autonomía de la voluntad y la autonomía contractual juegan como en el derecho privado, aunque con limitantes. En tal sentido, la Administración actúa en el tráfico jurídico bajo una premisa fundamental, v. gr. el cumplimiento de los fines del Estado, y en esta medida está supeditada al principio de legalidad precisamente por los derechos que están involucrados. El extremo más ilustrativo de la legalidad en el contrato estatal es el revestimiento que la ley le asigna de ser un negocio *ad substantiam actus*; esto es que se requiere del escrito para que el negocio jurídico público quede debidamente perfeccionado, como lo consagra el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, reafirmando la máxima de derecho *forma dat esse rei* contraria a la del *solus*

49 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de noviembre de 2001, Exp. 12.853.

50 MARTHA NEME VILLAREAL, "Buena fe subjetiva y buena fe objetiva", *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 74. "que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en el régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que se traduzca en seguridad para los asociados". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24897.

consensus obligat a que se refiere en el derecho privado⁵¹. Es decir que cuando quien concurre al tráfico jurídico es el Estado, su actuación se encuentra justificada previamente, de ahí que el ordenamiento no reconozca la actuación de la Administración, sino que sea esta la que realice un procedimiento de sujeción a las disposiciones normativas que habilitan determinada actuación, precisamente, porque la legalidad actúa como postulado garantista en cuanto contribuye a la seguridad jurídica⁵².

El anterior postulado es reconocido en la Constitución Política cuando establece que las autoridades administrativas deben someter sus actuaciones a la ley en sentido genérico (artículos 6 y 121 constitucionales), es decir, a la Constitución, a la ley y al reglamento, circunstancia que de no ser atendida da lugar a que se configure la nulidad de los actos administrativos por la violación de las normas superiores en que debía fundamentarse el acto⁵³. En materia de contratación estatal es importante advertir que se producen actos que en la jerarquización de las normas están por debajo de ley, v. g, el pliego de condiciones; no obstante integran el contrato y a su vez se constituye en la médula del negocio⁵⁴. En este sentido, el pliego es el documento que contiene las reglas generales e impersonales que rigen el procedimiento de selección y las condiciones del vínculo contractual. Contiene las reglas del juego, esto es los criterios y requisitos que han de regir todo el procedimiento selectivo; por demás, es la fuente primigenia de los derechos y obligaciones de las partes o, como muy bien lo sostiene Rodrigo Escobar Gil, "el principio de legalidad que debe acatar la Administración pública en ejercicio de la gestión contractual, no solo consiste en el respeto de la ley en sentido formal y material, sino de todas las fuentes del ordenamiento jurídico, integradas por los principios generales del derecho y los especiales del derecho administrativo, los principios y normas consagrados en la Constitución Nacional, los reglamentos, los pliegos de condiciones, etc."⁵⁵.

Ahora bien, para que las partes tengan el derecho a la indemnización del daño *in contrahendo* "tendrán la carga de probar que se sujetaron a las exigencias

51 Para extenderse en el tema, véase JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *Forma, formalidades y contenido del contrato estatal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 34.

52 Cfr. JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *La configuración del contrato de la Administración pública en derecho colombiano y español*, op. cit., p. 398.

53 JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, "Autonomía de la voluntad, competencias regladas y discrecionales en el contrato estatal", en Héctor Santaella Quintero (Ed.), *Las transformaciones de la Administración pública y del derecho administrativo*, t. II, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

54 JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *La configuración del contrato de la Administración pública en derecho colombiano y español*, op. cit., p. 453.

55 RODRIGO ESCOBAR GIL, *Teoría general de los contratos de la Administración pública*, op. cit., p. 231.

legales y reglamentarias⁵⁶. Con todo, por la especialidad del negocio contractual público, se puede decir que de la relación obligatoria preparatoria se predica un genérico de carácter legal. En cierto modo, legal ha de ser entendido como una nota contrapuesta a la negocial. Con esto, muy a pesar de la regulación exhaustiva en esta primera etapa, no podemos desconocer que estamos frente a las primeras condiciones válidas de un verdadero negocio jurídico bilateral, con independencia de que las exigencias hechas al oferente vengan previamente dictadas por la Administración⁵⁷, donde será imprescindible la ocurrencia de un daño, el cual debe ser antijurídico.

En suma, para que nazca la obligación de reparar el daño causado en una situación de responsabilidad precontractual será menester según la jurisprudencia del Consejo de Estado que se configuren los supuestos que se describen a continuación:

1. Que el daño se haya producido.
2. Que exista una situación real de negociación, es decir, que se hayan hecho actos, tratos, conversaciones, intercambios de opinión, etc., cuya finalidad sea la posible celebración del contrato.
3. Que de los tratos se haya generado una situación de confianza legítima de la que se pueda esperar, razonablemente, la adopción de determinada conducta en la otra parte tendiente a la celebración del contrato.
4. Que la ruptura haya sido injustificada, esto es, contraria a la situación esperada conforme a la confianza que se generó y a los usos y prácticas usuales de los negocios, o sea a los deberes precontractuales de corrección y probidad (información, veracidad, lealtad) y buena fe exigida en el campo negocial. La falta de justificación, con todo, es objetiva, de suerte que no se requiere (aunque no se descarta) la prueba de la existencia de intención de producir daño⁵⁸.

5. EL DAÑO ANTIJURÍDICO

La idea de daño antijurídico está inspirada en el concepto del derecho español, que emerge de la Constitución española de 1978 bajo la denominación

56 *Ibid.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de noviembre de 2001, Exp. 12.853

57 En Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1.º de abril de 1993, Exp. 6033: "todo comportamiento negocial que se oriente a eludir la aplicación de la norma general, impersonal y abstracta, para hacer la voluntad interna sobre la declarada, no está autorizado".

58 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2014, Exp. 6366.

de "lesión", entendido por tal aquel daño frente al cual no existe el deber jurídico de soportarlo o, en otras palabras, de asumirlo sin contraprestación alguna, siguiendo los importantes aportes del iuspublicista español Eduardo García de Enterría⁵⁹.

A su vez, la consagración legal del artículo 50 de la Ley 80 de 1993 hace alusión al daño antijurídico que hemos esbozado líneas atrás, y siguiendo con bastante rigor el concepto científico de lo que actualmente se considera daño antijurídico, podemos caer en la interpretación ligera de que el régimen de responsabilidad precontractual es solo de naturaleza objetiva. Sin embargo, analizada la evolución jurisprudencial del órgano constitucional y del propio Consejo de Estado, así como de la doctrina dominante sobre la materia⁶⁰, lo único claro es que la responsabilidad precontractual adquiere tintes de naturaleza objetiva; es decir, que la culpa no es el único título de imputación de responsabilidad. Y con bastante contundencia afirma Henao Pérez⁶¹ que daño antijurídico "es aquel que se subsume en uno cualquiera de los regímenes de responsabilidad".

La jurisprudencia y la doctrina, dentro de una interpretación sistemática de las normas constitucionales que lo consagran y apoyan, lo definen como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo⁶². Respecto al incumplimiento del Estado, este se presenta cuando la Administración pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas. Así las cosas, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, se exige que este sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración; o, en otras palabras, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente⁶³.

59 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Madrid: Civitas, 1991, p. 367. Noción que ha sido utilizada por el Consejo de Estado colombiano en sentencias del 22 de noviembre de 1991 y 31 de octubre de 1991, Exp. 6515, y sentencia del 30 de julio de 1992, Exp. 6941.

60 Así, por ejemplo, LUIS EDUARDO MESA NIEVES, *La actividad contractual y la responsabilidad en la Administración pública*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 62.

61 JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, "La acción de tutela y la responsabilidad extracontractual del Estado", en AA. VV. *Homenaje a Fernando Hinestrosa. 30 años de Rectorado, Liber Amicorum, estudios y temas*, t. II, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993, p. 234.

62 Cfr. sentencia C-333 del 1.º de agosto de 1996, expediente D-1111.

63 Corte Constitucional, sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001, expediente D-3404.

6. RADIO DE ACCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Resulta fundamental dentro del tema limitar el tramo del *iter contractus*, es decir, hasta qué punto las partes intervinientes en la primera etapa de formación, adjudicación, celebración y perfeccionamiento del contrato pueden quedar definitivamente vinculadas por unos tratos preliminares en forma de pedidos de ofertas (pliego de condiciones u otros documentos previos al acuerdo que no se sabe si finalmente van a materializarse en auténticos contratos), dentro de los cuales existe la potencialidad de acontecer una situación de responsabilidad precontractual por la culpa *in contrahendo* dimanante de los mismos⁶⁴.

La etapa precontractual es definida como "aquella constituida por una serie de encuentros, intercambios de opiniones y consultas entre las partes antes de la celebración del contrato"⁶⁵. En efecto, la iniciación en la formación de la voluntad del negocio, que es antecedente de la primera invitación a tratar, es una fase que corresponde en solitario a la Administración como gestora e impulsora de la actividad contractual, y que por el fin al que se encuentra llamado el contrato del Estado justifica la conveniencia y necesidad del contrato. Desde el primer ofrecimiento hecho por una de las partes (casi siempre la Administración) ambas se deben lealtad y corrección; es así como la buena fe debe regir sus comportamientos desde ahí hasta que se cierre esta etapa, momento al que nos dedicaremos más adelante. Con todo, antes de la suscripción del contrato, las actuaciones desplegadas por la Administración pueden ser potencialmente dañinas y, en consecuencia, generadoras de responsabilidad precontractual. Piénsese en el evento de una mala elaboración de los estudios de mercado por parte de la Administración que conduzcan a la deserción del procedimiento de selección.

En este orden de ideas, la responsabilidad precontractual frente a los dos sujetos en la relación comercial puede configurarse una vez se ha expuesto al particular al sometimiento de las reglas del procedimiento de selección, es decir, una vez el particular puede entrar en contacto con la Administración como potencial oferente, o sea desde el mismo momento en el cual existe apertura del proceso de selección mediante la expedición del acto de apertura⁶⁶. Dicho de otro modo, como lo expone Álvaro Canales Gil⁶⁷, que toma

64 Cfr. JORGE SUESCÚN MELO, *Derecho privado estudios de derecho civil y comercial* 2, t. II, Bogotá: Legis, 2003.

65 LINA BIGLIAZZI GERI, *Derecho civil*, t. 1, vol. II, *Hechos y actos jurídicos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 751.

66 Siendo un acto administrativo de trámite, por su importancia, de todas formas necesita estar motivado (numeral 1.º, artículo 30, Ley 80 de 1993).

67 ÁLVARO CANALES GIL, *El control de eficiencia sobre el precio en la contratación pública: El incidente del diálogo competitivo*, Madrid: Ministerio de Defensa, 2000, p. 25.

como ejemplo la licitación pública, "La negociación entre los poderes adjudicadores y los licitadores se efectuará solamente cuando así se establezca en el anuncio del contrato proyectado".

En términos de la dogmática del negocio jurídico, el acto de apertura de licitación se define como una invitación a ofrecer —*invitatio ad oferendum*—; es el pliego, entonces, "un pedido de oferta que debe ser anunciado siempre en la forma prescrita en la ley y en el caso particular"⁶⁸.

La oferta, por su parte, "es una expresión de negocio jurídico unilateral, cuyo carácter recepticio le imprime un carácter obligatorio"⁶⁹ y pone al oferente en una relación jurídica con la Administración, de la cual, por lo tanto, se predicen derechos y obligaciones. En términos genéricos, derecho a concursar como desarrollo del principio de la libre concurrencia, la publicidad, la igualdad y el deber de seriedad.

Al presentar la oferta, el oferente se compromete a mantener su propuesta de negocio futuro en los mismos términos que la presentó. En palabras del Consejo de Estado "del contenido del negocio de oferta de contrato surge la promesa obligatoria para el proponente de que, llegando a ser adjudicatario del negocio futuro o definitivo, deberá ajustar su conducta al contenido negocial que las más de las veces se concreta en el negocio definitivo"⁷⁰. Más reciente, la jurisprudencia administrativa refuerza la cuestión sosteniendo que la oferta debe mantenerse en las mismas condiciones como se presentó durante la ejecución del contrato y hasta su liquidación⁷¹. Y correlativo a estos deberes del interesado, surge para la Administración una obligación, cual es la de recibir, analizar y evaluar la oferta que se depositó en término, bajo el deber de selección objetiva dispuesto en el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007 (con las modificaciones introducidas por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018), que derogó el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y que fue desarrollado por el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015. No obstante, ello "no confiere al oferente un derecho consolidado a la adjudicación, sino una mera expectativa de ser adjudicatario de la misma"⁷².

Resulta interesante ver cómo el artículo 860 del Código de Comercio de 1971 se refiere a la licitación en lo siguiente: "En todo género de licitaciones,

68 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de julio 1990, Exp. 5860.

69 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 12 de abril de 1999, Exp. 11344.

70 *Ibid.*

71 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de enero de 2016, Exp. 34454.

72 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto del 22 de mayo de 1997, Exp. 12854.

públicas o privadas, el pliego de cargos [sic] constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás". Del artículo anterior se resalta que califica la que nosotros hemos determinado como invitación a ofrecer como una oferta pura y simple ("pliego de cargos [sic]"), pero además habla de un contrato condicionado a que no exista postura mejor, lo cual, a nuestro parecer, se acerca al entendido de una "subasta inversa", o lo que en términos del Decreto 1082 de 2015 es la conformación dinámica de las ofertas, donde la puja determinará quién es el mejor oferente y por lo tanto a quién después del lance se le adjudicará la licitación. Un último comentario a esta norma del derecho privado es que el artículo 860 del Código de Comercio dice que el pliego de "cargos" (sic) es una oferta, y por su lado se entiende que la oferta aceptada es el contrato mismo, salvo que el contrato se someta a formalidades o solemnidades especiales⁷³. De lo anterior se puede colegir que bajo dicho régimen jurídico, desde la aceptación de la propuesta, surge entre las partes un contrato, que se encuentra modulado por la condición de la no existencia de una propuesta mejor, por lo que habrá al final un solo contrato eficaz y tantos contratos ineficaces como propuestas hubiere.

Esto no es así en el contrato de derecho público, donde la dinámica cambia al existir una invitación a presentar ofertas, de conformidad con la exigencias previamente establecidas por el Estatuto General de Contratación, y en este sentido con el pliego de condiciones y demás documentos pertinentes. Además existe un acto de adjudicación que se entiende como la aceptación de la mejor oferta para los intereses de la sociedad bajo el deber de selección objetiva⁷⁴, pero donde solo existirá contrato una vez se cumplan la forma y las formalidades del contrato estatal, distinción que en otra oportunidad hicimos, donde precisamos "que la forma en la teoría general de los contratos se refiere al molde que contiene la voluntad de las partes, que puede ser, según el caso, libremente determinado o legalmente impuesto; en tanto que las formalidades serán aquellos requisitos que adicionalmente tendrán que llenar las partes, siempre, para cumplir con un requisito legal o convencionalmente exigido"⁷⁵.

Corolario de lo anterior, desde el momento en que el particular se relaciona precontractualmente con la Administración se puede configurar un evento

73 Cfr. JORGE SUESCÚN MELO, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial* 2, t. II, Bogotá: Legis, 2003.

74 Cfr. JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, "El deber de selección objetiva", en Germán Lozano Villegas y Juan Carlos Covilla Martínez (Eds.), *Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

75 JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *Forma, formalidades y contenido del contrato estatal*, op. cit., p. 34.

de responsabilidad desde uno u otro extremo de la relación contractual, mas ello no implica que desde dicho momento inicie la etapa precontractual. Lo anterior se desprende de la consecuencia lógica del estudio histórico de la responsabilidad *in contrahendo* o en la contracción del negocio: existe responsabilidad en tanto la contraparte confió en la seriedad y estabilidad de las tratativas, negociaciones y discusiones, y por lo tanto el daño que se le ha causado es por defraudar su confianza (confianza legítima).

Así las cosas, al ser el contrato un procedimiento continuo y progresivo, el interés de confianza será un interés o una expectativa *in crescendo*, que se verá en mayor medida en los procesos contractuales del Estado al ser una actividad administrativa reglada. En este orden de ideas, pensemos primero en una simple oferta recibida que analizada cumple los requisitos exigidos por el pliego de condiciones, con lo cual es calificada y se le otorga el puntaje más alto, por lo que posteriormente es adjudicada; en este sentido, la expectativa se convierte en certeza⁷⁶. Llegar a esta última fase en la etapa precontractual hace que la relación que comenzó con la publicación del documento medular, llamado pliego de condiciones, y que preside de los estudios previos hechos por la entidad, hace que se torne mucho más sólida. En otras palabras, la adjudicación, en definitiva, entraba el vínculo jurídico entre la Administración y el particular, aunque esta no constituya el perfeccionamiento del contrato, toda vez que este último está supeditado al cumplimiento de ciertas formalidades que en definitiva completan el recorrido de la definición del contrato estatal, a tal punto que la suscripción del contrato tiene carácter constitutivo del vínculo jurídico, que no condición suspensiva de sus efectos⁷⁷.

76 Debe anotarse que *certeza* en este caso no es sinónimo de *seguridad*, porque en la práctica pululan los casos donde a pesar de ser adjudicatarios de la licitación, la Administración no llega a perfeccionar el contrato, donde la única vía que le quedará al adjudicatario frustrado será la vía indemnizatoria, porque en desarrollo del poder discrecional de la Administración pública no es posible forzar jurisdiccionalmente a la Administración a celebrar un contrato, a pesar de haber adjudicación. Es la Administración la que de manera autónoma decide cuando, cómo y con quién celebra el contrato en virtud de la potestad doméstica que ella ejerce en estos terrenos, eso sí dejando indemnes a los perjudicados con tal determinación. He aquí uno de los casos de responsabilidad precontractual. Con todo, como lo ha sostenido el propio Consejo de Estado en sentencia del 15 de mayo de 1992, rad. 6307, una vez la Administración acude a la apertura del procedimiento licitatorio "suscita intencionalmente confianza". Reforzando más la tesis, el Consejo de Estado, en auto del 10 de marzo de 1991, Exp. 9118, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto y dijo: "a las personas administrativas no se les puede obligar a continuar convenios que consideren inconvenientes o por cualquier otra razón estimen que no deben seguir realizando, sino condenarlas al pago de perjuicios por la ilegal resolución de dichos actos".

77 En este sentido, véase RODRIGO ESCOBAR GIL, *Teoría general de los contratos de la Administración pública*, op. cit., p. 220.

Nótese que aunque hemos sido tajantes en afirmar que el pliego de condiciones no es una oferta en estricto sentido, sino un pedido de ofertas, para un sector de la doctrina, como es Gabriel Escobar Sanín⁷⁸ (referido al derecho común), la invitación a contratar es a la vez “una oferta genérica y no específica de servicios que se limita a señalar la posibilidad de entrar en relaciones jurídicas sobre asuntos genéricamente determinados, con lo cual se crea en el público la confianza de que allí se puede celebrar un determinado contrato”.

Entonces, llegado a este punto vale la pena cuestionarnos ¿en qué momento y en qué forma se perfecciona el contrato estatal? Si bien en algunos ordenamientos foráneos la adjudicación perfecciona el contrato administrativo, como sucede en el caso español, en los contratos basados en un acuerdo marco y en aquellos contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición por disposición del artículo 34 de la Ley 9 de 2017, en el derecho doméstico, hoy por hoy, es claro que el acto de adjudicación no perfecciona el contrato estatal. Con todo, en el derecho colombiano, en el procedimiento de mínima cuantía, la aceptación de la oferta perfecciona el contrato estatal. No obstante siempre será por escrito.

Lo dicho hasta aquí supone que se entiende perfeccionado un contrato cuando se hallan reunidos todos los elementos que se consideran esenciales o definitorios del mismo, es decir, sin los cuales no podría existir o devendría en otro tipo contractual; en otras palabras, es perfecto un contrato como se indicó previamente cuando se ha cumplido a cabalidad el recorrido de la definición.

Ahora bien, el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 señala que el contrato estatal se perfecciona: “cuando se logre el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito. Para la ejecución se requerirá la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, de conformidad con lo previsto en la ley orgánica de presupuesto”. En principio podríamos decir que los elementos esenciales del contrato estatal son el acuerdo de voluntades y la forma escrita; sin embargo, en este punto es dable cuestionarse si el registro presupuestal es un elemento esencial y, por lo tanto, paso de indefectible cumplimiento para el perfeccionamiento del contrato estatal, es decir, requisito en cuya ausencia no habría contrato estatal a pesar de haber acuerdo y que se haya celebrado por escrito; o si simplemente es un mero requisito de ejecución del contrato perfecto. Resulta entonces esencial determinar desde ahora cuándo se entiende perfeccionado el contrato estatal para efectos de delimitar el espectro de la responsabilidad precontractual; lo anterior teniendo en cuenta

78 GABRIEL ESCOBAR SANÍN, *Negocios civiles, op. cit.*, p. 383.

los efectos de la misma, que son principalmente procesales, como el medio de control jurisdiccional idóneo para reclamar los perjuicios ocasionados y el término de caducidad para interponerlo.

Así las cosas, es posible afirmar que la etapa precontractual finaliza con el surgimiento del contrato, tema que sentó posiciones disidentes en la jurisprudencia, a pesar de que, como lo señalamos líneas atrás, aparentemente con la Ley 80 de 1993, la discusión ya se había resuelto; así, por ejemplo, en un primer momento la doctrina acogía la teoría de Luisa Fernández Mejía que señalaba que el surgimiento del contrato administrativo se producía con el acto de adjudicación⁷⁹. Al respecto, en sentencia del 16 de enero de 1975, se indicó: "El acto de adjudicación no es más que el convenio mismo, puesto que allí se concreta o logra el ajuste de las voluntades, en torno al pliego de condiciones y a la propuesta más favorable [...]. El acto de adjudicación cierra la etapa precontractual y abre la contractual, con la adjudicación nace el acuerdo de voluntades"⁸⁰.

En un segundo momento, el Consejo de Estado adoptó la tesis ecléctica en cabeza de Pedro Lamprea Rodríguez⁸¹ que señalaba que el contrato estatal nacía a la vida jurídica con la notificación del acto de adjudicación y aceptación del proponente. La jurisprudencia administrativa, mediante auto del 22 de abril de 1988^[82], señaló: "desde la comunicación de la adjudicación surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones y de la que el contrato no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal".

Una tercera postura, de la cual somos proclives y a la cual se une Susana Montes de Echeverri⁸³, considera que el contrato estatal nace con el perfeccionamiento del contrato que por supuesto en derecho colombiano no se sucede con la expedición por parte de la Administración del acto de adjudicación, como sí lo trata el ordenamiento español en el artículo 54 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Con todo, no podemos desconocer que la adjudicación de la licitación es un acto trascendental en el proceso de la contratación administrativa, pero que por su propia naturaleza existe antes del contrato y aunque este nunca

79 LUISA FERNÁNDEZ MEJÍA, *La responsabilidad contractual del Estado*, Bogotá: Jurídicas Radar, 1987, pp. 55-64.

80 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 16 de enero de 1975, Exp. 1503.

81 PEDRO LAMPREA RODRÍGUEZ, *Práctica administrativa*, t. 1, Bogotá: Ediciones Jurídica Wilches, 1988.

82 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto del 22 de abril de 1988, Exp. 5262.

83 SUSANA MONTES DE ECHEVERRI, *Los derechos del licitador. Controversia contractual de obras públicas*, Bogotá: Universidad de los Andes, 1989.

llegue a existir. Así, la adjudicación del contrato es distinta a la celebración del contrato, y corresponden a dos etapas que no pueden confundirse⁸⁴. No obstante lo anterior, lo vacilante que ha sido la jurisprudencia en esta materia ha conducido a que la propia corporación decidiera en una providencia del 12 de diciembre de 2001, que: "el contrato se perfecciona cuando se logra acuerdo entre objeto y contraprestación y se eleva a escrito. Para su ejecución se requiere aprobación de la garantía única y certificado de disponibilidad presupuestal"⁸⁵.

Como muy bien lo afirma el Consejo de Estado en la última decisión citada, la ley, además de consagrar la consensualidad, exige para su perfeccionamiento que se eleve a escrito⁸⁶; y por otro lado, se hace necesaria la observancia de

84 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del Consejo de Estado, Exp. 4880. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 15 de agosto de 2017, Exp. 2346: "La adjudicación del contrato estatal ha sido entendida jurisprudencial y doctrinalmente como el acto (administrativo) mediante el cual una entidad pública manifiesta su aceptación a la propuesta u oferta presentada por alguno de los participantes en un proceso de selección, y se obliga a suscribir con este el contrato proyectado. Tal decisión implica la escogencia o selección definitiva de dicho oferente, con base en el respectivo informe de evaluación y calificación de las propuestas, descartando, por lo tanto, a los demás oferentes y a las demás propuestas. En esa medida, el acto de adjudicación se asemeja a la aceptación de la oferta en los contratos de derecho privado, con la diferencia de que en estos, en virtud de los principios de la autonomía de la voluntad y de la consensualidad, la aceptación oportuna perfecciona el respectivo contrato, como regla general, salvo en los denominados contratos solemnes y reales, y hace surgir los derechos y obligaciones pactados o derivados del mismo, mientras que en los contratos estatales, debido a su carácter solemne definido por la ley (artículo 41 de la Ley 80 de 1993), estos no se perfeccionan con la notificación del acto de adjudicación, sino con la suscripción, por las dos partes, del documento que contenga las respectivas cláusulas o estipulaciones, con algunas pocas excepciones. Consecuencia de lo anterior es que el acto de adjudicación no da lugar, por sí mismo, al nacimiento de las obligaciones y los derechos que genera el contrato, sino a otra clase de obligaciones y derechos recíprocos entre la entidad estatal y el adjudicatario, esto es, a la obligación y al derecho que ambas partes adquieren de suscribir el contrato proyectado, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones y con las previsiones contenidas en dicho documento, en sus modificaciones, adendas, anexos y en la propuesta que haya sido aceptada (siempre que no contradiga aquellos documentos). La jurisprudencia y la doctrina, de tiempo atrás, han distinguido tres notas características del acto de adjudicación del contrato estatal, a saber: (i) es un acto administrativo de carácter definitivo y de alcance particular; (ii) es irrevocable, por regla general, y (iii) es obligatorio, tanto para la entidad contratante como para el adjudicatario". En relación con las APP debe atenderse a lo ordenado en la Ley 1508 de 2012, especialmente el artículo 20.

85 Sentencia del 12 de diciembre de 2001.

86 En efecto, en reiteradas ocasiones así lo ha sostenido el Consejo de Estado: "la ausencia de la totalidad de los trámites necesarios para la formalización escrita del contrato y su posterior perfeccionamiento permite concluir que el negocio jurídico es inexistente";

ciertas formalidades⁸⁷ que hacen del contrato estatal un contrato solemne, como es la exigencia de la aprobación de las disponibilidades presupuestales, que son aquellas genéricas conocidas al interior de la materia presupuestal como el requisito previo y provisional a la celebración que declara que en el presupuesto de la entidad contratante existe dinero suficiente y le otorga vía libre a la contratación respectiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 del Decreto Ley 111 de 1996 (disponibilidad presupuestal en estricto sentido). En este sentido, la disponibilidad presupuestal, mal asimilada por la jurisprudencia como sinónimo de registro presupuestal y a su vez requisito de ejecución del contrato, pertenece a otra exigencia presupuestal. Otra cosa es el registro, que es posterior a la celebración y que sí afecta de manera definitiva y compromete el presupuesto. Frente a la teoría de la eficacia del negocio jurídico, en lo que atañe al perfeccionamiento, nos circunscribimos a este momento, no como un mero requisito de legalidad⁸⁸,

de igual forma sostuvo: "será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación en razón del acto o contrato" (sentencias del 28 de enero de 1994, Exp. 9072, y 29 de enero de 1998, Exp. 110999).

87 Por regla general los contratos estatales son solemnes, lo cual, a la luz del artículo 1500 del C. C., significa que están sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales, de tal forma que sin ellas no producen ningún efecto. En este sentido, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Delitos de celebración indebida de contratos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 290. De igual manera se pronuncia JORGE PINO RICCI, "Régimen de las entidades territoriales", en AA. VV. *Contratación Estatal*, t. 1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995; del mismo parecer, RODRIGO ESCOBAR GIL, *Teoría general de los contratos de la Administración pública*, op. cit., p. 219; y LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA, *Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*, 2.ª ed., Bogotá: Legis, 2003, cuando dice que "el contrato estatal es solemne en cuanto la manifestación de voluntad es ineficaz si no se expresa bajo la forma *ab solemnitate* o *ad substantian actus*. Se trata, entonces, de un requisito de la existencia del contrato cuya omisión impide el nacimiento de cualquier efecto contractual (artículo 1500 C. C.)" (p. 375).

88 Para Santofimio, el registro presupuestal "pasa a convertirse frente al contrato, más que en una exigencia para su existencia, en un requisito para la legalización del mismo. Perfeccionamiento sería entonces sinónimo de legalización. Esto, para diferenciarlo del perfeccionamiento a que hace referencia el artículo 41 de la Ley 80 de 1993; el cual se aproxima más al concepto de existencia del contrato estatal". JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Delitos de celebración indebida de contratos*, op. cit., p. 160. Y Jorge Pino Ricci dice al respecto que la ley orgánica de presupuesto no podrá regular los requisitos de la existencia de los contratos estatales o su fuerza vinculante; únicamente podrá regular su existencia presupuestal. Por el contrario, es claro que corresponde al Estatuto Contractual regular los requisitos de existencia o perfeccionamiento del contrato, como en efecto se hace en el artículo 41. JORGE PINO RICCI, *Contratos estatales*, t. 1, p. 15, sin publicar. Puede que estos autores se estén apoyando en alguna jurisprudencia, por ejemplo, la sentencia del Consejo de Estado del 6 de abril de 2000, Exp. 12775. También, porque consideran a la aprobación del registro como una mera operación

sino de la existencia del contrato, en tanto este sin duda es de la esencia del negocio; así, si no se encuentra aprobado en estricto sentido el registro presupuestal, no puede aseverarse que el contrato del Estado ha nacido a la vida jurídica y ha producido efectos jurídicos en el mundo jurídico⁸⁹.

Lo que de contera implica una interpretación coherente desde la hermenéutica jurídica. En este sentido, si la premisa fundamental es la de que el contrato del Estado es solemne por regla general, habida cuenta que debe cumplirse con exigencias adicionales al consensualismo, entonces, si el contrato no se celebra cumpliendo tales condiciones, sujetas a determinados procedimientos, no puede existir una eficacia plena⁹⁰. Por tanto, "la declaratoria de existencia del negocio jurídico supone que las partes en la práctica hayan recorrido la definición del tipo negocial, esto es, que la conducta por ellas observada se encuentre dentro de la categoría o tipo contractual que aspiraron realizar"⁹¹.

Ahora bien, como lo esbozamos en otra oportunidad⁹², el artículo 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto Ley 111 de 1996) establece que los actos jurídicos de naturaleza pública que afecten el presupuesto, dentro de los cuales lógicamente se hallan los contratos estatales, deben estar soportados por un registro presupuestal que será requisito del perfeccionamiento de estos. Dicha tesis es sostenida por un sector de la doctrina⁹³ y fue acogida en un momento por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹⁴ al indicar que: "según las normas que sobre el particular consagran el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 71 del Decreto Ley 111 de 1996 (contentivo

administrativa tendiente a que el contrato celebrado comprometa definitivamente el presupuesto público.

- 89 O mejor, que el negocio jurídico es inexistente. La inexistencia es la situación jurídica en que se encuentra una pretendida disposición de intereses que no se ha perfeccionado como negocio jurídico por carecer de un elemento, solemnidad o actividad que es indispensable para su formación. Así, siempre que se omita la solemnidad que perfecciona el contrato, este será inexistente.
- 90 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1998, Exp. 11099. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de julio de 1996, Exp. 9692.
- 91 *Ibid.* En el mismo sentido se pronuncia RAMÓN EDUARDO MADRIÑÁN DE LA TORRE, *Derecho comercial colombiano*, Medellín: Cámara de Comercio, 1985.
- 92 JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *Forma, formalidades y contenido del contrato estatal*, op. cit., 2020.
- 93 RODRIGO ESCOBAR GIL, *Teoría general de los contratos de la Administración pública*, op. cit., p. 88.
- 94 Auto del 7 de enero de 2000, Exp. 14935; aclaración de voto de Alier Hernández a la sentencia del 6 de abril de 2000, Exp. 12775; concepto del 26 de agosto de 1998, Exp. 1121.

este último del Estatuto Orgánico del Presupuesto), en concordancia con el artículo 2.º *ibídem*, los requisitos de perfeccionamiento de los contratos estatales son los siguientes: a) el acuerdo de las partes acerca del objeto y la contraprestación; b) la consignación de ese acuerdo en documento escrito y, c) el registro presupuestal de ese acto⁹⁵. Por consiguiente, bajo la consideración de que, siendo la Ley Orgánica del Presupuesto una ley posterior en el tiempo, especial en cuanto a la regulación de la materia de que trata y dotada de mayor fuerza normativa en el sistema de fuentes que el Estatuto de Contratación Estatal, se entendería que la etapa del perfeccionamiento de los contratos de la Administración fue complementada al exigirse un requisito adicional, inclusive a los exigidos en materia civil y comercial⁹⁶. No obstante, esta posición jurisprudencial no ha sido unánime al interior del máximo tribunal, pues para algunos el contrato estatal no puede enmarcarse en la categoría de actos administrativos que regula el Estatuto Orgánico del

95 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 31 de agosto de 2000, Exp. 17.074. Esta posición reitera lo ya expresado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de enero de 2000, Exp. 14.935, del mismo ponente, en la que se expresa: "En principio se tiene, que según lo reglado en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 [...]; en tanto que la existencia de la disponibilidad presupuestal y la aprobación de la garantía única de cumplimiento, son simplemente 'requisitos de ejecución' y no de perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma sufrió modificación por el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, compilada en el artículo 71 del Decreto ley 111 de 1996, contenido del Estatuto Orgánico del Presupuesto, según el cual: [...] Si bien, la norma antes transcrita hace alusión al perfeccionamiento de 'actos administrativos', la misma ha de entenderse hecha en sentido genérico y no reducida a los actos administrativos unilaterales; por lo tanto, en ella deben incluirse tanto los unilaterales como los bilaterales, ya que dicha disposición no hace distinción alguna, interpretación que ve coadyuvada por lo dispuesto en el artículo 2.º del Decreto ley 111 de 1996 de la misma Ley 179 de 1994, que establece: 'Esta Ley Orgánica del Presupuesto, su reglamento, las disposiciones legales que esta expresamente autorice, además de lo señalado en la Constitución, serán las únicas que podrán regular la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución del Presupuesto, así como la capacidad de contratación y la definición del gasto público social. En consecuencia, todos los aspectos atinentes a estas áreas en otras legislaciones quedan derogados y los que se dicten no tendrán ningún efecto'. En consecuencia, a términos de las normas antes transcritas, se deduce que el perfeccionamiento de los contratos estatales se produce con el registro presupuestal de los mismos, luego de que las partes hayan expresado, por escrito, su consentimiento acerca del objeto y las respectivas contraprestaciones".

96 JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *Forma, formalidades y contenido del contrato estatal*. En el mismo sentido, HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO, "La forma en el contrato estatal: algunas reflexiones sobre la incidencia del Estatuto Organizo del Presupuesto sobre el perfeccionamiento de los contratos del Estado", *Revista de Derecho Fiscal*, n.º 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Presupuesto al hablar de registro presupuestal⁹⁷, y para otros la jerarquía normativa no es el argumento idóneo para justificar la inclusión de tal requisito dentro del perfeccionamiento de los contratos del Estado⁹⁸. De ahí

97 “No comparto la afirmación que se hace en la providencia según la cual el registro presupuestal es un requisito del perfeccionamiento del contrato, en los términos del artículo 71 del Decreto 111 de 1996. Es cierto que esta norma señala que el registro presupuestal es requisito de perfeccionamiento de todos los actos administrativos que afectan las apropiaciones presupuestales. Sin embargo, es necesario precisar que el contrato estatal en cuanto es un acuerdo de voluntades estrictamente no constituye un acto administrativo, el cual ha sido entendido por la doctrina y la jurisprudencia como una manifestación de voluntad unilateral de la Administración. Es cierto también que el anterior estatuto contractual (Decreto Ley 222 de 1983) en el artículo 51 establecía dentro de los requisitos de perfeccionamiento del contrato el correspondiente registro presupuestal, si había lugar a él. El artículo 41 de la Ley 80 de 1993, por el contrario, diferencia claramente el perfeccionamiento del contrato y su eficacia y ejecución [...]. Resulta por tanto discutible que se establezca como requisito de perfeccionamiento de un acto jurídico, una exigencia que toca más con su ejecución o su eficacia. Al respecto cabe señalar que el artículo 14 de la Ley 344 de 1996, por medio de la cual se dictaron normas tendientes a la racionalización del gasto público, señalaba que las cesantías parciales o anticipos de cesantía de los servidores públicos, solo podrían reconocerse, liquidarse y pagarse cuando existiera apropiación presupuestal disponible para tal efecto. La Corte Constitucional, sin embargo, mediante sentencia C-428 de 1997 declaró la inexecutable de las expresiones reconocerse y liquidarse [...]. Aplicando este mismo criterio, es discutible la constitucionalidad del artículo 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, fuera [de] que de allí se crea un nuevo y exótico requisito de perfeccionamiento de los actos administrativos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, aclaración de voto en auto del 31 de agosto de 2000, Exp. 17.097.

98 “Pese a compartir la decisión que adoptó la Sala, con todo respeto manifiesto mi discrepancia en cuanto a la afirmación contenida en el primer párrafo de la página 15, donde, luego de aclarar que las reflexiones elaboradas en torno del perfeccionamiento de los contratos se refieren a la norma que estaba contenida en el Decreto Ley 222 de 1983, se agrega que, bajo la Ley 80 de 1993, ‘los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito’, y en lo referente al cumplimiento de los otros requisitos —la aprobación de la garantía y la existencia de las disponibilidades presupuestales— se exige para la ejecución del contrato, como también la publicación oficial luego del perfeccionamiento (artículo 41), con lo cual no queda ninguna duda sobre el momento de perfeccionamiento del contrato y, por consiguiente, el incumplimiento de los subsiguientes requisitos configura una responsabilidad de naturaleza contractual. Analizado el panorama observamos que el Decreto 111/96 añadió un requisito adicional al perfeccionamiento de los contratos estatales, cual es el del registro presupuestal, y sobre la base del respeto de la jerarquía normativa este elemento es de obligatorio cumplimiento para las entidades, en el perfeccionamiento del contrato. Un sector de la doctrina no comparte la tesis expuesta por el Consejo de Estado, ya que considera que el argumento de la jerarquía normativa no es el aplicable al caso concreto, porque si bien es cierto que el artículo 71 del Decreto 111/96 hace referencia a todos los actos administrativos en los que la administración asume a favor de terceros, determinados compromisos económicos, no es menos cierto

que, a partir del año 2006^[99], el Consejo de Estado adoptara la tesis bajo la cual los requisitos de perfeccionamiento son exclusivamente los mencionados en el inciso 1.º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, de tal manera que en los términos de la jurisprudencia el registro presupuestal no constituye un requisito de perfeccionamiento del contrato estatal, sino uno de ejecución¹⁰⁰.

que la norma emplea un inadecuado léxico en materia administrativa, debido a que habla de perfeccionamiento de actos administrativos, cuando esta palabra es reservada única y exclusivamente al ámbito contractual. Con un *plus* adicional y es que la Ley 80 por ser una ley especial conserva intacta su vigencia, por lo que para el perfeccionamiento de los contratos estatales solo se requerirá el acuerdo de voluntades sobre el objeto y la contraprestación". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, aclaración de voto a la sentencia del 6 de abril de 2000, Exp. 12.775.

- 99 "[L]a ausencia de registro presupuestal no produce la inexistencia del contrato estatal, determina su inejecución, la que aunada a los perjuicios que cause al contratista, configura la responsabilidad contractual del ente público infractor [...]. [L]a condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su 'perfeccionamiento', es un requisito necesario para su ejecución". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 2006, Exp. 15.307. En igual sentido, *cfr.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 7 de junio de 2007, Exp. 14.669, 11 de febrero de 2009, Exp. 31.210, 7 de octubre de 2009, Exp. 17.762, 11 de noviembre de 2009, Exp. 18.015, 21 de febrero de 2011, Exp. 17.216, 23 de marzo de 2011, Exp. 17.072, 24 de marzo de 2011, Exp. 20.343, 19 de septiembre de 2011, Exp. 18.726, y 7 de marzo de 2012, Exp. 18.207; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de julio de 2015, Exp. 34.650.
- 100 "[C]on la vigencia de la Ley 1150 de 2007 el legislador ratificó que el requisito presupuestal se necesita para la 'ejecución' del contrato, no para el 'perfeccionamiento', pues señaló que 'Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes' [...]. Esta norma, se insiste, mantiene intacto el primer inciso del artículo 41 de la Ley 80, de allí que el perfeccionamiento del contrato estatal sigue como estuvo regulado desde la vigencia de la norma inicial. Pero también conserva la idea de que el registro presupuestal es un requisito de ejecución del contrato, luego hoy no puede sostenerse que lo sea de perfeccionamiento, so pena de desatender el sentido del artículo citado. Afortunadamente esta postura es la que rige, tesis imperante que señala que el contrato estatal se perfecciona con el acuerdo de voluntades, elevado a escrito [...] el artículo 41 de la Ley 80, vigente al momento de celebrarse el contrato de prestación de servicios profesionales *sub iudice*, efectivamente disponía que los requisitos de perfeccionamiento, que son distintos a los de ejecución, no incluyen la existencia del registro presupuestal [...] el registro presupuestal no es requisito de perfeccionamiento de los contratos, sino condición para ejecutarlos, porque los negocios jurídicos de las autoridades se reputan perfectos cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y este se eleva a escrito. [...] la Sala mantiene la tesis vigente, que proviene de la lectura del artículo 41 original de la Ley 80 de 1993, e inclusive de su reforma". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de agosto de 2014, Exp. 28.565.

Así las cosas, bajo la interpretación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la etapa precontractual y, por tanto, la responsabilidad precontractual irían hasta el momento en que se eleve a escrito el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación. Dicha postura es disidente a la nuestra, bajo la cual la etapa precontractual iría hasta el momento mismo en que la Administración soporta presupuestalmente el acto llamado contrato con el registro presupuestal. Bajo una u otra teoría antes no hay contrato *strictu sensu*¹⁰¹. Sin embargo, ¿cual es el efecto práctico de adoptar una u otra postura? Y, ¿por qué hemos hecho hincapié en el recorrido histórico de las diferentes posturas que ha adoptado el Consejo de Estado al respecto? La respuesta está dada desde el aspecto procesal en función de la naturaleza y procedencia del medio de control a incoar a fin de pedir, bien sea la compensación¹⁰² que abarca la pérdida de oportunidad, pues el derecho que se protege es el de participar en el proceso de selección con el fin de ser escogido; o la indemnización integral que comprende la utilidad o también denominado interés positivo o beneficio industrial, en cuyo caso el afectado deberá demostrar que en el supuesto de que el proceso se hubiera adelantado bajo las condiciones adecuadas, este habría sido elegido.

Llegados a este punto, es menester precisar que, de acuerdo con las reglas del inciso segundo del artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los actos precontractuales se pueden demandar mediante el medio de control de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, debemos aclarar que no todo acto expedido con anterioridad a la celebración del contrato se puede considerar precontractual, pues lo anterior, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, implicaría hacer referencia a un maremágnum de actuaciones que no tienen la virtud de manifestar la voluntad de la Administración en suscribir un contrato¹⁰³. En ese sentido, solo los actos que gozan de la característica de ser definitivos pueden ser cuestionados en su legalidad. Ahora bien, al ser los actos precontractuales definitivos, separables del ne-

101 Así dictaminó en esta ocasión: "Ante la ausencia de estos requisitos esenciales al nacimiento y perfeccionamiento del contrato, este no alcanzó a nacer a la vida jurídica y cualquier circunstancia que se hubiere desarrollado bajo el mal entendido que estaba vigente un contrato [...] son fenómenos de hecho que no están regidos por ningún negocio jurídico; por tanto, mal puede pensarse en obligaciones nacidas de esta situación, porque la nada no puede producir nada".

102 Independientemente de que en la etapa precontractual se pueda ir por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a los actos separables, tal como lo contempla el artículo 87 del CCA, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1995, Exp. 9999.

103 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2021, Exp. 59.735.

gocio jurídico principal, gozan de autonomía y no están supeditados en los casos en lo que el contrato ya se encuentra perfeccionado a que su control se ejerza como fundamento de la nulidad absoluta del contrato¹⁰⁴. Esto anteriormente sí sucedía bajo la Ley 446 de 1998, donde solamente era posible ejercer las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, en contra de los actos precontractuales dentro del término máximo de 30 días contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación o publicación, siempre y cuando no se hubiera celebrado el contrato. En suma, con independencia de si se celebró o no el contrato, la ilegalidad de los actos previos, hoy por hoy se reclama en sede judicial mediante la nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, sin perjuicio de que se pueda hacer una acumulación de pretensiones.

De otra parte, dentro del radio de acción en el que ha de moverse la posible o potencial responsabilidad precontractual, se hace necesario afirmar aquí que este otro aspecto consecuencial de los contratos constituye una zona común en su aplicación. ¿Esto qué quiere decir? Nada más y nada menos que es de aplicación frente a todo tipo de contrato, es decir, frente a los contratos típicos o nominados como frente a los contratos atípicos o innominados. Empero, otro caso será el de las entidades exceptuadas del régimen de contratación estatal, pues los actos expedidos por estas no son actos administrativos, sino expresiones de la autonomía privada¹⁰⁵, y en este sentido no es plausible su control a través de los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho. Al respecto, el medio de control dependerá de la etapa del *iter* contractual según las reglas de la oferta y la demanda. No obstante, en hora buena la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado unificó la jurisprudencia en torno a la naturaleza jurídica de los actos previos o precontractuales y el medio de control a incoarse¹⁰⁶ para cuestionarlos. De modo que, frente al comportamiento antijurídico imputable a una de las partes, si el vínculo se encuentra perfeccionado acaecerá un derecho subjetivo que habilita reclamar el interés positivo, ya sea mediante la ejecución de la obligación o el pago del valor del objeto del contrato con la indemnización de perjuicios en ambos casos (artículo 1546 del CC)¹⁰⁷ a través del medio de control de

104 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de enero de 2019, Exp. 57.741.

105 Salvo aquellos casos en los cuales la ley disponga expresamente lo contrario. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 5 de julio de 2018, Exp. 59530.

106 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020, Exp. 42003.

107 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 29 de agosto de 1984, [fundamento jurídico 3 cargo único], en G.J. 2415, p. 225.

controversias contractuales¹⁰⁸. A su vez, si no ha confluído el consentimiento de las partes, es decir, el contrato no se ha formado, pero de las negociaciones se evidencian que el contrato iba a celebrarse, el demandante tendrá derecho al "interés negativo o de confianza"¹⁰⁹ y, en consecuencia, el medio de control a incoar será el de reparación directa. Por lo demás, una situación que consideramos relevante que puede presentarse en la etapa precontractual es aquella en la cual una entidad estatal, en un caso de urgencia, manifiesta realiza negociaciones con el particular sin que se haya expedido previamente el acto administrativo que declara la urgencia manifiesta; en este caso, el medio de control será el de reparación directa en los casos en que el contrato no se haya celebrado o el de controversias contractuales cuando el contrato fue celebrado.

7. SITUACIONES CONCRETAS DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN LAS QUE PUEDE INCURRIR LA ADMINISTRACIÓN O EL PROPONENTE

Antes de entrar a estudiar los eventos de responsabilidad patrimonial precontractual del Estado, es menester precisar que la clasificación que aquí se expone no obedece a una enumeración taxativa, con lo cual es posible que existan otros supuestos de responsabilidad diferentes a los que aquí se enuncian¹¹⁰.

108 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 18 de abril de 2017, Exp. 57835. "En efecto, el despacho simplemente a título enunciativo —sin pretender efectuar un *numerus clausus* de la materia— destaca la adecuación de la tesis de la acumulación obligatoria o imperativa con los principios de: moralidad de la administración pública (artículo 209 C.P.), transparencia, responsabilidad, selección objetiva y planeación (artículos 23 y ss., Ley 80 de 1993 y artículo 13, Ley 1150 de 2007). En suma, para esta corporación no es admisible que a partir de una lectura restrictiva de la norma se promuevan comportamientos que atentan contra el ordenamiento jurídico, porque la tesis de la acumulación optativa sirve de pábulo para que el contrato viciado continúe su ejecución con independencia de los vicios que lo afectan y, en consecuencia, se deje en cabeza del demandante —adjudicatario no favorecido— la decisión de si activa o no el control jurisdiccional sobre la legalidad del negocio jurídico irregular".

109 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de junio de 1990, Rad. 239 [fundamento jurídico 1.1.2].

110 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de junio de 2014, Exp. 21324: "corresponde advertir la existencia de múltiples escenarios de responsabilidad patrimonial precontractual del Estado, entre los que se enumeran —sin ningún animo o finalidad de taxatividad— los siguientes: i) la violación al derecho a participar en el proceso de selección, ii) la vulneración al derecho a que la oferta sea evaluado, iii) la afectación al derecho a ser adjudicatario

7.1. DESDE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Respecto de las situaciones de responsabilidad precontractual en las que puede estar inmersa la Administración, es esencial señalar que estas se presentan habida cuenta de la falta o indebida planeación de los contratos, la ausencia de análisis de los elementos y condiciones que en relación con cada tipo de contrato se deben exigir y, en general, por la actuación con negligencia y descuido en la etapa precontractual, las cuales entraremos a estudiar con mayor detenimiento *infra*.

7.1.1. La imposibilidad de seleccionar al proponente por una inadecuada preparación de la licitación y el contrato mismo

Es obligación de la Administración hacer efectivo y ejecutable el principio de planeación consagrado en el Estatuto de Contratación Estatal, en los numerales 6.º, 7.º y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, este último modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011; en los numerales 5.º del artículo 24 y 3.º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993; y en los numerales 1.º y 2.º del artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, así como en el artículo 5.º de la Ley 1882 de 2018, el 83 de la Ley 1474 de 2011 y en los artículos 2.2.1.1.1.4.1 y 2.2.1.1.16.1 a 2.2.1.1.1.6.3 reglamentarios, al ser esta etapa la primera de las formalidades que se enmarcan dentro del concepto de formación y configuración del contrato estatal¹¹¹.

Así las cosas, las entidades están obligadas, bajo dicho principio, a realizar una serie de estudios que le permitan tener información real del bien, servicio u obra que satisfaga la necesidad previamente delimitada por la entidad. Dicho análisis debe contener un estudio de conveniencia y oportunidad, un análisis de las condiciones del mercado para determinar el presupuesto oficial, los riesgos previsibles y la maduración del proyecto, a lo que se suma

del contrato; y iv) la renuencia de la administración pública a suscribir y perfeccionar el contrato estatal. los anteriores supuestos son constitutivos de daños in contrahendo, bien por el desconocimiento del principio de legalidad o por los desconocimiento de los subprincipios y reglas que orientan el postulado de la buena fe en la etapa preliminar del negocio jurídico; es posible que se identifiquen mas escenarios, debido a la fuerte reglamentación que existe y opera en materia precontractual. De igual forma, es importante advertir que los proponentes pueden también resultar compelidos a indemnizar el daño antijurídico irrogado a la administración pública cuando le sea imputable, entre otras causas, por la falta de seriedad de la oferta, por resistir a entregar o suministrar información sobre la configuración de inhabilidades e incompatibilidades, o por la renuencia en la adjudicación y/o suscripción del contrato estatal".

111 JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *Forma, formalidades y contenido del contrato estatal*, op. cit.

la obligación de realizar la obtención de los permisos y licencias, como dar cumplimiento a los requisitos presupuestales con el fin de culminar con éxito el procedimiento de selección. En suma, el agotamiento de esta exigencia le permite a la Administración poder determinar qué quiere, cómo pretende conseguirlo, qué necesita para hacerlo y a qué costo podrá llevarlo a cabo.

Por ende, la actuación administrativa en contravía de este postulado acarrea responsabilidad precontractual en el evento en que se frustre el procedimiento de selección, llámese licitación, concurso de méritos, selección abreviada, mínima cuantía o contratación directa. Y muy a pesar de que se haya logrado la adjudicación y el perfeccionamiento del contrato, la inobservancia de estas exigencias puede llegar a repercutir en el buen desarrollo de la ejecución del objeto del contrato, como dice Rodrigo Escobar Gil¹¹², suspensiones temporales del plazo, cambio de especificaciones técnicas, obras adicionales, prórrogas, etc. Esto, en consecuencia, afecta la esfera de la responsabilidad de naturaleza contractual, la cual, como hemos precisado en otra oportunidad, encuentra posturas disidentes al interior de las secciones del Consejo de Estado, donde la jurisprudencia administrativa ha llegado a considerar que el incumplimiento de los deberes de planeación acarrea la nulidad del contrato por objeto ilícito posteriormente celebrado, en tanto que se trata de requisitos de validez del contrato¹¹³, y es por ello

112 RODRIGO ESCOBAR GIL, *Teoría general de los contratos de la Administración pública*, op. cit., pp. 233-234.

113 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1.º de diciembre de 2008, Exp. 15.603. Así mismo, y de manera reciente, el Consejo de Estado ha dicho que la falta de planeación infringe los artículos 209 y 341 constitucionales, y particularmente que una indebida planeación contractual sería violar una prohibición legal contenida en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. Esto configura entonces la nulidad absoluta del contrato contemplada en el numeral 2.º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 24 de abril de 2013, Exp. 27315 y 13 de junio de 2013, Exp. 26.637. La Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que, aunque no toda deficiencia en la planeación del contrato estatal conduce a la nulidad del contrato por objeto ilícito, hay situaciones que sí la producen, cuando se presentan: "i) situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico no podrán ejecutarse; ii) situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que la ejecución del contrato va a depender de circunstancias indefinidas e inciertas por necesitar de situaciones de terceros, y iii) situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de diciembre de 2015, Exp. 51.489. No obstante, al interior de las otras subsecciones, de manera contraria se ha venido sosteniendo que ante la falta o indebida planeación contractual lo que podría verificarse es una responsabilidad contractual de la entidad eventualmente y de reunirse los elementos que la integran, debido al apartamiento

que un error en los estudios previos, o la ausencia de ellos, habilita la revocatoria del acto de apertura del procedimiento de selección correspondiente, en aplicación de las reglas generales del procedimiento administrativo¹¹⁴, además, de constituir falta disciplinaria¹¹⁵.

Sin duda, como lo hemos sostenido líneas atrás, la elaboración de los proyectos de pliego de condiciones es una clara manifestación de la planeación contractual, por lo que basado en ese nuevo dinamismo contractual que le brinda la posibilidad a los interesados en participar desde la fase preparatoria del contrato, presentando observaciones a dichos documentos y obligando la ley a que la Administración responda a las mismas, sin que se entienda que debe acatarlas, es importante tener claro que las respuestas a

del aludido principio. *Cfr.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2016, Exp. 46.297. No obstante, según la jurisprudencia es posible que se pueda declarar responsabilidad por incumplimiento ante la falta de planeación que puede ser tanto por la Administración como por el contratista, según la posición jurídica en que se encuentren frente a cada obligación. *Cfr.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de septiembre de 2016, Exp. 51.341.

114 “[L]a Ley 80 de 1993 —al igual que la Ley 1150 de 2007— y sus decretos reglamentarios no regularon íntegramente los procedimientos administrativos contractuales, aunque lo hicieron con bastante exhaustividad, por lo menos frente a muchos procedimientos; y por esta razón el artículo 77 exhorta y admite que: ‘las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales’ [...] muchos aspectos importantes del procedimiento contractual los regula la ley de contratación estatal, y también sus reglamentos; pero no todo se encuentra allí. Un entendimiento contrario riñe con la casuística, es decir, con la realidad, y también con la necesidad de entender correctamente la dinámica de la Administración pública, que en estos aspectos no se diferencia en demasía de la administración de los bienes y las necesidades privadas. [...] Afortunadamente, la Ley 80 definió el problema —según se analizó—, porque el artículo 77 sospechó la dificultad que se presentaría en materia de procedimiento, de ahí que, sin ambages, remitió al CCA para suplir los vacíos. De allí que, a la pregunta de si en materia contractual la administración puede revocar sus propios actos —salvo el de adjudicación—, la Sala responde que sí [...] y luego los reglamentos de la Ley 1150 de 2007, porque si el tema no está regulado en la Ley 80 habrá de acudir al régimen general previsto en el CCA. De la misma manera, si se pregunta si en las etapas pre-contractual o pos-contractual rige el silencio administrativo también se dirá que sí, porque si tampoco está regulada en la Ley 80 hay que remitirse al régimen previsto en el CCA. Con la misma lógica de análisis habría que tomar institución por institución del procedimiento administrativo, para verificar si existe norma especial que lo regule en la contratación —en todo o en parte—, y de constarse algún vacío se acudirá al procedimiento administrativo común, siempre que sea compatible”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de marzo de 2014, Exp. 25.750.

115 Para extenderse en todo lo relacionado con la planeación y las consecuencias que se derivan de su indebida aplicación o ausencia del mismo postulado, véase JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *La planeación y validez del contrato Estatal*, op. cit., pp. 65-110.

las observaciones podrán generar responsabilidad en cabeza de la Administración, toda vez que ellas tienen fuerza vinculante como lo ha sostenido la jurisprudencia administrativa¹¹⁶.

Ahora bien, volviendo al eje central de este estudio, en aquellas hipótesis en que con ocasión de las omisiones u errores en que haya incurrido la Administración en la etapa de planeación se declare desierto el procedimiento de selección, la indemnización solo abarca el daño emergente o interés negativo, reparación propia de la culpa *in contrabando* que se concreta en los gastos efectuados para participar en el procedimiento de selección declarado desierto¹¹⁷. Al tenor de lo manifestado por el Consejo de Estado, "la Administración no está facultada para declarar desierta una selección contractual con el objeto de salvar o enmendar un error cometido por ella en la planeación del procedimiento de selección del contratista". Por el contrario, "La regla de la adjudicación compulsoria obliga a la Administración pública siempre a escoger el contratista que haya presentado la propuesta más favorable"¹¹⁸. Así mismo, la jurisprudencia ha señalado que el lucro cesante dejado de percibir frente a la declaratoria de desierto del procedimiento de selección como consecuencia de la frustración ilegal del proceso, se podrá reconocer siempre y cuando para el efecto se demuestre que la propuesta de la parte demandante era la mejor. A su vez, se ha precisado que los gastos en que haya incurrido el accionante se deben considerar costos de oportunidad que este asumió sufragar para participar en el proceso de selección en igualdad de condiciones a los otros participantes y, por lo tanto, no pueden ser reconocidos¹¹⁹.

7.1.2. La no selección del proponente

En condiciones normales, la entidad estatal, siguiendo el principio de la Administración compulsoria, si inició el procedimiento de selección, sea cual sea, está en la obligación de culminarlo; pero no se queda allí, porque ha de hacerlo bien, es decir, conforme a todas las reglas previas exigidas en la ley en el sentido más amplio y en los propios documentos y estudios que de manera previa ha elaborado y diseñado la entidad contratante. En este orden de ideas, si por una actuación irregular exclusiva de la Administración se produce la

116 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de junio de 2014, Exp. 33.319.

117 Así, se ha pronunciado el Consejo de Estado desde 1988, en sentencia del 9 de diciembre, Exp. 389, y también en los expedientes 3528, 3529 y 3544.

118 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de diciembre de 2004, Exp. 15.235.

119 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2017, Exp. 25.740.

deserción del procedimiento selectivo sin que exista una causal objetiva que lo origine, la no selección del proponente que mejores condiciones ofrecía a los intereses de la entidad, genera una responsabilidad patrimonial para esta al causar un daño antijurídico al particular¹²⁰. Bajo estas circunstancias, la indemnización no se queda en el reconocimiento del interés negativo, sino que traspasa la barrera precontractual, y dicha recompensa se verá materializada con el otorgamiento del interés positivo por las ganancias o utilidades que se deja de percibir por la falta de la adjudicación y celebración del contrato, es decir, que se reconoce el lucro cesante¹²¹.

Ahora bien, cuando la Administración no adjudica ni declara desierto el procedimiento de selección, la jurisprudencia se ha manifestado indicando que: "la toma de la decisión final no es discrecional; y [...] la abstención sin motivos valederos puede comprometer la responsabilidad de la entidad licitante. Si bien es cierto que los particulares o concursantes solo tienen una expectativa de adjudicación, sí tienen derecho a que el proceso se defina. El silencio de la Administración constituye así una omisión que, como tal, puede lesionar los derechos de los interesados y dar pie para una acción de reparación directa"¹²². Al respecto, la misma corporación ha dictaminado que: "Esta conducta omisiva de la Administración abre la posibilidad para que los directos afectados soliciten en sede judicial la declaratoria de responsabilidad, y como consecuencia la indemnización de perjuicios a que haya lugar"¹²³. Como consecuencia de lo anterior, la indemnización a que tiene derecho quien pruebe que tenía la mejor propuesta descansará en el reconocimiento del interés positivo.

7.1.3. La adjudicación irregular de la licitación

Son varios los eventos que pueden dar lugar a este tipo de responsabilidad precontractual en cabeza de la Administración. A saber: (1) cuando la entidad

120 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de abril de 1989, Exp. 3712.

121 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de marzo de 1994, Exp. 6436. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1.º de marzo de 2006, Exp. 14.576. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de agosto de 2012, Exp. 19.216.

122 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de febrero de 1985, Exp. 2748.

123 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de abril de 2001, Exp. 18873. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1.º de marzo de 2006, Exp. 14.576. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de agosto de 2012, Exp. 19.216.

rechaza de plano la oferta que fue presentada en tiempo y en cumplimiento de los requisitos de ley; (2) cuando adjudica el contrato a la oferta que no reunía las mejores condiciones para los intereses de la entidad (artículo 5 de la Ley 1150 de 2007), caso en el cual el demandante debe demostrar que su propuesta era la mejor y sin embargo no se le adjudicó el contrato¹²⁴; y (3) en caso de desistimiento o abstención por parte de la Administración de hacer la adjudicación por fuera de los plazos establecidos en la ley, en los pliegos de condiciones. En estos tres eventos, el particular oferente perjudicado-burlado tendrá derecho al pago del interés positivo con las explicaciones dadas. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado que no son objeto de reconocimiento para los proponentes vencidos los gastos en que incurrieron para la preparación de sus respectivas propuestas, pues estos son el costo de oportunidad que se tiene para participar en el procedimiento de selección. Este mismo principio se extiende para el proponente demandante que logró demostrar que su propuesta era la mejor y, sin embargo, no se le adjudicó el contrato.

Por su parte, el máximo tribunal ha señalado que "cuando del estudio se determine que quien debió ser adjudicatario no lo fue, se debe reconocer el valor que hubiese percibido a título de utilidad de haberse celebrado el contrato"¹²⁵. En el mismo sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos, donde señala:

En cuanto a la segunda pretensión resarcitoria, esto es, el reconocimiento de las utilidades que hubiere percibido el demandante en caso de que la adjudicación de la licitación y por consiguiente la ejecución del contrato se hubiere llevado a cabo, recientemente la Sala sostuvo que la indemnización del demandante en casos como el que se examina debe corresponder al 100 % de la utilidad proyectada. Así, en la sentencia del 27 de noviembre de 2002 (exp. 13792) la Sala aclaró su criterio en relación con el monto de la indemnización que la jurisprudencia venía reconociendo al licitante que injustamente era privado de la adjudicación del contrato. Dicha variación en el porcentaje de la indemnización obedece a que de acuerdo con los principios que orientan la Ley 80 de 1993, se quiso garantizar al contratista el derecho a percibir las utilidades previstas al momento de formular su propuesta o de celebrar el contrato, según el caso, cuando las mismas no se obtengan por causas que no son imputables a él, de lo cual podía inferirse que era obvio y natural que obtuviera las utilidades que proyectó¹²⁶.

124 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de mayo de 2000, Exp. 11725.

125 *Ibid.*

126 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de febrero de 2003, Exp. 14107. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2015, Exp. 31618.

Si el procedimiento se declara nulo por un vicio que afecta el normal desarrollo del procedimiento y en últimas el principio de legalidad, reinante en este tipo de actuación, el proponente afectado solo podrá reclamar lo concerniente al daño emergente relativo a los gastos en que incurrió por la preparación de la propuesta, ya que las utilidades son ajenas a este tipo de indemnización, como lo sostiene Rodrigo Escobar Gil¹²⁷: "el vicio del procedimiento impediría una adjudicación regular de la licitación", y en últimas afectaría a todos los proponentes en igualdad de condiciones, y no solo a los favorecidos con el vicio¹²⁸.

7.1.4. La falta de perfeccionamiento del contrato

La importancia de los formalismos en la contratación administrativa hace que esta clase de negocio sea solemne, tal como lo hemos anunciado líneas atrás. De ahí que la jurisprudencia española, en sentencia del Tribunal Supremo del 2 de diciembre de 1969, manifestara: "no debe caer en olvido el carácter formalista de la contratación administrativa en contraste con los principios espiritualistas que dominan la contratación civil, y esto por el predominio público que informa el servicio que la Administración contrata".

Una referencia al derecho internacional público en la materia y que vale la pena traerlo a colación en cuanto es importante poner de presente que al no culminar esta etapa del contrato (la del perfeccionamiento) se puede generar una responsabilidad precontractual por no acceder a la meta final de los acercamientos o, lo que es lo mismo, en el momento inicial del contrato, siendo la Convención de Viena, piedra angular del comercio exterior, al dedicar los artículos 14 a 24 (parte dos) a la formación del contrato, delimitando claramente las obligaciones de las partes, y también la responsabilidad en que pudieren incurrir los contratantes cuando la relación contractual no culminase con el perfeccionamiento del contrato.

En contraste con lo anterior, en la contratación estatal colombiana, con la sola adjudicación no se ha cumplido con el deber definitivo para la iniciación de la ejecución del contrato del Estado, porque como lo hemos explicado en el acápite correspondiente al radio de acción de la responsabilidad precontractual, el acto de adjudicación no perfecciona el contrato. No obstante, a partir de dicho acto surgen vínculos negociales importantes, a tal punto que obligacionalmente nace una prestación de hacer que consiste en suscribir el contrato y en el deber de culminar los trámites tendientes

127 RODRIGO ESCOBAR GIL, *Teoría general de los contratos de la Administración pública*, op. cit., p. 237.

128 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de diciembre de 1988, Exp. 3528.

al perfeccionamiento de este, por tanto el no perfeccionamiento, acarrea responsabilidad precontractual, sea para la Administración, sea para el oferente¹²⁹. Bajo este enfoque, la indemnización corresponderá, entonces, al reconocimiento del interés positivo, en igual forma que en los casos descritos frente a la adjudicación irregular, como si el proponente lesionado hubiera desarrollado el objeto contractual. No obstante, "la fuente de la obligación de reparación será la responsabilidad aquiliana o extracontractual"¹³⁰.

En cuanto al concepto de utilidad esperada como noción derivada del principio de equidad para indemnizar al proponente vencido injustamente que con certeza era el que debía ejecutar el contrato, el Consejo de Estado indicó en su momento que no cabe la totalidad del reconocimiento por las utilidades esperadas como si hubiera ejecutado el contrato, porque no era seguro que el proponente obtuviera toda la utilidad proyectada, y que como el sujeto privado de la adjudicación no arriesgó su patrimonio en la ejecución de un contrato que no se celebró no era acreedor de la totalidad de la ganancia esperada¹³¹. Sin embargo, esta tesis fue modificada por la sentencia del 27 de noviembre de 2002, por medio de la cual se reconoce la totalidad de la utilidad esperada, aduciendo que: "dada la naturaleza del perjuicio futuro cierto, en las más de las veces el *quantum* del mismo es determinable mediante la valoración de la propuesta que contiene por lo general los costos directos o indirectos en que incurrirá el ofertante de adjudicársele la licitación o el contrato, según su caso, y de los demás medios de prueba que demuestren cuál sería el monto probable de la utilidad esperada, es decir la que no incorpora la fuerza de trabajo ni los costos directos ni indirectos en la realización del trabajo"¹³².

Tesis que actualmente se aplica por el máximo órgano en el entendido que: (1) la indemnización del proponente corresponde al porcentaje de la utilidad que esperaba obtener, en este sentido, no se puede conceder una indemnización superior, porque constituiría un daño eventual, es decir, carecería de certeza; (2) la indemnización no puede ser inferior, porque el juez no puede deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad esperada de haber podido ejecutar el contrato estatal; y (3) la única forma de indemnizar un porcentaje inferior al proponente es que se probara

129 En este sentido, Consejo de Estado, sentencias del 10 de marzo de 1997, Exp. 10038, y del 29 de enero de 1998. Cfr. también la sentencia del 19 de julio de 2000, Exp. 12540.

130 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de octubre de 1994, Exp. 8333.

131 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de abril de 1999, Exp. 11344.

132 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, Exp. 13792.

que hay desproporción en la utilidad esperada o la existencia de una especial dificultad que tendría el proponente para alcanzarla¹³³.

Todo lo anterior es aplicable al contrato estatal propiamente dicho; esto es al celebrado por entidad estatal cuyo régimen jurídico aplicable para el contrato es el del estatuto de contratación estatal. No obstante, para el contrato estatal especial, esto es el celebrado por entidad estatal que goza de un régimen excepcional en su contratación, por regla general el derecho privado, lo que prevalece es la autonomía negocial, por virtud de la aplicación de la máxima de derecho de que el "*solus consensus obligat*". En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, configurándose doctrina probable al respecto: "Si la norma aplicable al contrato estatal es el derecho privado más los principios de la función administrativa, los requisitos de perfeccionamiento también son los que aquel establezca, por tanto las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tampoco pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla"¹³⁴.

7.1.5. La colusión como supuesto de responsabilidad

Desde el ámbito de la contratación estatal, la colusión se define como todo acuerdo realizado por dos o más sujetos en cualquiera de las etapas de un procedimiento de selección, con el objetivo de que el contrato sea adjudicado violando la libre competencia entre los proponentes¹³⁵. En este sentido, de acuerdo, con las decisiones de la Superintendencia de Industria y

133 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1.º de marzo de 2006, Exp. 14576. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de agosto de 2012, Exp. 19216.

134 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de abril de 2014, Exp. 25.80. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de abril de 2014, Exp. 25801; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de febrero de 2016, Exp. 46185; y sentencia de 14 de julio de 2016, Exp. 49305. Adicionalmente, el laudo arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá de Intek contra la Empresa de Teléfonos de Bogotá S. A. ESP.

135 "Lo anterior es lo que la doctrina ha denominado *bid rigging* o *collusive tendering*, que se presenta comúnmente en los procesos contractuales en que dos o más empresas llamadas a luchar para obtener la adjudicación de un contrato deciden aliarse para no hacerlo. El acuerdo puede presentarse de diversas formas, pero siempre estará enfocado en lograr la adjudicación concertada o el favorecimiento de uno de los participantes de la colusión. De igual forma, los mismos pueden presentarse con la aquiescencia o no de los funcionarios públicos encargados del proceso de contratación, pero siempre tendrán como resultado no solamente una restricción indebida a la libre competencia —lo que a su vez puede acarrear un incremento significativo en los precios de los bienes y servicios contratados— sino una disminución en la percepción de transparencia del proceso contractual". DEISY GALVIS-QUINTERO, "La colusión como una práctica

Comercio, los elementos esenciales para que exista un acuerdo colusorio son: (1) un convenio, pacto o acuerdo entre varios sujetos; (2) que tenga como objeto o efecto la distribución de adjudicaciones de contratos o la fijación de términos de las propuestas; y (3) que dicho acuerdo afecte el bien jurídico tutelado, los cuales se pueden analizar desde el aspecto subjetivo y el aspecto objetivo de la conducta.

Un punto que resulta trascendental traer a colación frente a este tema es la visión pretérita de que los sujetos activos del acuerdo solo pueden ser los proponentes o los servidores públicos, dejando a un lado “la práctica de acuerdos restrictivos de la competencia llevados a cabo por entidades públicas en los procesos de selección”¹³⁶, situación que claramente implica un vicio en la etapa precontractual y que sin lugar a dubitaciones acarrea responsabilidad para la entidad estatal. Al respecto, es preciso resaltar que la jurisprudencia ha sido ajena a dicho análisis y estudio. En otras palabras, siguiendo a María Daniela Castañeda:

De manera paradigmática, a pesar de que Colombia cuenta con una fórmula abierta y general de aplicación en la violación del derecho de la competencia, en comparación al derecho comunitario europeo¹³⁷, el cual, en los artículos 101^[138] y 102^[139]

restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas”, *Universitas*, n.º 132, 2016, pp. 133-196.

136 MARÍA DANIELA CASTAÑEDA VILLAREAL, *La colusión ente entidades públicas en los procedimientos de selección de contratistas del Estado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 54 y ss.

137 “El derecho (comunitario) de la competencia ha sido objeto de significativos desarrollos jurisprudenciales por los que se ha venido a limitar muy claramente (y, prácticamente, a excluir en absoluto) su aplicación al comprador público (en tanto como operador económico). En sus sentencias Fenin y Selex, el tribunal de justicia de la Unión Europea (TJUE) ha establecido claramente la doctrina que niega que el comprador público (en cuanto tal) quede sometido a las prohibiciones de los artículos 101 y 102 TFUE. De acuerdo con el razonamiento del TJUE, en la medida en que el comprador público no lleve a cabo una actividad económica [...] en la medida en que no utilice los bienes, servicios en el mercado a cambio de una remuneración”. ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, “Reflexiones críticas en torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público”, en Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández (Dir.), *La contratación pública a debate: Presente y futuro*, Pamplona: Thomson Reuters–Civitas, 2014.

138 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 101: “Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”.

139 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 102: “Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo”.

del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, contiene límites en este aspecto, no ha sido advertida ni reconsiderada la aplicación normativa al comprador público, a pesar de ser clara su incidencia en la economía. Siguiendo este hilo conductor, la distorsión del mercado que genera esta situación supone que las acciones *ex ante* y *ex post* que el agente regulador —el Estado— puede adoptar, deban aplicarse también a las entidades públicas, teniendo en cuenta las vicisitudes que se presentan en cada uno de los casos analizados y la trazabilidad de las variables¹⁴⁰.

En definitiva, cuando las entidades estatales realicen prácticas colusorias bajo la modalidad de posturas encubiertas (complementarias o simbólicas), supresión de ofertas o rotación de ofertas, solo por mencionar algunas, deberán responder precontractualmente por los perjuicios ocasionados a los demás proponentes que vieron frustrado su derecho a la libre competencia, sin perjuicio de los otros tipos de responsabilidad que se puedan generar con ocasión del acuerdo colusorio.

7.2. DESDE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DEL PROPONENTE

7.2.1. La negativa a celebrar el contrato en las condiciones propuestas y aceptadas

Como lo indicamos de manera somera *supra*, la obligación de hacer para el adjudicatario una vez ha sido elegido como tal es la de suscribir el contrato en los términos que aparecen en el pliego de condiciones y de acuerdo con lo ofertado en su propuesta. Al respecto, el artículo 30.12 de la Ley 80 de 1993 consagra: "Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedarán a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía". Concordante con esta norma, se encuentra el literal e del numeral 1.º del artículo 8.º *ibídem* que contempla una causal de inhabilidad para "Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado". Por tanto, la denegación del proponente de celebrar el contrato una vez este ha sido adjudicado acarrea dos consecuencias: la primera consiste en que se hace efectiva la garantía de seriedad de la oferta en favor de la entidad y la segunda consiste en que el proponente se constituye en inhábil para poder contratar con el Estado. Ello

140 MARÍA DANIELA CASTAÑEDA VILLAREAL, *La colusión ente entidades públicas en los procedimientos de selección de contratistas del Estado*, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

supone "sanciones de índole pecuniaria y civil, amén de la cesación de los efectos de la adjudicación, al oferente calificado en segundo lugar"¹⁴¹.

En afinidad con lo anterior, el Consejo de Estado ha expresado que "En este caso el contratista, al igual que los licitantes vencidos, conocían de antemano todos los trámites a los cuales se debía someter el contrato para lograr su perfeccionamiento, y a sabiendas de esa circunstancia presentaron sus propuestas. No resulta viable que el licitante favorecido, trate de obtener un reajuste que no se contempló en el pliego y en caso de haberse incluido allí probablemente hubiera llevado a los demás licitantes a mejorar su propuesta"¹⁴². Así las cosas, en este punto concluimos que lo más importante es que las entidades públicas elaboren los estudios y pliegos de condiciones de una forma clara, precisa, no ambigua ni vaga, para que el proponente ajuste su propuesta a las exigencias establecidas en estos documentos.

En sentencia del 3 de febrero de 2000, exp. 10399, el Consejo de Estado se pronunció en estos términos:

Con estos planteamientos la Sala quiere resaltar que es deber de la Administración ser muy clara en el proceso de evaluación de las ofertas, al punto que debe rechazar aquellas que no se ajusten a los pliegos de condiciones, o aquellas que le impongan condiciones que no está dispuesta a aceptar. En caso de que permita ofrecimientos donde hay una relativa libertad del oferente pero que se reserva el derecho de aceptarlos o rechazarlos, debe entonces pronunciarse sobre los mismos, y el momento para ello no es otro que el de la adjudicación, porque al decidir la Administración cuál es la oferta más conveniente la está aceptando y quedan tanto ella como el proponente obligados a continuar con los trámites necesarios para el perfeccionamiento del contrato [...]. La contradicción que se presentó en el pliego de condiciones entre el numeral 3.6 y la cláusula cuarta de la minuta del contrato solo correspondía aclararla a la Administración en el acto de adjudicación. El silencio de la Administración no significaba el rechazo de la forma de pago de la propuesta, sino por el contrario su aceptación, y por ello debió expresamente manifestarlo. Esta precisión resulta útil porque una cosa es que una oferta sea condicionada y otra es que el ofrecimiento del proponente provenga de la interpretación que tiene del pliego de condiciones, ya que en el primer evento a la Administración no le queda otro camino que rechazar la propuesta porque son inadmisibles las propuestas que establezcan condiciones a cargo del licitante o de terceros a las que se sujetan las obligaciones del licitador; mientras que cuando de los términos del pliego de condiciones se desprenden manifestaciones inequívocas de la Administración, esta tendrá la carga de pronunciarse sobre tales condiciones, y con mayor razón si se trata de aspectos en los cuales anunció "reservarse el derecho de aceptarlos o no" [...]. Pese a lo

141 LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, op. cit., p. 104.

142 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 1994, Exp. 9510.

anterior, ante la omisión de la entidad contratante de efectuar la adjudicación en debida forma, el adjudicatario pudo hacer valer los derechos que surgieron con la aceptación de su propuesta al momento de la suscripción del contrato. Si el contrato fue firmado por el contratista sin objeción alguna, hay que entender que aceptó la forma de pago en él plasmada, vale decir, "mediante presentación de cuenta de cobro acompañada del acta de recibo de la mercancía" y que le es aplicable en consecuencia, la doctrina de los actos propios según la cual "a nadie es lícito venir contra sus propios actos", lo cual le impedía demandar posteriormente derechos contractuales que debieron ser reclamados por el contratista en la debida oportunidad.

7.2.2. El ofrecimiento hecho por el proponente con precios artificialmente bajos

De acuerdo con lo establecido en el artículo 26.7 de la Ley 80 de 1993, los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación de la licitación, del concurso o del contrato mismo¹⁴³. En este sentido, la oferta presentada con precios artificialmente bajos, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082

143 Al respecto, el Consejo de Estado, ha sostenido la siguiente tesis: "Si por negligencia, impericia o deseos de presentar la mejor propuesta, la firma demandante incurrió en error, este resulta inexcusable y por lo mismo, no da margen para que se condene a la Administración, pues no respondería a los principios de igualdad y moralidad, en los cuales se apoya el procedimiento; pues le bastaría a un proponente salirse de la lógica de lo razonable para cotizar bien bajo, con el fin de barrer en la licitación, y luego, recién iniciada la ejecución del contrato, solicitar de la Administración la revisión, alegando importantes teorías sobre el restablecimiento del equilibrio contractual". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de junio de 1994, Exp. 9734. La Sala no consideraría ajustada a la ley y al derecho una conducta del administrado que, luego de obtener la adjudicación, a renglón seguido solicitara y obtuviera el reajuste de precios alegando que se ha presentado un mayor incremento de los mismos, por circunstancias que no encuadran propiamente en la filosofía jurídica que informa la teoría de la *imprevisión*. Presentar cotizaciones desfasadas, generosas en los cálculos de incremento de precios, puede resultar a la postre conducta contraria a la buena fe, pues transitando por ese camino se pueden sacar de la licitación proponentes serios, esto es, que cotizaron dentro del marco de lo razonable. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de junio de 1991, Exp. 3600. "Así mismo, se determina que el fabricante debe realizar ensayos de flexión y de rotura, esto es, que el productor de postes de concreto tiene obligación de conocer los elementos técnicos que requiere la fabricación de postes como los contratados, razón por la cual obliga a desestimar la pretensión de que se le acepten unos precios para lograr la adjudicación de la licitación y, posteriormente, conseguida esta, solicitar reajuste de los valores contratados, a espaldas de la obligación que le imponía el deber de precisarlos desde el inicio de la

de 2015^[144] es aquella en la cual el coste de los bienes o servicios ofertados por el proponente es irrisorio o falso, frente a los precios del mercado de referencia o del presupuesto del contrato hecho por la entidad a través del estudio económico del sector¹⁴⁵. En definitiva, aquel que se vea afectado por una oferta cuyos precios sean artificialmente bajos podrá demandar el acto de adjudicación mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho junto al reconocimiento de la indemnización de perjuicios por concepto de lucro cesante, utilidad esperada, demostrando que el precio de la oferta es falso en relación con los precios del mercado o con los precios obtenidos por el estudio del sector hecho por la entidad.

7.2.3. Complementar las ofertas de manera engañosa a fin de obtener la contratación

El artículo 26 numeral 7 de la Ley 80 de 1993 contempla la responsabilidad precontractual en cabeza de los contratistas cuando estos le hayan ocultado a la entidad inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o hayan suministrado información falsa. Para ser más específicos, las etapas del procedimiento de selección de contratistas del Estado están definidas, a tal punto que los

relación precontractual. No puede olvidarse cómo fue la propia recurrente la autora del diseño de los postes [...].

Advierte la Sala que no se está en presencia de circunstancias imprevistas o de hecho que variaran las condiciones en que debía desarrollarse el contrato y que pudieran ser atribuidas exclusivamente a la Administración. De ninguna manera. En el *sub lite*, fue la propia incuria de la actora la que la condujo a pretender un mayor valor del pactado y recibido. Lo anterior conduce a denegar las pretensiones de la demanda, por cuanto, además, nadie puede alegar su propia culpa en su favor". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de diciembre de 1998, Exp. 1146.

144 "La entidad estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo. La entidad estatal debe dejar constancia de este análisis en los documentos del proceso".

145 "Frente a la obligación de la entidad estatal de consultar los precios del mercado el Consejo de Estado, ha señalado que con independencia de la forma en que la entidad decida realizar la evaluación económica de los precios ofertados por cada proponente, el proponente debe asegurar que el precio de cada uno de los elementos ofertados se encuentre justificado. Por su parte, como se advirtió en precedencia, la entidad está obligada, al momento de efectuar la comparación de las propuestas, a consultar los precios del mercado y a requerir al proponente que presente una oferta con precios dudosos frente a su correspondencia con la realidad comercial, para que justifique la razón de su oferta en las condiciones así planteadas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, Exp. 24.715. Véase, además, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de marzo de 2020, Exp. 43.738.

pliegos de condiciones deben contemplar de forma clara las fechas exactas para la presentación de ofertas y su eventual complementación. Previamente debe hacerse notar que, como se encuentra expreso en la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar a la expedición de la Ley 1150 de 2007, la distinción entre requisitos habilitantes y factores de evaluación o de ponderación obedece a la idea de que si bien los contratos estatales son *intuitu personae*, como lo dispone expresamente el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, dicho carácter normalmente no depende de la persona considerada en sí misma, como ocurre en el derecho privado, sino de la oferta que presenta y las ventajas que ella representa para la administración pública.

A su vez, el numeral 1.º del artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, señala que: "la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje". De esta manera, las exigencias contenidas en el pliego de condiciones deben respetar los principios de adecuación a los fines del deber de selección objetiva y de proporcionalidad frente al tipo contractual¹⁴⁶. Ahora bien, la entidad estatal podrá solicitar las aclaraciones y explicaciones que estime indispensable respecto de los requisitos habilitantes más no de los que otorgan puntaje, con el fin de que de los proponentes subsanen los yerros u errores que se pudieran haber presentado hasta antes del traslado del informe de evaluación, de acuerdo con el artículo 5.º de la Ley 1882 de 2018.

Dicha etapa le permite a la Administración aclarar aspectos confusos o ambiguos de la propuesta. Sin embargo, ello no significa que el proponente pueda modificar la oferta. Si esa complementación se hace de manera engañosa o fraudulenta por parte del oferente, este incurrirá en responsabilidad frente a la Administración; es así como durante la evaluación de las ofertas los proponentes podrán presentar documentos que permitan comprobar la información suministrada en la oferta. La prohibición se centra en datos que impliquen mayor calificación o el cumplimiento de un requisito excluyente¹⁴⁷, ya que esto equivaldría a modificar la oferta y violaría la igualdad entre oferentes. Sobre este mismo punto, el Consejo de Estado ha afirmado que

146 Sobre el significado de estos principios, *cfr.* ISMAEL MATA, "Los principios en el derecho argentino (su aplicación a la celebración de los contratos administrativos)", en *Los principios en el derecho administrativo iberoamericano. Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Valladolid: Netbiblo, 2008, pp. 42 y ss.

147 Significa requisitos, exigencias o condiciones mínimas y factores que son objeto de calificación o asignación de puntajes. Los factores excluyentes pueden ser técnicos, económicos y jurídicos como son exigencias como la experiencia, la capacidad económica o condiciones jurídicas que se consideren esenciales. Consejo de Estado, concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 17 de abril de 1996.

es procedente la corrección de los errores no sustantivos, con el fin de no eliminar la propuesta que puede resultar más favorable a la Administración. En este sentido, "La jurisprudencia se ha pronunciado en distintas oportunidades sobre la evaluación de las ofertas y ha destacado la exigencia legal, relativa a que dicha evaluación debe hacerse con base en la ley de la licitación, cual es la contenida en el pliego de condiciones, sin negarle a la Administración la posibilidad de corregir las ofertas en caso de advertir que ellas contengan errores, susceptibles de dicho procedimiento"¹⁴⁸. Sobre la misma materia, pero relativa al error que el proponente comete al calcular el valor de los precios definitivos, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo aclaró:

La Sala advierte, por la experiencia de contacto con asuntos similares a este, que si en una propuesta no se yerra en la indicación de las bases necesarias para determinar los precios definitivos, pero en la operación matemática el oferente se equivocó al señalar el resultado, y ese yerro no lo advierte ni el oferente, antes de que la Administración adjudique, tal anomalía podría conducir a un defecto substancial pues tal equivocación en la comparación de las ofertas podría colocar al proponente en nivel que no merece: o mayor o menor, en ambos casos en relación con la situación real. Para la Sala resulta en extremo reprochable que el proponente favorecido no haya estado vigilante del proceso de selección en el cual participó; que si los precios definitivos propuestos no eran como los ofreció (por su propia irregularidad en la anotación del resultado de la simple operación aritmética) acuda a la jurisdicción después de la ejecución del contrato; que dé a conocer sus "equivocaciones no substanciales" y que además las traslade en forma exclusiva a la Administración para que esta lo indemnice¹⁴⁹.

Por demás, en el caso de que el proponente presente documentos o asevere cuestiones falsas, el Consejo de Estado, dictaminó:

La veracidad de la información por parte de los licitantes es de obligatorio cumplimiento, y por tanto, cuando se ha desvirtuado debidamente la presunción de buena fe en procesos de contratación anteriores, la Administración debe aplicar las consecuencias previstas en la ley, para lo cual puede advertirlo así en

148 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de octubre de 2000, Exp. 12663. Sobre la misma materia, pero relativa a la complementación de ofertas fuera de tiempo, o lo que es lo mismo, frente a la discrecionalidad de la Administración de solicitar complementación de ofertas o de subsanación de errores luego de terminada la oportunidad para hacerlo, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de mayo de 2000, Exp. 11725.

149 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2003, Exp. 12083,

el pliego de condiciones, sin perjuicio de la responsabilidad que se origina por el suministro de información falsa y de las acciones que debe tomar la entidad pública ante la cual se incurrió en esta conducta ilícita. En los pliegos de condiciones o términos de referencia se puede establecer que el proponente que haya incurrido en estas falsedades queda inhabilitado para presentar propuesta, y si lo llega a hacer será causal de rechazo, que no de eliminación, porque la primera opera ab initio; en cambio, la segunda otorga la posibilidad de que la Administración hasta la evalúe¹⁵⁰.

7.2.4. El retiro de la oferta

Frente a este aspecto, es dable especificar que sigue las reglas de la teoría del derecho civil en cuanto a la inmutabilidad de la presentación, las condiciones y futura promesa de negocio que contiene la oferta, es decir, prevalece la irrevocabilidad de la misma. Es por ello que en los casos en que el proponente retire la propuesta durante la vigencia del procedimiento concursal, además de hacerse efectiva la garantía de seriedad de la oferta a favor de la Administración de conformidad con el artículo 25 numeral 19 Ley 80 de 1993, el proponente deberá responder precontractualmente; así lo ha señalado El Consejo de Estado al indicar:

En efecto, los pliegos de condiciones establecen las directrices generales y especiales con arreglo a las cuales los oferentes deben fraccionar su propuesta, dentro de las cuales algunas aparecen como esenciales y otras, por su naturaleza, devienen adjetivas o accesorias, dentro de una consideración integral del contenido de la oferta de contrato. La oferta es una expresión de negocio jurídico unilateral, cuyo carácter recepticio le imprime un carácter obligatorio, queriendo significar con lo anterior que quien oferta deviene obligado a mantener su promesa de negocio futuro. Así las cosas, es indispensable reparar en que del contenido del negocio de oferta de contrato surge la promesa obligatoria, para el proponente, de que, en llegando a ser adjudicatario del negocio futuro o definitivo, deberá ajustar su conducta al contenido negocial de la oferta, que las más de las veces se concreta en el negocio definitivo. Así las cosas, cuando los oferentes dentro del proceso de licitación pública, v. gr., ofertan y prometen un determinado contenido negocial —disponibilidad de equipo— quedan obligados, caso de ser adjudicatarios, a cumplir, llegado el plazo o verificada la condición a la cual esté sujeta tal prestación, con lo prometido, como que en tal eventualidad dicha prestación adquiere carácter de exigibilidad.

150 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 14 de septiembre de 2001, Exp. 1373.

CONCLUSIONES

En primer lugar, es dable concluir que corolario de los antecedentes expuestos líneas atrás frente al surgimiento de la responsabilidad precontractual, o culpa *in contrabando*, y su desarrollo doctrinario y jurisprudencial, hoy por hoy, *estricto sensu* dicha categoría no obedece a un régimen de responsabilidad objetiva, toda vez que los títulos de imputación jurídica difieren de los aplicados tradicionalmente, en este sentido podemos hablar de un tipo de responsabilidad autónomo. Así las cosas, los principios de la buena fe y legalidad son los fundamentos axiológicos que cimientan la responsabilidad precontractual, mas no la culpa como inicialmente se previó bajo la tesis de Jhering, amén de las medidas y garantías que cualquier miembro de la comunidad observa respecto de los demás cuando efectúa sus propios actos.

En segundo lugar, aunque de la lectura de la Ley 80 de 1993 no se constata la consagración expresa de la responsabilidad precontractual en la actividad de compras públicas, de la interpretación hermenéutica de los artículos 50, 51 y 52 de la Ley 80 de 1993 se deduce que el legislador, al utilizar el vocablo *contratista* en los artículos para referirse a la responsabilidad en la que puede incurrir la contraparte, lo hizo de manera genérica evocando al extremo del vínculo negocial donde se encuentra también el proponente, particular, interesado u oferente, título otorgado en la primera fase del procedimiento de selección. Siguiendo este enfoque, del estudio sistemático de la etapa precontractual en el contrato estatal, se concluye que si bien es cierto que esta etapa inicia con la necesidad que le surge a la Administración para contratar y que ello es potencialmente dañino, también lo es que *strictu sensu* es a partir de la apertura del procedimiento de selección se generan las tratativas entre esta y el particular interesado, con lo cual es a partir de este momento en el que es posible que se presente una situación que sea imputable, ora de la administración, ora del proponente. Ergo, en la primera fase (preparatoria o pre precontractual), cuando actúa en solitario la Administración, la responsabilidad solo se predicará respecto de la misma. Sin embargo, cuando interviene el particular, habrá que indagar en cada caso hasta dónde llegó su rol de intervención, verbigracia en el momento de ejercitar la contradicción al presentar observaciones a los proyectos de pliegos de condiciones y los estudios y documentos previos, porque tal como se observe, será definitivo a efectos de endilgar la responsabilidad. En igual sentido cuando la Administración contesta las observaciones, tal como lo haga, se verificará su impacto de cara al papel del particular. Por supuesto que esto se vislumbrará en la etapa de ejecución contractual. Todo lo anterior, porque las observaciones gozan de fuerza vinculante como lo ha reconocido la jurisprudencia administrativa. No obstante, para que se reconozca la responsabilidad precontractual de uno de los extremos de la relación se sigue la regla general aplicable a todos los regímenes de responsabilidad de probar: (1) la acción o la omisión de la

entidad estatal, (2) el daño antijurídico, (3) el nexo de causalidad material, y (4) el título jurídico de imputación.

Así las cosas, establecida la etapa de inicio de la actividad precontractual, la responsabilidad que se puede generar en esta fase de formación del negocio jurídico irá hasta la etapa de perfeccionamiento del contrato y, por ende, el radio de acción de este tipo de responsabilidad, el cual según la jurisprudencia actual del Consejo de Estado se da exclusivamente con el cumplimiento de los requisitos mencionados en el inciso 1.º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993. Es decir, cuando haya acuerdo entre el objeto y la contraprestación y se eleve a escrito. De tal manera que en los términos de la jurisprudencia el registro presupuestal no constituye un requisito de perfeccionamiento del contrato estatal, sino uno de ejecución, teoría de la que nos apartamos bajo la consideración de que, siendo la Ley Orgánica del Presupuesto una ley posterior en el tiempo, especial y dotada de mayor fuerza derogatoria que el Estatuto de Contratación Estatal, se entendería que la etapa del perfeccionamiento de los contratos de la Administración fue modificada, al exigirse un requisito adicional. Por último, la etapa precontractual marca la vía procesal para impetrar el medio de control respectivo ante la jurisdicción contencioso administrativa, que por regla general será el de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, la práctica administrativa, la jurisprudencia y la doctrina jurídica han logrado edificar una serie de situaciones en las que se encuadra la responsabilidad precontractual, donde la *causa petendi* implica que el análisis del juez se circunscribe a otros medios de control para cuestionar la responsabilidad de una de las partes. A lo anterior se suma que en cuanto a los actos previos precontractuales que se emiten en los contratos estatales especiales (por ejemplo, empresas oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios) no son actos administrativos, sino actos mercantiles, por lo que en unificación jurisprudencial que compartimos el medio de control será distinto de los contenciosos objetivo y subjetivo, y se situará en la reparación directa. Asimismo, las causales de responsabilidad precontractual no son taxativas, tal como lo viene sosteniendo la jurisprudencia administrativa. La lista de casos expuesta en este trabajo demuestra que ellos son los más comunes, pero habrá que estar frente a cada caso en concreto para poder verificar si en efecto nos encontramos con la responsabilidad precontractual.

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO, JUAN MANUEL. *Contratos*, t. I. Buenos Aires: P. G. Hammurabi, 1997.

ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

- ASÚA GONZÁLEZ, CLARA I. *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1989.
- BIGLIAZZI GERI, LINA. *Derecho civil*, t. 1. vol. II, *Hechos y actos jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- CANALES GIL, ÁLVARO. *El control de eficiencia sobre el precio en la contratación pública: El incidente del diálogo competitivo*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2000.
- CARRILLO BALLESTEROS, JESÚS MARÍA. *La responsabilidad administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- CASTAÑEDA VILLAREAL, MARÍA DANIELA. *La colusión ente entidades públicas en los procedimientos de selección de contratistas del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- CLARO SOLAR, LUIS. *Explicaciones de derecho civil y comparado*, vol. IX. Santiago: Jurídica de Chile, 1979.
- CUELLO DUARTE, FRANCISCO. *Contratos de la Administración pública*, 2.^a ed. Bogotá: Ecoe, 2002.
- DÁVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO. *Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*, 2.^a ed. Bogotá: Legis, 2003.
- DE CUPIS, ADRIANO. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch, 1975.
- DE SOLAS RAFECAS, JOSÉ MARÍA. *Contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración*. Madrid: Tecnos, 1990.
- DROMI, JOSÉ ROBERTO. *La licitación pública*. Buenos Aires: Ediciones Argentina, 1995.
- ESCOBAR GIL, RODRIGO. *Teoría general de los contratos de la Administración pública*. Bogotá: Legis, 2000.
- ESCOBAR SANÍN, GABRIEL. *Negocios civiles*, vol. 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1965.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. "Autonomía de la voluntad, competencias regladas y discrecionales en el contrato estatal". En Héctor Santaella Quintero (Ed.), *Las transformaciones de la Administración pública y del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. "El deber de selección objetiva". En Germán Lozano Villegas y Juan Carlos Covilla Martínez (Eds.), *Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. "La planeación y validez del contrato estatal". En Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba (Eds.), *Contratos públicos, problemas, perspectivas y prospectivas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. "Manifestaciones del debido proceso en el derecho administrativo sancionatorio contractual". En Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba (Eds.), *El poder sancionador de la Administración pública: Discusión, expansión y construcción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. *Forma, formalidades y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. *La configuración del contrato de la Administración pública en derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- FAGELLA, GABRIELE. "Dei periodi precontrattuali e della esatta costruzione scientifica", en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, t. III. Roma: L. Pierro, 2012.
- FERNÁNDEZ MEJÍA, LUISA. *La responsabilidad contractual del Estado*. Bogotá: Jurídicas Radar, 1987.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. II. Madrid: Civitas, 1991.
- GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ. *La responsabilidad precontractual en el derecho español*. Madrid: Tecnos, 1991.
- GÓMEZ PUENTE, DIONISIO. "La responsabilidad en la actividad contractual del Estado". *Revista Cámara de Comercio de Bogotá*, n.º 50, 1983.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1983.
- HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS. "La acción de tutela y la responsabilidad extracontractual del Estado". En AA. VV., *Homenaje a Fernando Hinestrosa. 30 años de Recordado, Liber Amicorum, estudios y temas*, t. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993.

- HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS. "Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia". *Memorias Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*, 1996.
- HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado, 2003.
- LAMPREA RODRÍGUEZ, PEDRO. *Práctica administrativa*, t. 1. Bogotá: Ediciones Jurídica Wilches, 1988.
- MADRIÑAN DE LA TORRE, RAMÓN EDUARDO. *Derecho comercial colombiano*. Medellín: Cámara de Comercio, 1985.
- MATA, ISMAEL. "Los principios en el derecho argentino (su aplicación a la celebración de los contratos administrativos)". En *Los principios en el derecho administrativo iberoamericano, Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Valladolid: Netbiblo, 2008.
- MESA NIEVES, LUIS EDUARDO. *La actividad contractual y la responsabilidad en la Administración pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.
- MONTES DE ECHEVERRI, SUSANA. "Responsabilidad del Estado". *Revista Temas Jurídicos*, n.º 5, 1993.
- MONTES DE ECHEVERRI, SUSANA. *Los derechos del licitador. Controversia contractual de obras públicas*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1989.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, t. 1, *La formulación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho*, 3.ª ed. Madrid: Iustel, 2011.
- NEME VILLAREAL, MARTHA. "Buena fe subjetiva y buena fe objetiva". *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- PARADA VÁZQUEZ, RAMÓN. *Derecho administrativo*, t. 1, 7.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- PÉREZ SINITABÉ, LUIS HUMBERTO. *Elementos de la responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Leyer, 2002.
- PINO RICCI, JORGE. "Régimen de las entidades territoriales". En AA. VV., *Contratación Estatal*, t. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. *Responsabilidad contractual*. Santiago: Editorial Jurídica, 2003.

- SALINAS UGARTE, GASTÓN. *Responsabilidad civil contractual*, t. I. Santiago: Thomson Reuters, Abeledo Perrot, 2011.
- SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT. "Reflexiones críticas en torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público". En Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández (Dir.), *La contratación pública a debate: Presente y futuro*. Pamplona: Thomson Reuters–Civitas, 2014.
- SANTAELLA QUINTERO, HÉCTOR. "La forma en el contrato estatal: Algunas reflexiones sobre la incidencia del Estatuto Organizo del Presupuesto sobre el perfeccionamiento de los contratos del Estado". *Revista de Derecho Fiscal*, n.º 3, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Delitos de celebración indebida de contratos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- SIBER, HEINRICH. *Planck's Comentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II, I*, 4.ª ed. Berlín: De Gruyter, 1914.
- SUÁREZ CAMACHO, GUSTAVO. "La responsabilidad precontractual del Estado". *Revista Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, vol. 87, n.º 565, 1994.
- SUESCÚN MELO, JORGE. *Derecho privado estudios de derecho civil y comercial 2*, t. II. Bogotá: Legis, 2003.
- VIGURI PEREA, AGUSTÍN. *Los tratos preliminares: las cartas de intenciones y otros documentos legales precontractuales. Análisis del derecho norteamericano y británico. Impacto en otros ordenamientos jurídicos. Método del caso*. Barcelona: PPU, 1994.
- VILLAR PALASI, JOSÉ LUIS. *La intervención administrativa en la industria*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964.