

**RECHAZO DE LA OFERTA - Presentación de paz y salvo provisional expedido por la Tesorería Municipal / USO INDEBIDO DE LA FACULTAD DE RECHAZO DE LA OFERTA - Exigencia de paz y salvo definitivo no constituye un criterio de selección objetiva. Requisito formal que pudo haber sido subsanado**

La propuesta presentada por José Luis Londoño Urrego fue descalificada –y por lo tanto no evaluada– por haber adjuntado un paz y salvo provisional expedido por la Tesorería Municipal de la entidad contratante, en relación con el pago de los impuestos territoriales. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con los requisitos subsanables en las ofertas contractuales presentadas por los proponentes, consultar sentencia de 14 de marzo de 2013, exp. 24059

**POTESTAD DE LA ADMINISTRACION CONTRATANTE - Rechazo de las ofertas y la no evaluación de las mismas. Subsanabilidad de las ofertas**

Del contenido y alcance de las normas citadas se pueden extraer varias conclusiones relacionadas con la potestad de la administración contratante de rechazar las propuestas y, por lo tanto, de impedir su evaluación: i) sin importar si el requisito es subsanable o insubsanable, es importante garantizar el principio - derecho constitucional al debido proceso, en aras de que se permita controvertir las decisiones adoptadas, ii) los requisitos predicables respecto de los proponentes y la oferta pueden ser de tres tipos, clases o naturaleza, esto es: subjetivos que atienden a las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; objetivos que se refieren a aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., que permiten ponderar las ofertas en su real y efectiva dimensión, y formales que atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal, iii) en relación con los requisitos simplemente formales, que pueden ser subsanados en los términos del artículo 25.15 de la ley 80 de 1993, es posible que se otorgue un plazo razonable al proponente para que corrija el mismo, al tenor de lo establecido en el artículo 30.7 ibídem. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la lógica principialística, estructurada en el derecho que tienen los proponentes de enmendar los requisitos puramente formales que no tienen incidencia en la calificación y evaluación objetiva de las propuestas, consultar sentencia de 26 de febrero de 2014, exp. 25804

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.15 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30.7

**LEY 80 DE 1993 - Objetivo / ESTATUTO CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA - Basado en principios / PRINCIPIOS DE ECONOMIA Y SELECCION OBJETIVA - Articulan los fines esenciales de la administración pública / LLAMADO RESPETUOSO AL GOBIERNO NACIONAL - Corrección del rumbo en materia de contratación estatal. Procura de una estabilidad y seguridad jurídica en los reglamentos de las normas contractuales**

El objetivo de la ley 80 de 1993 fue establecer, precisamente, un estatuto contractual de la administración pública basado en principios, de tal forma que se permitiera la ponderación de esos mandatos de optimización y a las entidades contratantes elaborar y desarrollar procesos de selección –que con independencia al carácter reglado que se deriva del principio de planeación– fueran más ágiles y dinámicos sin caer en la excesiva reglamentación, detalle y direccionamiento. Por lo tanto, los principios de economía y de selección objetiva se articulan para

garantizar dos fines esenciales de la contratación pública: i) la escogencia de la mejor propuesta para la administración, que permita satisfacer las necesidades públicas y, por ende, garantizar el interés público, y ii) la posibilidad de que los contratistas interactúen con la administración en la búsqueda de solucionar y superar los yerros formales, con miras a que no resulte infructuoso el procedimiento de selección y, por lo tanto, no se frustre, circunstancia por la que la declaratoria de desierta se convierte en una ultima ratio. (...) la Corporación hace un llamado respetuoso al Gobierno Nacional, para que corrija el rumbo en materia de contratación estatal y, por lo tanto, al margen de las modificaciones introducidas con la ley 1150 de 2007 procure una estabilidad y seguridad jurídica en los reglamentos de esa normativa, ya que, a diferencia del objetivo inicial de la ley 80 de 1993, se está incurriendo, de nuevo, en un excesivo detallismo y una asfixiante reglamentación que hace complejo el proceso contractual para todos sus intervinientes, lo que genera en el plano jurídico inestabilidad y en el plano económico sobrecostos y externalidades negativas. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar Corte Constitucional, sentencia C-892 DE 2001

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PRECONTRACTUAL - Estructurada en el artículo 90 de la Constitución Política. Cláusula general de responsabilidad / CONFIGURACION DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DEL ESTADO - Requisitos para el resarcimiento de los daños irrogados al contratista / CONFIGURACION DEL DAÑO - Afectación o alteración negativa a un interés legítimo o situación jurídicamente protegida. Antijuricidad / DAÑO ANTIJURIDICO - Imputación verificada en dos planos: el fáctico y el jurídico / CULPA IN CONTRAHENDO - Requisitos para su configuración / CULPA IN CONTRAHENDO - Transgresión de los principios de legalidad y buena fe / CULPA IN CONTRAHENDO - Daño incontractando**

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, el artículo 90 superior contiene el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado –en todas sus formas y modalidades-. (...) la responsabilidad patrimonial precontractual de la organización pública se encuentra estructurada, de igual forma, sobre la noción de daño antijurídico, así como en la de imputación del mismo en cabeza de la administración. (...) el incumplimiento de la administración pública, en aras de que se genere el resarcimiento de los daños irrogados al contratista, requiere que se acredite, en primer lugar, la configuración de un daño (afectación o alteración negativa a un interés legítimo o situación jurídicamente protegida) que sea personal, cierto, determinado o determinable, y que no se esté en la obligación jurídica de soportar, es decir, que sea antijurídico. De igual forma, la imputación o atribución de esa lesión –la imputación– tendrá que verificarse en dos planos: i) el fáctico, comoquiera que el daño tiene que tener origen en un comportamiento activo u omisivo de la administración contratante en la celebración o ejecución del negocio, y ii) el jurídico, que supone la verificación de un fundamento normativo de la responsabilidad, el cual, tratándose de la responsabilidad precontractual del Estado puede hallarse en el desconocimiento de los principios de buena fe y de legalidad. En ese orden de ideas, para que opere la responsabilidad precontractual del Estado es imprescindible que se constate o verifique la existencia de un daño antijurídico por parte del contratista – el cual puede estar referido al interés que se ve lesionado al truncarse el proceso contractual– y la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración contratante, por medio de la acreditación del desconocimiento de los principios de buena fe y de legalidad. Escenarios como el sub lite, constituyen un claro supuesto de responsabilidad precontractual por haberse privado a uno de los proponentes del derecho a ser evaluado, tal y como ocurrió en el caso concreto, puesto que si bien, entre las partes no existe una relación jurídica contractual que

permita predicar un incumplimiento, lo cierto es que es posible que las partes resulten compelidas a indemnizar los perjuicios irrogados en la etapa previa a la celebración del contrato, conocida también como el período de tratativas, siempre que se advierta la configuración de una culpa in contrahendo, derivada de la trasgresión a los principios de legalidad o buena fe. En síntesis, lo que se sanciona en la etapa precontractual es la violación a los postulados legales, concretamente, al principio de planeación contractual que opera con especial rigor en la etapa de selección del contratista, así como el principio de buena fe que constituye un megaprincipio que contiene un haz de garantías y deberes como los de lealtad, información, diligencia, probidad y la prohibición de atentar contra los actos propios (*venire contra factum proprium*). (...) la responsabilidad precontractual encuentra su fundamento normativo (imputación jurídica o *imputatio iure*) en el engranaje que se desprende de los principios de legalidad – especialmente predicable de la administración pública, al estar vinculada al *iter negotiae* o cauce fijado en la ley para la selección objetiva del contratista– y de buena fe, postulado que fija a las partes parámetros de conducta con miras a que se respeten las expectativas legítimas y se indemnizen los daños irrogados a lo largo del período precontractual y contractual. Es importante señalar que, inclusive desde la óptima moderna del derecho de daños se ha dejado de lado la noción de culpa in contrahendo para hablar más propiamente del daño in contrahendo.

**NOTA DE RELATORIA:** En relación con la aplicación de principio de buena fe en materia contractual, previcable también en la etapa previa o de tratos preliminares, consultar sentencia de 6 de mayo de 2011, exp. 17863

**RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL - Derivada de un daño antijurídico. Fundamentos de naturaleza extracontractual / RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL - Los títulos jurídicos de imputación no se basan en la falla del servicio, el daño especial o el riesgo excepcional / RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL - Basada en el desconocimientos de los principios de legalidad y buena fe**

La responsabilidad derivada del daño antijurídico irrogado durante la etapa precontractual, esto es, antes del perfeccionamiento del contrato se acerca más a los fundamentos filosóficos y jurídicos de la de naturaleza extracontractual, sólo que los títulos jurídicos de imputación no se basan en la falla del servicio, el daño especial o el riesgo excepcional, sino que, por el contrario, en el desconocimiento de los principios de legalidad y de buena fe, con independencia de si el comportamiento de una de las partes fue o no culposo. (...) el hecho de que el paz y salvo de la Tesorería Municipal de Itagüí hubiere sido expedido con la constancia de provisional, y que, por lo tanto, el proponente José Luis Londoño Urrego "Formas Metálicas J.L." lo adjuntara con esa característica, constituía una insuficiencia simplemente formal de la oferta, que no impedía su ponderación y comparación –en términos objetivos– razón por la que no era viable proceder a su descalificación automática, tal y como lo hizo el comité evaluador, sino que, a contrario sensu, por tratarse de uno de los anexos exigidos con la oferta, se le debió garantizar la oportunidad al proponente para que –dentro de un plazo razonable– allegara el documento idóneo en donde se ponía al día con sus obligaciones tributarias territoriales. (...) se limitó de manera grave la participación del proponente porque como se indicó en líneas anteriores, se le cercenó el derecho que tenía a que su propuesta fuera evaluada y clasificada en el orden de elegibilidad.

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PRECONTRACTUAL DEL ESTADO - No es posible concluir que la propuesta presentada fuera la mejor. Proponente no ostentaba el derecho cierto a ser el adjudicatario del contrato /**

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PRECONTRACTUAL DEL ESTADO - Escenarios / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PRECONTRACTUAL DEL ESTADO - Culpa in contrahendo / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PRECONTRACTUAL DEL ESTADO - Daño in contrahendo / DAÑO IN CONTRAHENDO - Presupuestos / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PRECONTRACTUAL DEL ESTADO - Se predica de la entidad contrante / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PRECONTRACTUAL DEL ESTADO - Se predica de los proponentes**

De las pruebas que integran el acervo probatorio no es posible concluir que la propuesta presentada por José Luis Londoño Urrego fuera la mejor y, por lo tanto, aquél tuviera el derecho cierto a ser el adjudicatario del contrato, circunstancia por la que corresponde advertir la existencia de múltiples escenarios de responsabilidad patrimonial precontractual del Estado, entre los que se enumeran –sin ningún ánimo 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 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 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 más escenarios, debido a la fuerte reglamentación que existe y opera en materia precontractual, lo que no permite efectuar un listado taxativo de hipótesis que darían lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en la etapa 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.

**LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Daño in contrahendo. Diez por ciento del valor de la oferta presentada / LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Daño in contrahendo. Aplicación del arbitrio iudicis. Arbitrio juris / DECISIONES JUDICIALES - Diversas formas de razonamiento y de justificación / ARBITRIO Y ARBITRARIEDAD - Distinción / ARBITRIO JURIS - Noción. Definición. Concepto / ARBITRIO IUDICIS - Noción. Definición. Concepto / REPARACION EN EQUIDAD CON APOYO DE LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Se acogen los postulados de las doce tablas de la equidad. Equity en el derecho anglosajón / ACTUALIZACION DE LA CONDENA - Cálculo. Fórmula**

La Sala con fundamento y apoyo en el arbitrio iudicis y el principio de equidad, confirmará la decisión de primera instancia de liquidar la indemnización de perjuicios en un diez por ciento (10%) del valor de la oferta presentada por José Luis Londoño Urrego, traída a valor presente mediante la respectiva fórmula de indexación. Lo anterior, comoquiera que existen diversas formas de razonamiento y de justificación de las decisiones judiciales, entre otros: i) la lógica formal, ii) el silogismo, iii) la lógica de lo razonable, iv) la analogía, v) la interpretación gestáltica, vi) las reglas de la argumentación, vii) el test de razonabilidad, viii) los test de igualdad propuestos, ix) el principio de proporcionalidad, x) la sana crítica, xi) las reglas de la experiencia y, tal vez el más importante para los abogados que es, xii) el sentido común. Al respecto, es importante la distinción efectuada por Alejandro Nieto, entre arbitrio y arbitrariedad, según la cual, en los esquemas

sociales y jurídicos modernos, no es posible privar al juez de potestades de arbitrio judicial; lo importante es saber trazar la línea divisoria a partir de la que aquella potestad legítima de los funcionarios judiciales, se transforma en arbitrariedad, momento en el que las decisiones se tornan, claramente ilegítimas y, por consiguiente, en vías de hecho. (...) El arbitrio juris ha sido empleado desde la teoría del derecho de la responsabilidad, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, es decir, en aquellos eventos en que acreditado el daño antijurídico resulta insuficiente el material probatorio para la determinación del perjuicio, esto es, la cuantificación económica de aquél, razón que no resulta suficiente para que se niegue la reparación, sino que, por el contrario a la luz del artículo 16 de la ley 446 de 1998, es imperativo que se cubra en su real y completa dimensión. (...) probado como está el daño, se impone su reparación en equidad con apoyo en las reglas de la experiencia, razón por la que se acogerá el criterio empleado por el fallador de primera instancia, para lo cual la Sala acoge los postulados de las doce tablas de la equidad que integran la denominada equity en el derecho anglosajón, y que por su importancia se transcriben: “La equidad“ I. No tolera agravio sin reparación. II. Opera sobre las personas y no sobre las cosas. “III. Presume perfecto aquello que debe tener futura realización. “IV. Prescinde de las formas para tomar en consideración preferente la naturaleza de las relaciones. “V. Supone siempre la intención de cumplir lo pactado. “VI. La igualdad es, en principio, equidad.“VII. Protege al diligente, no a quien descuida su derecho. “VIII. El que pide un fallo en equidad no debe estar incurso en dolo o mala fe. “IX. A la solicitud de la equidad debe preceder una conducta equitativa. “X. Si la resolución equitativa es por igual favorable a las dos partes, se confía la solución al derecho estricto. “XI. Sin grave quebranto de la equidad, debe observarse la norma prior tempore, prior iure; y “XII. La equidad complementa la ley.” Así las cosas, se actualizará la condena, para traerla a valor presente para lo cual se empleará la fórmula fijada por la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual, la renta actualizada (Ra) es igual a la renta histórica (Rh) multiplicada por la división entre el índice de precios al consumidor final (esto es el vigente al momento de esta providencia), sobre el IPC inicial, que para el caso concreto se tomará el de la providencia de primera instancia, es decir, el 13 de diciembre de 2000. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la aplicación de la equidad en la valoración y cuantificación del daño, consultar sentencia de 1 de octubre de 2008, exp. 27268

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil catorce (2014)

**Radicación número: 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324)**

**Actor: JOSE LUIS LONDOÑO URREGO**

**Demandado: MUNICIPIO DE ITAGÜÍ Y OTRO**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 13 de diciembre de 2000, proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Antioquia, Caldas y Chocó en la que se decidió lo siguiente:

**“PRIMERO:** Declárase la nulidad de la resolución 686 del 4 de mayo de 1994, expedida por el Alcalde del Municipio de Itagüí, por medio de la cual se adjudica el contrato con el objeto de obtener suministro e instalación de unos juegos mecánicos y de madera.

**“SEGUNDO:** Como consecuencia de la declaración anterior, CONDÉNASE al MUNICIPIO DE ITAGÜÍ a pagar al señor JOSÉ LUIS LONDOÑO URREGO, PROPIETARIO DE FORMAS METÁLICAS J.L., la suma de CINCUENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON CATORCE CENTAVOS M/L. (\$57'441.634,14) equivalente a la suma actualizada del valor del contrato incumplido, más los intereses, conforme a la liquidación hecha en la parte motiva de esta providencia.

**“TERCERO:** NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

**“CUARTO:** Esta sentencia se cumplirá en los términos señalados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

**“QUINTO:** Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del C.P.C., y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 1996. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.” (fl. 266 cdno. ppal. 2ª instancia - mayúsculas y negrillas del original).

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. Demanda y trámite procesal en la primera instancia**

1.1. El 22 de agosto de 1994, mediante apoderado judicial, el señor José Luis Londoño Urrego, interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el municipio de Itagüí y la sociedad Constructores Mecánicos Asociados Ltda., con la finalidad de que se decrete lo siguiente:

"1 - Se declare la NULIDAD de la resolución No. 686 de mayo 4 de 1994 emanada del Sr. Alcalde municipal de ITAGÜÍ, de este departamento, por medio de la cual se adjudicó el derecho a la contratación en licitación pública nacional # 002 PL-94, a la sociedad comercial CONSTRUCTORES MECÁNICOS ASOCIADOS LTDA.

"2 - Producida la nulidad del acto se decretará el restablecimiento del derecho conculcado a mi mandante, sr. JOSÉ LUIS LONDOÑO URREGO "FORMAS METÁLICAS J.L.", lo que se hará ordenando el pago de todos los perjuicios materiales en las modalidades de lucro cesante y daño emergente, como se demostrará cuyas cuantías razonadas se exponen en la suma de CIENTO SETENTA Y DOS MILLONES TREINTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS PESOS M.L. \$172'037.400,00

"3 - Todas las cantidades objeto de reconocimientos se ordenarán INDEXAR, tomando como base la fecha de la adjudicación y la fecha de la respectiva sentencia. A partir de esta se impondrán intereses comerciales corrientes durante los primeros seis meses y a partir de estos, los intereses de mora comercial.

"4 - Se impondrán además las costas y agencias en derecho.

"SUBSIDIARIA

"En subsidio a la petición del numeral 2, de este ítem, solicito se condene al municipio de Itagüí a pagar a mi mandante todos los perjuicios materiales de daño emergente y lucro cesante en las cantidades mayores o menores que se llegaren a demostrar en este proceso." (fls. 23 y 24 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

En apoyatura de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

1.1.1. El municipio de Itagüí (Antioquia) por medio de la Resolución No. 400 del 11 de marzo de 1994, abrió proceso de licitación pública con el objeto de contratar el "suministro e instalación de los juegos mecánicos y de madera para el parque de diversiones Las Chimeneas."

1.1.2. El demandante al ser un comerciante dedicado a la fabricación e instalación de juegos infantiles, a través de su establecimiento comercial denominado "Formas Metálicas J.L.", participó en el proceso de selección y, por lo tanto, presentó propuesta en los términos descritos en los respectivos pliegos.

1.1.3. A la licitación pública sólo se presentaron dos oferentes, el señor José Luis Urrego y la sociedad Constructores Mecánicos Asociados Ltda.

1.1.4. El demandante en su propuesta ofertó fabricar e instalar todos los juegos a contratar, de conformidad con todas las referencias técnicas y de calidad consignadas en los pliegos, por una suma global de \$344'074.800,00.

Por su parte, la presentada por la sociedad Constructores Mecánicas Asociados Ltda., ascendía a la suma \$460'269.160,00, es decir, \$116'194.360,00 por encima de la del demandante, sin que existiera razón técnica que justificara esa diferencia y, por consiguiente, que fundamentara la adjudicación a este proponente.

1.1.5. El comité evaluador incurrió en un grave y significativo error en la conclusión comoquiera que, con independencia de que el señor Londoño Urrego tuviera derecho a una mejor calificación –por ser el único oferente que acreditaba “equipo ofrecido para la contratación”– se recomendó adjudicar la licitación a la sociedad Constructores Mecánicos Asociados Ltda.

1.1.6. La adjudicación en los términos que fue realizada violó los principios de transparencia, economía, responsabilidad, imparcialidad, moralidad y, en especial, el de selección objetiva establecidos en la ley 80 de 1993, motivo por el que el acto de adjudicación se encuentra viciado de nulidad.

1.1.7. De modo que, si la propuesta del señor Londoño Urrego era la más favorable por tener asignado el máximo puntaje posible (100/100), no resulta comprensible por qué razón o circunstancia le fue adjudicado el contrato a la sociedad Constructores Mecánicos Ltda., cuya calificación fue de 80/100.

1.2. El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda el 19 de septiembre de 1994 (fls. 35 y 36 cdno. ppal.); en providencia del 29 de junio de 1995, se abrió a pruebas el proceso (fls. 56 y 57 cdno. ppal.) y, por último, en auto del 26 de mayo de 1998, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 183 cdno. ppal.).

1.3. Notificada la demanda, sólo la contestó el municipio de Itagüí en un exiguo y escueto memorial en el que se echa de menos cualquier esfuerzo argumentativo, limitándose la entidad territorial a señalar qué hechos son ciertos y cuales no le constan (fl. 50 a 52 cdno. ppal.).



1.4. Corrido el traslado para alegar de conclusión, intervinieron las partes para reiterar los argumentos contenidos en los escritos de demanda y contestación, así como para efectuar un análisis probatorio. En criterio de la parte demandada, el demandante se encontraba incurso en una inhabilidad, razón por la que fue descalificado, comoquiera que a la administración pública, tal y como se hizo exigible en los pliegos, no le interesaba contratar con deudores de la administración (fls. 185 a 189 y 214 a 219 cdno. ppal.).

## **2. Sentencia de primera instancia**

En sentencia del 13 de diciembre de 2000, la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Antioquia, Caldas y Chocó accedió parcialmente a las súplicas de la demanda al encontrar, según se expuso, que los actos demandados contravienen los preceptos de la ley 80 de 1993, y del pliego de condiciones.

En criterio del *a quo*, la razón de la entidad contratante para la descalificación de la propuesta no tiene justificación, toda vez que, si bien, la tesorería del municipio expidió un paz y salvo “parcial” por concepto de impuestos territoriales, esa connotación no generaba la inadmisibilidad de la misma, aunado al hecho de que la causal invocada no se encontraba consagrada en el pliego.

Por último, indicó que al no haber demostrado el demandante que su propuesta era la mejor, no es posible reconocer la indemnización por concepto de lucro cesante a título de la utilidad esperada por el proponente no favorecido, sino que, por el contrario, lo procedente era reconocer la pérdida de oportunidad del derecho a ser evaluado, motivo por el que se ordenó el pago del 10% del valor total de la propuesta presentada.

Entre otros aspectos, el *a quo*, puntualizó lo siguiente:

“(…) El argumento de la entidad demandada en el sentido de que la propuesta debía ser descartada por cuanto el paz y salvo de industria y comercio presentado por la firma (sic) Formas Metálicas había sido expedido en forma provisional debido a que a la fecha esta firma (sic) tenía un saldo pendiente con el tesoro municipal y por este motivo no tenía validez alguna, no es de recibo ni tiene sustentación alguna, por cuanto:

“a) En el respectivo paz y salvo obra constancia de validez hasta el 30 de abril de 1994; y en él no se indica lo afirmado por el comité evaluador para

su expedición en forma provisional, se invoca como única razón la orden del Dr. Juan Eugenio Mejía P., jefe de impuestos.

“b) El numeral del pliego antes citado, no contempla como causal de rechazo o inadmisibilidad de la propuesta, el carácter de provisionalidad con que fueron expedidos los paz y salvos presentados en las propuestas, ni aún la falta de los mismos.

“(…) Para la Sala es claro, que la provisionalidad del paz y salvo aportado por el proponente a la licitación no le restaba validez que hasta el 30 de abril, le otorgó la dependencia competente que lo expidió.

“(…) Además de lo anotado, para la Sala es claro, que el documento que sirvió de título a la entidad licitante para el rechazo de la propuesta, es un requisito inherente al proponente, por lo que no le estaba permitido al tenor de lo dispuesto en el numeral 16 del art. 25 ya citado, y en consecuencia la entidad no se ajustó para el efecto, a las prescripciones legales que le hubieran impedido sacrificar cuestiones de fondo de haber analizado el procedimiento licitatorio a la luz del estatuto contractual.

“(…) Tampoco puede aceptar la calificación de 100 puntos que afirma el demandante le corresponde, por cuanto como antes se indicó, este puntaje corresponde al “cuadro puntaje” que sirvió al comité evaluador de punto de referencia para la comparación de las propuestas.

“Como resultado de lo anterior se desprende que no quedó plenamente demostrado que la propuesta presentada por la actora en la licitación pública nacional 02-PI-94 haya sido la mejor, pues se descuidó la parte probatoria a través de la cual se pudo probar en el proceso de verificación de la puntuación que en términos precisos hubiera correspondido a la demandante en la evaluación de su propuesta para colocarse en condiciones de igualdad con la otra firma elegible y resultar así favorecido.

“Para que la pretensión del demandante que se contrae al pago de los perjuicios sufridos pudiera prosperar, se requería que ésta (sic) hubiera demostrado que la mejor propuesta era la suya y que fue adjudicada a quien no era el mejor proponente.

“(…) En el caso concreto el demandante logra probar los vicios del proceso licitatorio, más no que su propuesta fuera la mejor, en consecuencia no se accederá a la indemnización de los perjuicios solicitados por este concepto.

“Teniendo en cuenta que queda al arbitrio del juez determinar la indemnización por “la pérdida de la oportunidad” y que en todo caso es un valor inferior a lo que hubiera tenido derecho el demandante de habersele adjudicado la licitación, la Sala estima el monto de ese perjuicio en atención a las diversas circunstancias de la propuesta en el 10% del valor total de la propuesta presentada, equivalente a la suma de \$17'203.740. “(…)” (fls. 233 a 267 cdno. ppal. 2ª instancia).

### **3. Recursos de apelación**

Inconforme con lo decidido, la demandada interpuso recurso de apelación (fls. 269 a 273 cdno. ppal. 2ª instancia). Por su parte, el demandante presentó recurso de

apelación adhesiva para que se revisara la providencia en lo desfavorable (fls. 274 a 276 cdno. ppal. 2ª instancia). Los recursos de apelación fueron concedidos por el a quo en auto del 23 de mayo de 2001 (fl. 277 cdno. ppal. 2ª instancia), y admitidos por esta Corporación en proveído del 19 de octubre de 2001 (fl. 281 cdno. ppal. 2ª instancia).

El fundamento del recurso de apelación del municipio de Itagüí fue desarrollado como se expone a continuación:

3.1.1. El municipio de Itagüí a través del comité evaluador hizo un juicio de valor sobre el documento presentado por el demandante, esto es, el paz y salvo de industria y comercio otorgado de manera provisional, del cual se concluyó la inhabilidad del proponente, en tanto que no se valoró el documento como un simple requisito formal, sino por el significado material que del mismo se desprendía, es decir, que al municipio no le interesaba en modo alguno contratar con deudores del fisco, puesto que ello no constituye una garantía de cumplimiento.

3.1.2. Según se advierte en la providencia recurrida, no existen elementos de juicio que permitan precisar la certeza del perjuicio, en lo que hace referencia a las posibilidades de éxito de la propuesta del contratista. No obstante, a renglón seguido, de manera contradictoria se ordena el pago de los perjuicios eventuales del contratista que resultan por la “pérdida de la oportunidad de adjudicación”.

3.1.3. Se podrá preguntar entonces, cuál es la pérdida de la oportunidad que se le está indemnizando al contratista, toda vez que no es lo mismo cuantitativa ni cualitativamente verse privado de la oportunidad que se tenía de ser evaluado - que tienen todos los oferentes- que la privación de quien tenía la posibilidad real, en cuanto tenía aptitud suficiente, para ganarse el contrato.

Si lo que aparece acreditado probatoriamente, según la providencia recurrida, es que al contratista se la privó de la posibilidad de que se le calificara su propuesta, más no de que se le adjudicara el contrato, no es razonable que se le indemnice su perjuicio como si hubiere sido privado de la posibilidad de ser adjudicatario del contrato. Para poder tener esa vocación es necesario que el proponente demuestre que no sólo cumplía con todas las exigencias de los pliegos, sino que, adicionalmente, su propuesta era la más favorable.

#### **4. Alegatos de conclusión**

En providencia del 7 de diciembre de 2001, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, etapa en la que se guardó silencio (fl. 283 cdno. ppal. 2ª instancia).

### **II. CONSIDERACIONES**

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, a través del siguiente derrotero: 1) competencia de la Sala, 2) valoración probatoria y caso concreto, y 3) condena en costas.

#### **1. Competencia de la Sala**

Se es competente para conocer de este proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión mayor individualmente considerada asciende a \$172'037.400.00 y es superior a la cuantía exigida para que un proceso iniciado en el año 1994, tuviera vocación de doble instancia, esto es, \$9'610.000,00, de conformidad con las reglas de competencia establecidas en el Decreto 597 de 1988.

#### **2. Valoración probatoria y caso concreto:**

La Sala modificará la sentencia impugnada para adoptar las siguientes decisiones: i) confirmar la nulidad de la resolución No. 686 del 4 de mayo de 1994, proferida por el Alcalde del municipio de Itagüí y ii) modificar la liquidación de perjuicios adoptada por el *a quo*.

En el numeral 1.2.22 de los pliegos de condiciones, se establecieron los documentos con que se deberían acompañar las propuestas, así:

“1. RECIBO ORIGINAL DE PAGO POR LA COMPRA DEL PLIEGO de condiciones, expedido por la Tesorería Municipal de Itagüí.

“2. GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA, por un monto equivalente al diez (10) por ciento del valor total de la propuesta con una

validez de noventa (90) días contados a partir de la fecha de cierre de la licitación.

“3. CERTIFICADO DE PAZ Y SALVO MUNICIPAL, expedido en original después del 28 de febrero de 1994.

“Nota: este paz y salvo incluye:

“a. Paz y salvo de industria y comercio;

“b. Paz y salvo de catastro (predial) y

“c. Paz y salvo de valorización municipal.

“a. y b., sin expedidos por la Tesorería del Municipio...

“4. COPIA AUTÉNTICA DEL CERTIFICADO DE INSCRIPCIÓN, en el registro de proveedores del municipio de Itagüí, expedido por la división comercial (almacén) municipal.

“5. CARTA REMISORIA DE LA OFERTA, empleando el formato adjunto al pliego.

“(...)” (fl. 146 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

Por su parte, en el acápite 1.2.28., de los pliegos se definieron los criterios de inadmisibilidad de las propuestas, en los siguientes términos:

“Será inadmisibile la propuesta que presente cualquiera de las IRREGULARIDADES siguientes:

“1. Presentación extemporánea.

“2. Garantía de seriedad insuficiente.

“3. Estar sujeta el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con entidades públicas, de conformidad con lo dispuesto por la legislación vigente.

“4. Proponer DESCUENTOS o condicionar SOBRECOSTOS, al margen de los análisis de precios.” (fl. 150 cdno. ppal. - mayúsculas del documento original).

Ahora bien, en relación con la evaluación de las ofertas el pliego estableció:

#### “1.2.12. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

“Las ofertas que cumplan con los requisitos de este pliego de condiciones, serán analizadas, evaluadas y clasificadas en lo jurídico, en lo económico y en lo técnico, por Comité de Evaluación que será nombrado por el señor Alcalde a través de una resolución motivada.

“La adjudicación la hará el SEÑOR ALCALDE MUNICIPAL al licitante cuya PROPUESTA EN CONJUNTO se considere como la más favorable para los intereses del municipio.

“La decisión administrativa de adjudicar el contrato, será tomada dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de cierre de la licitación, MEDIANDO UNA RECOMENDACIÓN PREVIA que hará el Comité de Evaluación al señor Alcalde.

“Si por algún motivo especial no se puede adjudicar en ese lapso, la Administración Municipal podrá disponer de siete (7) días calendario adicionales para hacer efectiva la adjudicación.

“PROCEDIMIENTO A SEGUIR:

“En primera instancia el Comité de Evaluación estudiará detalladamente la parte legal consignada en LOS ORIGINALES de todas las ofertas, descartando de una vez aquellas que sean inaceptables de conformidad con lo establecido en el pliego. Este estudio se hará DENTRO DE LOS 5 DÍAS HÁBILES SIGUIENTES a la fecha de cierre de la licitación.

“El Comité Técnico de Evaluación rendirá un informe de su gestión, el cual quedará como documento de referencia cierto, al momento de proceder a la adjudicación del contrato.

“EN ESE MISMO LAPSO el Comité de Evaluación conformado por Resolución motivada de la Alcaldía, hará las correcciones aritméticas que sean del caso y determinará los montos exactos de todas las propuestas que a su juicio sean elegibles.

“Al concluir la totalidad de las correcciones, el Comité hará una PRIMERA CLASIFICACIÓN de las propuestas, numerándolas en función al costo, de menor a mayor.

“Acto seguido, estudiará los documentos técnicos que complementan las distintas propuestas, haciendo una EVALUACIÓN CUALITATIVA de los mismos. En esta evaluación se tendrán en cuenta.

“a) **La capacidad empresarial** del proponente. (De conformidad con la experiencia acreditada y con los antecedentes en materia de calidad y de cumplimiento con contratos similares).

“b) **Los plazos propuestos** para la ejecución, el suministro e instalación de los juegos objeto del contrato.

“c) **Los equipos ofrecidos** para el manejo de los elementos componentes de cada uno de los juegos durante su instalación.

“De esta evaluación se sacarán unas conclusiones y se establecerá una TERCERA CLASIFICACIÓN, agrupando las ofertas en función de las siguientes denominaciones calificativas: excelente, muy buena, buena, regular o deficiente.

“(...)” (fls. 140 y 141 cdno. ppal. - mayúsculas y negrillas del original).

En el informe sobre evaluación de las propuestas (fls. 8 a 13 cdno. ppal.), se descartó la presentada por el señor José Luis Londoño Urrego, circunstancia por la que no fue calificada. De modo que, yerra el apoderado judicial del demandante al hacer énfasis en que la propuesta del establecimiento de comercio Formas Metálicas J.L. fue calificada con un puntaje de 100 sobre 100, puesto que, precisamente al haber sido declarada inadmisibles la oferta nunca se produjo su evaluación.

Por lo tanto, el cuadro en el que supuestamente obraría la calificación de Formas Metálicas J.L., corresponde en realidad a la guía que elaboró el Comité Evaluador para la asignación de puntajes en atención a los siguientes criterios: 1. Análisis jurídico (20 puntos), 2. Correcciones aritméticas (30 puntos), y 3. Aspectos técnicos (50 puntos), así: 3.1. Capacidad empresarial (20 puntos), 3.2. Plazo (10 puntos), y 3.3. Equipo ofrecido (20 puntos).

Así las cosas, de los elementos probatorios reseñados queda establecido que la propuesta presentada por José Luis Londoño Urrego fue descalificada –y por lo tanto no evaluada– por haber adjuntado un paz y salvo provisional expedido por la Tesorería Municipal de la entidad contratante, en relación con el pago de los impuestos territoriales.

Por consiguiente, corresponde a la Sala definir si el hecho de que se hubiera allegado ese documento en calidad de “provisional” generaba la consecuencia que defiende la parte demandada, esto es, la descalificación y rechazo *in limine* de la propuesta presentada por José Luis Londoño Urrego o, si por el contrario, se trataba de un simple requisito formal que podía ser subsanado por el contratista, y que, por lo tanto, no habilitaba al municipio a declarar inadmisibile la oferta.

Sobre el particular, como lo indicó el Tribunal de primera instancia, los principios de la contratación estatal contenidos en la ley 80 de 1993, permiten dar solución a la controversia, de manera específica las disposiciones contenidas en los artículos 25 y 29 de ese plexo legal puntualizaban –antes de la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007<sup>1</sup>, normativa aplicable al asunto concreto–:

“Artículo 25º.- Del Principio de Economía. En virtud de este principio:

“1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las

---

<sup>1</sup> El numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, fue derogado expresamente por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007; no obstante, en el artículo 5 de esta última legislación se reprodujo el contenido y alcance de la norma derogada, pero dentro del principio de selección objetiva, al establecer en el párrafo 1º: “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.”

diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

**“2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.**

“(…) 15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

**“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.”**

“(…) Artículo 29º.- *Del Deber de Selección Objetiva.* La selección de contratistas será objetiva.

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

**“Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación.**

“El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

“En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización.

“Artículo 30º.- De la Estructura de los Procedimientos de Selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

“(…) 7o. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, **se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.**” (Negrillas del original).



En esa línea de pensamiento, acertó el a quo al precisar que se hizo un uso indebido de la facultad de rechazo de la oferta, comoquiera que la exigencia del paz y salvo no constituía un criterio de selección objetiva para la ponderación de las ofertas y, por el contrario, se trataba de un requisito formal que pudo ser subsanado por el proponente, de tal manera que al habersele limitado esa posibilidad se le privó del derecho a ser evaluado, lo que constituye un daño cierto y personal, aunado al hecho que el ordenamiento no le imponía el deber jurídico de soportarlo.

En relación con los requisitos subsanables en las ofertas contractuales presentadas por los proponentes, la Subsección A, de esta Sección, en reciente pronunciamiento puntualizó<sup>2</sup>:

“Se debe tener presente que en su texto original, la Ley 80 se ocupó de regular, de manera expresa y completa, cuáles podrían ser los únicos títulos válidos para el rechazo o exclusión de las ofertas, sin dejar espacio en esa materia a la creatividad de las decisiones provenientes de las autoridades administrativas, todo de conformidad con el inciso 2º del numeral 15 de su artículo 25 (...) en un primer momento, la ley se encargó de precisar, de manera clara y categórica, que únicamente la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que sí fueran necesarios para la comparación de propuestas, servirían de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. (...) Posteriormente, aunque la Ley 1150 derogó de manera expresa –a través de su artículo 32– el transcrito inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, en la medida en que ese mismo mandato fue reproducido en el párrafo primero del artículo 5º de la aludida Ley 1150, el Estatuto de Contratación Estatal mantuvo pues las directrices y la filosofía inicial, en el sentido de regular de manera restringida la posibilidad de que las entidades estatales puedan rechazar o excluir válidamente las ofertas recibidas.

“El rechazo de una propuesta o su exclusión del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, además de que imposibilita la consideración de ese ofrecimiento para la correspondiente selección o adjudicación, también impide su comparación frente a las demás ofertas, por lo cual uno o varios de los componentes de la propuesta rechazada –como por ejemplo su precio o su plazo– mal podrían tenerse en cuenta para efectos de operar, al momento de adoptar la decisión definitiva de adjudicación o de declaratoria de desierta, los elementos de comparación previstos en el pliego de condiciones, como suelen ser las fórmulas matemáticas consagradas para determinar el precio más favorable (a partir del promedio o de la media aritmética del precio de todos los ofrecimientos recibidos). **Así pues, el rechazo de una propuesta o su exclusión, cuando a ello hay lugar con fundamento en las previsiones normativas expresas como las que aquí se han venido revisando y que enseguida se puntualizarán de manera sistemática,**

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 24059, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

**impide incluso su calificación, asignación de puntaje o inserción en el orden de elegibilidad.**

“En cualquier caso debe tenerse presente que **la aludida decisión administrativa de rechazo o de exclusión de una propuesta, dados los importantes efectos que está llamada a generar, según se deja anotado, sólo podrá adoptarse de manera válida –en respeto a la garantía constitucional del Debido Proceso– después de haberle brindado al proponente afectado, de manera real y efectiva, la oportunidad de desplegar sus derechos de defensa y de contradicción**, cuestión que perfectamente puede satisfacerse –sin perjuicio de consultar las particularidades de cada caso concreto– con el traslado que debe darse a todos los proponentes de los informes de evaluación de las propuestas, en cuyo contenido, como es natural, deberán expresarse los fundamentos fácticos y jurídicos que darían lugar al rechazo o exclusión de su propuesta.

“(…) De esta manera, según el régimen normativo de contratación estatal vigente, se encuentra que el rechazo de una propuesta o, lo que es lo mismo, la exclusión de una oferta del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sólo puede adoptarse o decidirse de manera válida por parte de la respectiva entidad estatal contratante, cuando verifique la configuración de una o varias de las hipótesis que se puntualizan a continuación, las cuales se distinguen para facilitar su comprensión, aunque desde alguna perspectiva pudieran asimilarse o entenderse como comprensivas unas de otras, así: **i) cuando el respectivo proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de *inhabilidad* o de *incompatibilidad* previstas en la Constitución Política o en la ley; ii) cuando el respectivo proponente no cumple con alguno(s) de los *requisitos habilitantes* establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; iii) cuando se verifique “*la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente*” que en realidad sean necesarios, esto es forzosos, indispensables, ineludibles, “*para la comparación de las propuestas*” y, claro está, iv) cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a Principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.**

“Pues bien, a propósito de los Principios Constitucionales y/o presupuestos mínimos que emergen de aquellos, por la importancia que reviste para el caso concreto que ahora se decide, la Sala se detendrá a examinar algunos aspectos relacionados con la Buena Fe, presupuesto que si bien por mandato constitucional ha de presumirse presente en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas (artículo 83 C.P.), no es menos cierto que tal presunción no corresponde a una de derecho que no admita prueba en contrario, por manera que ha de destacarse que la referida presunción constitucional es susceptible de ser desvirtuada, a lo cual –como resulta apenas obvio, por los trascendentales efectos que comporta desvirtuarla–, deberá procederse con los máximos cuidado, responsabilidad y rigor.

“En cualquier caso resulta evidente que todas las actuaciones que los particulares desarrollen ante las entidades estatales contratantes deben estar presididas por la buena fe y en especial es claro que deben ajustarse a esos postulados las ofertas que presenten ante las entidades estatales, cuyo examen comparativo deberá adelantarse a la luz de las normas vigentes y con sujeción al pliego de condiciones, para determinar si hay

lugar a seleccionar una de ellas con el fin de proseguir con la celebración y ejecución del contrato estatal correspondiente.

“En este punto resulta pertinente reiterar que a través de su oferta, cada interesado en contratar con las entidades estatales, en cuanto considere que reúne los requisitos y las condiciones exigidas para cada caso, por lo general atiende la convocatoria o la invitación que formulan dichas entidades para participar en los respectivos procedimientos administrativos de selección contractual, propósito para cuyo efecto a cada uno de tales interesados le corresponde estudiar previamente el sentido, alcance y características del contrato que se pretende celebrar, así como debe estructurar su propuesta con arreglo a las formalidades y exigencias que determinen las normas vigentes y el pliego de condiciones, de tal manera que se satisfagan plenamente las tres (3) categorías en las cuales suelen clasificarse o agruparse los requisitos de orden jurídico, a saber: **a).- subjetivos**, relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad; **b).- objetivos**, concernientes al contenido de la oferta, sus características y alcance, y **c).- formales**, relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta.” (Negritas adicionales).

Como se aprecia, del contenido y alcance de las normas citadas se pueden extraer varias conclusiones relacionadas con la potestad de la administración contratante de rechazar las propuestas y, por lo tanto, de impedir su evaluación: i) sin importar si el requisito es subsanable o insubsanable, es importante garantizar el principio - derecho constitucional al debido proceso, en aras de que se permita controvertir las decisiones adoptadas, ii) los requisitos predicables respecto de los proponentes y la oferta pueden ser de tres tipos, clases o naturaleza, esto es: **subjetivos** que atienden a las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; **objetivos** que se refieren a aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., que permiten ponderar las ofertas en su real y efectiva dimensión, y **formales** que atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal, iii) en relación con los requisitos simplemente formales, que pueden ser subsanados en los términos del artículo 25.15 de la ley 80 de 1993, es posible que se otorgue un plazo razonable al proponente para que corrija el mismo, al tenor de lo establecido en el artículo 30.7 *ibídem*.

Esta lógica principialística, estructurada en el derecho que tienen los proponentes de enmendar los requisitos simplemente formales que no tienen incidencia en la calificación y evaluación objetiva de las propuestas, fue desarrollada por un fallo

proferido por esta misma Subsección del 26 de febrero de 2014, que por su importancia y especial *sindéresis*, se transcribe *in extenso*<sup>3</sup>:

### **“3.1. La evaluación de las ofertas en la Ley 80 de 1993**

#### **“a) La evaluación de ofertas, y el régimen jurídico de la subsanabilidad de requisitos.**

“Uno de los aspectos más sensibles de los procesos de selección de contratistas es la evaluación de las ofertas, y dentro de ella la calificación del cumplimiento de los requisitos que exigen los pliegos de condiciones, la ley y los reglamentos. No cabe duda de que a la entidad estatal que dirige el proceso administrativo es a quien le corresponde adoptar esa decisión, en primera instancia; la cual puede ser controvertida por los proponentes – a través de sus observaciones contra el informe de evaluación<sup>4</sup>-, para que de nuevo la administración estudie el tema; y finalmente es eventual la posibilidad de que intervenga el juez para controlar los actos de la administración donde adopta esas decisiones, como sucede en el caso *sub iudice*, donde el demandante, que fue participante de un proceso de licitación, acudió a esta jurisdicción para buscar lo que considera es la corrección de las decisiones adoptadas.

“Pero para comprender íntegramente el tema sometido a juicio de la Corporación, se analizarán dos aspectos básicos: i) el régimen jurídico de la evaluación de las ofertas en la ley de contratación estatal, y ii) en especial, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las mismas.

“Como punto de partida, la Sala recuerda que en el tema propuesto se presentó una ruptura ideológica entre los estatutos contractuales anteriores a la Ley 80 de 1993 (Decreto-ley 150 de 1976 y Decreto-ley 222 de 1983) y el régimen que impuso ésta. La diferencia consistió en que antes de 1993 era muy limitada la posibilidad que se concedía a los proponentes para “subsanar” los errores en que incurrieran, para satisfacer las exigencias previstas en las leyes, decretos y sobre todo en el pliego de condiciones, porque en esa época prevaleció la cultura del formalismo procedimental, que sacrificó lo esencial o sustancial de las ofertas por lo procedimental.

“Esta ideología jurídica condujo a que las entidades rechazaran las ofertas, indiscriminada e injustificadamente, que no cumplían algunos requisitos establecidos en el pliego de condiciones y el resto del ordenamiento, bien porque se trataba de requisitos esenciales del negocio o bien de formalismos insustanciales, de esos que no agregaban valor a los ofrecimientos hechos. Por esto, se desestimaban propuestas aduciendo que ofrecían: especificaciones técnicas diferentes a las exigidas en el pliego, porque condicionaban la oferta, no acreditaban la capacidad para

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 25804, M.P. Enrique Gil Botero.

<sup>4</sup> Sobre la posibilidad de controvertir los informes de evaluación, en cualquier clase de proceso de selección de contratistas, el art. 24.2 de la Ley 80 establece: “En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.”

De manera especial, sólo para la licitación pública, la Ley 80 establece, en el art. 30.8, que: “Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.”

contratar, etc., lo que era razonable; no obstante, también se rechazaban por no aportar el índice de los documentos entregados, o una o más copias junto con el original, o por no aportar los documentos en el "orden" exigido por la entidad, etc. De esta manera, sucedió que muchas ofertas técnicas y económicas extraordinarias fueron rechazadas por obviar exigencias sustanciales del negocio; pero también por no cumplir aspectos adjetivos, que en nada incidían en la comparación de las ofertas y en general en el negocio jurídico potencial.

"Con el advenimiento de la Constitución de 1991 se irradió a lo largo y ancho del sistema jurídico, incluido el administrativo, un nuevo valor para las actuaciones judiciales y administrativas. En particular, el art. 228 estableció que en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial sobre el procedimental<sup>5</sup>, y el art. 209 incorporó principios más versátiles y eficientes para el ejercicio de la función administrativa<sup>6</sup>. Esto, y otros cambios propios de la gerencia de lo público –es decir, de sus entidades-, transformaron la perspectiva y la mirada del derecho, en cuanto a la aproximación a los problemas jurídicos y a su solución, y también en el abordaje de las tensiones entre los derechos y las actuaciones del Estado.

"Concretamente, en 1993, con la expedición de la Ley 80, en materia contractual, se incorporó esta filosofía a la normativa de los negocios jurídicos del Estado. De manera declarada, en franca oposición a la cultura jurídica formalista que antes aplicaba la administración pública a los procesos de selección de contratistas, que sacrificaron las ofertas so pretexto de hacer prevalecer una legalidad insulsa -no la legalidad sustancial y protectora de los derechos y las garantías-, la nueva normativa incorporó un valor diferente, incluso bajo la forma de *principio* del derecho contractual, que debía invertir o revertir la lógica que regía los procesos de contratación. En virtud de ese nuevo pensamiento rector de los procedimientos administrativos, en adelante las ofertas no podrían desestimarse por irregularidades, insuficiencias o incumplimientos frívolos y triviales, en relación con las exigencias que hiciera el ordenamiento jurídico y sobre todo el pliego de condiciones para cada proceso de contratación. Finalmente, tres normas, que se deben armonizar, expresaron la moderna filosofía:

"j) El numeral 15 del artículo 25, centro de gravedad de la nueva lógica de los procesos de selección, que contiene el principio de la economía, dispuso que:

"15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

---

<sup>5</sup> "Art. 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo."

<sup>6</sup> "Art. 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

"Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley."

“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.”

“Al amparo de esta disposición, la principal de las normas que se refieren al tema, las entidades públicas ya no podían rechazar ofertas por aspectos puramente formales, en palabras de la Ley: por requisitos “no necesarios para la comparación de propuestas”. La nueva filosofía del derecho constitucional, recibida ahora como filosofía del derecho contractual, dispuso con total claridad que las ofertas incompletas -por falta de requisitos o documentos- no se rechazarán automáticamente por cualquier tipo de deficiencia; es necesario que la entidad estatal pondere la decisión alrededor de un *concepto jurídico indeterminado*, que la conducirá a la decisión correcta: le corresponde valorar si lo que falta es “necesario para la comparación de propuestas”, si concluye que es indispensable debe rechazarla, pero si no lo es debe concederle al proponente la oportunidad de *subsanaarla*, para luego admitirla y evaluarla.

“*ii*) Más adelante, el art. 30.7 retomó el tema, para agregar elementos de valoración sobre la subsanabilidad de las ofertas. Expresó que durante el lapso en que la administración las evalúa, debe pedirle al oferente que “aclare” y “explique” lo que necesite esclarecimiento.

“7o. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y **para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.**” (Negrillas fuera de texto)

“De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo *in limine* de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará “a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare.

“De esta manera, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse- violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley.

“En conclusión, que las ofertas se pueden corregir y aclarar lo confirma el art. 30.7 de la Ley 80. Si no se pudiera, ¿para qué “solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, si lo que respondieran no se pudiera tener en cuenta?

“*iii*) El artículo 30, numeral 8, de la misma Ley 80, también se refirió al mismo tema, porque reguló parte de la etapa de evaluación de las ofertas en los procesos de licitación pública, y señaló que esa actividad se efectuará conforme a las siguientes reglas:

“8. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. **En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.**”

“La etapa de “observaciones al informe de evaluación” corresponde al momento posterior a la primera evaluación de las propuestas que realiza la entidad. La parte final de la disposición transcrita la entendieron muchos con un doble sentido, de ahí parte de los problemas: i) para algunos significó que como no es posible completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, entonces las entidades no podían recibir documentos adicionales que explicaran sus insuficiencias, pues claramente se trasgredía esta norma; ii) para otros la comprensión debía hacerse de conformidad con el art. 25.15 citado, armonizándolos, es decir, que durante el término que existe para presentar observaciones al informe de evaluación sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas, pero en los aspectos que permite el art. 25.15, y no en los aspectos que prohíbe.

“Para la Sala la segunda solución es la correcta, porque si el art. 30.8 se aísla para leerlo, significaría que si falta, por ejemplo, una copia de la propuesta, entonces no se podía pedirla al oferente para que subsanara el requisito, porque al aportarla necesariamente *completaría* o *adicionaría* lo que no estaba. De admitir este entendimiento surgiría, de un lado, una contradicción lógica grave, profunda e irreconciliable, entre los artículos 25.15 y 30.7 con el art. 30.8; y del otro lado, si las reglas hermenéuticas permiten entender todas las normas en su propio contexto, conservando la filosofía que inspiró el cambio de la regulación sobre la *subsannabilidad* de ofertas, se debe optar por ese entendimiento. Además, el art. 25.15 contiene un *principio* general del derecho administrativo –el principio de economía–, mientras que el art. 30.8 contiene una *regla* específica de aplicación en la licitación, así que el orden en que se interpretan y la coherencia que hay que hallar entre ellos indica que la *regla* debe entenderse conforme al *principio*, pues éste inspira su alcance e indica la mejor forma de aplicarla.

“En conclusión, pese a que la aceptación de la nueva filosofía de la evaluación de las ofertas no fue fácil, por la fuerte tradición que se arraigó en la entrañas de la administración, los operadores del derecho administrativo contractual entendieron, finalmente, que no cualquier omisión en que incurriera el proponente justificaba el rechazo automático de la oferta; en su lugar, había que ponderar si lo omitido “era o no necesario para la comparación de las propuestas”.

“No obstante, esa expresión es demasiado amplia, general, vaga e imprecisa –se trata de un típico concepto jurídico indeterminado–, de ahí que si bien la nueva constitución y la nueva legislación contractual avanzaron en la solución de los problemas del pasado, en todo caso aún se carecía de certeza y objetividad sobre el significado de esa expresión, de manera que en cada entidad estatal, y para cada proceso de contratación, se debió calificar qué repercusión tenía.

“Durante muchos años estas tres disposiciones apoyaron en la administración la toma de las decisiones de cada evaluación de ofertas en cada proceso de selección; no obstante, frente a la ambigüedad parcial que pese a todo subsistió, pues algunas entidades aún calificaron ciertos requisitos insustanciales como “necesarios para la comparación de las ofertas” –por tanto, rechazaron propuestas porque, por ejemplo, no estaban ordenados los documentos o no estaban numeradas las hojas,

como lo exigía el pliego de condiciones<sup>7</sup>-, la Ley 1150 de 2007 –catorce años después- reasumió el tema, para aclararlo más, darle el orden “definitivo” y también algo de previsibilidad, en todo caso con la intención de conservar y profundizar la solución *anti-formalista* que introdujo la Ley 80, es decir, para asegurar más y mejor la solución *sustancialista* a los problemas de incompletitud de las ofertas. La nueva norma dispuso, en el art. 5, parágrafo 1, que:

---

<sup>7</sup> Mediante la Sentencia del 26 de abril de 2006 –exp.16.041- la Sección Tercera anuló parte de unos pliegos de condiciones porque evaluó la forma de presentación de la oferta, cuando se trata de un aspecto insustancial para compararlas. Expresó:

“En los Pliegos de Condiciones, numeral 28.2 de la Sección II, Evaluación de la Propuesta, y en particular, en el Adendo No. 1 modificador de los mismos, numeral 9, se estableció como factor ponderable en la Licitación Pública la forma de organizar la oferta, bajo el título “Presentación de la Propuesta”.

“Este criterio de ponderación era susceptible de calificación con cien puntos (100) de los mil (1.000) posibles que podía obtener una propuesta. Los cien (100) puntos se obtenían por la sola presentación de la propuesta, pero eran penalizados si la misma se encontraba incurso en las causas previamente determinadas para la disminución de ese puntaje y descritas en el numeral 9 del Adendo No. 1 que modificó la Sección II, numeral 28.2, Subcapítulo 6, de los Pliegos de Condiciones. Dentro de esas causas, se contempló en el citado numeral una rebaja de cinco (5) puntos, por “no respetar el orden de los documentos que conformaban la propuesta”.

“(...)

“Así mismo, está acreditado en el proceso que el actor intercaló en su propuesta documentos que rompieron el orden de presentación establecido en el Adendo No 1 del Pliego de Condiciones, en lugar de adicionarlos en último término (fls 66 a 110 cd 3; fls. 0 a 44, cdo 6). En efecto, el ingeniero Casas adicionó e intercaló documentos relacionados en las letras E. Programación y Cronograma de Inversión; F. Cuadro de Obras de Ejecución; G. Equipo Mínimo Requerido de su oferta rompiendo la secuencia que había sido aclarada en la audiencia de precisión de pliegos y contenida en el citado adendo.

“(...)

“Si bien la actuación de la administración no resultó *per se* discriminatoria frente al actor, y se demostró que este se valió de la regla establecida en Pliego de Condiciones para luego desconocer de manera inadmisiblemente un acto propio, conclusión que unida al hecho de que fue apenas en la formulación del recurso de apelación cuando el actor se quejó del sentido del pliego en este aspecto y pidió tenerlo por ineficaz, lo cual es suficiente para desestimar el cargo, la Sala no quiere dejar pasar la oportunidad para llamar la atención sobre la consagración de criterios en los pliegos de condiciones que, como el denominado “Por presentar la propuesta en un orden distinto al que aparece en los documentos de la propuesta”, a pesar de ser puramente formal inciden en la calificación a través de una disminución de puntaje.

“(...)

“De lo dicho y de conformidad con la norma transcrita, no puede, entonces, aceptarse que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se consagren como requisitos habilitantes o criterios ponderables, cláusulas, disposiciones o factores puramente formales o adjetivos, que no sean esenciales para la comparación objetiva de las propuestas, es decir, que no conlleven un valor agregado al objeto de la contratación o no permitan medir o evaluar sustancialmente el mérito de una propuesta frente a las necesidades concretas de la administración, toda vez que ello contraría los principios de la contratación pública, como el de planeación, transparencia y el deber de selección objetiva.

“(...)

“Por consiguiente, así como, en repetidas oportunidades ha explicado la Sala, que no es susceptible de descarte o rechazo propuestas por aspectos formales o de mero detalle que no comprometen el componente sustancial de la propuesta, de igual manera, con este mismo raciocinio, no pueden incluirse en los pliegos de condiciones o términos de referencia y, por ende, ponderarse o calificarse criterios de índole formal, que ningún valor le agregan a la contratación y que, por el contrario, ponen en riesgo la escogencia de la oferta favorable al interés público perseguido con ella y en tela de juicio principios de la Ley 80 de 1993 y sus normas (artículos 3; 5 24 numeral 5, apartes a) y b) del artículo 24; 25 numeral 1, 2 y 3; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993).”



“Art. 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

(...)

“Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. **En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.**” (Negrillas fuera de texto)

“El nuevo criterio derogó el inciso segundo del art. 25.15, y lo reemplazó por esta otra disposición, que conservó, en esencia, lo que aquél decía, pero lo explicó, añadiendo un texto que lo aclara, para garantizar que su entendimiento fuera generalizado y uniforme. Por esto declaró que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son: “todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación...”.

“En adelante, el criterio de diferenciación entre los requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto, *“aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas”*; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables “... **todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje**”, los que “... **podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.**”

“Como es apenas comprensible, a partir de la Ley 1150 de 2007 el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad y la libertad de comprensión que tuvo la administración en vigencia del art. 25.15 de la Ley 80, para establecer qué o cuáles exigencias eran *necesarias* para comparar las ofertas. Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que *“asignan puntaje”*, de allí que si en un procesos de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -!debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás.

“A partir de esta norma resulta sencillo concluir, por ejemplo: que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo la falta de precio de un *ítem*, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje. Si se permitiera enmendar lo que asigna puntaje sería fácil para el proponente defraudar a los demás participantes en la licitación, ofreciendo un dato

irrisorio, porque para ese instante conoce los valores ofrecidos por sus competidores. En tal evento, es seguro que obtendría el máximo puntaje en el *ítem* o aspecto omitido, y es bastante probable que ganaría la licitación.

“No obstante la claridad que ofrece esta norma, se insiste: porque redujo la discrecionalidad que tenía la administración de definir, en cada caso, qué aspectos de la oferta eran subsanables, atendiendo a la necesidad de ellos para compararlas; por introducir un criterio objetivo: no es subsanable lo que otorgue puntaje, lo demás sí; al poco tiempo el Gobierno reglamentó la Ley 1150, y señaló, en el art. 10 del Decreto 066 de 2008<sup>8</sup>, que en ejercicio de esta facultad –la de subsanar ofertas- no era posible “... permitir que se subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.”

“Esta norma introdujo una gran contrariedad, y por ende provocó un gran debate de legalidad entre los operadores jurídicos de la contratación, porque mientras la Ley 1150 exigió subsanar cualquier defecto o insuficiencia de una oferta, con la condición de que el defecto no asignara puntaje; el reglamento introdujo una limitación a la subsanabilidad de algunos de esos defectos, relacionada con dos criterios nuevos: *i*) falta de capacidad y *ii*) ocurrencia de circunstancias después de presentadas las ofertas<sup>9</sup>. Esto significó que a pesar de que los defectos o falencias observadas de una oferta no asignaban puntaje, no se podían corregir o cumplir –es decir, no eran subsanables-, si se trataba de alguna de las dos circunstancias prohibidas por el decreto –tres circunstancias contando la ausencia de póliza de seriedad-.

---

<sup>8</sup> “Artículo 10. Reglas de subsanabilidad.

“En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 Y 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

“Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

“Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización.

**“En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.”** (Negrillas fuera de texto)

<sup>9</sup> Incluso, el Decreto 4828 de 2008, que reglamentó las garantías en la contratación, señaló que la ausencia de póliza de seriedad de las ofertas era insubsanable-a pesar de que es claro que este requisito no otorga puntaje-, pero sí se pueden corregir los defectos que tuviera la presentada junto con la oferta: Dispuso el inciso final del art. 7.1: “(...) La no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de esta última.”

Esta norma se reprodujo en los dos decretos reglamentarios siguientes de la contratación estatal, pero no en el Decreto 1510 de 2013.

“En este escenario, los administradores debieron estimar que hasta tanto el Consejo de Estado no anulara o suspendiera esa disposición –lo que, por cierto, no sucedió, porque la norma no se demandó-, las entidades públicas y los oferentes la debieron presumir legal, es decir ajustada a derecho, y por tanto la aplicaron obedientemente, porque en Colombia la *excepción de ilegalidad* no la pueden aplicar la administración ni los particulares; salvo el juez administrativo<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> A esta conclusión llegaron el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Ésta lo expresó en la sentencia de constitucionalidad C-037 de 2000, en los siguientes términos:

“19. Con todo, el orden jerárquico que emana de la Constitución, a pesar de no impedir la penetración de los principios constitucionales en todas las dimensiones del quehacer judicial, da soporte a la existencia de la excepción de ilegalidad y a que su consagración por el legislador resulte acorde con la Carta.

“Sin embargo, su aplicación o invocación no pueden ser generales, ni la obligatoriedad de los actos administrativos normativos ha sido dejada por el constituyente al libre examen de las autoridades y los particulares. Tal facultad de inaplicar actos administrativos contrarios a las normas superiores, se reserva a la jurisdicción contencioso administrativa. A esta conclusión se llega a partir de las siguientes consideraciones:

“20. En principio, podría pensarse que ante la ausencia de una norma constitucional expresa que autorice a toda persona el no cumplir actos administrativos contrarios al ordenamiento superior, cabría una interpretación analógica del artículo 4° de la Constitución, según la cual así como cualquier autoridad debe dar aplicación prevalente a las normas constitucionales sobre cualesquiera otras que resulten contrarias a ellas, de igual manera debe inaplicar disposiciones contenidas en actos administrativos de cualquier índole, cuando contradicen a aquellas otras que les son superiores jerárquicamente. En efecto, la analogía entre los fenómenos de la inconstitucionalidad y la ilegalidad de las normas parece ser manifiesta, pues en uno y otro caso se trata del desconocimiento de normas de mayor rango jerárquico. Así, siendo análogas ambas situaciones cabría la aplicación del artículo 4° superior, para deducir que en todo caso de incompatibilidad entre una norma superior y otra inferior deberán prevalecer las disposiciones de mayor jerarquía.

“Sin embargo, la Corte descarta esta posible interpretación analógica del artículo 4° de la Constitución Política, por las siguientes razones: (...)

“De todo lo anterior concluye la Corte que no hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o las autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador. Así las cosas el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, debe ser interpretado de conformidad con las consideraciones precedentes, pues entenderlo en el sentido de conferir una facultad abierta para que autoridades y particulares se sustraigan al principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, desconoce la Constitución.

“24. Finalmente, motivos que tocan con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la vigencia y efectividad del orden jurídico, dan fundamento de razonabilidad adicional a la reserva hecha por el legislador respecto de posibilidad concedida a los particulares y a las autoridades administrativas de sustraerse a la fuerza obligatoria de los actos administrativos. Efectivamente, dejar al criterio de cualquier autoridad, o aun al de los particulares, la observancia de las disposiciones de las autoridades contenidas en los actos administrativos, propiciaría la anarquía en perjuicio de la efectividad de los derechos de los ciudadanos y dificultaría en alto grado la posibilidad de alcanzar el bien común. En cambio, dejar a la competencia de la jurisdicción contenciosa la definición sobre la legalidad de un acto en nada lesiona los derechos de los administrados, pues cualquiera tiene abierta la posibilidad de demandar su nulidad y aún de pedir su suspensión provisional, la cual, cuando verdaderamente hay un manifiesto desconocimiento de las normas de superior jerarquía, se concede en un breve lapso que garantiza la vigencia del principio de legalidad.

“Poco tiempo después, la misma norma la reprodujo el Decreto reglamentario 2474 de 2008 –que derogó al Decreto 066 de 2008<sup>11</sup>-. Dispuso el art. 10, de manera idéntica, que las entidades estatales tampoco pueden: “... permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.” La garantía de seriedad de la oferta conservó el mismo tratamiento expresado al pie de página pertinente.

“A su vez, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 734 de 2012<sup>12</sup>, que sobre el mismo tema dispuso que la entidad tampoco

---

“De todo lo anterior, se concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma *sub examine* tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos.

“Al respecto, destaca la Corte que cuando, con posterioridad a expedición del Código Contencioso Administrativo, el h. Consejo de Estado ha invocado el artículo 12 de la ley 153 de 1887, lo ha hecho dentro del trámite de un proceso judicial, para efectos de inaplicar un acto administrativo en razón de su ilegalidad. Así, la postura jurisprudencial de esa Corporación que aboga por la vigencia de la norma mencionada, la ha aplicado dentro de este contexto procesal judicial, y no con el alcance de cláusula general de inaplicabilidad de los actos administrativos por cualquier autoridad que los estime ilegales.”

<sup>11</sup> “Artículo 10. *Reglas de subsanabilidad*. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

“Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, (o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones), sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

“Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

“Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente decreto.

**“En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.”** (Negrillas fuera de texto) (La parte entre paréntesis y subrayada fue declarada nula por la Sección Tercera del Consejo de Estado)

<sup>12</sup> “Artículo 2.2.8. *Reglas de subsanabilidad*. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

podía: "... permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta." La garantía de seriedad de la oferta conservó el mismo tratamiento expresado al pie de página pertinente, pero ahora en el artículo 5.1.7.1. del Decreto 734.

"Hasta este año los tres decretos –más el 4828 de 2008- conservaron el problema jurídico comentado: la contradicción parcial entre ellos y el art. 5 de la Ley 1150, puesto que tergiversaron buena parte de la regla que estableció la ley, porque mientras ésta permitió subsanar todos los defectos que no asignaran puntaje, sin importar el momento del procedimiento contractual en que se haga -incluso la norma dispone que hasta la adjudicación<sup>13</sup>-; los reglamentos impidieron subsanar muchos

---

"Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

"Sin perjuicio de lo anterior, será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

"Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 3.2.1.1.5 del presente decreto.

**"En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta."** (Negrillas fuera de texto)

<sup>13</sup> En la sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera –exp. 36.054. CP. Enrique Gil Botero- declaró la nulidad parcial del art. 10 del Decreto 2474 de 2008, que limitaba la posibilidad de subsanar las ofertas *"hasta el momento en que la entidad lo establezca..."*, y no como lo expresa la Ley *"...hasta la adjudicación del contrato respectivo."* La Sala expresó que:

"A la lógica anterior obedece el contenido del párrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que *"la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos"*. Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, *"ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación."*

"El problema que suscita el cargo formulado se centra en el momento en el que las ofertas pueden subsanarse cuando faltan documentos que acrediten uno o varios requisitos habilitantes. La Sala considera que, en este aspecto, efectivamente la norma reglamentaria desconoció el requisito de necesidad, toda vez que reguló de manera disímil un tema que ya había sido precisado por el legislador.

"De la comparación hecha entre el aparte demandado del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se puede inferir sin dificultad que la ley permite que los requisitos habilitantes se soliciten hasta el momento previo a la adjudicación, de allí que la subsanación debe realizarse antes de que ésta se lleve a cabo, mientras que el inciso segundo del precepto cuestionado señala que los documentos se pueden solicitar *"hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones..."*

"De modo tal que, como se sostuvo en el auto que decretó la suspensión provisional de la disposición acusada, se sobrepasa la facultad reglamentaria porque se *"...limita temporalmente la posibilidad de que subsanen las deficiencias de las ofertas, señalando que los pliegos pueden anticipar dicho momento, aspecto que no se ajusta a la ley, porque ella establece que de ser necesario subsanar las ofertas la entidad puede solicitarlo hasta el momento de la adjudicación, de*

requisitos que no asignaban puntos, porque se referían a la capacidad para contratar o porque se trataba de requisitos cumplidos después de presentadas las ofertas. Así se crearon dos sub-reglas –tres con la norma sobre la insubsanabilidad de la ausencia de póliza de seriedad-, autónomas, separadas de la ley, por tanto no ajustadas a ella.

“Finalmente, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 1510 de 2013, que a diferencia de los anteriores no reprodujo la norma que se viene citando. Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: *¿el defecto asigna puntaje al oferente?* Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente.

“En la sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera –exp. 36.054- expresó sobre la evaluación de las ofertas y los requisitos subsanables, en el mismo sentido que se comenta, que: “La ley señala principalmente como requisitos habilitantes la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y las condiciones de organización. Estos factores no se pueden evaluar con puntos, sino con el criterio admisión/rechazo. Estas exigencias, vienen a constituir así, mínimos que cualquier sujeto interesado en ser proponente debe cumplir<sup>14</sup>.

“A la lógica anterior obedece el contenido del parágrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que *“la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”*. Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, *“ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”*

“Para bien del principio de legalidad, del derecho a acceder a los contratos estatales, del derecho a participar en las contrataciones públicas, y de los principios de economía, eficiencia y eficacia de la gestión administrativa, desaparecieron los dos criterios de insubsanabilidad que crearon los primeros tres decretos reglamentarios; en adelante regirá uno solo, el legal -como siempre debió ser-: defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas –usualmente indicado en los pliegos de condiciones-, sin exceder del día de la adjudicación.”

---

*manera que no es necesario hacer mayores reflexiones para advertir que la ley y el reglamento no dicen lo mismo”, y por ello la sala declarará la nulidad de la expresión “...o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...” contenida en el inciso segundo del artículo 10 del decreto 2474 de 2008.”*

<sup>14</sup> *Ibidem.*

De modo que, el objetivo de la ley 80 de 1993 fue establecer, precisamente, un estatuto contractual de la administración pública basado en principios, de tal forma que se permitiera la ponderación de esos mandatos de optimización y a las entidades contratantes elaborar y desarrollar procesos de selección –que con independencia al carácter reglado que se deriva del principio de planeación– fueran más ágiles y dinámicos sin caer en la excesiva reglamentación, detalle y direccionamiento.

Por lo tanto, los principios de economía y de selección objetiva se articulan para garantizar dos fines esenciales de la contratación pública: i) la escogencia de la mejor propuesta para la administración, que permita satisfacer las necesidades públicas y, por ende, garantizar el interés público, y ii) la posibilidad de que los contratistas interactúen con la administración en la búsqueda de solucionar y superar los yerros formales, con miras a que no resulte infructuoso el procedimiento de selección y, por lo tanto, no se frustre, circunstancia por la que la declaratoria de desierta se convierte en una *ultima ratio*<sup>15</sup>.

Lo anterior se ve reflejado en la exposición de motivos del proyecto de ley que habría de convertirse en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, ya que en ellos se consignó:

“La agilidad, la libertad, la transparencia, la autonomía, son principios de imperioso desarrollo. Por oposición, el excesivo detallismo y la asfixiante reglamentación son aspectos que dificultan el actuar contractual en un marco caracterizado por la rapidez y por lo expedito de las decisiones, condiciones sine qua non para estar a tono con las tendencias imperantes de eficiencia, calidad, eficacia e internacionalización recogidas en nuestra Carta Política.”<sup>16</sup>

Estas son las razones por las que la Corporación hace un llamado respetuoso al Gobierno Nacional, para que corrija el rumbo en materia de contratación estatal y, por lo tanto, al margen de las modificaciones introducidas con la ley 1150 de 2007 procure una estabilidad y seguridad jurídica en los reglamentos de esa normativa, ya que, a diferencia del objetivo inicial de la ley 80 de 1993, se está incurriendo, de

---

<sup>15</sup> “Al hacer la comparación entre el anterior régimen y el impuesto con la expedición de la ley 80 de 1993, hay un cambio sustancial, por cuanto pasamos de un régimen en el cual la oferta debería cumplir todos y cada uno de los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones..., so pena de ser rechazada, a un escenario en el cual la administración si entroncaba un documento faltante y este no era comparativo de ofertas, debería proceder a requerirlo y si se allegaba, la oferta seguía compitiendo.” MATAALLANA Camacho, Ernesto “Manual de contratación de la administración pública”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pág. 428.

<sup>16</sup> <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304> Página web consultada el 19 de mayo de 2014.

nuevo, en un excesivo detallismo y una asfixiante reglamentación que hace complejo el proceso contractual para todos sus intervinientes, lo que genera en el plano jurídico inestabilidad y en el plano económico sobrecostos y externalidades negativas.

De otra parte, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, el artículo 90 superior contiene el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado –en todas sus formas y modalidades–. Sobre el particular, el tribunal constitucional ha razonado de la siguiente forma:

“El actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. **Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo 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.**”<sup>17</sup> (Se destaca).

“.....  
.....

“Como ya se ha dicho, si bien en el anterior sistema jurídico no existía una cláusula constitucional ni legal que expresamente reconociera la existencia del instituto resarcitorio por las actuaciones de los entes públicos, el Constituyente de 1991, acogiendo los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema y el Consejo de Estado, se encargó de llenar ese vacío normativo y, al tenor del artículo 90 de la Carta Política, reconoce en forma directa la responsabilidad patrimonial del Estado, al consagrar que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”

“A propósito de ello, este alto Tribunal, coincidiendo con la línea doctrinal elaborada por el Consejo de Estado, en la Sentencia C-333 de 1996, se pronunció sobre el verdadero alcance de esta norma, aclarando que la misma, al margen de establecer el imperativo jurídico de la responsabilidad estatal, consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos y, por tanto, se proyecta indistintamente en el ámbito extracontractual, precontractual y contractual. En este sentido, no se consagra en el artículo 90 de la Carta un criterio restringido de

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.



responsabilidad como se pudo interpretar en algunos círculos, circunscrito tan solo al campo extracontractual, pues, según lo expresado, de lo que se encarga su texto es de fijar el fundamento de principio en el que confluyen todos los regímenes tradicionales de responsabilidad estatal -contractual, precontractual y extracontractual-.

“(…) la existencia de un régimen unificado en ningún caso borra las diferencias conceptuales que se registran en torno a los distintos ámbitos de aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado. En realidad, la pretensión constitucional se limita a subsumir bajo el concepto de daño antijurídico los distintos tipos de responsabilidad -extracontractual, precontractual y contractual-, dejando a salvo la manera como cada una se estructura, se configura y se materializa dentro del campo del derecho público.

“Así las cosas, manteniendo el criterio expresado por la Corte en la Sentencia C-832 de 2001, es claro que la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro sistema jurídico encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, desarrollado in extenso por la jurisprudencia y expresamente consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual a su vez debe interpretarse en concordancia con los artículos 2º, 13, 58 y 83 del mismo ordenamiento Superior que, por un lado, le imponen a las autoridades de la República el deber de proteger a todas las personas en Colombia en su vida, honra y bienes (art. 2º) y, por el otro, la obligación de promover la igualdad de los particulares ante las cargas públicas (art. 13) y de garantizar la confianza, la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (arts. 58 y 83).

“En relación con el daño antijurídico, si bien el mismo constituye un concepto constitucional parcialmente indeterminado, en cuanto la Carta no lo define en forma expresa, 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 soportarlo. 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. Finalmente, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, se exige que éste 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 negligente.

“En la medida en que el contenido material de la norma parcialmente impugnada es relevante en el campo de la contratación estatal, la Corte hará algunas precisiones relativas al tema de la naturaleza de la responsabilidad contractual del Estado y a la concepción del contrato administrativo, dentro de los postulados del Estado Social de Derecho adoptado en nuestra Constitución Política.

#### **“4.2. Responsabilidad contractual del Estado.**

“(…) Siguiendo las pautas que sobre la materia han establecido la jurisprudencia y la doctrina *juspublicista*, puede sostenerse que el tema de la responsabilidad contractual reviste gran importancia en el campo del derecho administrativo, en cuanto comporta aquella garantía jurídica reconocida a los particulares que celebran contratos con la administración, dirigida a mantener la correspondencia económica de la relación contractual y la integridad y licitud de su patrimonio, frente a las lesiones o

daños antijurídicos que puedan padecer por efecto del incumplimiento de las obligaciones contractuales de parte de la Administración Pública.

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

“El tratamiento especial que el ordenamiento le reconoce al tema de la responsabilidad contractual del Estado se deriva, entonces, de la existencia previa de un contrato administrativo cuyos principios y naturaleza se encargan de delimitar la institución, otorgándole una configuración especial dirigida a garantizar los intereses contractuales que se encuentran en juego. En este sentido, es de afirmarse que si bien la garantía patrimonial de los particulares es el fundamento del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado y de la teoría del equilibrio de los contratos, no se instituye en el único principio general de derecho que justifica la transferencia de los riesgos derivados del contrato a la Administración Pública.

“Los temas de mayor importancia y trascendencia en el ámbito de la contratación estatal, como lo son el proceso de licitación pública, las potestades contractuales y la misma equivalencia económica, no estarían en capacidad de configurarse si se desconocen los principios jurídicos que informan los contratos estatales. En este sentido, los principios de la reciprocidad de las prestaciones o de la justicia conmutativa y de la buena fe o mutua confianza, constituyen ingredientes normativos de imputación que, lícitamente, contribuyen a trasladar a la Administración Pública aquellos riesgos que en forma anormal o extraordinaria suelen presentarse en el desarrollo del contrato estatal. Bajo esta nueva percepción del contrato, se supera en el derecho moderno aquél criterio civilista regido por los postulados de la autonomía de la voluntad y la inmutabilidad -que promovían la omnipotencia contractual de la administración-, incorporándose para su formación y ejecución los referidos postulados de la reciprocidad y la buena fe, con lo que se persigue garantizar los ideales de justicia conmutativa y mutua confianza, respectivamente incorporados en nuestra Constitución Política como un fin esencial (art. 2º) y como un valor fundante (art.83) del Estado Social de Derecho.

“En punto a la existencia y aplicación de los principios de reciprocidad y buena fe dentro del régimen colombiano de contratación estatal, se tiene que, a partir del fundamento constitucional al que se ha hecho mención, los mismos aparecen expresamente contenidos en el artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993, que, al hacer referencia a los criterios de interpretación de las reglas contractuales, dispone: *“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”*. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

“De esta manera, el régimen de contratación del Estado no se nutre

únicamente de las orientaciones normativas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular.

“Así las cosas, se tiene que los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales son: (i) el principio de la autonomía de voluntad, en virtud del cual la Administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que resulten necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad; (ii) el principio de la prevalencia del interés público, que le reconoce a la Administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad; (iii) el principio de la reciprocidad de prestaciones, según el cual, lo importante y relevante en el régimen de contratación es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato; y, finalmente, (iv) el principio de la buena fe, que obliga a la Administración Pública y a los particulares 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.

“De los principios anteriores, es necesario, para el desarrollo y solución del problema jurídico planteado por la norma acusada, referirse sucintamente a los de reciprocidad y buena fe.

“(...)”<sup>18</sup>

En esa perspectiva, la responsabilidad patrimonial precontractual de la organización pública se encuentra estructurada, de igual forma, sobre la noción de daño antijurídico, así como en la de imputación del mismo en cabeza de la administración<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>19</sup> Sobre el particular, el Consejo de Estado de vieja data –en materia contractual– ha puntualizado: “Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo al Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño...”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1993, exp. 8163, M.P. Juan de Dios Montes H.

“Existe la tentación inicial de interpretar al art. 90 de la C.P. / 91 como consagratoria de la responsabilidad objetiva del Estado; la paulatina decantación de la jurisprudencia de la Sala conduce, sin embargo, a concluir, por una parte, que esta norma, de rango constitucional, es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, tratase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual; y, por otra, en cuanto a esta última se refiere, que son dos los elementos basilares que la comprometen: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado. Del daño antijurídico ha dicho la Sala en varias providencias

Por lo tanto, el incumplimiento de la administración pública, en aras de que se genere el resarcimiento de los daños irrogados al contratista, requiere que se acredite, en primer lugar, la configuración de un daño (**afectación o alteración negativa a un interés legítimo o situación jurídicamente protegida**) que sea personal, cierto, determinado o determinable, y que no se esté en la obligación jurídica de soportar, es decir, que sea antijurídico.

De igual forma, la imputación o atribución de esa lesión –la imputación– tendrá que verificarse en dos planos: i) el fáctico, comoquiera que el daño tiene que tener origen en un comportamiento activo u omisivo de la administración contratante en la celebración o ejecución del negocio, y ii) el jurídico, que supone la verificación de un fundamento normativo de la responsabilidad, el cual, tratándose de la responsabilidad precontractual del Estado puede hallarse en el desconocimiento de los principios de buena fe y de legalidad.

En ese orden de ideas, para que opere la responsabilidad precontractual del Estado es imprescindible que se constate o verifique la existencia de un daño antijurídico por parte del contratista –el cual puede estar referido al interés que se ve lesionado al truncarse el proceso contractual– y la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración contratante, por medio de la acreditación del desconocimiento de los principios de buena fe y de legalidad<sup>20</sup>.

Escenarios como el *sub lite*, constituyen un claro supuesto de responsabilidad precontractual por haberse privado a uno de los proponentes del derecho a ser evaluado, tal y como ocurrió en el caso concreto, puesto que si bien, entre las partes no existe una relación jurídica contractual que permita predicar un incumplimiento, lo cierto es que es posible que las partes resulten compelidas a indemnizar los perjuicios irrogados en la etapa previa a la celebración del contrato, conocida también como el período de tratativas, siempre que se advierta la configuración de una culpa *in contrahendo*, derivada de la trasgresión a los principios de legalidad o buena fe.

---

cuyo apoyo se ha buscado en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, que equivale a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en la obligación de soportar; de esta manera, se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo, constituyendo un elemento estructural del daño indemnizable y objetivamente comprobable.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1993, exp. 8118, M.P. Juan de Dios Montes H.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 11 de julio de 2013, exp. 25254, M.P. Enrique Gil Botero.

En síntesis, lo que se sanciona en la etapa precontractual es la violación a los postulados legales, concretamente, al principio de planeación contractual que opera con especial rigor en la etapa de selección del contratista, así como el principio de buena fe que constituye un megaprincipio que contiene un haz de garantías y deberes como los de lealtad, información, diligencia, probidad y la prohibición de atentar contra los actos propios (*venire contra factum proprium*).

En relación con la aplicación del principio de buena fe en materia contractual – predicable también a la etapa previa o de tratos preliminares– esta misma Sala ha sostenido:

“En consecuencia, se reitera, los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio consagran el principio de buena fe contractual, postulado que tanto en su dimensión subjetiva como objetiva integran al negocio jurídico una serie de principios, valores y reglas que aunque no se encuentren de manera expresa estipuladas, sí son de obligatorio cumplimiento para las partes pues se vinculan al mismo para facilitar la integración y la interpretación del contrato, lo que permite establecer su verdadero y real contenido y alcance.

“En esa línea de pensamiento, es posible que desde el plano subjetivo el acuerdo de voluntades sea lo suficientemente claro al grado que no sea necesario aplicar los criterios hermenéuticos para indagar por la voluntad real; no obstante, será procedente la interpretación del contrato desde la perspectiva objetiva, en aras de fijar si el acuerdo se acompasa con los lineamientos jurídicos imperativos, las buenas costumbres, la moralidad, los derechos fundamentales e inclusive con los principios generales del derecho (v.gr. principio de buena fe<sup>21</sup> y de no abuso del derecho)<sup>22</sup>. Esta

---

<sup>21</sup> “En este orden de ideas, *“bona fides negotiae”* obliga, no sólo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente, comoquiera que la fuerza de la buena fe, como principio normativo, integra el contenido del contrato, formándolo permanentemente a través del establecimiento de reglas concretas mediante las que se otorga la exacta dimensión al contenido de las obligaciones de las partes a la luz de la buena fe.

“Esta función integradora del contenido del negocio que emana de la buena fe, la cual participa a su vez de las características ya enunciadas como inherentes al principio, se manifiesta *grosso modo* en dos tipos de reglas: aquellas relativas al surgimiento, en cabeza de las partes contratantes, de obligaciones adicionales no previstas expresamente en el contrato, y las concernientes a la restricción de las obligaciones previstas en el orden contractual.” NEME Villareal, Martha Lucía “La buena fe en el derecho romano – Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 240.

<sup>22</sup> Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “... [T]odo el derecho no está encerrado dentro de la legalidad; alrededor de la regla formal, alrededor del derecho escrito, vive y hierve todo un mundo de principios, de directivas y de **standars**, en los cuales distingue muy justamente Hauriou **los principios constitucionales del comercio jurídico**, y como una especie de super-legalidad (...) Entre esas directivas pueden citarse... la regla **error communis facit jus**, la teoría del enriquecimiento sin causa y, sobre todo, la del abuso del derecho: aunque ningún texto de derecho positivo las enuncie en su forma general, la realidad de esos dogmas consuetudinarios es tan cierta como puede serlo la de los principios consignados en los términos más expuestos e imperativos. Más aún: aquellos dogmas consuetudinarios están por encima de estos principios, puesto que escapan a la arbitrariedad del legislador, que no podría desconocer esas verdades superiores, a las cuales él mismo está

importante herramienta, huelga reiterarlo, no puede erigirse en un instrumento para cercenar o modificar la voluntad de los contratantes en aquellos aspectos o lugares donde la autonomía de la voluntad no tiene restricciones o limitaciones derivadas de los factores legales o normativos enunciados.”<sup>23</sup>

En esa línea de pensamiento, la responsabilidad precontractual encuentra su fundamento normativo (imputación jurídica o *imputatio iure*) en el engranaje que se desprende de los principios de legalidad –especialmente predicable de la administración pública, al estar vinculada al *iter negotiae* o cauce fijado en la ley para la selección objetiva del contratista– y de buena fe, postulado que fija a las partes parámetros de conducta con miras a que se respeten las expectativas legítimas y se indemnicen los daños irrogados a lo largo del período precontractual y contractual.

Es importante señalar que, inclusive desde la óptima moderna del derecho de daños se ha dejado de lado la noción de *culpa in contrahendo* para hablar más propiamente del *daño in contrahendo*<sup>24</sup>.

El reconocido profesor Adriano De Cupis, con especial sindéresis, pone de presente este cambio de paradigma en los términos que se transcriben a continuación:

“Que tal daño, aun teniendo características propias, deba situarse en la fundamental categoría del daño contractual y del daño extracontractual, no

---

subordinado, ya que no emanan de él. Los derechos que éste reglamenta no se realizan abstractamente y en el vacío: funcionan en un medio social; desempeñan un papel en ese medio, socialmente, no en una dirección cualquiera sino en vista de fines determinados; su misión es la de realizar la justicia y ellos no podrían rebelarse contra ésta sin que se incurriera en un contrasentido jurídico, en un abuso que acarrearía una sanción” (Sentencia de 20 de mayo de 1936, G.J. XLIII, 47-48).

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del Subsección C, sentencia del 6 de mayo de 2011, exp. 17863, M.P. Enrique Gil Botero.

<sup>24</sup>“La culpa *in contrahendo*, siguiendo la teoría formulada por Ihering se configura cuando se declara la nulidad de un contrato por motivo imputable a una de las partes; lo que compromete la responsabilidad de ésta, porque en todo procedimiento de formación de la voluntad existe un pacto tácito entre los negociantes, en el sentido que han adoptado las previsiones necesarias para asegurar que no existe una circunstancia inherente a su personalidad o al objeto del negocio jurídico que pueda posteriormente afectar su existencia o validez.

“El profesor de la Universidad de Perugia, Adriano de Cupis, extiende la doctrina del *daño in contrahendo* a toda la etapa de formación de la voluntad, tanto a los casos en que se presenta una invalidez del contrato por una causa conocida o cognoscible por una de las partes, y que no ha sido advertida a la otra, como a los eventos en que se torna imposible el perfeccionamiento del negocio jurídico por un motivo imputable a una de las partes. El profesor De Cupis, siguiendo un importante sector de la doctrina científica conceptúa que la razón jurídica de la responsabilidad *in contrahendo*, no se basa en el pacto tácito de responsabilidad como lo señalaba Ihering, sino en la violación de la obligación genérica del *neminem laedere*, en virtud, a que todo individuo cuando se propone contratar, debe emplear las mismas cautelas que cualquier miembro de la comunidad observa respecto a los demás cuando efectúa sus propios actos.” ESCOBAR Gil, Rodrigo “Teoría general de los contratos de la administración pública”, Ed. Legis, Bogotá, 2003, pág. 227 y 228.

supone una visión nueva de los hechos. Por cuanto ha sido arduamente controvertido en cuál de estas categorías deba calificarse. Existen, al respecto, una teoría contractualista y otra extracontractualista. Hay quienes sostienen que cuando uno entra en relación de negocios con otro para llegar a la conclusión de un contrato, en estos meros tratos que integran los preliminares de un contrato principal se injerta un pacto tácito de responsabilidad con el que se asume el riesgo de responder del daño que pueda causarse *in contrahendo*. Otro sector doctrinal entiende que el pacto de responsabilidad, forma parte integrante, sin más, del contrato inválido, de suerte que aun cuando éste deviene ineficaz, no lo es respecto al todo, sino a una parte, por cuanto queda en vigor, sobreviviéndole aquella parte que constituye el pacto de responsabilidad.

“Mas, contrastando con estas construcciones teóricas, se ha objetado que no se ve el porqué deba suponerse un acuerdo tácito con el expresado contenido por la sola razón de que el medio en que se causa el daño a otro es la proposición o conclusión de un contrato; y por ello, por cuanto en realidad el daño a otro ocasionado mediante la formulación iniciada o por la conclusión de un contrato que después, respectivamente, no se perfecciona o no llega a producir efecto, se origina por la violación de la obligación genérica del *neminem laedere* y, por consiguiente, es un daño extracontractual.

“(…) La teoría extracontractualista se manifiesta, por tanto, como preferible por no tener en su contra los obstáculos característicos de la teoría contractualista; el individuo se ha dicho, en cuanto se propone contratar, debe emplear las mismas cautelas que cualquier miembro de la sociedad debe observar respecto a los demás cuando efectúa sus actos propios...”<sup>25</sup>

En síntesis, lo anterior quiere significar que la responsabilidad derivada del daño antijurídico irrogado durante la etapa precontractual, esto es, antes del perfeccionamiento del contrato se acerca más a los fundamentos filosóficos y jurídicos de la de naturaleza extracontractual, sólo que los títulos jurídicos de imputación no se basan en la falla del servicio, el daño especial o el riesgo excepcional, sino que, por el contrario, en el desconocimiento de los principios de legalidad y de buena fe, con independencia de si el comportamiento de una de las partes fue o no culposo. Así las cosas, se deja de lado la teoría construida por Ihering<sup>26</sup>, según la cual el basamento de este tipo de responsabilidad se encontraba en el pacto tácito de los participantes en los tratos preliminares de responder en caso de que se desprendieran daños imputables a una de las partes, bien en relación con la calidad del sujeto, la falta de idoneidad del objeto, y la ausencia de fiabilidad de la voluntad contractual.

---

<sup>25</sup> DE CUPIS, Adriano “El daño”, Ed. Bosch, 2ª edición, Barcelona, 1975, pág. 165 y 166.

<sup>26</sup> VON IHERING, Rudolf “*Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*”, trad. Federico Procchi, Ed. Jovene, Napoli, 2005, 113 y s.s.

En ese orden de ideas, en relación con los fundamentos filosóficos y jurídicos de la responsabilidad precontractual, se puede afirmar lo siguiente: i) su basamento se encuentra en el principio del *neminem laedere*, es decir, de no dañar a nadie, cuyo eje central reside en el *iusnaturalismo*<sup>27</sup>, de manera concreta en el imperativo categórico Kantiano, de conformidad con el cual: “obra de tal manera que tu deseo sea el que tu acción se convierta en ley universal, ya que sobre este postulado de fuerza monumental descansaría la idea de la responsabilidad, no sólo moral, sino en cualquier faceta que derive de la actuación del ser humano, ii) el segundo pilar de este tipo de responsabilidad, es el daño antijurídico, es decir, la afectación o vulneración a un derecho o interés legítimo que es personal de quien lo alega, cierto –porque es determinado o determinable, actual o futuro– y que no se está en la obligación jurídica de soportar porque el ordenamiento jurídico no impone esa carga, es decir, que es injusto, iii) el daño antijurídico se establece con total independencia del comportamiento de quien lo produzca o a quien le sea imputable, es decir, en sede del daño no se hace ningún tipo de juicio de valor o de reproche, iv) el daño no es suficiente para la declaratoria de responsabilidad, pues se requiere que el mismo sea imputable, es decir, atribuible tanto en el plano fáctico como jurídico, v) la imputación fáctica corresponde a la identificación del autor del daño, lo cual se hace con independencia de las teorías causales, y vi) la imputación jurídica es el fundamento normativo que concluye el deber de reparar

---

<sup>27</sup> “Ahora bien, en lo que concierne a la llamada razón práctica, es menester tener en cuenta la naturaleza del hombre, y es así como para Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, sólo se puede comprender lo justo a la luz suministrada por el bien, y como lo reitera el profesor Hernán Valencia, en la obra ya referida: “Según el pensamiento isnaturalista, el paso del ser al deber ser resulta posible porque se asume la justicia como valor.” En este orden de ideas, la noción del bien constituye el primer principio de la razón práctica: “De aquí se sigue el primer precepto de la ley. El bien ha de hacerse y perseguirse y el mal evitarse. Y sobre esto están fundados todos los otros preceptos de la ley natural, como que todas esas cosas pertenecen a los preceptos de la ley natural que la razón práctica naturalmente aprehende como bienes humanos.” Es así como el principio de lo justo apareja otros principios de la racionalidad práctica que especifican las normas primordiales del bien y el mal.

“Por lo anterior, se puede concluir que la falacia iusnaturalista no se da, y que tampoco se viola la ley de Hume, comoquiera que no se cruzan el campo de lo descriptivo y de lo prescriptivo con elocuencia concluye Vicente Jaime Ramírez al examinar la obra de John Finnis. Refiriéndose a aquel expresa: “Ha mostrado cómo, además de las precisiones interpretativas pertinentes, una teoría de la ley natural no implica derivación de las normas a partir de hechos, y por tanto no puede ser objeto de críticas en estos términos.”

“Habiendo analizado el carácter de racionalidad práctica, se puede tener un criterio de objetividad para el conocimiento moral: el derecho natural si bien no es deducible en términos del saber especulativo, no es tampoco reducible a la subjetividad de los sentimientos.”

“Esa razón práctica que deriva de la naturaleza del hombre, a la par que la teórica y que se hace descansar en el principio angular o primer precepto de la ley natural y sobre el cual se fundan los demás principios o postulados del derecho natural, es una aproximación de respuesta a la pregunta acerca de la naturaleza de la responsabilidad – si se le da una inteligencia adecuada– que encuentra en su esencia el deber de reparar o responder en sentido genérico, lo que constituiría un “bien” en sí mismo frente al daño que originó ese deber y que sería un “mal”.” GIL Botero, Enrique “Responsabilidad extracontractual del Estado”, Ed. Temis, Sexta edición, Bogotá, 2013, pág. 5 y 6.



integralmente los perjuicios irrogados, que para el caso de los tratos preliminares, se itera, corresponde al desconocimiento de los principios de legalidad o de buena fe.

Al descender en el caso concreto, se advierte la existencia de un problema jurídico: ¿era el paz y salvo de tesorería municipal de Itagüí, un requisito esencial para la contratación futura o para la ponderación de las ofertas, o por el contrario, se trató de una falencia simplemente formal, respecto de la cual pudo haber sido requerido para ser subsanado?

Para la Sala el hecho de que el paz y salvo de la Tesorería Municipal de Itagüí hubiere sido expedido con la constancia de provisional, y que, por lo tanto, el proponente José Luis Londoño Urrego “Formas Metálicas J.L.” lo adjuntara con esa característica, constituía una insuficiencia simplemente formal de la oferta, que no impedía su ponderación y comparación –en términos objetivos– razón por la que no era viable proceder a su descalificación automática, tal y como lo hizo el comité evaluador, sino que, *a contrario sensu*, por tratarse de uno de los anexos exigidos con la oferta, se le debió garantizar la oportunidad al proponente para que –dentro de un plazo razonable– allegara el documento idóneo en donde se ponía al día con sus obligaciones tributarias territoriales.

En esa perspectiva, se limitó de manera grave la participación del proponente porque como se indicó en líneas anteriores, se le cercenó el derecho que tenía a que su propuesta fuera evaluada y clasificada en el orden de elegibilidad.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, en otrora oportunidad al señalar<sup>28</sup>:

“Para el actor la propuesta del proponente que resultó favorecido con la adjudicación del grupo 1 de la licitación 02-93, carecía de dos de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, que en su criterio debieron dar lugar a que fuera descalificada.

“a. El adjudicatario omitió presentar con la propuesta original copia del recibo de caja expedido por la tesorería por concepto de la compra del pliego de condiciones.

“Observa la Sala que en el acta de cierre de la licitación que obra a folio 91, se relacionó como uno de los documentos anexos a la propuesta del

---

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 1998, exp. 10217, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

señor Berardinelly Varela la "copia del recibo de caja expedido por la tesorería de la Lotería por valor de \$100.000 por concepto de compra de original del pliego", pero también se dejó la constancia "que la copia del recibo de caja se encontraba en la copia del pliego" (sic). La misma observación hizo el comité evaluador en el acta de revisión de las propuestas acerca de esta omisión por parte de quien resultó adjudicatario y de otros proponentes (Fl.74).

"Para la Sala es intrascendente la objeción formulada por el actor, por consistir en la falta de un documento que no aportaba elemento alguno para la ponderación de las propuestas fuera del de cumplir con la exigencia del pliego de condiciones de adjuntarse a la propuesta y en el original de la misma, como lo entiende la Sala por la observación hecha. La causal de descalificación de una propuesta por "diferencia entre el original de la propuesta y su copia" (señalada en el pliego de condiciones en el numeral 4.3), se dirige es a evitar diferencias o inconsistencias entre los ejemplares de la misma oferta que no den claridad sobre el ofrecimiento del proponente, que resulta inaplicable cuando el documento falte en un ejemplar de la propuesta pero se puede verificar su presentación en otro, como sucedió en el caso concreto.

"Para el estudio de las propuestas que se aparten de alguna de las exigencias del pliego de condiciones, esta Sección, con la lógica de lo razonable, ha entendido que la entidad contratante puede tener un manejo flexible del mismo, cuando el apartamiento del proponente no sea de requisitos sustanciales ni determinantes de las condiciones de contratación.

"En sentencia de febrero 19 de 1987. Radicación 4694, fijó el siguiente criterio como lo explica Eduardo García de Enterría:

"...hay que tener presente..... Que "no todos los preceptos ni condiciones del pliego tienen el mismo rango, ni su falta por tanto determina los mismos efectos, sino que depende de su entidad y de la naturaleza de la disposición o condición incumplida..." (Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Cuarta Edición. Civitas pág. 657).

"Con la misma filosofía discurre Enrique Sayagués Laso, quien en su obra Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo. Cuarta Edición, pág. 564, predica: "Pero si el apartamiento del pliego fuera sólo en cuestiones de detalle, la oferta podría ser considerada". La cita que el apoderado de la parte actora hace del pensamiento de este mismo tratadista, tomada de su obra La Licitación Pública, también es de recibo pues sirve para integrar la valoración jurídica del caso. En ella se anota:

"Las cláusulas del pliego de condiciones constituyen normas de interés general y por lo tanto obligatorias para todos, incluso la propia administración (supra No. 72). Es éste un principio fundamental de este instituto (supra No. 43).

"Por esa causa, los licitantes, al redactar sus propuestas, pondrán de su parte el mayor cuidado en excluir todo aquello que se separe de lo establecido en el pliego. Si así no lo hicieran, si no respetasen íntegramente las cláusulas del pliego, sus ofertas no podrían ser consideradas, resolviéndose la adjudicación en función exclusiva de las que estuviesen en condiciones.

**"Claro está que si se aplicara este criterio en forma absolutamente estricta, en infinidad de casos habría que rechazar la mayoría y quizás la totalidad de las propuestas, porque en algún detalle no han**

**aceptado las exigencias del pliego, que cumplen debidamente en todo lo demás. Y esto ocurre con tanta más frecuencia cuanto más analítico es el pliego de condiciones.**

“Por eso admítase que cuando el apartamiento de las cláusulas del pliego es solo en cuestiones de detalle, sin trascendencia, respetándose el pliego en todo lo demás, especialmente en las prescripciones fundamentales, no existe inconveniente para que, si está en primer término, se le declare adjudicatario. Habría, sí, alguna pequeña irregularidad en la adjudicación: pero como es insignificante, de poca importancia, no daría lugar, consecuente con el criterio general sobre el punto (infra no.105), a nulidad alguna”.

Ahora bien, de las pruebas que integran el acervo probatorio no es posible concluir que la propuesta presentada por José Luis Londoño Urrego fuera la mejor y, por lo tanto, aquél tuviera el derecho cierto a ser el adjudicatario del contrato, circunstancia por la que corresponde advertir la existencia de múltiples escenarios de responsabilidad patrimonial precontractual del Estado, entre los que se enumeran –sin ningún ánimo 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 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 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 más escenarios, debido a la fuerte reglamentación que existe y opera en materia precontractual, lo que no permite efectuar un listado taxativo de hipótesis que darían lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en la etapa 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.

Por otra parte, al margen de que en el acervo probatorio obren las dos propuestas, lo cierto es que del análisis comparativo de las mismas con el presupuesto oficial –

efectuado antes de la evaluación definitiva de la que se excluyó a José Luis Londoño– y en relación con la experiencia acreditada, hasta ese momento iba mejor calificada la presentada por Constructores Metálicos, tal y como se aprecia a folio 72 del cuaderno principal.

Y, si bien, el precio ofertado por José Luis Londoño era inferior al de Constructores Metálicos Ltda., lo cierto es que ambos se encontraban por debajo del presupuesto oficial, y tampoco puede inferirse que por esa sola circunstancia era mejor la propuesta de Formas Metálicas J.L.

En esa línea de pensamiento, la Sala comparte el análisis efectuado por el a quo, y lejos de encontrar un error o yerro fáctico por omisión, suposición o tergiversación de los elementos probatorios, comparte las conclusiones arrojadas en relación con la imposibilidad de definir con los elementos probatorios que integran el expediente, si la propuesta de José Luis Londoño Urrego era la mejor, por encima de la que resultó ser la adjudicataria, esto es, la de Constructores Mecánicas Ltda.

Por consiguiente, la Sala con fundamento y apoyo en el arbitrio iudicis y el principio de equidad, confirmará la decisión de primera instancia de liquidar la indemnización de perjuicios en un diez por ciento (10%) del valor de la oferta presentada por José Luis Londoño Urrego, traída a valor presente mediante la respectiva fórmula de indexación.

Lo anterior, comoquiera que existen diversas formas de razonamiento y de justificación de las decisiones judiciales, entre otros: i) la lógica formal, ii) el silogismo, iii) la lógica de lo razonable, iv) la analogía, v) la interpretación gestáltica, vi) las reglas de la argumentación, vii) el test de razonabilidad, viii) los test de igualdad propuestos, ix) el principio de proporcionalidad, x) la sana crítica, xi) las reglas de la experiencia y, tal vez el más importante para los abogados que es, xii) el sentido común<sup>29</sup>.

Al respecto, es importante la distinción efectuada por Alejandro Nieto, entre arbitrio y arbitrariedad, según la cual, en los esquemas sociales y jurídicos modernos, no es posible privar al juez de potestades de arbitrio judicial; lo importante es saber

---

<sup>29</sup> "VII. Aprecia como el mejor de los textos el sentido común." OSORIO, Ángel Ob. Cit. Pág. 336.

trazar la línea divisoria a partir de la que aquella potestad legítima de los funcionarios judiciales, se transforma en arbitrariedad, momento en el que las decisiones se tornan, claramente ilegítimas y, por consiguiente, en vías de hecho. Sobre el particular, el autor señala:

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien - como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación –la ley y el caso- utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto... El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.”<sup>30</sup>

El *arbitrio juris* ha sido empleado desde la teoría del derecho de la responsabilidad, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, es decir, en aquellos eventos en que acreditado el daño antijurídico resulta insuficiente el material probatorio para la determinación del perjuicio, esto es, la cuantificación económica de aquél, razón que no resulta suficiente para que se niegue la reparación, sino que, por el contrario a la luz del artículo 16 de la ley 446 de 1998, es imperativo que se cubra en su real y completa dimensión.

---

<sup>30</sup> NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

“Es el momento de poner punto final. No quiero hacerlo, sin embargo, sin proclamar muy alto y muy claro mi radicar desacuerdo con esa idea que puso en circulación K.C. Davis y que se repite desde entonces con injustificado entusiasmo de que el Derecho termina donde comienza la discrecionalidad. Esa idea pudo ser cierta mientras estuvo vigente el paradigma del Estado legal de Derecho; hoy, en cambio, es inaceptable. El cambio de paradigma, el paso del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derecho, ha cambiado radicalmente las cosas. Las reglas, que en cuanto razones perentorias para la acción hacen innecesario el razonamiento porque ellas mismas han resuelto de antemano el conflicto de intereses que plantea el supuesto de hecho que regulan, han cedido su anterior protagonismo a los principios, cuya aplicación reclama inexcusablemente un esfuerzo de ponderación y, por lo tanto, de argumentación racional para encontrar una solución del caso que ya no viene dada de antemano y que, por lo tanto, sólo puede sostenerse sobre la base de razones, de las razones que se revelen más fuertes en su inevitable confrontación con las que se les opongan en el concreto escenario procesal en el que el conflicto se plantee.” FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón “Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial”, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pág. 131 y 132.

Sobre el particular, resulta ilustrativo el razonamiento contenido en la sentencia del 17 de noviembre de 1967, oportunidad en la que se indicó:

“El espíritu de la geometría no se puede llevar al derecho.

“Casos como el que se estudia son los que más alcanzan a relieves que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumento de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas. Es lo que expresa el antiguo adagio al decir que exagerar el derecho es producir injusticia, y lo que significa hoy al afirmar que con el espíritu de la geometría no puede trabajar el que administra justicia.

“Con lo que se trabaja es con las leyes, en su espíritu y letra, y con una obligatoria jurisprudencia que justifica su oficio, y que al aplicar aquellas obtiene que se produzca la porción de verdad legal que se solicita en los tribunales. El objeto del procedimiento es la objetividad del derecho, dice una norma casi perdida en la maraña de nuestra ordenación positiva. Ella quiere decir que no es permitido al juez alterar los conceptos de fin y medio; y que no siendo dable utilizar para la administración de justicia fórmulas matemáticas, puede y debe en la estimación de algo tan cambiante y variable como son los casos humanos *sub specie juris*, poner al servicio del derecho el procedimiento, cosa que puede hacer sin arbitrariedad, sin quebrantamiento de preceptos, sin daño de nadie, y sin contorsiones, ni distorsiones jurisprudenciales.”<sup>31</sup>

En relación con la aplicación de la equidad en la valoración y cuantificación del daño<sup>32</sup>, la Sección con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha discurrido sin ambages en los términos que se transcriben<sup>33</sup>:

“En conclusión, las entidades demandadas deberán garantizar el pago de una indemnización que se traduzca en una “pensión de invalidez”, la cual deberá ser cancelada desde el momento en que cumpla 18 años (7 de junio del año 2015), hasta que suceda el desafortunado momento de su fallecimiento, pensión que corresponderá a un (1) SMMLV, y que refleja una obligación de dar a la cual quedan vinculadas las entidades demandadas de forma solidaria. Y, si bien, no existe en el expediente un

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 414.

En similar sentido, se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de junio de 1938, en la que se discurrió así: “La ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios, de donde se infiere que en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho, y admitir que el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática.”

<sup>32</sup> “La equidad es justicia matizada; radica, pues, en una relación de justicia, cuyo deber atempera o cuyo derecho acomoda, en consideración a lo postulado por las circunstancias del caso, a causa del bien común o de las leyes generales que regulan las relaciones humanas. Lo equitativo es lo justo reforzado o atemperado. La equidad atempera el deber y acomoda el derecho.” Cf. HERVADA, Javier “Introducción crítica al Derecho Natural”, Bogotá, Ed. Temis, 2000.

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1º de octubre de 2008, exp. 27268.

medio probatorio del que se desprenda la valoración del citado daño, ni su cuantificación monetaria precisa, lo cierto es que el juez cuenta con el principio de equidad para la ponderación y valoración del daño, tal y como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

“En efecto, ante la configuración de excepcionales circunstancias fácticas que imposibiliten o hagan en extremo difícil deducir un equivalente exacto entre el monto de la indemnización y el daño material padecido por las víctimas y por cuanto “dicho monto no viene a desempeñar, en la generalidad de los casos, sino la función de satisfacer, enfrente de los beneficiarios, cierto bienestar que reemplace al que fue arrebatado por la muerte de una persona”, se colige, siguiendo otros precedentes jurisprudenciales, que la simple dificultad de tipo probatorio, *per se*, no puede cerrar el paso a la merecida indemnización, pues “si ello fuere así, los perjuicios morales de tan inasible evaluación, no podrían jamás representarse en cantidades pecuniarias”, lo que, en el entendido de que “la ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios”, lleva ineluctablemente a concluir que **“en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho”**, admitiendo que “el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática”, y que, tratándose de daños ciertos que se proyectan en el futuro, “la prestación de la indemnización debe consultar una compensación equitativa que ponga a los damnificados en una situación patrimonial más o menos equivalente a la que tenían antes del acontecimiento que les causó el menoscabo” (XLVI, págs. 689 y 690).

“Y no está por demás recordar que la equidad se erige en uno de los más caros criterios teleológicos que debe caracterizar la gestión judicial, no sólo para interpretar la ley cual lo disponen los artículos 32 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, sino para definir tópicos ajenos a la labor hermenéutica propiamente dicha, inclusive de naturaleza probatoria, pues, *v. gr.*, de conformidad con la Ley 446 de 1998, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas, **“atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”** (art. 16, se subraya)”<sup>34</sup>.

“Y, por su parte, la Sala en reciente oportunidad puntualizó:

“El ingreso calculado para los afectados, con base en el ingreso promedio de profesionales universitarios, se realiza en aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Debe señalarse que no es un recurso extraño a la jurisprudencia de la Sala. En sentencia del 18 de junio de 1997, no se consideraron los ingresos del afectado al momento de su muerte sino los calculados con base en su trayectoria profesional...”<sup>35</sup>

En esa línea de pensamiento probado como está el daño, se impone su reparación en equidad con apoyo en las reglas de la experiencia, razón por la que se acogerá el criterio empleado por el fallador de primera instancia, para lo cual la Sala acoge los postulados de las doce tablas de la equidad que integran la

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del cinco de octubre de 2004, expediente: 6975, Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de mayo de 2007, exp. 15170, M.P. Enrique Gil Botero.

denominada *equity* en el derecho anglosajón, y que por su importancia se transcriben:

- “La equidad.
- “I. No tolera agravio sin reparación.
- “II. Opera sobre las personas y no sobre las cosas.
- “III. Presume perfecto aquello que debe tener futura realización.
- “IV. Prescinde de las formas para tomar en consideración preferente la naturaleza de las relaciones.
- “V. Supone siempre la intención de cumplir lo pactado.
- “VI. La igualdad es, en principio, equidad.
- “VII. Protege al diligente, no a quien descuida su derecho.
- “VIII. El que pide un fallo en equidad no debe estar incurso en dolo o mala fe.
- “IX. A la solicitud de la equidad debe preceder una conducta equitativa.
- “X. Si la resolución equitativa es por igual favorable a las dos partes, se confía la solución al derecho estricto.
- “XI. Sin grave quebranto de la equidad, debe observarse la norma *prior tempore, prior iure*; y
- “XII. La equidad complementa la ley.”

Así las cosas, se actualizará la condena, para traerla a valor presente para lo cual se empleará la fórmula fijada por la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual, la renta actualizada (Ra) es igual a la renta histórica (Rh) multiplicada por la división entre el índice de precios al consumidor final (esto es el vigente al momento de esta providencia), sobre el IPC inicial, que para el caso concreto se tomará el de la providencia de primera instancia, es decir, el 13 de diciembre de 2000.

Actualización de la renta:

$$Ra = Rh \frac{Ipc (f)}{Ipc (i)}$$

$$Ra = \$57.441.634 \frac{116,24}{61,98} = \mathbf{\$82.133.066,00}$$

Por último, la Sala revocará la condena impuesta en primera instancia por concepto de intereses moratorios de conformidad con el artículo 8 de la ley 80 de 1993, y el artículo 1º del decreto 679 de 1994, toda vez que esas disposiciones no devienen aplicables a la condena adoptada, ya que no tienen su génesis en un contrato estatal o su incumplimiento, sino que, por el contrario, el origen de la



suma decretada se encuentra en un fallo adoptado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, razón por la que para la regulación del pago de la sentencia y los posibles intereses que se desprendan la normativa aplicable es la contenida en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

La anterior decisión no implica trasgresión o desconocimiento al principio de la prohibición de reforma en peor (*no reformatio in pejus*), ya que si bien, la entidad demandada no cuestionó con el recurso de apelación la liquidación de intereses moratorios adoptada por el a quo, lo cierto es que al haber apelado de manera adhesiva el demandante se abrió la *litis* y, por consiguiente, la controversia en segunda instancia se podía decidir sin limitación alguna, comprendiendo inclusive los extremos del proceso, sin perjuicio del principio de congruencia.

Lo anterior, en consonancia con lo dispuesto por la Sala Plena de la Sección Tercera en providencia de unificación sobre el contenido y alcance del recurso de apelación, del 9 de abril de 2012, exp. 21060<sup>36</sup>.

### **3. Condena en costas**

En atención a lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, no habrá lugar a condenar en costas a los recurrentes, en cuanto no se evidencia que hayan actuado con temeridad o mala fe.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

---

<sup>36</sup> "Conviene puntualizar que la *no reformatio in pejus* –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: *i*).- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la *litis* (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; *ii*).- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo "... *aun cuando fuere desfavorable al apelante*" M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

**FALLA:**

**Primero. Modifícase** la sentencia apelada, esto es, la proferida el 13 de diciembre de 2000, por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Antioquia, Caldas y Chocó la cual quedará así:

“**PRIMERO. Declárase** la nulidad de la resolución 686 del 4 de mayo de 1994, expedida por el Alcalde del Municipio de Itagüí, por medio de la cual se adjudica el contrato con el objeto de obtener suministro e instalación de unos juegos mecánicos y de madera.

“**SEGUNDO.** Como consecuencia de la declaración anterior, **condénase** al Municipio de Itagüí a pagar al señor José Luis Londoño Urrego, propietario del establecimiento de comercio Formas Metálicas J.L., la suma de ochenta y dos millones ciento treinta y tres mil sesenta y seis pesos M/CTE **\$82'133.066,00.**

“**TERCERO. Niéganse** las demás súplicas de la demanda.

**Segundo. Cúmplase** lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

**Tercero.** En firme este fallo **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Presidente de la Sala

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ORLANDO  
SANTOFIMIO GAMBOA**

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PRECONTRACTUAL DEL ESTADO - Imposibilidad de concluir que la propuesta presentada fuera la mejor. Proponente no ostentaba el derecho cierto a ser el adjudicatario del contrato / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PRECONTRACTUAL DEL ESTADO - No se configuró. El proponente no probó que su propuesta fuera la mejor y más favorable a la administración / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PRECONTRACTUAL DEL ESTADO - No se configuró. No se acreditó que la propuesta presentada y luego descalificada por la administración fuera la mejor y más favorable. Se impone denegar las pretensiones indemnizatorias**

Comparto las consideraciones relativas a que el incumplimiento de un requisito meramente formal puede subsanarse en desarrollo del proceso, así como también las referidas a la configuración de la responsabilidad precontractual por la no evaluación de las propuestas presentadas. Discrepo en cambio respecto de la condena impuesta al demandado por la no adjudicación del contrato, pues frente aquellos casos como el que ahora se somete a consideración, quien demanda la nulidad del acto de adjudicación tiene a su cargo un doble compromiso procesal consistente en que no sólo debe acreditar la razones en las cuales hace consistir la ilegalidad que alega, sino también que su propuesta era la mejor y más favorable a la administración. Así las cosas, no habiéndose logrado acreditar que la propuesta presentada y luego descalificada por la administración era la mejor y más favorable a la administración, se impone un fallo denegatorio de pretensiones indemnizatorias.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil catorce (2014)

**Radicación número: 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324)**

**Actor: JOSE LUIS LONDOÑO URREGO**

**Demandado: MUNICIPIO DE ITAGÜI Y OTRO**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Con el respeto y consideración acostumbrada presento la razón que me mueve a salvar el voto en forma parcial:

La mayoría de la Sala deduce una sentencia condenatoria al considerar que la no presentación del paz y salvo por concepto del pago de impuestos territoriales por el proponente vencido, era una inobservancia meramente formal, por lo cual en vez de descalificar su propuesta se le debió otorgar un término plausible a efectos de que allegara el documento requerido.

No obstante lo anterior, en el mismo proyecto se señala que de las pruebas allegadas al plenario por el demandante no se había logrado acreditar que tuviese un derecho cierto a ser adjudicatario, ni que la propuesta presentada fuera la mejor y más favorable a la administración.

Comparto las consideraciones relativas a que el incumplimiento de un requisito meramente formal puede subsanarse en desarrollo del proceso, así como también las referidas a la configuración de la responsabilidad precontractual por la no evaluación de las propuestas presentadas.

Discrepo en cambio respecto de la condena impuesta al demandado por la no adjudicación del contrato, pues frente aquellos casos como el que ahora se somete a consideración, quien demanda la nulidad del acto de adjudicación tiene a su cargo un doble compromiso procesal consistente en que no sólo debe acreditar la razones en las cuales hace consistir la ilegalidad que alega, sino también que su propuesta era la mejor y más favorable a la administración.

Así las cosas, no habiéndose logrado acreditar que la propuesta presentada y luego descalificada por la administración era la mejor y más favorable a la administración, se impone un fallo denegatorio de pretensiones indemnizatorias.

En estos términos dejo presentado mi salvamento parcial de voto.

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

